

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## B) PERSONAL

**SUMARIO:** I. SELECCIÓN. 1. Oposiciones. Catedráticos y Profesores Titulares. Omisión del informe final de la Comisión. No puede considerarse motivo de infracción del principio de igualdad. La incongruencia entre el informe inicial de un miembro de la Comisión y sus actuaciones ulteriores sí puede constituir una manifestación de incumplimiento de dicho principio y de los de mérito y capacidad. 2. Concursos. Asociado de Escuela Universitaria. La decisión de la Comisión goza de una presunción de legalidad que ha de destruirse de manera inequívoca evitando no ya conjeturas sin fundamento fáctico, sino interpretaciones de parte, para impugnar la decisión contraria alcanzada. Inexistencia de desviación de poder. II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. 1. Cuerpo Nacional de Policía. RD 997/89, de provisión de puestos de trabajo de la Dirección General. Legalidad. 2. Legalidad del RD 895/89, de provisión de puestos de trabajo en Centros Públicos de Preescolar, EGB y EE: en cuanto suprime el «derecho de consorte», al no ser tal supresión contraria a la reserva de ley, al principio de irretroactividad, a los derechos adquiridos, a la igualdad ante la ley o a la protección a la familia. III. SITUACIONES. 1. Servicios especiales. Según el art. 29 de la Ley 30/84, recibirán las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios. IV. DERECHOS. 1. Funcionarios. Derecho de huelga. A efectos de retención de haberes por horas no trabajadas no deben computarse las horas por festivos y vacaciones. 2. Funcionarios. Derecho de huelga. La retención por horas no trabajadas no supone una sanción. Se incluye la parte correspondiente a descanso semanal y pagas extraordinarias, pero, no las horas por festivos y vacaciones. Revisión. 3. Negociación colectiva. La exclusión del sistema de negociación colectiva para los funcionarios públicos, ya sostenida por la S 29-10-85 y por la STC 57/82, debe entenderse superada por la Ley 9/1987, de 12 de junio. Podrá proyectarse sobre los aspectos contemplados como mínimos —como vacaciones, licencias y permisos— y sobre los no regulados por la legislación general aplicable, pero sería ilegal en cuanto pretenda modificar los extremos regulados con carácter imperativo por dicha legislación. 4. Complemento de plena dedicación. Cuerpo Nacional de Policía. Concesión en vía jurisdiccional al acreditarse que los recurrentes ventan prestando idénticos servicios que otros perceptores del complemento, pese a la falta de catalogación de los puestos de que se trata. Recurso extraordinario de revisión. 5. Interpretación del art. 30 de la Ley 9/1987. Vacío legal. Diferente naturaleza, finalidad y composición de las Mesas de Negociación a que aquel se refiere y de las Juntas de Personal, por lo que la aplicación del criterio de proporcionalidad con los resultados obtenidos en las elecciones a Juntas de Personal no es adecuado a Derecho para decidir sobre la composición de las Mesas de Negociación. 6. Complemento de destino. Es el puesto de trabajo y no la persona del funcionario público que lo ocupa el que resulta acreedor a un determinado nivel de complemento de destino. Imposibilidad de acceder a la petición de un determinado complemento de destino cuando no se ha denominado, ni especificado ni descrito el contenido del que se ocupa. 7. Retribuciones. Impugnación de la nómina mensual: Es «conocido criterio jurisprudencial el de que abierta la posibilidad del proceso, la eventual revisión jurisdiccional de las retribuciones puede extender su eficacia a los cinco años anteriores a la reclamación, que es el plazo prescrito en el art. 46 de la LGP, siendo además enjuiciable también la legalidad de la norma reglamentaria que se hubiera tenido en cuenta al practicar la liquidación». Habida cuenta de la diferente cualificación profesional de Catedráticos y Profesores Titulares de Universidad no es discriminatoria la asignación a aquéllos de un complemento específico superior al de éstos. 8. Negociación colectiva. Ilegalidad de convenio colectivo suscrito por un Ayun-

tamiento antes de la Ley 9/87, en el que, además, se regulaba conjuntamente el régimen de los funcionarios (contenido entonces ilegal) y el de los empleados en régimen laboral. 9. Casas militares. Personal de la Armada. Desahucio por pase a la situación de reserva activa. Régimen aplicable. V. INCOMPATIBILIDADES. 1. Incompatibilidades. Entre dos puestos en el sector público es la regla general. No es necesaria la audiencia si no figura en el expediente ni son tenidos en cuenta en la resolución otros hechos, alegaciones y pruebas que los aducidos por el interesado. 2. Incompatibilidades. Constitucionalidad de la Ley 53/1984. La proclamó el TC en S 2-11-89, cuya doctrina tiene valor de cosa juzgada. 3. Competencia. Separación de funcionarios locales. Corresponde indelegablemente al Pleno de la Corporación, por lo que es anulable el acuerdo sobre el particular adoptado por la Comisión de Gobierno. 4. Incompatibilidades. Concejales. A partir de la LO 5/85, la incompatibilidad y el correspondiente pase a la situación de servicios especiales se produce, en todo caso, cuando el concejal es funcionario de la Corporación para la que ha sido elegido, y, cuando se trata de Corporación distinta, cuando desempeñe en la misma un cargo retribuido y con dedicación exclusiva. 5. Catedráticos y Profesores Universitarios. RD 644/1988 sobre bases generales del régimen de conciertos entre Universidades e Instituciones Sanitarias. Nulidad del art. 1.º en cuanto se remite a la base 13 del art. 4, RD 1558/86, cuya nulidad fue declarada por S 03-07-89. VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. 1. Abandono de servicio. «Comporta una dejación total del puesto de trabajo, generalmente por tiempo indeterminado, sin motivo alguno que lo justifique, ligada al propósito de apartarse de los deberes inherentes al mismo». Jurisprudencia reiterada. Ar. 31.1.C, Ley 30/84. 2. Sanciones. Ilegalidad por incumplimiento del principio non bis in idem. Funcionarios de instituciones penitenciarias. Como la legislación penal aplicada por los Tribunales contempla, además de la restauración del orden social general, la finalidad de proteger el buen funcionamiento y prestigio de la Administración, no está justificado el doble reproche y la doble sanción, penal y administrativa, por unos mismos hechos, imputados a la misma persona y tratados por los Tribunales y la Administración desde la misma cualidad funcional del sujeto responsable.

## I. SELECCIÓN

1. Oposiciones. Catedráticos y Profesores Titulares. Omisión del informe final de la Comisión. No puede considerarse motivo de infracción del principio de igualdad. La incongruencia entre el informe inicial de un miembro de la Comisión y sus actuaciones ulteriores sí puede constituir una manifestación de incumplimiento de dicho principio y de los de mérito y capacidad.

La sentencia apelada estimó en parte el recurso interpuesto por doña M.ª Angeles A. C. y decretó la nulidad de la Resolución de la Subcomisión de Reclamaciones del Consejo de Universidades de 12-12-1986, confirmatoria de la Resolución del Comité Académico de la Universidad de Barcelona de 18-6-1986, que estimando las reclamaciones formuladas por doña Victoria G. B. y don Ramón P. S. contra la propuesta realizada en favor de la señora A. C. por la Comisión calificadoras que juzgó el concurso para la plaza número 2 de Profesor Titular de Químico-Física de dicha Universidad, no ratificó tal propuesta. Declarando la sentencia impugnada la retroacción del expediente administrativo al momento en que finalizaron las pruebas objeto del concurso, para que la Comisión Calificadora, o cada uno de sus miembros, elabore el informe razonado sobre la valoración que merece cada concursante, siguiendo a continuación el trámite legal.

La fundamentación utilizada por la resolución apelada para llegar a su decisión consistió en la estimación de que la actuación de la Subcomisión (y lo mismo cabría decir del Comité Académico) había vulnerado el principio de igualdad ante la Ley del art. 14 de la Constitución haber dado un trato diferente a la señora A. frente a los demás concursantes, pues conociendo que se había incumplido en el procedimiento de provisión de las cuatro plazas concursadas el requisito de la necesaria elaboración del informe final, impuesto por el art. 9.º.7 del Real Decreto 1888/1984, únicamente consideró que la omisión determinaba la estimación de la reclamación frente a la actora.

Este Tribunal no puede compartir la decisión de la entonces Audiencia Territorial de Barcelona, ya que constituye un contrasentido, lógico y jurídico, que la apreciación de una vulneración de la Constitución, que ha de producir un efecto invalidante sustantivo, haya de servir de soporte a la decisión de retroacción de actuaciones, y nulidad del expediente, declarada en la sentencia, que es propia de la apreciación de derechos de tramitación, y porque el proceder de la Sala de instancia, que en realidad responde a la estimación de que la Comisión Calificadora del concurso había incurrido en un defecto formal de no haber confeccionado la documentación del informe final impuesta por los arts. 9.º.7 y 12.e) del Real Decreto 1888/1984, y que sólo esa defectuosidad formal había fundado la decisión de no ratificación de la propuesta por el Comité y la Subcomisión de Reclamaciones, no se acomoda al contenido de las actuaciones, por cuanto que un examen atento de las resoluciones administrativas cuestionadas permite advertir que la razón de las decisiones administrativas fue de fondo y no meramente formal, dado que la falta del tan aludido informe aparece puesta su relación con las vicisitudes del concurso, entre la que el Comité destaca la existencia de dos informes previos de miembros de la Comisión, que no guardaban relación con la votación final de esos miembros, lo que igualmente se refleja en la resolución de la Subcomisión del Consejo de Universidades, que en la parte dispositiva expresa que la falta del informe muestra las dudas sobre la coherencia del sentido del voto de alguno de los miembros de la Comisión. De modo que cae por su base la invocación del principio constitucional de igualdad respecto a los demás participantes del concurso, no sólo porque se pretende extender el razonamiento que justifica la alegación de la vulneración constitucional a las otras dos plazas de Químico-Física, que, aun juzgadas por el mismo Tribunal Calificador, ofrecían características distintas y estaban siendo objeto de tramitación diferente, o porque se planteaba la alegación utilizando como términos de comparación otros resultados no impugnados, sino fundamentalmente, en consideración a que no se ha acreditado, y ni siquiera invocado, que en la calificación de esas otras plazas se hubiera producido las discordancias entre el sentido del voto de los miembros de la Comisión, y la decisión final, que se apreció en las resoluciones litigiosas.

Por lo expuesto, y como el contenido del expediente permite apreciar la existencia de la discrepancia o incoherencia del sentido de las votacio-

nes a que se viene haciendo referencia, ya que aparece que la vocal doña Olitia de M., al emitir el informe inicial del art. 9.º 2 del Real Decreto 1888/1984, aprecia defectos en la memoria y en la calidad de las publicaciones de la candidata señora A., y coherentemente vota en su contra en el primer ejercicio de defensa de la memoria y publicaciones; por el contrario, en la votación final la votación de ese vocal favorece de la señora A., y así mismo, mientras que el vocal señor T. inicialmente pone objeciones a las publicaciones de la señora A., luego tras el ejercicio de su defensa, emite voto favorable a la candidata propuesta, para luego, en la votación final, tomar una postura de abstención, y esas irregularidades es razonable pensar que se refuerzan con la circunstancia resultado de la falta de documentación del informe final, cabe llegar a la conclusión de que había sido conforme a Derecho la inicial decisión administrativa primero del Comité Académico de la Universidad de Barcelona, y luego de la Subcomisión de Reclamaciones del Consejo de Universidades, de no ratificar la propuesta efectuada en favor de la señora A., al poder ser aquellas irregularidades determinantes de infracción de la igualdad de condiciones, y respeto a los principios de mérito y capacidad a que aluden los arts. 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución que presiden la celebración y resolución de los concursos de provisión de plazas a la Universidad, según el art. 41 de la LRU. Todo ello actuando esos órganos administrativos dentro de los límites de las potestades que se les confieren por el art. 43 de la Ley de Reforma Universitaria, según la interpretación sentada por este Tribunal en las SS 26-12-1990 y 28-1-1992 y por el Tribunal Constitucional en la de 14-11-1991.

De modo que procede la revocación de la sentencia apelada, y la desestimación del recurso contencioso-administrativo promovido por doña Angeles A. C. contra las resoluciones administrativas a que se viene haciendo referencia. Si bien debe hacerse la puntualización de que al haber sido declarada por el Tribunal Constitucional, en S 26-2-1987, la inconstitucionalidad del párrafo 3.º del art. 43 de la Ley de Reforma Universitaria, concerniente a la intervención de la Comisión de Reclamaciones del Consejo de Universidades, esta declaración provoca la imposibilidad de que ahora pueda mantenerse la validez jurídica de la Resolución de la Subcomisión de Reclamaciones de Consejo de Universidades, del 12-12-1986, objeto de este proceso; lo que no constituye obstáculo al mantenimiento de la también impugnada del Comité de Reclamaciones de la Universidad de Barcelona, de 18-6-1986, no afectada por la declaración de aquel alto Tribunal. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 5 de octubre de 1992.*)

*2. Concursos. Asociado de Escuela Universitaria. La decisión de la Comisión goza de una presunción de legalidad que ha de destruirse de manera inequívoca evitando no ya conjeturas sin fundamento fáctico, sino interpretaciones de parte, para impugnar la decisión contraria alcanzada. Inexistencia de desviación de poder.*

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 5-7-1990, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Celsa Carmen G. V. contra las resoluciones de la Junta de Gobierno de la Universidad de Oviedo, de 4-5 y 5-10-1989, del concurso para la provisión de una vacante de Asociados de Escuela Universitaria, en el Area de Didáctica de la Lengua y Literatura, en favor de otra candidata, ha sido apelada por la expresada recurrente por estimar que existió una desviación de poder al resolver el concurso por concurrir en la hoy apelante méritos suficientes y preferentes a los de la candidata propuesta, no habiéndose valorado debidamente los que en ella concurrían al aplicar el baremo correspondiente.

La apelación se concreta por tanto a determinar si es correcta la valoración hecha por el Tribunal *a quo* de las circunstancias que concurrieron en la resolución del concurso reseñado cuando concluye que está ajustada a Derecho no apreciando la desviación de poder alegada.

Esta Sala viene insistentemente declarando que la desviación de poder del art. 83.2 de la Ley Jurisdiccional existe cuando se demuestra, en vía contencioso-administrativa, que la Administración se ha apartado del fin jurídico y ético para alcanzar fines ajenos al interés público. La actuación de la Administración está sometida, conforme al art. 106.1 de la Constitución, a los fines que la justifican, por lo que goza de una presunción de legalidad que ha de destruirse de manera inequívoca, evitando no ya conjeturas sin fundamento fáctico, sino interpretaciones de parte para impugnar la decisión contraria alcanzada.

En el presente caso —como con todo acierto se expone en la sentencia apelada— la resolución contraria a la solicitud de la apelante se adoptó por la Comisión encargada de valorar los méritos de las candidatas de manera razonable, teniendo en cuenta el área de la asignatura objeto de la convocatoria y, según se explica por la Presidenta de dicha Comisión en el informe emitido, examinando la reclamación presentada por la hoy apelante, y nada en el expediente muestra que esa resolución —que corresponde al órgano administrativo correspondiente— fuera adoptada por otros móviles que los de encontrar la más adecuada candidatura al puesto convocado, al cual han de ser referidos los méritos de los solicitantes; por ello no se descubre la arbitrariedad alegada al conceder el puesto a otra candidata que acreditó méritos específicos relacionados directamente con el Area Didáctica de Lengua y Literatura. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 10 de enero de 1993.*)

## II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

1. *Cuerpo Nacional de Policía. RD 997/89, de provisión de puestos de trabajo de la Dirección General. Legalidad.*

El Sindicato de Comisarios de Policía impugna en este recurso el Real

Decreto 997/1989, de 28 de julio, que aprobó el Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo de la Dirección General de la Policía, solicitando su nulidad por defectos procedimentales y la retroacción de actuaciones al trámite de audiencia de las organizaciones sindicales del Cuerpo Nacional de Policía y Consejo de Policía, o, en su defecto, que se anule y deje sin efecto el Título II del expresado Reglamento, en el que se incluyen los arts. 22 a 24, por entender que los mismos vulneran los principios de jerarquía y subordinación, el de profesionalidad, el derecho a la promoción y limitan o restringen el derecho al cargo de los funcionarios pertenecientes a la Escala Superior del Cuerpo Nacional de Policía.

Cierto que la jurisprudencia ha venido reconociendo la necesidad de que en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 105.a) de la Constitución y 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, se conceda audiencia a las organizaciones o asociaciones interesadas reconocidas por la Ley —Sentencias de la Sala de Revisión del Tribunal Supremo de 19-5-1988 (RJ 1988, 5060), 7-7-1989, 25-9-1989 y 12-1-1990, en la primera de las cuales se establece que en el trámite de informes de la entidades corporativas y representativas de intereses afectados por disposición general (art. 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo) equivale al de audiencia de los interesados que preceptúa el art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo—, criterio también mantenido en otras Sentencias de la Sala Tercera, entre las que pueden señalarse las de 7-5-1987, 1-10-1988, 19-7-1980, 5-2-1990, 10-5-1990, 11-3-1991, 24-9-1991 y 17-10-1991, señalando la de 1-10-1988 respecto de la concesión de una nueva audiencia que, siendo preceptivo, pero no vinculante, el informe del organismo consultado, la no concesión de un segundo trámite de audiencia no pudo producir indefensión, por corresponder al Gobierno la facultad decisoria en orden a la definitiva redacción de la disposición general, que oportunamente conoció el criterio mantenido por el organismo consultado.

El proyecto de Real Decreto sobre Provisión de Puestos de Trabajo que se sometió a informe del Pleno del Consejo de Policía en la reunión celebrada el 27-7-1988, en cuya acta se hacía referencia a que la mayoría de las propuestas hechas por los sindicatos ya habían sido incluidas en el proyecto, se denominaba Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo del Cuerpo Nacional de Policía, estableciendo en su art. 4 los puestos de trabajo de libre designación por el Ministro del Interior, Director de la Seguridad del Estado y Director General de la Policía, y en la disposición adicional cuarta que la provisión de los puestos de la Dirección General de la Policía desempeñados por personas que no pertenezcan al Cuerpo Nacional de Policía y los que ocupen los contratados temporalmente como especialistas se hará de acuerdo con su normativa específica. El Reglamento aprobado, después de haber sido también informado por la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Dirección General de la Policía, Ministerio para las Administraciones Públicas y Consejo de Estado, pasó a denominarse «Reglamento de Provi-

sión de Puestos de Trabajo de la Dirección General de la Policía», suprimiendo la disposición adicional cuarta y, en su lugar, en los arts. 22, 23 y 24, que conformaron el Título II, se reguló la provisión de los puestos de estructura de la Dirección General de Policía, de Subdirector General, Comisario General, Jefe de División y Jefe Superior de la Policía, así como la normativa que había de regir para la provisión de los puestos de trabajo de la Dirección General de la Policía de adscripción indistinta cuando sean ofertados a personal ajeno al Cuerpo Nacional de Policía y los que deban ser ocupados por personal contratado temporalmente como especialista en régimen laboral.

Por tanto, si el Reglamento en cuestión regulaba la provisión de puestos de trabajo por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y otros que podían ser cubiertos por personas ajenas al mismo, el cambio de denominación del Reglamento era lógica, y si la cuestión de fondo suscitada por el sindicato recurrente es que son nulos los arts. 22 a 24 del Reglamento por admitir que altos puestos de responsabilidad y mando puedan ser ocupados por cualquier funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, e incluso por personas ajenas al mismo, tales cuestiones ya fueron debatidas en la reunión extraordinaria del Pleno del Consejo de Policía celebrado el 27-7-1988, en la que el representante del sindicato recurrente, además de otras modificaciones de escasa entidad, propuso, en cuanto a la denominación del Reglamento, que se mantuviesen la denominación del mismo con ligeras modificaciones, concretamente la supresión del término «general», por estimar que era un Reglamento específico respecto del de los funcionarios de la Administración del Estado, y la sustitución de «puestos de trabajo», por «puestos de servicio», y sobre todo respecto del art. 4 de aquel proyecto, que regulaba la provisión de puestos de trabajo por libre designación del Ministerio del Interior, Director de la Seguridad del Estado y Dirección General de la Policía, pretendió que se hiciera constar expresamente que su provisión debería efectuarse entre funcionarios de la Escala Superior del Cuerpo Nacional de Policía, enmiendas no aceptadas y que motivaron el único voto negativo frente al de los otros veintitrés Consejeros, que lo emitieron en sentido favorable a dicho proyecto con las enmiendas aceptadas, por lo que en definitiva, aunque las modificaciones introducidas en dicho proyecto se estimase que fueron de gran importancia, lo cierto es que el sindicato recurrente, a través de su representante en el Consejo de Policía, ya ha sido oído sobre la cuestión fundamental que se plantea en el recurso, es decir, la posibilidad de que ciertos puestos de trabajo sean cubiertos por personas ajenas al Cuerpo Nacional de Policía o por libre designación entre funcionarios del mismo, con la obligada consecuencia de desestimar la pretensión de que se anulen y retrotraigan las actuaciones para conceder nueva audiencia a los sindicatos policiales.

La Ley 55/1978, de 4 diciembre, incluía en los Cuerpos de Seguridad del Estado a la Policía y Guardia Civil, estando a su vez integrada la primera por el Cuerpo Superior de la Policía y el Cuerpo de Policía Nacional, nuevas denominaciones de los anteriores Cuerpos General de

Policía y Fuerzas de Policía Armada. Ley que no llegó a ser desarrollada reglamentariamente, continuando en vigor el Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa de 17-7-1975, con las modificaciones introducidas posteriormente por los Rales Decretos de 4-11-1980 y 5-3-1982, normativa que atribuía gran amplitud a la provisión de destinos por libre designación.

La Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de 13-3-1986 integró en el Cuerpo Nacional de Policía a los anteriores Cuerpos Superior de Policía y de Policía Nacional, estableciendo en su art. 9.a) la naturaleza civil del Cuerpo y su dependencia del Ministro del Interior, bajo cuya inmediata autoridad el mando será ejercido por el Director de la Seguridad del Estado, del que a su vez dependen los Directores Generales de la Guardia Civil y de la Policía, mando directo que en cada provincia corresponde al Gobernador Civil, con sujeción a las directrices de los anteriores, y disponiendo en su art. 6.º.6 que los puestos de servicios se proveerán conforme a los principios de mérito, capacidad y antigüedad, a tenor de lo dispuesto en la correspondiente reglamentación.

Las Sentencias de esta Sala de 15-3-1989, dictada con ocasión de la impugnación del Real Decreto 669/1984, y la de 27-11-1990, en recurso en que se impugnaba el Real Decreto 59/1987, de 16 enero, especialmente la última, ya estableció que existen puestos de responsabilidad y confianza cuya provisión no ha de efectuarse necesariamente con los funcionarios de una determinada Escala o Categoría, y que es necesario distinguir entre Cuerpo Nacional de Policía y estructura orgánica del Ministerio del Interior, en que existen puestos de trabajo con funciones que no son estrictamente policiales, aunque persigan fines idénticos, o que requieren unos conocimientos distintos de los que son propios de las distintas Escalas del Cuerpo Nacional de Policía, lo que justifica que su provisión pueda efectuarse incluso con personas ajenas al Cuerpo, debiendo añadirse que la Ley 30/1984, de Reforma la Función Pública, también prevé, en su 20.1.b), la provisión por libre designación entre funcionarios, en el 20.2 la existencia de puestos en que se ejercen funciones de confianza o asesoramiento especial, de libre nombramiento y cese, que pueden ser desempeñados por quienes no tengan la condición de funcionarios públicos, razones por las que deben llegarse a la conclusión de que los arts. 22, 23 y 24 del Reglamento impugnado no vulneran los principios de jerarquía y subordinación, ni el de profesionalidad, ni lesiona, limita o restringe el derecho a la promoción o al cargo de los funcionarios pertenecientes a la Escala Superior del Cuerpo Nacional de Policía, lo que determina la procedencia de desestimar también la pretensión de fondo, encaminada a la declaración de nulidad de los artículos que integran el Título II del Reglamento impugnado. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 25 de septiembre de 1992.*)

2. *Legalidad del R. 895/89, de provisión de puestos de trabajo en Centros Públicos de Preescolar, EGB y EE: en cuanto suprime el «derecho de consorte» al no ser tal supresión contraria a la reserva de ley, al principio de*

*irretroactividad, a los derechos adquiridos, a la igualdad ante la ley o a la protección a la familia.*

El demandante, funcionario de carrera del Cuerpo de Profesores de Educación General Básica, casado con funcionaria, y que desempeña sus funciones en la localidad donde trabaja su esposa, por «derecho de consorte» impugna directamente el RD 895/1989, de 14 julio («BOE» 20-7-1989), en el que se regula la provisión de puestos de trabajo en Centros Públicos de Preescolar, Educación General Básica y Educación Especial, con la pretensión de anulación de dicha disposición general al entender el recurrente que al no contemplarse en el Real Decreto el «derecho de consorte» en la provisión de puestos de trabajo de los indicados Centros, y derogarse, en su Disposición Derogatoria, varias disposiciones que regulaban el «derecho de consorte» para el Cuerpo de Funcionarios al que él pertenece, así como cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en el Real Decreto impugnado, se vulneran una serie de principios constitucionales que, a juicio del recurrente, son, por el orden en el que más adelante vamos a analizar, los siguientes: el de legalidad y de reserva de ley; el de respeto a los derechos adquiridos; el de irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales; el consagrado en el art. 33.3 de la Constitución; el de seguridad jurídica, el de igualdad y el de protección a la familia (art. 39.1 de la CE) y el de derecho al trabajo (art. 35.1 CE).

Antes de entrar en el examen de esas presuntas vulneraciones que denuncia el recurrente, resulta de interés hacer las siguientes precisiones: 1.º) El Real Decreto 895/1989 impugnado se dictó en aplicación de lo dispuesto en el art. 1.º.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, a cuyo tenor, en aplicación de esta Ley, podrán dictarse normas específicas para adecuarla a las peculiaridades del personal docente, entre otros. 2.º) Que en esa adecuación, la no previsión en el Real Decreto 895/1989 del históricamente conocido como «turno de consorte» en la provisión de puestos de trabajo que en dicha disposición se regula, obedece a un propósito deliberado del Gobierno, como lo evidencia el preámbulo del Real Decreto, en el que se expresa que la normativa hasta entonces vigente contempla figuras ya desfasadas, entre las que expresamente cita «la existencia en todas las convocatorias del llamado turno de consorte, al que se reserva el 50 por 100 de los puestos docentes vacantes en cada localidad y para el que tienen preferencia absoluta los cónyuges de funcionarios». De ahí que en la Disposición Derogatoria del Real Decreto se derogasen expresamente, entre otros, determinados artículos del Decreto de 24-10-1947 en la redacción que les dio el Decreto de 28-3-1952, el Decreto de 28-9-1951 (sobre cambios de destinos de los maestros consortes), el Decreto de 18-10-1957 (sobre turnos de consortes), el Decreto de 4-7-1958 (sobre el derecho de los maestros de utilizar por segunda vez el turno de consorte), etc., quedando por otro lado derogadas, bajo fórmula general, todas las disposiciones que se opusieran al Real Decreto impugnado. 3.º) Que la nueva regulación

del Real Decreto obedece a la necesidad de adecuar la normativa reguladora de la provisión de puestos de trabajo en los Centros Públicos de Preescolar, Educación General Básica y Educación Especial a lo prevenido en el art. 20 y en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. Así se dice expresamente en el Preámbulo del Real Decreto impugnado.

Y a estos efectos preciso resulta tener presente que, según el art. 1.3 de la Ley 30/1984, se consideran bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictadas al amparo del art. 149.1.18 de la Constitución, y por tanto aplicables al personal de todas las Administraciones Públicas, entre otros preceptos el precitado art. 20.1.a), b), párrafo primero, c) y e), 2 y 3 —según la modificación introducida en dicho art. 20 por la Ley 23/1988, de 28 julio— y Disposición Adicional Decimoquinta, en cuyos preceptos el concurso es el sistema normal de provisión de puestos de trabajo, en el que se tendrán «únicamente» en cuenta los méritos exigidos en la correspondiente convocatoria, entre los que figurarán los adecuados a las características de cada puesto de trabajo, así como la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado, los cursos de formación y perfeccionamiento superados y la antigüedad. Estas disposiciones, pues, son aplicables al personal docente, sin perjuicio de adaptarlas a sus peculiaridades a través de normas específicas, según expresamente dispone el antes referido art. 1.º.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

De lo que acabamos de exponer, ya podemos sentar un primer corolario, que es el que acceder a determinadas plazas, por razones exclusivas de matrimonio con preferencia a otros posibles concursantes que no ostenten vínculo matrimonial con otro funcionario, es algo que supone una excepción al principio de mérito que se señalan en el art. 20 de la Ley 30/1984 y a los conceptos valiables en el concurso que dicho precepto determina.

Y si bien es cierto que el Tribunal Constitucional, en S 192/1991, de 14 octubre —resolviendo recurso de amparo 545/1989, en relación con el «derecho de consorte» previsto, para provisión de vacantes en concursos de traslados, en el Estatuto de Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica, de la Seguridad Social—, ha declarado que no es inconstitucional el que se contemple en la referida normativa dicho derecho en la provisión de vacantes en concursos de traslados, razonando la referida sentencia que «no debe ignorarse la distinta consideración que, a estos efectos, merecen, de una parte, el acceso a la función pública, y, de otra —dentro ya de la misma—, el desarrollo y promoción de la propia carrera administrativa, y por consiguiente el diferente rigor e intensidad con que en cada una de ellas operan los derechos y valores constitucionales como son el acceso en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) a las funciones públicas, pues, en efecto, siendo el derecho del art. 23.3 CE un derecho de configuración legal, puede la Administración legítimamente, dentro de los concursos para la provisión de vacantes o puestos de trabajo

entre personas que ya han accedido a la función pública (y por tanto acreditado los requisitos de mérito y capacidad), tener en cuenta otros criterios distintos que no guarden relación con éstos, en atención precisamente de una mayor eficacia de la organización de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales», no es menos cierto que esa no inconstitucionalidad del «derecho de consorte» en la provisión de vacantes no implica la consecuencia de que en todo sistema de provisión de vacantes deba necesariamente contemplarse el susodicho derecho de consorte, ni tampoco implica que, previsto ese derecho en norma reglamentaria, venga el Gobierno obligado a mantenerle inmutable, sin poder derogarle a virtud de una norma posterior de idéntico rango reglamentario.

Sentado lo anterior, entramos ya en el examen de presuntas vulneraciones denunciadas por el recurrente, empezando por la presunta vulneración del principio de legalidad y reserva de ley, y hemos de recordar que la Ley de Enseñanza Primaria de 17-7-1945, en su art. 57.9 señalaba como uno de los derechos del Magisterio Primario «el derecho a residir en la misma localidad que el consorte funcionario», y en su art. 87, en materia de cambios de destino y provisión de vacantes, se decía que «se verificarán mediante oposición, concurso de traslados y permutas», añadiendo que «la tercera parte de las vacantes originadas en poblaciones de más de 10.000 habitantes se proveerá mediante concurso-oposición. Las modalidades de estos procedimientos y los turnos en cada caso serán objeto de especial reglamentación en el Estatuto General del Magisterio».

Pero uno y otro precepto fueron objeto de nueva redacción por la Ley 169/1965, de 21 de diciembre, sobre reforma de la Enseñanza Primaria. Y así, en el nuevo art. 57 de esta última Ley, entre los derechos y deberes específicos del Magisterio Nacional como Cuerpo Especial de la Administración del Estado no se incluyó ya el derecho a residir en la misma localidad con el cónyuge funcionario. Y la nueva redacción dada al art. 87 remite a las normas reglamentarias la regulación de la provisión de vacantes y cambios de destino, indicándose que los mismos, en los Cuerpos de Enseñanza Primaria, «se ajustarán al sistema general de los Cuerpos docentes del Ministerio de Educación Nacional y serán determinados reglamentariamente».

La aprobación del Texto Refundido de la Ley de Enseñanza Primaria, efectuada por Decreto 193/1967, de 2 de febrero, no supuso ninguna variación al respecto. Así se puede deducir de los «derechos y deberes comunes al personal de los Cuerpos Especiales de Enseñanza Primaria» (arts. 56 y 57), de «los derechos y deberes específicos del Magisterio Nacional» (art. 59) y de los «cambios de destino y provisión de vacantes» (art. 86).

Por último la Ley General de Educación, de 4-8-1970, en su art. 107.1 dispuso que «el profesorado del Estado se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en las normas dictadas en desarrollo de la misma. En lo no previsto será de aplicación la legislación sobre funcionarios civiles de la Administración del Estado», y en su Disposición Final Cuarta estableció que a

partir de su entrada en vigor «todas las disposiciones anteriores, cualquiera que sea su rango, que venían regulando las materias objeto de la misma, regirán únicamente, en cuanto fueren aplicables, como normas de rango reglamentario...».

Consecuentemente, en el momento de publicarse el Real Decreto 895/1989, de 14 de julio, aquí impugnando, no existía ninguna norma con rango de Ley que contemplara y regulara el «turno de consorte», y por tanto mal puede estimarse la pretendida vulneración del principio de legalidad y reserva de ley que el recurrente alega como fundamento de impugnación de aquel Real Decreto, el cual al derogar en su Disposición Derogatoria, entre otros, los Decretos a que hemos hecho alusión en el fundamento jurídico segundo de esta resolución que venían manteniendo con valor reglamentario el turno de consorte, referido a los maestros, no hace sino derogar normas de idéntico rango al que tiene la norma derogante.

Igual rechazo merece la pretendida vulneración de «derechos adquiridos». Es doctrina jurisprudencial de esta Sala, reflejada, entre otras, en SS de 8-5-1981 y 29-11-1986, la de que los funcionarios públicos, sujetos a un «estatus» legal y reglamentario sometido al poder innovatorio de la Administración, no pueden esgrimir con éxito más que los derechos que por consolidación hayan alcanzado la cualidad de adquiridos, que la doctrina jurisprudencial ha limitado a los de orden económico o al contenido de la función a realizar, pero no cabe alegar expectativas que entran de lleno en la *potestas variandi* de la Administración. Pretender que las meras o simples expectativas son susceptibles de protección jurídica frente a la norma posterior que modifica el régimen establecido en la anterior es desconocer la virtualidad y eficacia de las normas como correctoras de situaciones innovativas de las relaciones jurídicas que han de ser condicionadas por las circunstancias sociales cambiantes.

Pues bien, aplicando tal doctrina al caso de autos el Real Decreto 895/1989, de 14 de julio, no vulnera ningún derecho adquirido, pues quienes hicieron uso del «turno de consorte», al amparo de la normativa anterior, y obtuvieron una plaza por ese turno consolidaron esa plaza, y no se ven afectados en la plaza así adjudicada por la variación reglamentaria introducida por el referido Real Decreto, que no contempla para el futuro ese sistema de provisión. Cosa distinta es la pretensión del recurrente de hacer pervivir en el tiempo, al socaire de un derecho adquirido, la subsistencia del «turno de consorte» en el Real Decreto impugnado, para con ello poder usar de dicho turno en futuras provisiones de puestos de trabajo, pues esto último no pasa de ser una simple expectativa, y el Gobierno, en uso de su *potestas variandi*, no venía obligado a mantener inmutable una concreta regulación reglamentaria anterior. No se produce, por tanto, con el Real Decreto impugnado ninguna vulneración de derechos adquiridos.

Tampoco merece favorable acogida la denunciada vulneración del principio de irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales, consagrado en el art. 9.3 de la Constitución, pues el Real Decreto impugnado 895/1989 —por lo ya expuesto en relación con la

presunta vulneración de derechos adquiridos— no se proyecta sobre quienes consolidaron una plaza, al amparo de tal normativa anterior, por el «turno de consorte», a los que se sigue respetando ese derecho individual. El Real Decreto impugnado sólo omite el «turno de consorte» para futuras provisiones de plazas, limitando así «expectativas» y no anteriores «derechos adquiridos» individuales, por lo que no puede sostenerse que dicho Real Decreto conculque aquel principio constitucional.

En relación con la acusada vulneración del art. 33.3 de la Constitución, a cuyo tenor nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes, repetimos, una vez más, para rechazar esa presunta vulneración, que el Real Decreto 895/1989 no priva de derechos y sí tan sólo elimina la expectativa a participar en la adjudicación de plazas por el «turno de consorte», por lo que siendo según doctrina jurisprudencial de esta Sala sólo expropiables la privación de bienes y derechos e incluso de intereses legítimos, pero en ningún caso las expectativas, y sólo indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no los hipotéticos y eventuales, mal puede sostenerse que el precitado Real Decreto infrinja dicho precepto de la Constitución.

Respecto a la vulneración del principio de seguridad jurídica, consagrado en el art. 9.3 de la Constitución, si por tal hemos de entender, en este caso, el que la Administración debe respetar los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas creadas al amparo de la normativa anterior, hemos de sentar que el Real Decreto 895/1989 no vulnera dicho principio, pues, respecto a los docentes que ya se beneficiaron del «turno de consorte» y obtuvieron una plaza por dicho turno, ya hemos dicho que el Real Decreto impugnado no afecta a ese derecho adquirido como consolidado, y respecto a los docentes que se pudieran haber beneficiado de dicho turno, caso de que hubiera subsistido, el propio Real Decreto hace una aplicación transitoria de la normativa anterior, incluida la concerniente a «turno de consorte», al disponer la Transitoria Decimocuarta que «a partir de la publicación del presente Real Decreto las Administraciones Educativas realizarán los procesos previos que requieran su aplicación, a fin de que el concurso que se convoque en el curso 1990-1991 se lleve a efecto según lo establecido en el mismo», añadiendo que «el concurso a celebrar durante el curso de 1989-1990 se regirá por las normas vigentes con anterioridad a la publicación del presente Real Decreto», por lo que no cabe predicar que dicho Real Decreto genere inseguridad jurídica alguna.

Con relación a la vulneración del principio de igualdad, lo plantea el recurrente desde una doble perspectiva: de un lado, como discriminación respecto a los demás compañeros del Cuerpo; de otro, discriminación respecto a otros Cuerpos. En cuanto a la primera, entiende la recurrente que el Real Decreto impugnado la discrimina por cuanto los arts. 21 y siguientes valoran de distinta forma, en orden a proveer una plaza, el tiempo de permanencia ininterrumpida como funcionario de carrera con

destino definitivo, en el Centro desde el que se participa, y el tiempo transcurrido en situación de provisionalidad por los funcionarios de carrera que nunca han obtenido destino definitivo, pues, a su juicio, al haber ella desempeñado sus funciones en distintos centros donde ha estado destinada se encuentra en desigualdad respecto a los que lo han hecho de forma ininterrumpida en un mismo Centro.

Pero precisamente ese contraste de dos situaciones desiguales —funcionario con destino definitivo y funcionario que no obtuvo nunca destino definitivo— no permite apreciar la vulneración del principio de igualdad, consagrado en el art. 14 de la Constitución, sin olvidar, por otro lado, que si el recurrente disfrutó, al amparo de la normativa anterior, de una preferencia para obtener destinos, incluso provisionales, de la que carecieron sus compañeros no casados con funcionarios, que así resultaban discriminados, no es razonable que aquella situación de privilegio se pretenda valorar ahora en términos de igualdad respecto al profesorado que permaneció ininterrumpidamente en el mismo Centro.

Por otro lado, en cuanto a esa primera vertiente de la discriminación, las alegaciones que el recurrente hace, sobre las distintas interpretaciones o aplicaciones de las Comunidades Autónomas han hecho de la supresión del «turno de consorte», en nada afecta a la legalidad del Real Decreto que aquí enjuicamos.

Por último, la discriminación invocada respecto a otros Cuerpos tampoco permite apreciar vulneración del principio de igualdad, al contrastarse situaciones desiguales —Cuerpos distintos—, sin olvidar que lo que el Real Decreto hace es, conforme al art. 1.º.2 de la Ley 30/1984, adecuar esta Ley a las «peculiaridades» del personal docente.

Las dos últimas vulneraciones referidas al derecho al trabajo —art. 35 de la Constitución—, a la protección a la familia —art. 39.1 de la Constitución—, tampoco pueden apreciarse, pues el hecho de que el Real Decreto 895/1989 no contemple el «turno de consorte» para acceder a una plaza no supone la negación del derecho al trabajo, ni tampoco el desconocimiento de la protección «social», «económica» y «jurídica» de la familia, que son los intereses merecedores de la protección Constitucional. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 19 de octubre de 1992.*)

### III. SITUACIONES

1. *Servicios especiales. Según el art. 29 de la Ley 30/84, recibirán las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios.*

La recurrente ocupa un puesto de trabajo en el Tribunal Constitucional, al que accedió en virtud de concurso de méritos para la provisión de plazas vacantes de funcionarios de nivel administrativo en el que sólo pudieron tomar parte los funcionarios de carrera del Cuerpo General

Administrativo o de los Cuerpos Administrativos a extinguir de la Administración Civil del Estado en servicio activo. Habiendo quedado en el Cuerpo de origen en situación de servicios especiales, de acuerdo con lo establecido en el art. 29.2.e) de la Ley de Reforma de la Función Pública, el problema que ha suscitado es el de si tiene derecho a percibir el complemento de destino correspondiente al grado 22, que le ha reconocido la Administración del Estado, o si, como se afirma en la resolución impugnada, lo ajustado a derecho es que perciba el grado 21, asignado a su puesto de trabajo por Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 29-4-1985.

La cuestión ha surgido como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley 23/1988, de 28 de julio, en la redacción del art. 21 de la citada Ley de Reforma, y, concretamente, de la novedad consistente en el derecho reconocido a los funcionarios, cualquiera que sea el puesto de trabajo que desempeñen, a percibir al menos el complemento de destino de los puestos del nivel correspondiente a su grado personal, aunque ocupen uno de nivel inferior, precepto que la parte demandada considera que no es aplicable porque la propia Ley 30/84, en su art. 29.2, dice que los funcionarios en situación de servicios especiales recibirán las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios, sin perjuicio del derecho a la percepción de los trienios que pudieran tener reconocidos como funcionarios.

Aceptando, por supuesto, que la variación del texto de art. 21 ha cambiado de sentido que la Ley había dado originariamente al grado personal, de modo que su función objetiva de evitar que el titular del mismo pudiese acceder a puestos superiores o inferiores en más de dos niveles, ha pasado a convertirse en una garantía subjetiva para la percepción del complemento de destino correspondiente al grado personal, cualquiera que sea el del puesto de trabajo que desempeñe; sin embargo, esto no obsta a que el nuevo régimen jurídico, como acontecía con el anterior, tenga su ámbito de aplicación delimitado por las normas legales, que restablecen una regulación específica para determinadas situaciones como es la contemplada en el art. 29 de la propia Ley de Reforma de la Función Pública para los funcionarios que se encuentren en la de servicios especiales, para los que se establecen que recibirán las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios, dejando así establecido su exclusión del que hemos llamado régimen general, con las salvedades que la misma norma señala, pero que no afectan a lo aquí debatido.

La claridad del precepto excluye cualquier interpretación tendente a introducir en él excepciones como la patrocinada por la demandante. Es posible que el caso de los servicios especiales descrito en el art. 29.2.e) responda a razones bien diferentes a las previstas en los otros apartados de mismo precepto y que por eso ocurra que en supuestos iguales al que constituye el objeto de este proceso se observe tal similitud en las funciones a prestar y en la estructura de las retribuciones del órgano al que está adscrito el funcionario, que parezca razonable que a aquéllos deba comu-

nicarse sin más cualquier modificación que se introduzca en el sistema general. Pero frente a esta inicial percepción se alza el obstáculo jurídico de estar la recurrente sometida a un régimen retributivo específico, el del Tribunal Constitucional, frente al que su calidad de funcionaria de la Administración Civil del Estado no le otorga más derecho, en el orden económico que comentamos, que el de la percepción de los correspondientes trienios. (*Sentencia de 13 de octubre de 1992.*)

#### IV. DERECHOS

1. *Funcionarios. Derecho de huelga. A efectos de retención de haberes por horas no trabajadas no deben computarse las horas por festivos y vacaciones.*

Las resoluciones administrativas que han sido anuladas por la sentencia cuya rescisión pretende la Abogacía del Estado, ante la ausencia de una norma legal que regule de forma concreta cómo debe practicarse la deducción de haberes y con invocación expresa de la Sentencia de esta Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 10-5-1986 (RJ 1986, 2363), que remite al Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, según las derogaciones y directrices interpretativas señaladas en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8-4-1981, y acudiendo a la interpretación que de tal Real Decreto Ley dice ha hecho el Tribunal Central de Trabajo (SS 30-8-1981 [sic], 20-5-1982, 30-11-1987) estima que al haber declarado este Tribunal que para la determinación de la cuantía de la deducción salarial derivada de huelga ha de computarse la parte correspondiente a los festivos y descanso semanal en la parte proporcional que corresponda, e incluso sobre las pagas extraordinarias al vencimiento de éstas, llega a la conclusión que la deducción realizada a los funcionarios recurrentes era la correcta. Mas es lo cierto que en esta línea olvidan las resoluciones administrativas otras sentencias del mismo Tribunal Central de Trabajo, como las de 10-6-1983, en la que se dice que «son reiteradas las sentencias de esta Sala que sientan el criterio de que los períodos de huelga legal mantenidos por los trabajadores no permiten la reducción del número de días de vacaciones anuales, pues las consecuencias onerosas del derecho de huelga no pueden llevarse más allá de lo establecido por el art. 6.2 y 3 del Real Decreto Ley de 4-3-1977 sobre no devengo del salario y suspensión de las cotizaciones a la Seguridad Social», doctrina reiterada en la de 27-4-1988 y la de 25-1-1989, que también vienen a declarar que no pueden ser computados a la hora de cuantificar la deducción por huelga las fiestas laborales, pues en ello no se da una exacta correspondencia entre el trabajo y el descanso para reponer fuerzas entre dos jornadas, al radicar su esencia en la celebración o conmemoración de ciertas fechas con la adecuada solemnidad, para lo que se exige a los trabajadores del deber de prestar servicios. Sentencias estas que han

servido al Tribunal *a quo* para dictar la sentencia cuya rescisión pretende el Abogado del Estado, y que al estimarse por esta Sala que deben ser de aplicación también a los funcionarios públicos han de conducir a la desestimación del presente recurso. (*Sentencia de revisión de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, de 16 de diciembre de 1991.*)

2. *Funcionarios. Derecho de huelga. La retención por horas no trabajadas no supone una sanción. Se incluye la parte correspondiente a descanso semanal y pagas extraordinarias, pero no las horas por festivos y vacaciones. Revisión.*

La procedencia de deducir haberes a los funcionarios públicos en huelga resulta de la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función pública, que dispone que «los funcionarios que ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales».

A juicio de la Sala —y aunque la falta de desarrollo de la norma habilitante produce un evidente vacío normativo que ha causado la contradicción entre las sentencias que aquí se oponen— es necesario, para colmar la laguna existente, inclinarse por la aplicación analógica de la doctrina jurisprudencial creada en el ámbito de los Tribunales del orden jurisdiccional laboral, por las siguientes razones.

1.º) En el supuesto de huelga de funcionarios se produce una «situación de suspensión de la relación de empleo», tal y como ha afirmado expresamente el Tribunal Constitucional en su S 99/1987 (FJ 5), que es análoga a la que resulta en el contrato de trabajo, por lo que parece lógico que sea consustancial a la misma que no se devenguen ni perciban retribuciones, entendiendo por tales no sólo las retribuciones directas —como se desprendería de la aplicación analógica del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos—, sino también de las indirectas o proporcionales al tiempo trabajado, como acontece en las relaciones laborales, y, de acuerdo con la identidad de razón existente entre ambos supuestos en los dos campos del Derecho, sirven los razonamientos del cuerpo de doctrina creado por nuestros Tribunales del orden laboral para dar cumplido apoyo a este razonamiento.

2.º) El vehículo anual de las Leyes de Presupuestos ha servido además, en los últimos ejercicios, para efectuar un proceso paulatino de aproximación el cómputo de las retribuciones de los funcionarios públicos a la determinación global de retribuciones —directas e indirectas— que rige en el ámbito laboral. Frente al sistema de la Ley 31/1965, que condicionaba el devengo de la paga extraordinaria al hecho de que su perceptor se encontrase en servicio activo el día 1 de los meses de julio o diciembre [criterio no modificado por el art. 23.2.c) de Ley 30/1984, y que pudo todavía inspirar el art. 17 del Real Decreto 33/1986] la considera-

ción de las pagas extraordinarias de los funcionarios del Estado como remuneraciones proporcionales al tiempo trabajado, se manifiesta —ya con cierta claridad— en lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 33/1987, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988. Es indudable la aplicabilidad de este último precepto a los supuestos de hecho que aquí se enjuician y del mismo resulta que cuando el tiempo de servicios prestados por un funcionario no comprenda la totalidad de los seis meses anteriores el importe de la paga extraordinaria se reducirá en un ciento ochentavo por cada día de su importe. Igual criterio sigue el art. 36.6 de la misma Ley de Presupuestos para 1988 para los casos de los funcionarios que realicen una jornada de trabajo disminuida, con lo que se sienta un cómputo de globalidad de retribuciones que es idéntico al que, en el ámbito laboral, ha llevado a la jurisprudencia a incluir las retribuciones indirectas o proporcionales al tiempo trabajado entre las cantidades a deducir en supuestos de huelga.

Por ello puede confirmarse —pese al indudable carácter fragmentario y disperso de la normativa sobre función pública en vigor— la existencia de una proximidad de razón entre el ordenamiento de funcionarios y el ordenamiento laboral que avala, en una consideración integradora del ordenamiento jurídico general, aplicar los criterios jurisprudenciales madurados en el ámbito laboral conforme a un principio de unidad del ordenamiento acertadamente destacado por la Sentencia, aquí invocada por el Abogado del Estado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 2-1-1990.

3.º) Esta deducción no es, en ningún caso, una sanción, sino consecuencia natural de la suspensión de la relación de empleo dimanante del ejercicio de un derecho, por lo que no entendemos decisivo el criterio de las sentencias impugnadas en el presente recurso, que se han fundado, como única *ratio decidendi* en que la situación en que se sitúa el funcionario en huelga, siempre que la misma dure un día, no debe resultarle más gravosa económicamente que si se le hubiera impuesto una sanción disciplinaria por el mismo motivo [art. 8.b), en relación con el 14.d) y 17 del RD 33/1986]. Pero resulta que la propia Disposición Adicional 12.ª de la Ley 30/1984 advierte que las retribuciones «no se devengarán ni percibirán» en caso de huelga, y con la aplicación del Reglamento indicado resulta que se devengarían y percibirían las indirectas del descanso semanal (sábado y domingo) y pagas extraordinarias, y que, además, el título que legitima la deducción en el primer caso (omisión de pago de lo que no se ha devengado) es claramente distinto del existente en el segundo (sanción para restablecer el orden jurídico vulnerado por el incumplimiento de servicios sí devengados y, normalmente, percibidos por el funcionario), siendo, en fin, de destacar que, por último, el valor afflictivo de la sanción por la falta leve de reducción proporcional de retribuciones no tiene que tomar sólo en consideración —desde una perspectiva exclusivamente retributiva— la cuantía de la sanción, sino también otros factores (*ad exemplum*, el evidente perjuicio para la carrera del funcionario que una sanción disciplinaria supone: art 51 del RD 33/1986), por lo que es

factible dar una interpretación conforme al principio constitucional de igualdad a la situación que las sentencias impugnadas ponen de manifiesto, lo que lleva a negar la aplicabilidad analógica del Reglamento de Régimen Disciplinario de 1986 y mantener la, sin duda más adecuada al derecho de huelga, del ámbito laboral con ello se consigue, además, evitar otro término de comparación —el del personal funcionario y el vinculado con una relación laboral con la Administración Pública en puestos similares y en la misma huelga—, en el que también se debería discutir la legitimidad del aparente trato de privilegio que, en favor del funcionario público, podría darse en caso de aplicar sólo a éste el régimen, que se dice menos gravoso, del art. 17 del Reglamento de Régimen Disciplinario.

Los razonamientos hasta aquí expuestos sirven ya para llegar a la conclusión de que las ocho sentencias impugnadas han de ser rescindidas, por ser la doctrina correcta la de las sentencias invocadas en contradicción por el Abogado del Estado, ya que, ante la ausencia de una norma legal que detalle cómo debe practicarse la deducción de haberes, entienden necesario, en base al principio de unidad del ordenamiento, acudir a los preceptos contenidos en el Real Decreto Ley 17/1977, regulador del Derecho de huelga, y estimar, conforme al artículo 6.2 del citado Real Decreto Ley, que durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y que el trabajador no tendrá derecho al salario, acudiendo para el cálculo del mismo a la jurisprudencia de los Tribunales del orden jurisdiccional laboral, de donde se extrae que la deducción por huelga ha de hacerse descontando al trabajador el número de horas reales que dejó de trabajar y que el cálculo del valor hora ha de efectuarse en base a un cómputo anual, en el que se admite la deducción por descanso semanal y pagas extraordinarias. Pero, aunque en las sentencias que el representante de la Administración cita como contradictorias con las ocho sentencias a rescindir no se aborda directamente la cuestión de si la deducción por huelga tiene que afectar o no al período anual de vacaciones y a las fiestas laborales del art. 37.2 de Estatuto de los Trabajadores (que establece que las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales y en cualquier caso se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1.º de Mayo, como Fiesta del Trabajo), es lo cierto que tales sentencias confirman otras resoluciones administrativas que desestiman recursos contra actos de deducción de haberes en las que el criterio aplicado por la Administración para hacer la deducción ha consistido en dividir el total de las remuneraciones anuales por el número de horas que cada funcionario tiene la obligación de prestar y, como es evidente, con este criterio quedan afectadas las fiestas laborales del repetido art.37.2 del Estatuto de los Trabajadores y el período anual de vacaciones, resultando además —en los casos que aquí se examinan— que la pretensión formulada por el Abogado del Estado es la de que confirmamos las resoluciones administrativas impugnadas en los ocho procesos *a quo*, que han deducido estas cantidades y expresamente nos solicita la

declaración de inclusión entre las cantidades a deducir por huelga de los festivos y de la mensualidad de vacaciones.

Al establecer una doctrina que supla la falta de una previsión normativa general sobre este problema se hace necesario precisar todas las consecuencias que resultan de los supuestos planteados. Por ello, reiterando lo que ya hemos declarado en la Sentencia de esta misma Sala especial de 16-12-1991, debemos afirmar que el criterio indicado respecto de los días festivos del art. 37.2 del Estatuto de los Trabajadores y de la vacación anual no puede admitirse como doctrina correcta por esta Sala en cuanto olvida la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo que, en Sentencia como la de 1-6-1983, afirma que «son reiteradas las sentencias de esta Sala que sientan el criterio de que los períodos de huelga legal mantenidos por los trabajadores no permiten la reducción del número de días de vacaciones anuales, pues las consecuencias onerosas del derecho de huelga no pueden llevarse más allá de lo establecido por el art. 6.2 y 3 del Real Decreto Ley de 4-3-1977, sobre no devengo de salario y suspensión de las cotizaciones a la Seguridad Social», doctrina reiterada en la de 27-4-1988 y en la de 25-1-1989, que también vienen a declarar que no pueden ser computadas a la hora de cuantificar la deducción por huelga las fiestas laborales, pues en ello no se da una exacta correspondencia entre el trabajo y el descanso para reponer fuerzas entre dos jornadas, al radicar su esencia en la celebración o conmemoración de ciertas fechas, con la adecuada solemnidad, para lo que se estima necesario eximir a los trabajadores del deber de prestar servicios que, en otro caso, habrían de rendir necesariamente, por lo que no puede alcanzar en sus efectos la huelga a la retribución de tales días, salvo que estén incluidos dentro de los que comprende la huelga misma, sentencias que la Sala considera deben ser también de aplicación a los funcionarios públicos.

Por tanto, aun cuando es necesario estimar, en cuanto al *iudicium rescindens*, la pretensión formulada por el Abogado del Estado, dando lugar a la rescisión de las ocho sentencias impugnadas, no implica dicha estimación acoger como correcta en toda su integridad la doctrina de las sentencias invocadas como contradictorias, ya que —como queda dicho— se aceptan dejando a salvo los puntos concretos de deducción de las fiestas laborales y las vacaciones, que se rechazan. Por ello tampoco accedemos a formular la declaración de conformidad a Derecho de las resoluciones administrativas impugnadas en los procesos de origen, debiendo mantener, en cambio, que no son conformes a Derecho las ocho resoluciones dictadas por la Gobernadora Civil de Cáceres el día 15-12-1988 sobre el descuento de un día de haber a los funcionarios afectados, debiéndose dictar nuevas resoluciones en las que se ordene que las deducciones en cuestión se produzcan, en su caso, dividiendo el total de las retribuciones anuales por el número de horas de trabajo que cada uno de los funcionarios venga obligado a prestar, añadiendo a este divisor las horas correspondientes al período anual de vacaciones y a las catorce fiestas laborales. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, de 17 de diciembre de 1991.*)

3. *Negociación colectiva. La exclusión del sistema de negociación colectiva para los funcionarios públicos, ya sostenida por la S 29-10-85 y por la STC 57/82, debe entenderse superada por la Ley 9/1987, de 12 de junio. Podrá proyectarse sobre los aspectos contemplados como mínimos —como vacaciones, licencias v permisos— sobre los no regulados por la legislación general aplicable, pero sería ilegal en cuanto pretenda modificar los extremos regulados con carácter imperativo por dicha legislación.*

Aún cuando el Letrado del Estado, en su contestación a la demanda, se limitó, en principio, a denunciar los aspectos en que, a su juicio, desnaturalizaba el acuerdo impugnado la relación funcional e invadía las competencias legislativas, la invocación que en su escrito de conclusiones hace de la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 29-10-1985, que excluía el sistema de negociación colectiva para los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, entre ellas las Locales, impone una declaración al respecto en cuanto la vieja polémica sobre el tema de la negociación colectiva de los funcionarios públicos planteados sobre la base de los arts. 7, 28 y 37 de la Constitución, y que, inicialmente su Sentencia 57/1982, de 27 de julio, en conflicto planteado entre el Estado y la Comunidad Autónoma Vasca, el Tribunal Constitucional pareció resolver en el sentido indicado de la exclusión del sistema de negociación colectiva de los funcionarios públicos por su sometimiento a las condiciones de empleo determinada, legal y reglamentariamente, debe entenderse superado por la Ley 9/1987, de 12 de junio, sobre Organos de Representación Determinación de las condiciones de trabajo y Participación del personal al servicio de las Administraciones públicas que, como dice su Exposición de Motivos, pretende conjugar el principio de competencia exclusiva del Estado para determinar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el régimen estatutario de los funcionarios en aplicación de los Convenios 151 y 154 de la OIT (ratificados por España en 22-4-1984, con valor de Ley interna en el art. 96 CE), Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical [arts. 2.2.d), 6.3.e), 8.2.b) y Disposición Adicional 2.ª.2] y 103.3 de la Constitución, que ya anunciaba el art. 3.2.b) de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y que, sin menoscabo de aquellas competencias exclusivas, ha venido a reconocer expresamente en su art. 32 aquel derecho de negociación colectiva, precisamente en el ejercicio de su competencia que el art. 149.1.18 de la Constitución se atribuye al Estado. Por todo ello, descartada la nulidad total del acuerdo por el hecho, en sí, de la existencia de una negociación colectiva del Ayuntamiento de Almansa con sus funcionarios el objeto del recurso, queda reducido a determinar si las distintas normas en él contenidas que el Abogado del Estado reputa constitutivos de una invasión en las competencias estatales, debe o no declararse ajustados al ordenamiento jurídico.

La admisión de la negociación colectiva que, junto a la utilización por el art. 2.º del Acuerdo recurrido del término «relaciones laborales» como objeto del mismo, constituye el argumento principal en representación

del Estado basa su acusación de desnaturalización por el Ayuntamiento de Almansa de la relación funcional al transformarla en relación laboral, supone, admitido, según dijimos, y reconoce el propio Abogado del Estado el sistema de negociación colectiva, la desestimación de este motivo genérico de impugnación al carecer de trascendencia esta expresión, sin duda desafortunada, en cuanto parece identificar a los trabajadores que negociaron el acuerdo unidos por una relación de derecho administrativo con los sujetos al régimen del derecho laboral, claramente diferenciados en el art. 89 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, pero que, en aplicación de estas normas, nunca pueden confundirse.

Acusada por la Administración del Estado la llamada «cláusula de garantía» a que se refiere el art. 35, en su apartado *c*), en cuanto establece que la entrada en vigor del acuerdo se entenderán sin validez «todos aquellos acuerdos y demás normativas» que le contradigan, al entender que ello supone una abdicación de las competencias que la Constitución y las Leyes atribuyen a los Ayuntamientos, es evidente la carencia de fundamento de este motivo de impugnación, al suponer la cláusula impugnada la consecuencia lógica e ineludible de todo acuerdo municipal que se adopta, precisamente en el ejercicio legítimo de aquellas competencias, sin que, lógicamente, pretenda, ni mucho menos, pueda dejar sin efecto las normas estatales siguientes que como tales limitan y vinculan a los Ayuntamientos en dicho ejercicio.

Respecto al tema de vacaciones, licencias y permisos que regula el art. 7 del acuerdo, y aún siendo cierto que, como denuncia el Abogado del Estado, las disposiciones contenidas en su párrafo 2.º, según las cuales «se conceden al personal que estuviera disfrutando del mes de vacaciones los días correspondientes a las vacaciones no regladas existentes en dicho mes», contradice el sentido literal del art. 142 del RD 791/1986 cuanto remite a la legislación sobre la Función Pública de la Comunidad respectiva (que en el momento de su redacción en el art. 81 de la Ley Regional 5/1985, de 26 de junio [LCLM 1985, 22091] y entonces vigente, y hoy del art. 3 de la Ley 3/1988 [LCLM 1988, 129], que remite supletoriamente en lo aplicable a los funcionarios de la Administración Civil del Estado, art. 68 Texto Articulado de 7-2-1964 que no contiene esta norma, expresamente prohibida por los arts. 83.2 de la derogada Ley Regional 5/1985, al igual que ocurre con las normas del art. 82 sobre licencias y permiso por enfermedad, fallecimiento y entierro de parientes [*D*] y [*B*]), nacimiento de hijos [*D*]), matrimonio de hijos y hermanos [*E*]), traslado de domicilio [*G*] y cumplimiento de deberes sindicales [*I*]), no podemos olvidar, en primer lugar, que el aludido art. 142 del D 781/1986 está dictado en desarrollo del art. 92.1 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece su aplicación meramente supletoria de la legislación del Estado y Comunidades Autónomas en los funcionarios al servicio de la Administración Local «en los términos del art. 149.1.18.º de la Constitución», esto es, las bases del Régimen estatutario, los funcionarios públicos, no encontrándose entre ellos, según el art. 1.º Tres de la Ley

30/1984 de Reforma de la Función Pública, el art. 30 de la misma reguladora del régimen de permisos sobre la materia para estos funcionarios, debiendo, en consecuencia, considerar la legislación estatal como un mínimo para los funcionarios locales, y que la Ley de Organos de Representación, determinación de las condiciones de trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas 9/1987, de 12 de junio, en su art. 32, como antes dijimos, reconoce el derecho de negociación colectiva a este personal, y su art. 9.4.b) establece la consulta obligatoria —«tener conocimiento y ser oídos», dice— de las Juntas de Personal y Delegado de Personal en la materia de «Régimen de permiso y vacaciones y licencias», todo lo cual impone la desestimación de este motivo de impugnación en cuanto la resolución propugnada por el Abogado del Estado haría ilusoria esta negociación y estas facultades.

Por el contrario, incluidos el art. 29 de la Ley 30/1984 sobre situaciones de los funcionarios, según su art 1º.Tres, entre las consideradas bases del régimen estatutario al amparo del art. 149.1.18.º de la Constitución, cuyo apartado tres regula la excedencia voluntaria, es evidente que el Ayuntamiento de Almansa quedaba vinculado en esta materia por dicha norma, y por el art. 92.1 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, al sujetarse al régimen general de los funcionarios públicos, debiendo, en consecuencia, redactar de nuevo el art. 9 del acuerdo impugnado en cuanto al tiempo mínimo de duración de la excedencia voluntaria, que deberá de ser de dos años (art. 29.Tres, Ley 30/1984, por la remisión del art. 3 de la Ley Regional 3/1988), en lugar del año fijado en el acuerdo.

En relación al cambio de grupo del *E* al *D*), que para determinados funcionarios (guarderías, chóferes y fontaneros) se establecen en el apartado 5.º del art. 11, y aún cuando la norma parece tener un carácter meramente transitorio y contemplar el aspecto meramente pecuniario del cambio (al referirse el art. 11 en los incrementos salariales para el año 1988), es patente su ilegalidad a menos que en el catálogo de puestos de trabajo se exija para el acceso a ellos la titulación de Graduado Escolar, Formación Profesional de Primer Grado o equivalente, tal como exigen los arts. 16 de la Ley Regional de la Función Pública y 25 de la Estatal, en relación con el 129.3, 131.1 y 168 del Real Decreto Legislativo 782/1986; otra cosa supondría una alteración del sistema legalmente establecido para la provisión de puestos de trabajo, debiendo, en consecuencia, declararse nulo por contrario a derecho tal extremo.

Debe, sin embargo, rechazarse la acusación que el Estado hace de la mención sobre el derecho de huelga, que, sin fundamentación legal alguna en su escrito de demanda, dice (Hechos 2.º y 3.º) infringe la normativa y vigente, dada la clara remisión que el art. 26 del Acuerdo impugnado hace del ejercicio de este derecho a las directrices (Disposición Adicional 12) de la Ley 30/1984 sobre reforma de la Función Pública.

Por último, debe estimarse íntegramente, por su manifiesta ilegalidad, la pretensión deducida sobre la nulidad del art.11 antes referido en los extremos 3.º, 4.º y 8.º y todas sus consecuencias en la retribución de los funcionarios del Ayuntamiento demandado por la desnaturalización

que, contra toda la normativa estatal y regional, supone la desaparición del complemento específico, su sustitución por el que llama «complemento de mejora social» y «Complemento Especial por Dificultad Técnica», y que deberá regularse y aplicarse de nuevo siguiendo las directrices de los arts. 95.3.b) y 23.Tres.b) respectivamente de la entonces vigente Ley Regional y Estatal de la Función Pública, por aplicación de los arts. 93.2 y 3 de la Ley 7/85 de Bases del Régimen Local y 153 del Real Decreto Legislativo 781/1986.

La representación del Estado, al formalizar su apelación, expresamente advierte que se limita a insistir en lo que alegó en primera instancia sobre la ilegalidad del Acuerdo plenario del Ayuntamiento de Almansa, pero que, por excepción, considera que debe dedicar una especial atención a los fundamentos 3.º, 4.º y 5.º de la sentencia que impugna, consiguiendo, en efecto, determinadas consideraciones en concreto que, sin embargo y según hemos de ver, no suponen cosa distinta de las que ya había alegado también en primera instancia, a pesar de que la Sala sentenciadora dio adecuada respuesta a cada una de las cuestiones a qué citados fundamentos se refieren, siendo por ello por lo que no habiéndose efectuado la concreta crítica de la sentencia —que es el exclusivo objeto de esta clase de recursos—, hay que dar por cierto que las consideraciones jurídicas de aquélla, que íntegramente hemos aceptado, ni siquiera se han intentado desvirtuar en la singularidad expresada; porque otra cosa es dar una versión contraria a aquélla para extraer la conclusión subjetivamente más conveniente para la consecución del recurso.

En efecto, la circunstancia de que en el Acuerdo impugnado se haga referencia a las «relaciones laborales» para referirse a la especial relación entre el Ayuntamiento y sus funcionarios, podrá constituir —como el Tribunal *a quo* indica— una expresión poco afortunada, pero no constitutiva de infracción legal ni de atentado a norma alguna emanada del Estado o de la correspondiente Entidad autonómica, por más que en la práctica y a los solos efectos del Acuerdo, cuya validez se cuestiona, se asimilen a los funcionarios municipales con los trabajadores reclutados a través de su dispar régimen de nombramiento, y, en otro orden de cosas, ninguna ilegalidad podrá detectarse por la circunstancia de que en dicho Acuerdo se estableciera una «cláusula de garantía» que dejará sin validez toda normativa ulterior que fuera contraria a lo acordado, porque esta cautela es congruente con el carácter bilateral de todo Convenio Colectivo que, engendrando recíprocos derechos y obligaciones para quienes en él intervienen, excluye la posibilidad jurídica de que la Administración interviniente pueda valerse posteriormente de su potestad normativa para dejar a aquél sin efecto en su propio beneficio sin más que dando una norma o aplicando las emanadas de rango superior sin respetar o compensar de algún modo los efectivos derechos adquiridos de contrario. La conjunción de los artículos de la Ley de Bases para la Reforma de Régimen Local, del Real Decreto legislativo citado en los «Vistos » y de la de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública que se hace en la sentencia apelada, obliga a deducir que, en definitiva, no se excluye la

posibilidad de que los órganos de las Corporaciones Locales que, en materia como la de organización de sus servicios, sean de su competencia exclusiva, convengan con su personal lo relacionado con el ejercicio del derecho que éste tiene de disfrutar de vacaciones; porque esto es cuestión distinta de que, al usar de tal facultad, se infrinja el régimen general que viniera establecido con riguroso carácter imperativo, por básico, por la legislación estatal —a la que, por supuesto, también se supeditan las entidades autonómicas—, a propósito de «las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios, que en todo caso garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas», según resulta del art. 149.18 de la Constitución; siendo por todo cuanto razonado queda por lo que resulta procedente la confirmación de la sentencia apelada. (*Sentencia de la Sala 3ª, Sección 4ª, de 30 de mayo de 1992, confirmatoria de la del TS Junta de Castilla-La Mancha de 16-11-89.*)

4. *Complemento de plena dedicación. Cuerpo Nacional de Policía. Concesión en vía jurisdiccional al acreditarse que los recurrentes venían prestando idénticos servicios que otros perceptores del complemento, pese a la falta de catalogación de los puestos de que se trata. Recurso extraordinario de revisión.*

Se somete a revisión por el Abogado del Estado, al amparo del motivo b) del art. 102.1 de la Ley de esta Jurisdicción —en su versión anterior a la Ley 10/1992— la S 19-5-1990 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que estima el recurso interpuesto por un colectivo de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, pertenecientes a la Escala Básica, contra la denegación presunta, por silencio administrativo, de reclamaciones individuales dirigidas al Director General de la Policía en las que solicitan se les conceda el derecho al percibo del complemento de plena dedicación, por entender el representante de la Administración que la sentencia cuya rescisión pretende es contradictoria con las dictadas el 22-10-1987, 13-12-1988 y 21-4-1989 por las Salas de este orden jurisdiccional de las antiguas Audiencias Territoriales de Cáceres, Valencia y Oviedo, respectivamente.

Siendo firme por ministerio de la ley la sentencia recurrida, al haber recaído en asunto de personal al servicio de la Administración pública, materia a la que es aplicable la regla de única instancia del art. 94.1.a) de la expresada Ley —en su redacción a la sazón en vigor— y habiéndose interpuesto este recurso en tiempo oportuno, a pesar de lo que sostiene gratuitamente en contrario la parte recurrida, pues notificada la sentencia al Abogado del Estado el 21-5-1990 la demanda de revisión ha tenido entrada el 6 junio siguiente, dentro por tanto del plazo de un mes que establecía el viejo art. 102.3 de la Ley de esta Jurisdicción, se han cumplido los presupuestos procesales que en casos como éste hacen viable el análisis del recurso de revisión, que no puede quedar truncado por el alegato de que la Administración ha satisfecho a los demandados las

cantidades reconocidas en la sentencia recurrida, ya que si ha sido así, como se aduce en el escrito de contestación, lo único que podría inferirse de este dato es que la Administración ha ejecutado un fallo judicial firme, como está obligada por imperativo legal —arts. 103 y siguientes de la mentada Ley—, nunca que procede dictar Auto dando por terminado este procedimiento, con archivo de las actuaciones. Baste reparar que el art. 90 de la misma Ley, que se trae a colación, es ajeno al proceso en que nos encontramos, pues en el recurso de revisión no se combate acto alguno sobre cuya legalidad no se ha pronunciado un Tribunal, que es el presupuesto de una hipotética satisfacción extraprocesal, sino que en él se ejercita una pretensión rescisoria de una sentencia, que además ha de ser firme en los términos antes expresados.

Y tampoco se puede compartir que este recurso es inadmisibile, con arreglo a lo previsto en el art. 82.g), en relación con el 69.1 de la Ley Jurisdiccional, so pretexto de que el Abogado del Estado no ha demostrado, en el sentir de la parte recurrida, la existencia de doctrina contradictoria, porque cuando así se arguye se está confundiendo las exigencias formales del escrito de demanda, en el seno del recurso contencioso-administrativo con el resultado que, a juicio de aquélla, arroja el juicio de identidad entre las sentencias enfrentadas, cuestión que afecta al fondo del recurso de revisión, no a sus presupuestos procesales, y que se pasa seguidamente a examinar.

Entrando, pues, en el juicio de identidad entre las sentencias enfrentadas en la demanda, como exige el motivo revisor invocado por el Abogado del Estado, no se aprecia contradicción entre la sentencia recurrida y las antecedentes de las Audiencias Territoriales de Valencia y Oviedo.

La S 13-12-1988 efectivamente desestima un recurso interpuesto también por un colectivo de funcionarios contra la resolución de la Dirección General de la Policía que les denegó —de modo expreso— el reconocimiento y abono del complemento de plena dedicación. Pero esta similitud de casos, resueltos de modo distinto, no es suficiente, a la luz del art. 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional, para apreciar la existencia de contradicción entre la sentencia impugnada y el precedente que es objeto de parangón.

En el caso resuelto por la Audiencia Territorial de Valencia el debate parece que discurrió en torno a una supuesta discriminación de los recurrentes adscritos a la Delegación Regional de Informática de la Jefatura Superior de Policía de esa capital ocupando puestos de operadores de terminal, respecto a otros funcionarios no pertenecientes a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, como puede inferirse del fundamento jurídico segundo de la sentencia antes aludida, en el que se sostiene que la Resolución de la Subsecretaría de Economía y Hacienda de 22-5-1986 —hay que entender el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 mayo anterior, hecho público por aquélla, por el que se aprueba el catálogo de puestos de trabajo del Ministerio del Interior en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 50/1984— no implica trato discriminatorio alguno porque, para los recurrentes, determina la sujeción al régimen

retributivo propio y específico establecido en el Real Decreto Ley 9/1984, «no aplicable a los funcionarios o empleados no pertenecientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado», a lo que se añade que la disposición derogatoria de éste obsta a la aplicación del Real Decreto Ley 3/1983 de 20 abril.

En cambio, en el litigio resuelto por la sentencia que ahora se recurre la discusión se entabló exclusivamente sobre la aplicación del principio constitucional de igualdad ante la ley y la Sala sentenciadora, aceptando la tesis propugnada en la demanda apreció la concurrencia de discriminación en los recurrentes por desempeñar éstos idénticos puestos de trabajo que los servidos por otros compañeros, pertenecientes también a la Escuela Básica y destinados en la misma localidad, que percibían el complemento de plena dedicación y que incluso algunos de los actores, en determinados períodos, llegaron a cobrar.

No existe, por tanto, identidad objetiva ni causal entre las sentencias comparadas, por lo que sus pronunciamiento no se pueden considerar contradictorios. Es más, la ausencia de identidad en los hechos es todavía más patente si se repara en que la sentencia dictada por la Audiencia de Valencia afirma, aunque a mayor abundamiento, que no se ha probado que los puestos desempeñados por los recurrentes exijan una dedicación y responsabilidad especiales, características que en cambio predica la sentencia objeto de este recurso por su identidad con los servidos por los otros compañeros a quienes se abona la retribución complementaria discutida.

Y por lo que respecta a la S 21-1-1991, es suficiente constatar que rechaza la discriminación aducida por no existir paridad de situaciones entre los recurrentes y los funcionarios que percibían el complemento específico (sic) discutido, que desempeñan puntos de trabajo diferentes» «y no pertenece al Cuerpo Nacional de Policía, sino al Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado», para comprender que tampoco existe identidad objetiva entre el caso resuelto en este precedente y el contemplado en la sentencia que ahora se impugna.

La S 22-10-1987, a diferencia de las que se acaban de analizar, sí puede considerarse significativa a los efectos del motivo de revisión que nos ocupa.

En el escrito de contestación se niega la existencia de contradicción mediante un doble alegato: en el caso resuelto por la Audiencia Territorial de Cáceres —se arguye— el recurrente fue un Teniente de la Policía Nacional, no un Policía o un Cabo de este Cuerpo, y mientras que aquél recurrió la no catalogación de su puesto de trabajo, en el recurso que ha dado origen a la sentencia impugnada no se recurre la no catalogación, sino el impago del complemento a unos funcionarios que estuvieron destinados en puestos catalogados y retribuidos como tales.

La primera alegación es cierta, pero insuficiente para quebrantar la identidad subjetiva entre uno otro proceso. La diferencia en el empleo —la pertenencia a distintas Escalas del Cuerpo Nacional de Policía tras la integración en él del Cuerpo de Policía Nacional— no era relevante a los

efectos de percibir el complemento de plena dedicación por tratarse de un concepto retributivo vinculado exclusivamente a las características singulares de determinados puntos de trabajo, concretamente aquellos en los que se exigía una «dedicación y responsabilidad especiales» —art. 5.1 del Real Decreto 1781/1984, de 26 de septiembre, desde el 1-1-1988 tiene efectos económicos el régimen retributivo instaurado por el Real Decreto 311/1988, de 30 de marzo—, por ello el empleo no era factor relevante, a diferencia de lo que ocurría con el complemento de destino —art. 2.º de la expresada disposición—, que se percibía por razón del empleo o categoría. En consecuencia, tratándose de un complemento, no personal, sino de puesto de trabajo, carece de virtualidad esta objeción para contrarrestar la contradicción que invoca el Abogado, del Estado.

El segundo alegato tampoco se puede compartir. Los actos recurridos en uno y otro proceso son sustancialmente iguales, si no idénticos, pues en ambos casos lo que en definitiva se interesó de la Dirección General de la Policía fue el abono del complemento de plena dedicación.

La lectura de la sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres, que por fotocopia se acompaña la demanda de revisión, no permite sostener que lo impugnado fue la no catalogación de un puesto de trabajo —su encabezamiento es bien expresivo de contenido del acto recurrido—, pero, es más, en la motivación —fundamento primero— se relata que la denegación administrativa de la solicitud de abono del expresado complemento se produjo «en base que el puesto de trabajo que desempeña el recurrente no aparece incluido en el Catálogo de Puesto de Trabajo aprobado por el Ministerio del Interior con efectos de 1-1-1985, así como de la ampliación para el año 1986, correspondiente a la plantilla de Badajoz», lo que es suficiente para revelar que el acto recurrido no pudo ser la ausencia de catalogación del punto de trabajo que ocupaba el actor.

Tampoco se desprende de las reclamaciones individuales formuladas por quienes ahora son parte recurrida que lo que se impugna en el recurso antecedente de éste es el mero impago del complemento de plena dedicación a unos funcionarios que estuvieron destinados en puestos catalogados y retribuidos como tales, pues ninguna alusión se hace a la previa catalogación de los puestos de trabajo servidos por los mismos, sino simplemente a que, en el sentir de los interesados, tales puestos reúnen las características que en las reclamaciones se relacionan. Por eso, con apoyo en las disposiciones que invocan, solicitan se les conceda el derecho al percibo del complemento de plena dedicación.

Otra cosa es que, en uno y otro caso, las peticiones deducidas ante la Administración supusieran una impugnación implícita del catálogo, por no contemplarse en él los puestos de trabajo servidos por los distintos peticionarios.

Concluyendo, pues, se aprecia la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la precedente de 22-10-1987, ya que mientras que aquélla estima el recurso contencioso-administrativo por entender que los recurrentes desempeñan idénticos puestos de trabajo que otros funcionarios destinados en la misma localidad, también de la Escala Básica,

que han percibido el complemento de plena dedicación, e incluso algunos de los propios actores en determinados períodos de tiempo, la sentencia de la Audiencia Territorial de Cáceres, no obstante haberse invocado por el recurrente la analogía con otros funcionarios de su misma Escala y categoría que percibían también el expresado complemento —antecedente segundo— razona el fallo desestimatorio en la no inclusión en el catálogo de puestos de trabajo con plena dedicación del ocupado por el actor, es decir, en la misma motivación invocada por la Dirección General de la Policía. Y no es obstáculo esta contradictoria doctrina que en el fundamento cuarto de la sentencia recurrida se diga que «lo esencial aquí es que se ocupen destinos en los que se exija especial dedicación, previamente determinados por la Administración, requisito que aparece cumplido» (el subrayado es nuestro), porque no se trata de la constatación de un hecho, sino de una consideración obtenida de haber entendido la Sala sentenciadora que los recurrentes desempeñaban idénticos puestos de trabajo que otros funcionarios que venían cobrando el complemento de plena dedicación, como resulta corroborado en otro pasaje del propio fundamento cuarto, cuando, a propósito de rechazarse la explicación relativa a las limitaciones presupuestarias, se admite que era «superior el número real de funcionarios que el de puestos con complemento».

Es cierto que el complemento de plena dedicación, que trae causa del Real Decreto Ley 9/1984, de 11 de julio —arts. 2.2 y 7.3—, que regulaba a la sazón las retribuciones de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, desarrollado por el Real Decreto 1781/1989, de 26 de septiembre —art. 5.º— y éste a su vez por la O 23-10-1984 —art. 3.º—, constituía una retribución complementaria de determinados puestos de trabajo, concretamente de aquellos cuyo desempeño exigía una «dedicación y responsabilidad especiales». También es cierto que la determinación de los puestos correspondía al Ministerio del Interior, pero no lo es menos que constatado por la Sala Sentenciadora que los puestos de trabajo ocupados por los recurrentes eran idénticos y reunían las mismas características, tanto en categoría como en trabajo, que en otros, cuyos titulares destinados en la misma localidad venían percibiendo el complemento de plena dedicación, que incluso llegaron a cobrar algunos de aquellos en determinados períodos, no puede erigirse en obstáculo al reconocimiento del derecho a percibir al expresado complemento la falta de catalogación de tales puestos, no sólo porque esto supondría dar una solución meramente formal al caso litigioso cuando el Tribunal *a quo* entiende ya acreditado que los referidos puestos de trabajo exigen una especial dedicación, sino también porque al dirigirse los interesados a la Administración solicitando se les concediera el derecho al percibo del complemento de plena dedicación, ya que estaba cuestionando, aunque implícitamente, la no inclusión en el catálogo de los puestos servidos por ellos. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, de 3 de julio de 1992.*)

5. *Interpretación del art. 30 de la Ley 9/1987. Vacío legal. Diferente naturaleza, finalidad y composición de las Mesas de Negociación a que*

*aquél se refiere y de las Juntas de Personal, por lo que la aplicación del criterio de proporcionalidad con los resultados obtenidos en las elecciones a Juntas de Personal no es adecuado a Derecho para decidir sobre la composición de las Mesas de Negociación.*

La cuestión litigiosa que se plantea en el presente proceso se reduce a la interpretación que deba darse al art. 30 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, el cual remite a determinados preceptos de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, de 2 de agosto.

Respecto a la mencionada cuestión litigiosa, la pretensión procesal del apelante consiste en que se revoque la sentencia del Tribunal de instancia y se declare conforme a Derecho el acto administrativo recurrido en cuanto establece que la representación sindical en la Mesa de Negociación ha de ser proporcional a los resultados obtenidos en el Ayuntamiento en las elecciones a la Junta de Personal. Por su parte, el apelado pretende que se desestime el recurso de apelación interpuesto y se confirme en todos sus extremos la sentencia apelada, en cuanto declaraba nulo por contrario a Derecho el acto administrativo que estableció la antes citada representación proporcional.

Las constataciones anteriores pretenden centrar el problema a que se refiere el litigio, el cual debe resolverse teniendo en cuenta el precepto del art. 43.1 de la Ley Jurisdiccional, y por tanto juzgando dentro de las alegaciones y pretensiones de las partes, y asimismo sin olvidar que esta Jurisdicción es fundamentalmente revisora, por lo que no procede, en el caso de autos, hacer declaraciones de carácter general, sino pronunciarse sobre la conformidad a Derecho del acto administrativo impugnado en su día.

Entrando en el estudio de la cuestión a resolver, es preciso considerar que el art. 30 de la antes citada Ley 9/1987, de 12 de junio, tras efectuar en su párrafo primero una remisión a la Ley Orgánica de Libertad Sindical, se limita a afirmar que en la Mesa de Negociación estarán presentes los Sindicatos más representativos en el Estado y en la Comunidad Autónoma, y además los Sindicatos que hayan obtenido más del 10 por 100 de los votos en las elecciones y representantes en las Juntas de Personal. Por su parte, los arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, a los que remite la Ley anterior, declaran cuáles debe entenderse que son los Sindicatos más representativos, y afirma su derecho a participar en la determinación de las condiciones de trabajo. Pero ni una ni otra Ley contienen pronunciamiento expreso sobre la cuestión controvertida en el caso de autos, es decir, sobre si la presencia en la Mesa de Negociación de los Sindicatos más representativos ha de ser paritaria.

Sobre este punto hay que hacer el pronunciamiento debido en Derecho partiendo de que realmente existe una laguna legal por no haberse precisado en qué proporción estarán en la Mesa los representantes de los

Sindicatos, pero sobre todo revisando el acto del Ayuntamiento y apreciando si existen o no incongruencia o error en las declaraciones de la sentencia apelada.

Para ello debe partirse de que, si bien existe en nuestro Derecho una tendencia a la equiparación entre las relaciones funcionariales y laborales y entre la normativa que las regula, se trata de una tendencia no consumada, motivo por el que precisamente se dicta la Ley 9/1987, de 12 de junio, específica para el personal al servicio de las Administraciones públicas. En consecuencia, son de rechazar las alegaciones de las partes según las cuales se pretende que se resuelva el proceso aplicando por analogía el ordenamiento laboral. En el presente caso el nexo de unión entre uno y otro ordenamiento viene constituido por la presencia de los Sindicatos en el ámbito funcional, pero este extremo no se discute en cuanto tal en el proceso.

En el estudio de la cuestión de fondo hay que atender a cuál sea el carácter de las Mesas de Negociación, que tienen encomendada la celebración de conversaciones con objeto de obtener convenios y acuerdos respecto a la determinación de las condiciones de trabajo del personal. Estas competencias son muy diferentes de las que nuestro Derecho atribuye a las Juntas de Personal que intervienen en la administración cotidiana de los recursos humanos de cada Administración, Sector y Organismo Administrativo. De ello debe deducirse que no son de aplicación los resultados electorales obtenidos en un ámbito (en el caso de autos, los que se refieren a las Juntas de Personal) para resolver sobre la composición del otro. Por tanto hay que entender que la aplicación del criterio de proporcionalidad con los resultados obtenidos en las elecciones a Juntas de Personal no es adecuado a Derecho para decidir sobre la composición de las Mesas de Negociación.

Ciertamente la dicción literal del último inciso del párrafo segundo del art. 30 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, puede inducir a error en cuanto se refiere a la necesaria presencia de los Sindicatos que en las elecciones a Juntas de Personal obtuvieron más del 10 por 100 de los votos. Pero ello debe utilizarse simplemente como criterio complementario del primer inciso del precepto, que alude claramente a los Sindicatos más representativos en el Estado y la Comunidad Autónoma.

De cuanto viene afirmándose se deduce que el criterio al que se atuvo el Alcalde para decidir sobre la composición de las Mesas de Negociación no se encuentra debidamente fundamentado en el ordenamiento jurídico, pues, en definitiva, se basa en una interpretación errónea de la finalidad y la composición de la Mesa de Negociación y la Junta de Personal.

En consecuencia, no puede accederse al pedimento del órgano sindical de Comisiones Obreras y procede confirmar en todos sus extremos la sentencia apelada, que declaró nulo el acto impugnado ante el tribunal de Instancia, nulidad que tiene su origen en la citada falta de fundamentación del acto a la vista del ordenamiento, sin que corresponda esta jurisdicción hacer pronunciamiento expreso sobre cuál ha de ser la composición de la Mesa. (*Sentencia de 8 de julio de 1992.*)

6. *Complemento de destino. Es el puesto de trabajo y no la persona del funcionario público que lo ocupa el que resulta acreedor a un determinado nivel de complemento de destino. Imposibilidad de acceder a la petición de un determinado complemento de destino cuando no se ha denominado, ni especificado ni descrito, el contenido del que se ocupa.*

Tanto el art. 98 de la Ley de Funcionarios Civiles, Texto Articulado aprobado por Decreto 7-2-1964, como el art. 67.2 del Estatuto de Personal al Servicio de Organismos Autónomos, aprobado por Decreto 2043/1971, de 23 de julio, establecen que el complemento de destino corresponderá a aquellos puestos de trabajo que requieran particular preparación técnica o impliquen especial responsabilidad, lo que evidencia que no se trata de un complemento personal, sino, antes al contrario, objetivo, de forma tal que es el puesto de trabajo y no la persona del funcionario público que lo ocupa el que resulta acreedor a un determinado nivel de complemento de destino. Y esta naturaleza del complemento de destino ha sido mantenida por la Ley 30&1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de Función Pública, cuyo art. 23.3.a) dispone que es retribución complementaria «el complemento de destino correspondiente al nivel del puesto que desempeñe».

Así lo entendió la antigua Sala Quinta de este Tribunal, en S 17-3-1986, dictada en recurso en interés de Ley, en la que se dice que «el complemento de destino es, pues, un concepto retributivo objetivo y singular relacionado con el puesto de trabajo desempeñado y por ello ni cabe conectarlo con la titulación y capacitación técnica exigida para el ingreso en Cuerpos determinados, ni todos los puestos desempeñados por funcionarios de aquéllos, cualesquiera sea su nivel técnico o funcional, han de llevar forzosamente implícita esa remuneración que sólo se reconoce a aquéllos encomendados al respectivo colectivo en los que concurra alguna de las dos circunstancias alternativas inexcusablemente exigidas. La titulación y capacidad técnica tienen su reflejo económico en las retribuciones básicas, en tanto que, mediante el complemento de destino se prima o la especial preparación añadida a la genérica para el ingreso en la función pública o la especial responsabilidad que lleva aneja la adscripción a un servicio determinado». Dicha doctrina fue, a su vez, confirmada por Sentencia de fecha 17-1-1987, dictada en recurso de revisión, en la que se recoge expresamente el texto transcrito de la S 17-3-1986, añadiendo además «... que el art. 67.2 del Estatuto del Personal al Servicio de Organismos Autónomos —cuyo antecedente se encuentra recogido en el art. 98 de la Ley de Funcionarios Civiles de la Administración del Estado, Texto aprobado por Decreto 7-2-1964— señala que el complemento de destino corresponderá a aquellos puestos de trabajo que requieran particular preparación técnica o impliquen especial responsabilidad, siendo evidente que las cualidades de “particular preparación técnica” o “especial responsabilidad”, están referidas a puestos de trabajo concretos y no son atribuibles a los funcionario *in genere* de unos Cuerpos Especiales por la preparación técnica obtenida, sino a las propias asignadas a determi-

dados puestos de trabajo; por ello el régimen de atribución de dicho complemento ha de ser determinado por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda, y a iniciativa de los Ministerios interesados, con el previo informe de la Comisión Superior de Personal, como ordena el art. 69 del Estatuto aludido».

A la vista de la doctrina expuesta no es posible estimar el recurso contencioso-administrativo que examinamos. Aunque el recurrente desde su ingreso en el CEDEX venía desarrollando las funciones propias de los Ingenieros Técnicos de Grado Medio, no es ello suficiente, por lo ya expuesto, para fundamentar su pretensión de reconocimiento de un complemento de desti. El recurrente en vía administrativa postuló, en primer lugar, como pretensión principal, un complemento de destino con nivel 22, y en segundo lugar, como pretensión secundaria, «un complemento de destino del mismo nivel que ostentaran sus compañeros Directores de Proyectos o Jefes de Programa». Después, en la demanda jurisdiccional, abandonó su pretensión principal, y centró exclusivamente su petición en que se reconociera «el derecho a percibir un complemento de destino con el nivel 16». Aunque admiráramos, a efectos dialécticos, que el complemento de destino con el nivel 16 es el que perciben sus compañeros Directores de Proyectos o Jefes de Programa, pues en otro caso la pretensión de dicho nivel 16 sería una «cuestión nueva» suscitada por primera vez en vía jurisdiccional, sin haber sido planteada en vía administrativa, ha quedado en los autos totalmente sin acreditar qué concreto puesto de trabajo ocupa el recurrente en el CEDEX, puesto que ni tan siquiera ha denominado, ni especificado ni descrito su contenido, ni tampoco se ha acreditado que tal puesto lo sea de Director de Proyectos o de Jefe de Programas u otro que exija la misma «particular preparación técnica» o «especial responsabilidad», lo que impide a esta Sala ponderar si el puesto de trabajo del recurrente es o no asimilable al puesto de Director de Proyectos o Jefe de Programas, con el que se trata de establecer la comparación. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 14 de septiembre de 1992.*)

*7. Retribuciones. Impugnación de la nómina mensual: es «conocido criterio jurisprudencial el de que abierta la posibilidad del proceso, la eventual revisión jurisdiccional de las retribuciones puede extender su eficacia a los cinco años anteriores a la reclamación, que es el plazo prescrito en el art. 46 de la LGP, siendo además enjuiciable también la legalidad de la norma reglamentaria que se hubiera tenido en cuenta al practicar la liquidación». Habida cuenta de la diferente cualificación profesional de Catedráticos y Profesores Titulares de Universidad no es discriminatoria la asignación a aquéllos de un complemento específico superior al de éstos.*

Los recurrentes, todos ellos Profesores Titulares de Universidad, presentaron el 15-6-1988 un escrito al Consejo de Ministros en el que, por una parte, interponían recurso de alzada contra las liquidaciones de haberes correspondientes a los meses de noviembre de 1987 a mayo de

1988, en cuanto consignaban una cantidad en concepto de complemento específico inferior a la asignada a los Catedráticos, y por otra solicitaban, en vía de petición, que se reconociera su derecho a ser retribuidos con un complemento específico de cuantía igual al acordado a las plazas de Catedrático de Universidad, desde el día 1-1-1986, concluyendo, además, con la pretensión de que fuese declarada la nulidad de pleno derecho del Real Decreto 989/1986, de 23 de mayo, por atentar al principio constitucional de igualdad, al haber establecido complementos específicos diferentes para ambas categorías profesoras, siendo así que la Ley de Reforma Universitaria reconoce a las dos plena capacidad docente e investigadora.

Planteado recurso jurisdiccional contra la denegación presunta, por silencio administrativo, de lo solicitado, el Abogado del Estado se opone a la demanda objetando, en primero lugar, la procedencia de declarar inadmisibile el recurso por ser extemporáneo en cuanto a la pretensión de que declaremos la nulidad del Real Decreto y, por lo que se refiere a las liquidaciones de haberes, porque, salvo la de mayo de 1988, serían todas ellas firmes y consentidas al no haberse impugnado en tiempo y forma.

Sin desconocer la existencia de una cierta mezcla en la incoacción de instituciones y peticiones, a veces no excesivamente clarificadora en la fundamentación de lo que se pide en el proceso, sin embargo es lo cierto que resulta meridiano el contenido material de la pretensión, que no es otro que el de que desaparezca la diferencia en la cuantía del complemento específico asignado a los Profesores Titulares con relación al de los Catedráticos, contenido perfectamente subsumible en la impugnación de una sola nómina mensual, al ser conocido criterio jurisprudencial el de que abierta la posibilidad del proceso, la eventual revisión jurisdiccional de las retribuciones puede extender su eficacia a los cinco años anteriores a la reclamación, que es el plazo de prescripción establecido en el art. 46 de la Ley General Presupuestaria para el derecho al reconocimiento o liquidación de obligaciones por la Hacienda Pública, siendo, además, enjuiciable también la legalidad de la norma reglamentaria que se hubiera tenido en cuenta al practicar la liquidación mediante la traducción técnica de inaplicación de los reglamentos ilegales, consagrada hoy en el artículo sexto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, el llamado recurso indirecto contra una disposición general.

Siendo, por tanto, procesalmente viable examinar la cuestión de fondo ofrecida a nuestra consideración, al resolverla debemos tener en cuenta la reiteradísima doctrina mantenida por este Tribunal Supremo a partir de la S 12-2-1988, en el sentido de apreciar que la Administración, al cuantificar el complemento específico, tuvo en cuenta la diferente cualificación profesional de los pertenecientes al cuerpo de Catedráticos y al de Profesores Titulares de Universidad, reflejada en el distinto rigor científico y requisitos exigidos para acceder a uno y otro, tratándose, en definitiva, de una razón digna de ser ponderada, en cuanto viene a aceptar que aunque el puesto de trabajo sea de iguales características, en

general es razonable predicar que se desempeña mejor por aquellos a quienes la Ley reconoce una mayor preparación científica y académica, por lo que concluíamos que la norma impugnada no contenía una diferenciación discriminatoria de los Profesores Titulares respecto a los Catedráticos de Universidad, tesis que hemos razonado sustancialmente igual en las SS de 2 de marzo, 18 y 26 de abril y 23 de diciembre, lo que determina que también en este caso debamos desestimar el recurso. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 14 de septiembre de 1992.*)

8. *Negociación colectiva. Ilegalidad de convenio colectivo suscrito por un Ayuntamiento antes de la Ley 9/87 en el que, además, se regulaba conjuntamente el régimen de los funcionarios (contenido entonces ilegal) y el de los empleados en régimen laboral.*

La pretensión ejercitada en este proceso es idéntica —salvo el Municipio afectado— que la resuelta mediante S 29-6-1992, a cuyo contenido nos remitimos, en la que también nos pronunciamos sobre la apelación por el Abogado del Estado contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en la que se había desestimado el recurso contencioso-administrativo por él interpuesto contra el acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento por el que se había otorgado eficacia como reglamento de personal a los acuerdos contenidos en el texto denominado VIII Arcepafe, publicado en el «Boletín Oficial de Guipúzcoa» de 21-4-1987, negociado entre representantes de la Administración Foral y de las Centrales Sindicales más representativas de dicha Administración.

Resumiendo lo que argumentábamos en la sentencia citada, en la que partíamos del marco normativo a la sazón existente, constituido fundamentalmente por la Ley 30/1984, la Ley 7/1985 y el Real Decreto Legislativo 781/1986, y en el que todavía no estaban creados los órganos de representación de los funcionarios políticos ni la negociación colectiva en el sector, concluíamos: primero, en la nulidad del acuerdo municipal porque, dado lo dispuesto en el art. 5.c).b) en relación con el 49 de la Ley 7/1985, la aprobación del pretendido Reglamento debía de haber cumplido las exigencias del último precepto mencionado; segundo, que además, aun prescindiendo de la anterior consideración formal al no haberse introducido entonces por vía de Ley la posibilidad de convenios colectivos en el ámbito de las relaciones funcionariales, la regulación de aspectos del contenido de esas relaciones por ese inesistente instrumento regulador entraba en colisión con las normas legales rectoras de la materia, siendo de notar que en todo caso la inclusión en un mismo convenio colectivo de funcionarios (contenido entonces ilegal) y de empleados en régimen laboral (ámbito en el que la negociación colectiva sí era posible) vicia el convenio como un todo, al ser inescindible su unidad según nuestra S 27-1-1987. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 27 de octubre de 1992.*)

9. *Casas militares. Personal de la Armada. Desahucio por pase a la situación de reserva activa. Régimen aplicable.*

Por la representación legal de don Francisco V. P. se impugna la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30-3-1990, que desestimaba el recurso interpuesto contra la Resolución del Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada de 20-5-1987, ratificada en reposición por la de 21-9-1987, acordando el desalojo de la vivienda ocupada en arrendamiento por el apelante en la calle Jaime Jener de Marín, propiedad del Patronato de Casas de la Armada.

La parte apelante alega, en esencia, que el desahucio es nulo porque el mismo está basado en la aplicación del Reglamento de Adjudicación y Uso de Viviendas para el personal de la Armada en activo, mientras que el apelante se encontraba en la situación de reserva activa, y por tanto el órgano que dictó la resolución de desahucio es manifiestamente incompetente, al venir atribuida la competencia respecto de los militares de la Armada en situación de no actividad, en lo que atañe a las viviendas que ocupan, al ámbito del Ministerio de la Vivienda u Organismo Autónomo correspondiente.

Como bien se expresa en la sentencia apelada, el art. 12 de la Ley de 12-5-1960, sobre organización del Patronato de Casas de la Armada, preceptúa que el Consejo de Ministros aprobará el Reglamento para aplicación y desarrollo de esta Ley, y en cumplimiento de este mandato legal el Decreto 2165/1960, de 17 de noviembre, aprobó el citado Reglamento, que en su art. 70 establecía que las normas sobre adjudicación y uso de las viviendas del Patronato destinadas al arrendamiento serían objeto de un Reglamento especial aprobado por Orden Ministerial, para general conocimiento del personal de la Armada.

Tal régimen de Adjudicación y Uso de Viviendas en arrendamiento de Casas Militares para personal de la Armada quedó materializado, de acuerdo con la remisión antecitada, en la Orden Ministerial de 13-3-1973, aprobatoria del Reglamento, que efectivamente en su art. 1.º limita su aplicación a las viviendas en arrendamiento destinadas a personal de la Armada en activo. Y es este Reglamento el que estaba vigente en el momento de la celebración del contrato de arrendamiento aquí cuestionado, así como en la fecha de su resolución.

La correcta aplicación de la normativa contenida en este Reglamento a este arrendamiento es incuestionable porque la vivienda arrendada es propiedad del Patronato de Casas de la Armada y el arrendamiento fue concertado con un militar, Sargento Músico, destinado en la Escuela Naval Militar de Marín, siendo la causa esgrimida de desahucio precisamente el pase de la situación en activo al de la reserva activa, es decir, una de las causas de cese en el derecho al uso de una vivienda, contemplada en el art. 33 de tan repetido Reglamento, pues, en efecto, el desahucio deriva directamente como consecuencia de un efecto inherente al cese en la situación de activo y desde el punto de vista de esta virtualidad, con-

templada expresamente en dicho Reglamento al suponer el pase a la reserva activa también un cese en el destino que se venía desempeñando con anterioridad.

Es claro que, como corolario de ello, carecen de consistencia las alegaciones formuladas por el apelante sobre inaplicabilidad del Reglamento de Adjudicación y Uso de Viviendas para el personal de la Armada en activo y sobre incompetencia del órgano administrativo decisor.

El contrato arrendaticio contemplado se rige por las normas específicas del Patronato de Casas de la Armada, y concretamente del Reglamento de Adjudicación y Uso de las mismas de 13-3-1973, no tratándose, pues, de una relación jurídica sujeta al derecho civil común arrendaticio al enmarcarse dentro de la relación existente entre el apelante y la Administración del Estado, derivada de su pertenencia al Instituto Militar de la Armada y específico destino en la Escuela Naval Militar de Marín. Y es precisamente esta subjetiva peculiaridad de la relación de empleo, que fue la causa determinante de la obtención de una vivienda del Patronato, la que impide ahora la contemplación de otra normativa distinta, para el supuesto enjuiciado, a la contenida en el tan repetido Reglamento.

El régimen especial de este arrendamiento se deriva del propio contrato locativo aportado al expediente, donde el locatario aceptó expresamente que el contrato se regía por las normas del Reglamento de Adjudicación y Uso de Viviendas del Patronato de Casas de la Armada, trayendo su causa tal arrendamiento de la relación de empleo público mantenida por el arrendatario, tal como con toda precisión se revela en la ficha de petición de la vivienda, donde se hacía constar que desea una del Patronato ubicada en Marín, ya que estaba prestando servicio en la Escuela Naval Militar en el empleo de Sargento Músico perteneciente al Cuerpo de Infantería de Marina.

Precisamente la Orden Ministerial de 6-3-1946 precisaba que las casas del Patronato de la Armada en Pontevedra y Marín habían sido construidas para alojamiento del personal destinado en la Escuela Naval Militar, y la Orden Ministerial 1366/1967, de 28 de marzo, modifica el «régimen especial» establecido para las viviendas en arrendamiento del Patronato en Marín y Pontevedra, que quedan reservadas para el personal destinado en la Escuela Naval, ratificando la Orden Ministerial 1077/1968, de 29 de febrero, la clasificación de régimen especial de arrendamiento las viviendas, entre otras, de la calle Jaime Jener, de Marín.

Todo lo expuesto revela con meridiana claridad que el arrendamiento de vivienda concertado por el aquí apelante está sometido al régimen especial de adjudicación y uso de viviendas del Patronato de Casas de la Armada, cuyo Reglamento específico, en su art. 64, especifica que cuando se cese en la localidad o dependencia afectos por el régimen especial se procederá al desalojo de la vivienda y la cesación en la situación de activo para pasar a la de reserva activa, conforme a la Ley 20/1981, de 6 de julio, supone la cesación en el destino ejercido durante la situación en activo.

Como tiene reiteradamente declarado esta Sala —SS 4-10-1990, 25-1-1991 y 6-3-1991— el límite de las cuestiones planteadas en un recurso de

apelación se encuentra en función de las controvertidas en primera instancia y consideradas en la sentencia recurrida, hasta el punto de que pueden ser menos pero no más, distintas a las sometidas a la consideración del órgano jurisdiccional que conoció originariamente del recurso contencioso-administrativo del que la apelación imana de forma que está vedado en éste, que con la introducción de las nuevas pretensiones se produzca una *mutatio libelli* se alteren los límites a que se refiere el art. 43 de la Ley Jurisdiccional.

La naturaleza revisoria de la sentencia apelada, propia de este recurso, determina la valoración de ésta como ajustado o no al ordenamiento jurídico en función de las alegaciones y pruebas practicadas en relación con la legalidad vigente en el momento en que fue pronunciada y referida a la de los actos administrativos impugnados.

La alusión a la disposición transitoria 1.2.<sup>a</sup> del Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, supone la introducción de una cuestión jurídica nueva en esta apelación, derivada de un hecho posterior a la sentencia impugnada que no puede interferir la situación jurídica ya producida y declarada, sin perjuicio, claro está, del derecho de la parte apelante a formular a la Administración las peticiones o pretensiones que estime adecuadas a la luz de dicha normativa.

Por todo ello procede desestimar el recurso de apelación planteado, confirmándose la sentencia apelada. (*Sentencia de 10 de noviembre de 1992.*)

## V. INCOMPATIBILIDADES

1. *Incompatibilidades. Entre dos puestos en el sector público es la regla general. No es necesaria la audiencia si no figura en el expediente ni son tenidos en cuenta en la resolución otros hechos, alegaciones y pruebas que los aducidos por el interesado.*

El recurrente, que desempeñaba dos puestos de trabajo en el sector público sanitario de Andalucía, impugna en este recurso de apelación la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que desestimó el recurso formulado contra resolución de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía por la que se declaró la incompatibilidad para el desempeño de la segunda actividad y el cese en este segundo puesto de trabajo, alegando que conoce la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 2-11-1989, dictada en el Recurso de inconstitucionalidad número 272 del año 1985, en el que se impugnaban determinados preceptos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, pero que, al margen de la jurisprudencia constitucional, la sentencia recurrida rechaza indebidamente la alegación formulada en orden a la vulneración del art. 91 de la Ley de Procedi-

miento Administrativo y no resuelve, ni siquiera hace alusión, a la cuestión básica planteada en la demanda relativa la posible responsabilidad del Estado legislador.

El art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, después de establecer que instruido el expediente, inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá de manifiesto a los interesados para que en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, dispone en el apartado 3.º que se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las aducidas por el interesado, que es exactamente lo ocurrido en este caso, en que la declaración de incompatibilidad se basa exclusivamente en la propia declaración presentada por el interesado, en la que manifiesta las actividades desarrolladas, la que de ellas considera como principal y por la que opta, horarios de trabajo, remuneraciones y demás datos que constituyen el fundamento único de la resolución administrativa impugnada, sin que el hecho de que la resolución del expediente se hubiere efectuado fuera de plazo sea determinante de su nulidad, de conformidad con los arts. 49 y 61.2 de la misma Ley de Procedimiento Administrativo, ni constituya motivo para elegir un trámite de audiencia antes de resolver, innecesario según el ya citado art. 91.3, ni, en definitiva, el hecho de que en el período de tiempo intermedio entre la solicitud de compatibilidad y la fecha en que se declaró la incompatibilidad se hubieren dictado disposiciones reguladoras de diversos aspectos sanitarios —régimen laboral de determinado personal sanitario, Centros de Atención Primaria, integración de centros o personal, etc.— afecten en absoluto a la declaración de incompatibilidad efectuada de conformidad con la Ley de Incompatibilidades de 26-12-1984 y Real Decreto de 30-4-1985, ni convierten en necesario el trámite de audiencia, máxime cuando el interesado, tanto en vía administrativa como en las dos instancias jurisdiccionales, ha podido formular toda clase de alegaciones o aportar pruebas conducentes a la defensa de sus derechos, derechos que, de acuerdo con lo postulado, no pretenden una inversión de lo que había declarado como actividad principal y secundaria basada en las nuevas disposiciones que cita, sino, lisa y llanamente, la nulidad de la resolución que declaró la incompatibilidad y, como consecuencia, su reposición en el puesto de trabajo en que había sido cesado por razón de la declaración de incompatibilidad y el abono de las retribuciones dejadas de percibir. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 19 de septiembre de 1982.*)

2. *Incompatibilidades. Constitucionalidad de la Ley 53/1984. La proclamó el TC en S 2-11-89, cuya doctrina tiene valor de cosa juzgada.*

La sentencia apelada con razón se pronuncia sobre supuesta inconstitucionalidad de la Ley 53/1984 referente a las incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, alegada por la

representación de don Francisco M. S. en la demanda rectora del proceso en que la misma recae, con fundamento en lo resuelto por el Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, cuyas sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad, cual ocurre con la S 2-11-1989, recaída en el recurso de inconstitucionalidad número 272/1985, tiene el valor de cosa juzgada, vinculando a los poderes públicos a tenor de lo dispuesto en el art. 38 de la Ley Orgánica 2/1979. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 14 de enero de 1992.*)

3. *Competencia. Separación de funcionarios locales. Corresponde indelegablemente al Pleno de la Corporación, por lo que es anulable el acuerdo sobre el particular adoptado por la Comisión de Gobierno.*

Alega el apelante en su recurso, en primer lugar, como ya lo hiciera en el recurso de reposición y en la demanda jurisdiccional, la nulidad de pleno derecho conforme al art. 47.1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, del acto recurrido, al haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente, por carecer la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de atribuciones para imponerle la sanción de separación del servicio, que, a juicio del apelante, está atribuida al Pleno de la Corporación.

La mencionada crítica que el apelante hace a la sentencia de instancia merece ser acogida parcialmente.

Efectivamente, el art. 22.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, fija en sus apartados a) a m), ambos inclusive, cuáles son las atribuciones del Pleno de la Corporación, estableciendo el apartado i) como atribución del Pleno «... la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación, salvo lo dispuesto en el art. 99.4 de esta Ley...», a que para nada afecta al caso que nos ocupa, en que se enjuicia la separación del servicio de un policía Municipal, ya que el art. 99.4 está referido a los funcionarios con habilitación de carácter nacional —a los referidos en el art. 92.3, apartados a) y b) de la Ley—, para los que la facultad disciplinaria de destitución del cargo y separación definitiva del servicio queda reservada, en todo caso, a la Administración del Estado, reserva esta última que igualmente aparece consagrada en el art. 151.a) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

Lo que acabamos de exponer, sobre esa atribución al Pleno de la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación, está igualmente establecido en el art. 50 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Régimen Jurídico de las Entidades Locales, en cuyo número 10 se dice que es atribución del Pleno «separar del servicio a los funcionarios de la Entidad, ratificar el despido del personal laboral e imponer sanciones por faltas graves o muy graves a los funcionarios con habilitación de carácter nacional que no supongan destitución del cargo ni la separación definitiva del servicio».

Cierto es que el art. 23.2.b) de la precitada Ley 7/1985, de 2 de abril, establece que corresponde a la Comisión de Gobierno «las atribuciones

que el Alcalde u otro órgano municipal le delegue o le atribuyan las leyes». Pero a renglón seguido dicho precepto contiene un mandato imperativo: «no son delegables las atribuciones reservadas al Pleno en los números 2, letras a), b), c), d), e), f), g), h), i), k) y II) y 3 del artículo anterior», mandato éste igualmente consagrado en el art. 51.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, al establecer que «el Pleno del Ayuntamiento puede delegar cualquiera de sus atribuciones, en todo o en parte, en el Alcalde y en la Comisión de Gobierno, con excepción de las enumeradas en el art. 23.2.b), segundo inciso, de la Ley 7/1985, de 2 de abril».

Tampoco, en el caso presente, podía resolver la Comisión de Gobierno, por delegación del Alcalde, pues la separación del servicio está, como queda dicho, atribuida al Pleno, y no es facultad de la primera autoridad municipal, como lo evidencia el art. 41.f) del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que establece como atribuciones del Alcalde «premiar y sancionar a todo el personal, salvo que la sanción consista en la separación del servicio...».

De todo lo anteriormente expuesto se colige, que estando atribuida la separación del servicio, con carácter indelegable, al Pleno de la Corporación, la Resolución impugnada, dictada por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento apelado, por la que se impone al apelante dicha sanción, es acto anulable, conforme al art. 48.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo —y no acto nulo de pleno derecho, según pretende el recurrente por aplicación del art. 47.1.a)—, pues la precisión del término «órgano manifiestamente incompetente» que utiliza el art. 47.1.a) se refiere a la competencia por razón de la materia o del lugar, pero no comprende la jerárquica o de grado, que lleva aparejada la mera anulabilidad del acto, según el art. 48.1, la cual, además, es susceptible de convalidación según el art. 53.2 por el superior jerárquico, incompetencia relativa ésta —y no absoluta— en la que incurrió la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 15 de enero de 1992.*)

4. *Incompatibilidades. Concejales. A partir de la LO 5/85, la incompatibilidad y el correspondiente pase a la situación de servicios especiales se produce, en todo caso, cuando el concejal es funcionario de la Corporación para la que ha sido elegido, y, cuando se trata de Corporación distinta, cuando desempeñe en la misma un cargo retribuido y con dedicación exclusiva.*

#### *Fundamentos de Derecho (sentencia apelada)*

La ausencia de un derecho subjetivo a la cuantificación y abono de las cantidades expresadas por los demandantes resulta también de la regulación establecida por el ordenamiento positivo. Y a la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, estableció, en su art. 29.2.h), que pasarán a la situación de servicios especiales los funcionarios públicos cuando desempeñan cargos electivos retribuidos y

de dedicación exclusiva en las Corporaciones Locales. Con posterioridad, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, permitía en su art. 5.º que, por excepción, el personal incluido en el ámbito de aplicación de la citada Ley pudiera compatibilizar sus actividades con la situación de miembro de las Corporaciones Locales, salvo que desempeñen en las mismas cargas retribuidas y de dedicación exclusiva. Pero será la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, la que establezca una sustancial innovación de indudable relevancia para el caso que nos ocupa; en su art. 73 remite a la legislación electoral la determinación de los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad; por su parte, el art. 74.1 de la Ley últimamente citada establece que los miembros de las Corporaciones Locales quedan en situación de servicios especiales en los siguientes supuestos: *a)* cuando sean funcionarios de la propia Corporación para la que han sido elegido, o *b)* cuando sean funcionarios de carrera de otras Administraciones públicas y desempeña en la Corporación para la que ha sido elegido un cargo retribuido y de dedicación exclusiva. El cuadro normativo regulador del supuesto ahora enjuiciado se completa con la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, que en su art. 178.2.*b)* establece la incompatibilidad con la condición de Concejal de los funcionarios o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento. Del análisis de estas dos últimas normas legales claramente se desprende la existencia de dos situaciones jurídicamente diferenciadas, según que el Concejal elegido fuera funcionario de la misma Corporación o lo fuera de otra Administración distinta; en el segundo de los supuestos descritos, la incompatibilidad y el correspondiente pase a la situación de servicios especiales sólo se produce cuando desempeñe en la Corporación para la que han ido elegidos un cargo retribuido y dedicación exclusiva; por el contrario, si el Concejal elegido es funcionario de la propia Corporación el pase a la situación de servicios especiales debe producirse a consecuencia de haber sido elegido Concejal y ser miembro de la Corporación local, no requiriéndose, por tanto, el desempeño en la Corporación para la que ha sido elegido de un cargo retribuido y de dedicación exclusiva. El diferente alcance de la incompatibilidad con el cargo de Concejal según que el afectado sea funcionario de la propia Corporación o de otras Administraciones públicas, amparado en la objetividad e imparcialidad garantizada por el art. 103 de la Constitución, aparece asimismo convalidado por el ya citado art. 178 de la Ley Electoral; de él se desprende que la situación de funcionario en activo del Ayuntamiento es incompatible con la condición de Concejal del mismo Ayuntamiento, siendo irrelevante a estos efectos que el cargo de Concejal sea o no retribuido y se desempeñe o no en régimen de dedicación exclusiva. Por ello, el apartado 3 del art. 178 de la Ley Electoral establece que los incursos en esta causa de incompatibilidad al deber de optar entre la renuncia a la condición del Concejal o el abandono de la situación de funcionario en activo de la Corporación.

En el caso de autos, los recurrentes optaron por mantener la condi-

ción de Concejal, lo que conllevaba el abandono de la situación de funcionario en activo del Ayuntamiento y su pase a la situación de servicio especial, pero de ahí no puede derivarse que sólo por ello tuvieran derecho al desempeño del cargo en régimen de dedicación exclusiva y a las retribuciones a ello inherentes; el pase de un funcionario a la situación de servicios especiales impide que se siga percibiendo las retribuciones que le corresponderían como funcionario en activo, pero no da derecho, por sí solo, a la percepción de las retribuciones correspondientes a la situación que ha desencadenado su pase a servicios especiales; su derecho a la percepción de tales retribuciones sólo nacerá si desempeña efectivamente tal cargo y en la medida en que el desempeño del expresado cargo tenga asignado algún tipo de retribución; pero tal retribución puede faltar, como claramente se desprende de la lista del art. 29 de la Ley 30/1984. El legislador garantiza al funcionario que pasa a la situación de servicios especiales el derecho a la reserva de plaza y destino que ocupasen, así como el cómputo del tiempo que permanezcan en tal servicio a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos, pero no garantiza, por sí solo, el derecho a percibir retribución alguna.

La existencia de un derecho subjetivo de los recurrentes en los términos formulados en la demanda debe ser asimismo rechazado, porque podría suponer una vulneración de la autonomía municipal, garantizada por los arts. 137 y 140 de la Constitución. Aunque cuando el concepto de autonomía local puede ofrecer perfiles confusos, suele admitirse pacíficamente que de él forma parte la facultad de autoorganización. Merece destacarse en este sentido lo afirmado por el Tribunal Constitucional en su S 214/1989, de 21 de diciembre; en su fundamento jurídico sexto se reconoce que, en lo concerniente a la organización municipal, el orden constitucional de distribución de competencias se funda en el reconocimiento de tres ámbitos ormativos correspondientes a la legislación básica del Estado: la legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas y la potestad reglamentaria de los municipios, inherente esta última a la autonomía organizativa municipal, ámbito éste que no podrá ser desconocido o invadido por las normas que, en materia de organización municipal complementaria, dicten las Comunidades Autónomas. Corresponde, pues, a la Corporación determinar qué cargos de la indicada Corporación pueden desempeñarse en régimen de dedicación exclusiva y, por tanto, con derecho a retribución, así como la cuantificación de tales retribuciones que pueden variar según el cargo de que se trate. Nada impide, claro está, que cualquier Concejal pida desempeñar un cargo en régimen de dedicación exclusiva, percibiendo las retribuciones a tal efecto establecidas, pero ni tal petición puede encontrar amparo en un derecho subjetivo, ni puede afirmarse que exista un deber a cargo de la Corporación de nombrar a determinados Concejales como cargos con dedicación exclusiva con derecho a retribución. Así se deduce, con toda claridad, del art. 13 del V Reglamento de Ordenación, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, de 28-11-1986.

La interpretación aquí expuesta es también coherente con el derecho

reconocido en el art. 23.2 de la Constitución, a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señan las leyes. El citado precepto garantiza el derecho de los recurrentes a acceder a la condición de Concejales de la Corporación para la que han sido elegidos y al disfrute de los derechos inherentes a tales cargos, pero no ampara el pretendido derecho a ejercer el cargo de Concejal con dedicación exclusiva y a la percepción de las correspondientes retribuciones.

A efectos de lo establecido en el art. 131 de la Ley Jurisdiccional, no procede hacer especial pronunciamiento sobre costas.

*Fundamentos de Derecho (Tribunal Supremo)*

Se aceptan los de la sentencia apelada.

La simple circunstancia de que los apelantes se limiten a alegar ahora todo cuanto alegaron en primera instancia con el designio de justificar la pretensión revocatoria del acto administrativo que, luego de recurrido por ellos, fue declarado conforma a Derecho por la sentencia de cuya revisión se trata, pone de manifiesto que dicha parte ha desconocido u olvidado que el objeto del recurrente de apelación no es otro que impugnar la decisión jurisdiccional y no el de reabrir un debate procesal, al que la misma puso fin, sobre la vulnerabilidad jurídica de un acto administrativo, mediante unas consideraciones legales que en absoluto combate; omisión esencial porque comporta que el Tribunal *ad quem* desconozca los motivos —no examinables de oficio por él, de no afectar a defectos o infracciones de procedimiento— por los cuales la decisión jurisdiccional deba revocarse, pues es claro, actuando en estos casos en un proceso contradictorio, tanto el principio de igualdad como el de tutela judicial efectiva, reconocido por la Constitución, de otro modo serían totalmente conculcados.

La verdad es que, ante una sentencia en la que, tras una exhaustiva exposición de la compleja normativa aplicable y en ella aplicada al problema de fondo debatido, puede justificarse que los pretenses de apelación carecieran de argumentos válidos para poder rebatir unas conclusiones que devenían incontestables, y tan es así que, habiéndose aceptado íntegramente las acertadas consideraciones del Tribunal *a quo* por este Supremo, nada que no fuera reiterarlas por nuestra parte inútilmente cabría añadir para justificar la desestimación de esta alzada.

Simplemente dejar constancia, al efecto, de que, ante todo, de las simples consideraciones jurídicas de una sentencia que, a la sazón, también fue pronunciada por la propia Sala de instancia, no se podía deducir con éxito la solicitud de que, por la Administración demandada, se cuantificaran los beneficios económicos a que creían tener derecho unos funcionarios municipales que resultaron elegidos Concejales de la misma, puesto que es evidente que no era viable la materialización de un derecho que previamente no había sido declarado ni reconocido por el órgano al que tal petición se formulaba, cuando, precisamente, éste tam-

poco se podía declarar ni reconocer sin vulnerar aquella normativa examinada y cuidadosamente conjugada por la Sala sentenciadora —cuya decisión final ha de confirmarte, por tanto—, principalmente la que, por su carácter más específico, se contiene en los arts. 74 y concordantes de la Ley de 2-4-1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, de los que resulta no sólo la situación de «servicios especiales» que corresponde, por la incompatibilidad en que inciden a los funcionarios de la misma y los derechos de carácter económico que, en virtud de la precedente opción inherente a la incompatibilidad sobrevenida, en tal situación corresponde. (*Sentencia de 5 de octubre de 1992.*)

5. *Catedráticos y Profesores Universitarios. RD 644/1988, sobre bases generales del régimen de conciertos entre Universidades e Instituciones Sanitarias. Nulidad del art. 1.º, en cuanto se remite a la base 13 del art. 4, RD 1558/1986, cuya nulidad fue declarada por S 3-7-1989.*

Se impugna el Real Decreto 644/1988, de 3 de junio, que modifica el 1558&1986, de 28 de junio, regulador de las bases generales del régimen de conciertos entre Universidades y las Instituciones Sanitarias, introduce un nuevo régimen transitorio para las Univeniddes de titularidad estatal, disponiendo que en tanto no se suscriban los pertinentes conciertos, el Gobierno queda autorizado para aplicar a los Catedráticos y Profesores titulares de las Facultades de Medicina y Farmacia y de las Escuelas Universitarias de Enfermería el sistema de jornada y retributivo previsto para las plazas vinculadas en la base decimotercera del art. 4.º del Real Decreto 1558/1986.

En S 3-7-1989, el Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de la citada base decimotercera, en cuanto reguladora de la jornada de trabajo del profesorado universitario que preste servicios en plazas vinculadas. Al constituir esta jornada propia de las plazas vinculadas el fundamento del artículo primero de la disposición general sobre la que se litiga, cuya finalidad era exclusivamente la de anticipar su aplicación, evitando la natural demora inherente a la negociación de los conciertos, resulta que la anulación del régimen reglamentario de aquella jornada dentro de la situación que podríamos llamar normal —que es la derivada de los conciertos— obliga a aceptar que también carece del preciso soporte jurídico como situación transitoria, lo que determina que debemos considerar nulo el mencionado artículo primero.

Otra deber ser sin embargo, la suerte del artículo segundo. Su validez queda condicionada a la del régimen retributivo previsto para las plazas vinculadas, con carácter general, en el citado Real Decreto 1558/1986. No siendo posible objeto de este proceso el debate sobre dicho régimen retributivo, que evidentemente no puede anticipar su aplicación al amparo del Real Decreto impugnado —el 644/1988—, como consecuencia de la nulidad que vamos a declarar de su artículo primero, resulta que entonces tampoco puede considerarse comprendido en el ámbito del interés *legítimo defendido* en el recurso una disposición que se remite a un

supuesto contemplado en otra norma y que en nada puede afectar de momento a los demandantes. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 27 de octubre de 1992.*)

## VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

6. *Abandono de servicio.* «Comporta una dejación total del puesto de trabajo, generalmente por tiempo indeterminado, sin motivo alguno que lo justifique, ligada al propósito de apartarse de los deberes inherentes al mismo». *Jurisprudencia reiterada. Art. 31.1.C). Ley 30/84.*

La Sentencia de esta Sala de 21-1-1991, siguiendo el criterio sustentado en otras anteriores de 15-6-1968, 5-10-1977, 11-10-1979, 14 de noviembre y 7 de diciembre de 1984, y 14-11-1989, establece que el abandono del servicio, considerado como falta muy grave por el art. 52.d) del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, que era la normativa en vigor al tiempo de cometerse los hechos, y que se sigue contemplando como falta muy grave en el art. 31.1.C) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, comporta un dejación total del puesto de trabajo encomendado al funcionario, generalmente por tiempo indeterminado, sin motivo alguno que lo justifique, ligada al propósito de apartarse de los deberes inherentes al mismo, es decir, una ruptura de facto de la relación de servicios, con el consiguiente desamparo de los deberes propios del funcionario por decisión imputable sólo a él, no pudiendo en este caso deducirse de los hechos relatados que se produjese una dejación total del servicio encomendado al funcionario, pues la falta al puesto de trabajo está referida concretamente a los días 21, 23, 25, 26 y 31 mayo, y 2, 6, 8, 14, 18, 20, 22, 26, 28 y 30 de junio 1984, ni menos que el mismo tuviese el propósito de apartarse del mismo, debiendo calificarse tales hechos como una falta grave del art. 7.º.1) del Reglamento de 1969, también prevista, aunque con ciertos matices en los elementos que la configuran, por el Reglamento de 10-1-1986, sancionando aquéllas faltas repetidas de asistencia sin causa justificada, por la que puede imponerse, de acuerdo con el art. 18 del Decreto de 16-8-1969, la sanción de suspensión de funciones por tiempo que no exceda de tres años, en cuyo límite máximo debe ser impuesta en este caso, habida cuenta de las circunstancias concurrentes —número de faltas de asistencia al trabajo, condición de Jefe de un determinado servicio de la Policía Municipal y desempeño de otro trabajo retribuido—, posible calificación ya introducida en el debate por el propio recurrente en el fundamento de derecho séptimo de su escrito de demanda. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, de 20 de mayo de 1992.*)

2. *Sanciones. Ilegalidad por incumplimiento del principio non bis in idem. Funcionarios de instituciones penitenciarias. Como la legislación penal aplicada por los Tribunales contempla, además de la restauración del*

*orden social general la finalidad de proteger el buen funcionamiento y prestigio de la Administración, no está justificado el doble reproche y la doble sanción, penal y administrativa, por unos mismos hechos, imputados a la misma persona y tratados por los Tribunales y la Administración desde la misma cualidad funcional del sujeto responsable.*

Se impugna en este proceso la desestimación presunta, por silencio administrativo, del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 2-12-1986, del Ministerio de Justicia, que en cumplimiento de los Acuerdos del Consejo de Ministros de 1 de agosto y 10 de octubre del mismo año dispuso la separación del servicio del recurrente, funcionario del Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias.

La problemática que plantea este proceso es sustancialmente igual que la resuelta por este Tribunal en SS 13-9-1989, 16-1-1991 y 13-3-1991, que han anulado, respecto a otros funcionarios de Instituciones Penitenciarias implicados en el mismo expediente disciplinario, los actos administrativos a que antes se hizo relación, dejando sin efecto las sanciones de separación de servicio. De aquí que por ineludibles exigencias del principio de unidad de doctrina, como ya dijimos en la segunda de tales resoluciones, deba ser idéntica la solución judicial que ahora se pronuncie.

En la Resolución Ministerial de 2-10-1986, dictada en cumplimiento de los Acuerdos del Consejo de Ministros de los días 1 de agosto y 10 de octubre del mismo año, la separación del servicio del recurrente aparece fundada en el relato de hechos declarados probados por la S 17-3-1984, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, que se dieron por reproducidos en la Sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal de 5-6-1985, por la que se condena a quien aquí es actor como autor responsable de dos delitos, uno del número 5 del art. 187 del Código Penal —uso por funcionario de prisiones de un rigor innecesario para los presos o sentenciados— y otro del párrafo tercero del art. 204 bis del mismo Código —malos tratos a detenidos o presos por autoridades o funcionarios de Instituciones Penitenciarias—, tipos ambos que incorporan como elemento integrante la cualidad de funcionario público, y concretamente la de funcionario (o autoridad) de la Administración penitenciaria, por lo que teniendo en cuenta la identidad de los hechos, del sujeto responsable y de lo que es decisivo a los efectos del primero de los motivos aducidos en la demanda como fundamento de las pretensiones esgrimidas, que el recurrente fue condenado en la causa penal teniendo en cuenta su cualidad de funcionario de Instituciones Penitenciarias, y que se le impusieron penas de suspensión añadidas a la de arresto mayor, demostrando las primeras, al igual que la colocación sistemática de los delitos imputados en el Código Penal, que la legislación penal aplicada contemplaba, además de la restauración del orden social general, la finalidad de proteger el buen funcionamiento y prestigio de la Administración, que preponderantemente se persigue con la tipificación y sanción administrativa de las correlativas infracciones administrativas, hay que concluir, al igual que en los prece-

dentes de que se ha dejado constancia, que en este caso carece de efectividad la excepción al principio *non bis idem* implícito en el art. 25.1 de la CE, y que la doctrina constitucional viene admitiendo en aquellos supuestos en que por la existencia de una relación de supremacía especial de la Administración esté justificado el ejercicio de *ius puniendi* por los Tribunales, y a su vez la potestad sancionadora de la Administración (STS 94/1986, de 8 de julio [RTC 1986, 94]), ya que, como se razona más extensamente en nuestra S 13-9-1989, a la que hacemos expresa remisión, no está justificado en este caso, por las consideraciones que sintéticamente se han expuesto, el doble reproche y la doble sanción, penal y administrativa, por unos mismos hechos, imputados a la misma persona y tratados por los Tribunales y por la Administración desde la misma cualidad funcional del sujeto responsable, atendiendo a igual finalidad lo que determina que las penas impuestas al recurrente le afecten en la esfera estrictamente personal y en cuanto funcionario, como ya se dice en la sentencia que se acaba de citar.

Por lo expuesto es procedente anular los actos impugnados en cuanto disponen la separación del servicio del recurrente y declarar, tal como se postula en la demanda, que sea repuesto en las funciones que desempeñaba al tiempo de ejecutarse la sanción, lo que no implica necesariamente que deba ser reintegrado al puesto de trabajo que desempeñaba en aquella fecha, con abono de las retribuciones que haya dejado de percibir como consecuencia de la separación, computándosele el tiempo que ha permanecido separado como de servicio activo a todos los efectos, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la ejecución de la condena penal, sin que respecto al pago de las costas deba hacerse pronunciamiento condenatorio por no darse las circunstancias previstas en el art. 131.1 de la Ley de esta Jurisdicción. (*Sentencia de 13 de octubre de 1992.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

# **CRONICA ADMINISTRATIVA**

