

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## B) PERSONAL

**SUMARIO:** I. CONCURSOS Y OPOSICIONES: 1. Oposiciones. Nulidad. Aunque hay jurisprudencia constante en el sentido de que los Tribunales de Justicia no pueden convertirse, por sus propios conocimientos o por los que pueda aportar una prueba pericial especializada, en segundos Tribunales calificadores que revisen todas las oposiciones y concursos, sustituyendo por sus propios criterios de calificación lo que corresponde en virtud de la discrecionalidad técnica de que disponen al Tribunal que ha de juzgar las pruebas selectivas, ello no impide la revisión jurisdiccional en ciertos casos en que concurren defectos formales sustanciales o que se ha producido indefensión, arbitrariedad jurídica o juicios de similar trascendencia. Nulidad, porque con la opacidad en la conducta del Tribunal y en particular la desaparición de las pruebas del tercer ejercicio, cuya legalidad se cuestiona, se hurta a los Tribunales de Justicia la posibilidad de ejercicio de su función revisora a la par que se vulnera el derecho de los recurrentes la tutela judicial efectiva. 2. Selección. Maestros. Sistema excepcional y transitorio en las tres primeras convocatorias de ingreso en la función pública docente. Legalidad de la asignación de un máximo de hasta seis puntos por servicios prestados. 3. Convocatoria. Nulidad, por reservar todas las plazas a promoción interna, superando el límite del 50 por 100 del artículo 22 L. 30/84. 4. Oposición. Impugnabilidad de la propuesta del Tribunal Calificador dada su «significación directamente decisoria», por lo que pese al primario carácter de acto trámite «su significación real en la dinámica del procedimiento de selección lo hace susceptible de ser objeto del recurso». Desviación de poder que deriva de la práctica de reiteradas votaciones del Tribunal calificador y de la no aportación en el expediente de trabajos que aportó o dijo aportar el recurrente ni de diligencia haciendo constar su no aportación o el requerimiento para que aportase copia de los mismos, cuando la puntuación de uno tan sólo de dichos trabajos habría bastado para alterar el contenido de la propuesta. Derecho del recurrente a ser designado. 5. Concurso. Cabos de Policía Municipal. Desviación de poder al asignar una puntuación al desempeño de las funciones de cabo accidental equivalente a la mitad de los que pueden alcanzarse por los once apartados restantes del baremo. 6. Concursos para provisión de puestos de trabajo. Nulidad por no fijar límite a la puntuación por cursos de formación. Los Tribunales de Justicia no pueden establecer dicho límite. II. DERECHOS. 1. Retribuciones. Funcionarios transferidos. Igualdad retributiva de los funcionarios de ingreso directo en la C.A. Carácter básico del artículo 24.1 L. 30/84. Revisión. 2. Derechos adquiridos. Situación legal y reglamentaria. Los derechos adquiridos de orden económico son los consolidados en un determinado momento. Si se quiere evitar que el respeto de los derechos adquiridos de orden económico son los consolidados en un determinado momento. Si se quiere evitar que el respeto de los derechos adquiridos no sea respeto, sino burla, «no es por la vía de la abstracta perpetuación de un status jerárquico formal, desconectado de las funciones que se realizan, sino, bien reclamando de esas funciones el nivel orgánico que corresponda a su efectiva trascendencia o la asunción por el reclamante de responsabilidades parangonables con el status personal que tiene reconocido, como puede obtener legítima satisfacción a su aspiración de mejora retribuida». 3. Catedráticos y Profesores de Universidad a tiempo parcial. Retribuciones. Legalidad del RD 1086/1989, de 28 de agosto. 4. Complemento de plena dedicación. Derecho al percibo por aplicación del principio de igualdad. El desempeño de iguales puestos, con idénticas características, en la misma localidad debe ser compensado con el mismo complemento. No es obstáculo la no catalogación del puesto, por tratarse de un obstáculo formal. Revisión. 5. Pensión de viudedad. Guerra civil. El fallecimiento

*acaecido por acción violenta no comprende la acción violenta del causante.* 6. *Funcionarios. Anticipo de edad de jubilación. Inexistencia de responsabilidad del Estado por acto legislativo, al no tener tratamiento específico en la CE ni haber sido objeto de tratamiento legislativo y no ser equiparable a la de la Administración. Los órganos del Poder equiparable a la de la Administración. Los órganos del Poder Judicial no pueden sustituir al legislador. No constituye privación de derechos.* 7. *Secretarios de Distrito. Ayuntamiento de Barcelona. Legalidad de la delegación de las funciones del Secretario del Ayuntamiento en funcionarios no pertenecientes al Cuerpo o Escala de funcionarios con habilitación nacional, puesto que las consecuencias jurídicas de la actuación del funcionario actuante deben imputarse al delegante, que es el Secretario General.* 8. *Pabellones Militares. Ilegalidad de desahucio de ocupantes en precario por incumplimiento de los requisitos del artículo 8 del Reglamento de 27-11-1942.* 9. *Casas Militares. Técnica deslegalizadora: Naturaleza. Nulidad de los artículos 5 —por contrario a la Ley de Patrimonio del Estado— y 36 —por prever un expediente disciplinario a los usuarios que no abandonen la finca—, RD 1751/1990.* III. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. 1. *Régimen disciplinario. Cuerpo Nacional de Policía. Legalidad del RD 889/1989, sobre Régimen Disciplinario.*

## I. CONCURSOS Y OPOSICIONES

1. *Oposiciones. Nulidad. Aunque hay jurisprudencia constante en el sentido de que los Tribunales de Justicia no pueden convertirse, por sus propios conocimientos o por los que pueda aportar una prueba pericial especializada, en segundos Tribunales calificadores que revisen todas las oposiciones y concursos, sustituyendo por sus propios criterios de calificación lo que corresponde en virtud de la discrecionalidad técnica de que disponen al Tribunal que ha de juzgar las pruebas selectivas, ello no impide la revisión jurisdiccional en ciertos casos en que concurren defectos formales sustanciales o que se ha producido indefensión, arbitrariedad, desviación de poder, u otra transgresión jurídica de similar trascendencia. Nulidad, porque con la opacidad en la conducta del Tribunal y en particular la desaparición de las pruebas del tercer ejercicio, cuya legalidad se cuestiona, se hurga a los Tribunales de Justicia la posibilidad de ejercicio de su función revisora a la par que se vulnera el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva.*

«Es jurisprudencia constante de esta Sala (por todas, STS 3.º7, 13-3-1991), que los Tribunales calificadores de concursos y oposiciones gozan de amplia discrecionalidad técnica, dada la presumible imparcialidad de sus componentes, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas realizadas, pues en principio los Tribunales de Justicia no pueden convertirse, por sus propios conocimientos o por los que le pueda aportar una prueba pericial especializada, en segundo Tribunales calificadores que revisen todos los concursos y oposiciones que se celebren, sustituyendo por sus propios criterios de calificación lo que en virtud de esa discrecionalidad técnica corresponde al Tribunal que ha de juzgar las pruebas selectivas, lo que no impide la revisión jurisdiccional en ciertos casos en que concurren defectos formales sustanciales o que se ha producido indefensión, arbitrariedad, desviación de poder u otra transgresión jurídica de similar trascendencia.

El debate contradictorio, pues, al que alcanza este recurso, tiene un condicionante inicial consistente en excluir de la actividad cognitiva y revisora de

este Tribunal el juicio estimativo acerca de la calidad y nivel de conocimientos del opositor, que formule el Tribunal calificador especializado en cada uno de los ejercicios. Ahora bien, a partir de este reconocimiento, que guarda relación con los límites competenciales de este orden jurisdiccional, corresponde a los Tribunales de Justicia salvaguardar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, ejerciendo la potestad de control sobre la legalidad de las normas reglamentarias aplicadas y sobre la racionalidad y transparencia de los procedimientos, por venir impuesto así tanto por los principios de la Constitución (arts. 103 y 106.9.3 CE) como por la legislación ordinaria (art. 19 Ley 30/1984 y arts. 3.º1 y 17 del RD 2223/1984).

En el desarrollo de las pruebas selectivas a que se refiere este recurso se celebraron los dos primeros ejercicios de la oposición del turno libre, con publicación de las respectivas listas de aprobados, sin novedad alguna destacable que afecta a este proceso. El conflicto ha surgido en torno a las calificaciones del tercer ejercicio, ante la circunstancia de que la lista de aprobados del mismo resulta coincidente con la lista definitiva de aprobados en las pruebas selectivas. La ambigüedad del texto, antes reseñado, del artículo 8.1 de las bases de la convocatoria («la lista de aprobados del tercer ejercicio no podrá superar el número de plazas convocadas»), que pudo justificar una aplicación literal no finalista por parte del Tribunal calificador, es un factor añadido, que refuerza la exigibilidad de transparencia del procedimiento utilizado para formar la lista y, al propio tiempo, acreditar que se ha cumplido el precepto legal de que la puntuación total se obtenga por la suma de las puntuaciones obtenidas en las fases de la oposición. La desaparición de los ejercicios de examen, en fecha inmediatea al tiempo de su celebración; la ausencia de toda constatación documental de las puntuaciones asignadas a cada uno de los participantes en el tercer ejercicio y la anfibológica respuesta del Secretario del Tribunal a tres de aquéllos (demandantes), sobre los motivos de su eliminación («... aun considerando que, efectivamente, *Vd. ha contestado correctamente a un significativo número de las cuestiones planteadas, lamenta informarle que no ha superado el número de respuestas alcanzado por los 18 opositores seleccionados...*»), demuestran la falta objetiva de las garantías básicas detectada en el procedimiento selectivo, muy especialmente a partir del tercer ejercicio, lo que justifica la necesidad de su anulación a fin de que se reproduzca aquel tramo de actividad que aparece viciado con tales defectos insubsanables. Como expone acertadamente el Tribunal de instancia, con estas contradicciones y omisiones «se hurta a este Tribunal la posibilidad de ejercicio de su función revisora, a la par que se vulnera el derecho de aquéllos (los reclamantes) a la tutela judicial efectiva» (F. 2.º). Frente a este imperativo legal, no son argumentos con suficiente fuerza de convicción los expuestos por el Abogado del Estado sobre la discrecionalidad técnica de que goza el Tribunal calificador, cuyos límites ya han quedado definidos; sobre el valor informativo de la comunicación del Secretario del Tribunal, también reseñada, dirigida a los opositores reclamantes, que en modo alguno satisface las exigencias mínimas de publicidad y transparencia del procedimiento selectivo; o la invocada supeditación a la norma imperativa del artículo 8.1 de las Bases, pues precisamente su significado equívoco hace más perentoria la exigencia de constatación del *modus operandi*, sin cuyo cumplimiento no es posible formar juicio diferenciado entre discrecionalidad y arbitrariedad. Tampoco pueden aceptarse las alegaciones de los apelantes coadyuvantes comparecidos, sobre inexistencia de una obligación legal, formalmente especificada, de tener que conservar los ejercicios realizados, lo que en ningún caso sería justificante de la correlativa opacidad de la actuación del Tribunal calificador en la fase crucial de la oposición que aquí se está analizando, ni ha quedado corregido, *a posteriori*, por la prueba testifical a cargo de los miembros de dicho Tribunal realizada años después y con escasas o nulas precisiones. En consecuencia, puede confirmar la sentencia apelada.» (*Sentencia de 11 de noviembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 7.ª*)

*2. Selección. Maestros. Sistema excepcional y transitorio en las tres primeras convocatorias de ingreso en la función pública docente. Legalidad de la asignación de un máximo de hasta seis puntos por servicios prestados.*

«La cuestión controvertida en la presente apelación y a la que se ha hecho referencia en el primero de los Fundamentos de Derecho, ha sido ya resuelta por la Sala al estimar el Recurso de apelación núm. 9723/1991 interpuesto contra sentencia también de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla que, como la aquí apelada, anuló una convocatoria prácticamente idéntica y por iguales motivos, razón por la que, en aras del principio de unidad de doctrina, hemos de reiterar la mantenida en S. 14-4-1992.

Partía dicha sentencia de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Reforma de la Función Pública, que en su artículo 19.1, considerado básico por el artículo 1.3, dispuso que la selección del personal se efectuará mediante convocatoria pública, a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, no obstante lo cual el ap. 2 de la disposición transitoria sexta reconoció al personal contratado e interino el derecho a participar en las pruebas de acceso para cubrir las plazas de nuevas creación, respetando los criterios de mérito y capacidad, mediante las pruebas que reglamentariamente se determinen, en las que se valorarán los servicios efectivos prestados por este personal, normas que, según el ap. 3 de la misma transitoria, serán aplicadas por las Comunidades Autónomas al personal contratado administrativo de colaboración temporal dependiente de las mismas para acceder a las respectivas funciones públicas autónomas y, en el ap. 4, se facultó a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas para convocar pruebas específicas destinadas al personal que tuviese la condición de contratado administrativo mediante convocatorias públicas con anterioridad al 15-3-1984, siendo desestimadas por Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 27/1991, de 14 febrero (RTC 1991, 27), las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas respecto de este último precepto y de otras previsiones legales autonómicas análogas, por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía y Canarias, con sede, respectivamente, en Sevilla y Santa Cruz de Tenerife.

Recordaba también la citada sentencia de esta Sala que el artículo 1.º de la mencionada Ley de Reforma de la Función Pública estableció en su núm. 2 que en aplicación de esta Ley podrán dictarse normas específicas para adecuarla a las peculiaridades, entre otros, del personal docente e investigador, peculiaridades a las que responde la Ley Orgánica 1/1990, de 3 octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), al establecer en la disposición adicional novena, ap. 3, que el sistema de ingreso en la Función Pública docente será el de concurso-oposición convocado por las respectivas Administraciones educativas, valorándose en la fase de concurso, entre otros méritos, la formación académica y la experiencia docente previa, y en la de oposición los conocimientos específicos necesarios para impartir la docencia, la aptitud pedagógica y el dominio de las técnicas necesarias para tal fin, si bien la transitoria quinta de la LOGSE, de modo análogo a lo que había hecho la transitoria sexta de la Ley 30/1984 respecto de los funcionarios interinos y contratados, dispuso la celebración de las tres primeras convocatorias para ingreso en la función pública docente, con dispensa en ciertos casos de la titulación específica exigida, mediante un sistema de selección en el que se valoren los conocimientos sobre los contenidos curriculares que deberán impartir los candidatos seleccionados y su dominio de los recursos didácticos y pedagógicos, así como los méritos académicos, entre los que tendrán valoración preferente los servicios prestados en la enseñanza pública, teniendo en cuenta para la selección de los aspirantes la valoración ponderada y global de ambos apartados, precepto desarrollado por el Real Decreto 574/1991, de 22 abril,

por el que se reguló transitoriamente el ingreso en los Cuerpos de Funcionarios Docentes.

Fijado en la forma expuesta el marco normativo del sistema excepcional y transitorio de selección en las tres primeras convocatorias de ingreso en la función pública docente, establecido en la LOGSE, la cuestión planteada se reduce a determinar si la atribución de un máximo de seis puntos por razón de los servicios prestados en la enseñanza excede en forma arbitraria y desproporcionada de la «valoración preferente» de la experiencia previa que ordena la LOGSE, ya que dicho Texto Legal no es revisable por su jurisdicción, cuestión que ha de resolverse en el mismo sentido negativo en que la Sala decidió idéntica controversia en la mencionada S. 14-4-1992, en la que se declaró, y ha de reiterarse aquí, que tal decisión se adopta «de acuerdo con la doctrina establecida en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de fecha 18-4-1989 (RTC 1989, 67) y el examen comparativo de los presupuestos concurrentes en uno y otro caso, señalando al efecto: A) En aquél se trataba de un concurso-oposición para ingreso en el Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración en la Comunidad Autónoma de Extremadura; a éste se le denomina en la LOGSE y Real Decreto sistema selectivo o proceso selectivo, sin encasillarlo en ninguno de los tres sistemas tradicionales de acceso a la función pública. B) En el anterior se valoraba como único mérito los servicios efectivos prestados; en éste se valora también el expediente académico y otros méritos —estar en posesión de otras titulaciones, el doctorado y la realización de cursos de formación, especialización o perfeccionamiento—. C) En aquél la puntuación máxima de 13,5 puntos por servicios prestados, que suponía un 45 por 100 de la que podían obtener los del turno libre, se podía alcanzar con menos de dos años de servicios, a razón de 0,60 puntos por mes de servicios prestados; en éste, para obtener los seis puntos que como máximo se otorgan por experiencia docente, son necesarios cuatro cursos académicos completos, siempre que, en el mejor de los casos, esa experiencia previa haya tenido lugar en la enseñanza pública y en plazas de especialidades correspondientes al Cuerpo al que se opte (o, hemos de añadir en el presente caso, 'a alguno de los Cuerpos integrados en el mismo o a otros del mismo grupo y nivel de complemento de destino'). D) En aquél, los del turno libre tenían que obtener cinco puntos para superar cada uno de los tres ejercicios de la fase de oposición, mientras que los que habían puntuado en la fase de concurso podían superar la fase de oposición con 2,50 puntos en cada ejercicio, completándolos hasta cinco con la puntuación obtenida en la fase de concurso, que fue precisamente lo que el Tribunal Constitucional estimó como una diferencia de trato no razonable y arbitraria que determinó la estimación de la demanda de amparo; en el caso que se resuelve, por el contrario, en la primera fase eliminatoria todos los aspirantes se encuentran en absoluta igualdad de condiciones, pues a todos se les valoran los conocimientos curriculares y dominio de los recursos didácticos y pedagógicos, el expediente académico y los cursos de formación y perfeccionamiento convocados por las Administraciones Educativas o Universidades, que no son privativos de ningún colectivo y pueden haber sido realizados por aspirantes de uno u otro grupo, siendo necesario para superar esta primera fase haber alcanzado una puntuación mínima conjunta de cinco puntos, pudiendo, por tanto, obtenerse un máximo de trece puntos, puntuación de esta primera fase a la que después se suma para determinar el definitivo orden de colocación la otorgada por experiencia previa, con un máximo en el mejor de los casos de seis puntos, que representan un 31,57 por 100 de los 19 puntos que pueden alcanzarse en total y un 46,15 de los que pueden obtenerse en la primera fase eliminatoria, que no debe considerarse arbitraria y desproporcionada de acuerdo con lo establecido en la citada sentencia del Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta que también en este caso se trata de un régimen transitorio excepcional previsto por el legislador y que es la propia LOGSE la que ordena que se otorgue valor preferente a la experiencia previa.» (Sentencia de 10 de noviembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 7.ª)

3. *Convocatoria. Nulidad, por reservar todas las plazas a promoción interna, superando el límite del 50 por 100 del artículo 22 L. 30/84.*

«La pretensión revocatoria formulada por la representación del Ayuntamiento de Alcázar de San Juan de la sentencia recurrida que anuló el Acuerdo de 28-4-1989 relativo a la aprobación de la convocatoria y bases del concurso-oposición para cubrir dos plazas de Oficiales Jardineros por el sistema de promoción interna, fundada en la supresión del particular del artículo 22 de la Ley 30/1984 sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública de la limitación establecida en el mismo de que la reserva para cubrir las plazas por este sistema no podía superar el 50 por 100 de las plazas convocadas, no puede prosperar toda vez que la supresión de esta condición no puede interpretarse en el sentido que aduce la apelante de que la Administración pueda desconocer la norma de que al cubrir las plazas vacantes por oposición, o concurso-oposición, debe respetarse el acceso de todos aquellos que estén en posesión de la titulación, y demás condicionamientos previstos en función de la naturaleza de aquéllas como norma general; sin perjuicio de facilitar a los funcionarios pertenecientes a la misma Administración el acceso a una función superior; lo que en ningún supuesto permite que todas las plazas vacantes se provean por el sistema de promoción interna ya que ello desvirtuaría lo dispuesto en el artículo 19 de la meritada Ley de 2-8-1984 respecto a la exigencia de que la selección del personal al servicio de la Administración ya sea funcionarios o laboral por los sistemas en el mismo indicados debe respetar el principio constitucional de igualdad; y lo dispuesto en el artículo 134 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes aprobado por el Real Decreto Legislativo 18-4-1986: «I. Las convocatorias serán siempre libres. No obstante podrán reservarse para promoción interna hasta un máximo del 50 por 100 de las plazas convocadas para funcionarios que reúnan la titulación y demás requisitos exigidos en la convocatoria»; limitación a una excepción que en relación con el sistema de provisión de vacantes en las Administraciones Públicas hace factible que se aduce a la norma Constitucional, artículo 23, sobre igualdad en el acceso a la función pública, acogido por el meritado artículo 19 de la Ley sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública; que se vulnera de forma patente cuando todas las plazas vacantes provistas por funcionarios de Carrera pertenecientes a la Escala de Servicios Especiales, Subescala de Personal de Oficios son objeto de una convocatoria para su provisión por el sistema de concurso oposición entre funcionarios de la misma Corporación y distinto puesto de trabajo y función; Subescala de Oficios: Ayudantes de Jardinería para acceder al de Oficiales de Jardinería; omitiendo la normativa general que impone su provisión mediante el sistema de convocatoria libre que admite la concurrencia del sistema de promoción interna, pero no la exclusiva por este sistema que representa una excepción al general de convocatoria libre de las plazas no cubiertas por concurso.» (*Sentencia de 19 de noviembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 4.ª*)

4. *Oposición. Impugnabilidad de la propuesta del Tribunal Calificador, dada su «significación indirectamente decisoria», por lo que pese al primario carácter de acto trámite «su significación real en la dinámica del procedimiento de selección lo hace susceptible de ser objeto del recurso». Desviación de poder, que deriva de la práctica de reiteradas votaciones del Tribunal calificador y de la no aportación en el expediente de trabajos que aportó o dijo aportar el recurrente ni de diligencia haciendo constar su no aportación o el requerimiento para que aportase copia de los mismos, cuando la puntuación de uno tan sólo de dichos trabajos habría bastado*

*para alterar el contenido de la propuesta. Derecho del recurrente a ser designado.*

«El fundamento de desestimación de dicha causa de inadmisibilidad en la sentencia apelada, contenido en su Fundamento de Derecho primero, consiste en que: *a)* a diferencia del significado atribuible a otras resoluciones de Tribunales Calificadores de concursos, en el presente se trata de un acto que «formalmente es de trámite, pero que de hecho decide indirectamente la cuestión», puesto que «aquí la propuesta era decisiva y vinculante para la Administración, que no podía sino actuar de acuerdo con el Tribunal Calificador»; *b)* que, dado el silencio de la Administración a los recursos administrativos previos del recurrente, en los que pudo y debió resolverse los recursos haciéndole saber que el acto no era definitivo y que esperara al acto administrativo, pero optó por guardar silencio, ahora no es coherente en vía jurisdiccional alegar la inadmisibilidad por este aspecto cuando nada le dijo en vía administrativa; *c)* que no sería lícito obligar a un ciudadano a estar pendiente durante dos años y medio (espacio temporal hasta la publicación del nombramiento del concursante seleccionado) de consultar el «BOE», para saber cuándo tiene que recurrir; *d)* que de seguir la tesis de las partes demandadas se produciría una vulneración del artículo 24 Constitución Española.

Tal fundamentación es censurada especialmente por el Abogado del Estado, limitándose en realidad el codemandado apelante a adherirse a la argumentación de aquél, señalando además que con posterioridad se publicó su propio nombramiento, que no fue recurrido por el demandante.

Centrándonos en los argumentos del Abogado del Estado, éste tacha de vagos los argumentos de la sentencia, negando el significado decisorio de la propuesta de nombramiento impugnada, toda vez que, de acuerdo con el artículo 7 de las bases de la convocatoria «se reserva a la Dirección General una actuación revisoria de las propuestas de los Tribunales que será vinculante para la misma salvo que no se hayan cumplido mecanismos formales y de procedimiento establecido»; por lo que «la Dirección General puede estimar la existencia de defectos en el procedimiento e indirectamente en la selección, y revocar la propuesta, obligando al Tribunal a que formule otra diferente». Por otra parte, tacha de pueril el argumento referente a la espera de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado», porque, en su criterio, desorbita la importancia de la lentitud administrativa, al permitir que se pueda impugnar en vía contencioso administrativa un acto de trámite, y no definitivo, lo que no es de recibo.

Por su parte, el apelado argumenta que el carácter vinculante para la Administración de la propuesta del Tribunal Calificador, establecida en el artículo 7 de la Orden de convocatoria, determina que tal propuesta está decidiendo, siquiera sea indirectamente el fondo del asunto; y que si incluso la Jurisdicción tiene limitadas sus facultades revisoras respecto de las propuestas de los Tribunales, con mucha más razón las tendrá limitadas la propia Administración, por lo que, en su criterio, la propuesta del Tribunal está decidiendo «directamente» el fondo del asunto y, por tanto, frente a la misma cabe, una vez agotada la vía administrativa el recurso contencioso administrativo; ello aparte de otras alegaciones complementarias de entidad menor, de innecesario análisis.

Planteamos los términos del debate en lo referido a la pretendida inadmisibilidad, hemos de empezar refiriéndonos a nuestra reciente S. 27-3-1992, en la que en supuesto análogo al actual rechazábamos la inadmisibilidad alegada, diciendo que «el acto administrativo recurrido no es de mero trámite, sino resolutorio, por lo que al Tribunal Calificador concierne, del proceso selectivo para cubrir la plaza de Arqueólogo vacante, toda vez que comprende no sólo la valoración de los méritos de los concursantes y la calificación final de las pruebas, sino también la propuesta de nombramiento efectuada por dicho Tribunal Calificador». Las exigencias de unidad de doctrina imponen trasladar a este caso la que acabamos de

transcribir, en función de la cual la causa de inadmisibilidad propuesta debe rechazarse.

Todos los argumentos de la sentencia apelada no son, ciertamente del mismo vigor, pudiendo aceptarse la tacha de vaguedad que les dedica la alegación del Abogado del Estado; si bien sólo en cuanto al referente al retraso de la publicación del nombramiento en el «Boletín Oficial del Estado» y a la carga excesiva que de ello se derivaría para el demandante; pero no es aceptable la censura en cuanto al significado decisorio de hecho y vinculante de la propuesta del Tribunal. El artículo 7 de la Orden de Convocatoria, argüido por el Abogado del Estado, no se opone a la tesis de la sentencia, pues en definitiva las facultades de control de la Administración respecto a las propuestas del Tribunal se limitan al cumplimiento de «los mecanismos formales y de procedimiento»; esto es, a un aspecto de regularidad formal, en el que no es lo más adecuado incluir el control de un vicio sustantivo, como es el de la desviación de poder.

Conserva así todo su vigor la argumentación de la sentencia apelada sobre la significación indirectamente decisoria de la propuesta del Tribunal Calificador, por lo que, pese al primario carácter de la resolución recurrida como acto de trámite, su significado real en la dinámica del procedimiento de selección lo hace susceptible de ser objeto de recurso contencioso administrativo, según lo previsto en el artículo 37.1 de nuestra Ley Jurisdiccional.

Por otra parte, la observación de la sentencia sobre la inconsecuencia de la Administración por su postura de silencio en los recursos administrativos, aunque no sea suficiente de por sí, constituye un elemento complementario, a la hora de establecer la solución adecuada desde la clave superior del artículo 24 CE, y del principio «pro actione», que de ella se deriva.

En cuanto al fondo, hemos de analizar por separado, y en orden sucesivo, el recurso del Abogado del Estado y el del codemandado apelante.

Respecto al primero, la cuestión a analizar, a la vista de las alegaciones contrapuestas, es la de si la desviación de poder, declarada en la sentencia, y fundamento de su fallo, resulta adecuadamente fundada.

Se dice por el Abogado del Estado que «lo que más nos sorprende es que en una materia tan delicadísima como ésta, esto es, la revisión del criterio utilizado por un órgano técnico de la Administración en el uso de su discrecionalidad, el Tribunal «a quo», con gran desparpajo, valore «nueve comunicaciones a congresos», que no fueron aportadas al Tribunal Calificador ni tampoco en el recurso contencioso, con una décima de punto cada una de estas ponencias o comunicaciones. Y todo ello sin existir los documentos y sin haber solicitado por diligencia para mejor promover el dictamen de doctores o expertos en la materia, sobre la presunta importancia de estos papeles», remitiéndose a continuación a la doctrina de este Tribunal sobre la irrevisibilidad jurisdiccional de los juicios de discrecionalidad técnica de los Tribunales Calificadores (apartado segundo de su escrito).

Y que «del hecho de que el Tribunal calificador realizase sucesivas votaciones hasta llegar a una propuesta definitiva no puede extraerse seriamente la conclusión de que algunos vocales manipulaban este mecanismo para lograr que la propuesta final coincidiese con su propio candidato. Debe partirse siempre de la honestidad, buena fe y preparación de los miembros del Tribunal, salvo que existan pruebas de parcialidad o de comportamiento irregular, que aquí no existen en absoluto. Y en esta temática no aceptamos, en fin, una mera sospecha con tan mínimo fundamento como la que desarrolla el Tribunal «a quo» para afirmar que el Tribunal incurrió en desviación de poder».

No es frecuente en los escritos del Abogado del Estado la imputación de «desparpajo» para la actuación de un Tribunal; pero, aparte de lo insólita, se apoya en una distorsión inaceptable de lo que dice la sentencia, siendo la afirmación de que ésta valora las comunicaciones referidas con una décima de punto totalmente inexacta.



Para evidenciar la inexactitud, nada mejor que transcribir en lo esencial la parte de la sentencia referida a esa alegación.

Después de decir que el recurrente en su instancia sellada, manifestó aportar nueve comunicaciones, y que no obstante en el expediente no aparece más que una de ellas, y que ya la Inspección en su día se hizo eco de este hecho, dice:

«en la misma situación se encuentra ahora la Sala y es imposible determinar si tales comunicaciones fueron o no aportadas. Sin embargo, estima la Sala que procede hacer dos precisiones al respecto de la mayor importancia: a) Se observa una actuación irregular de la Administración, concretamente en el funcionario receptor de la documentación, que no comprueba la veracidad de los documentos que se dice se aportan o en otro caso que no hace constar por diligencia que determinados documentos que se dice aportar no se aportan. Posteriormente el Tribunal, ante tan detallada exposición de comunicaciones que se dice se aporta, pero no se le dan al Tribunal, no hizo nada para subsanar la posible pérdida o solicitar copias por si se hubieran traspapelado. b) Tal hecho tiene una relevancia extraordinaria en el presente caso dada la mínima diferencia de puntos existente en la propuesta del Tribunal: 48,58 puntos para el Dr. A., 48,51 puntos para el Dr. P. C.; es decir, siete centésimas y los ocho trabajos que se dicen aportados en la instancia y que no constan en el expediente, se podían valorar con una décima de punto cada uno; es decir, que si una sola de dichas comunicaciones se hubiera puntuado el resultado de la propuesta en la tercera votación también hubiera salido a favor del Dr. P. C.»

Es evidente en este párrafo transcrito que la sentencia no atribuye una puntuación a unos trabajos no obrantes en el expediente, sino que lo que hace es analizar lo que tiene de irregularidad el hecho de que no se haya comprobado si esos trabajos se aportaron o no, y la significación que, de haberse aportado, hubieran tenido para la puntuación establecida por baremo y, por tanto, sin margen de libertad apreciativa, observación que es de impecable corrección y de absoluta pertinencia en el marco alegatorio de desviación de poder, en el que la irregular actuación del Tribunal Calificador del concurso adquiere una significación relevante en la dinámica de aquélla.

Achacar al Tribunal «desparpajo» en su actuación, y hacerlo además sobre bases tan inexactas resulta de todo punto rechazable.

En cuanto a la referencia a la irrevisibilidad jurisdiccional de los juicios de los Tribunales Calificadores en el ámbito de la discrecionalidad técnica, debe destacarse que en este caso no se trata de sustituir esos juicios por otros del órgano jurisdiccional, sino de mantener la puntuación que el Tribunal Calificador dio en un primer momento, y de rechazar, como constitutivo de desviación de poder, otras posteriores, que la Sala «a quo» entendió que estaban preordenadas a favorecer a un determinado candidato.

La sentencia apelada, pues, no califica técnicamente por sí misma a un candidato, sino que lo que hace es mantener la calificación inicial del propio Tribunal Calificador del concurso, y rechazar las que consideró afectas de desviación de poder, extrayendo las consecuencias jurídicas de aquella calificación.

No existe, por tanto, en la sentencia apartamiento alguno de la doctrina consolidada de este Tribunal Supremo.

Por último, la negativa final de desviación de poder por el Abogado del Estado en los términos que quedaron transcritos, tiene en su propia formulación los elementos para desvirtuarla.

Si se da por sentado, como se hace, sin discutir en ese extremo los argumentos de la sentencia, que el Tribunal Calificador realizó sucesivas votaciones hasta llegar a una propuesta definitiva, se está introduciendo ya un elemento de patente irregularidad en esa calificación definitiva, pues, evidentemente, producida una votación, cuya puntuación, sumadas a las de los precedentes ejercicios, valen ya para la finalización de la actuación calificadora, no tiene sentido que se deban producir otras votaciones ulteriores; por lo que la existencia de éstas es un

elemento de irregularidad indiscutible, y un factor probatorio de la imputación de desviación de poder. No es lógico minimizar el significado de la pluralidad de votaciones, ni resulta convincente la censura de la sentencia en este punto por el Abogado del Estado.

Por el contrario, el relato del Fundamento de Derecho 4.º de la sentencia, con perfecta cobertura probatoria en el voto particular del Dr. V. y en las declaraciones de éste y de los demás miembros del Tribunal Calificador ante la Inspección, es totalmente convincente, a criterio de esta Sala, en cuanto a la declarada desviación de poder, pues el sentido lógico de esa pluralidad de votaciones, según proclama la sentencia, no es otro que el de conceder la plaza, no a quien habían obtenido la máxima puntuación conjunta, sino a un candidato determinado, existiendo una clara acepción de personas, que es lo que constituye el fin desviado, apreciado en la sentencia.

Especialmente relevante sobre el particular es la declaración, prestada ante la Inspección (expediente de la Inspección unido al expediente general —folio 47—) por el Dr. A., Jefe del servicio en el que se incluía la plaza objeto del concurso, que dice que fue interrogado por los componentes del Tribunal, dada la igualdad de los dos concursantes en liza, y que contestó (según esa declaración), «que no tenía preferencias personales por ninguno de los dos concursantes y que dada la igualdad o la aproximación en ambos exponía que en este caso se inclinaba fundamentalmente en interés del funcionalismo del servicio por el Dr. A.».

En la función asignada a un Tribunal, llamado a calificar el mérito y la capacidad de los diversos concurrentes a una plaza, por muy bienintencionado que sea el propósito, no tiene cabida la interpelación del Jefe del Servicio, para ver a quién prefiere en interés del servicio, elemento este que es ajeno y distinto del mérito y la capacidad. Si después de esa interpelación, y de la introducción a través de ella de un elemento diverso de los atendibles en la calificación de los candidatos, se produce una rectificación de las puntuaciones precedentes: a la baja, respecto de un candidato, el triunfante según la primera votación; y al alza, respecto al otro, el que es objeto de la preferencia declarada del Jefe del Servicio, es lógico concluir que se está procurando la selección personalizada de éste, y no la valoración objetiva de la capacidad demostrada en el ejercicio puntuado por cada uno de los concursantes; y eso en una típica manifestación de desviación de poder.

Existen así elementos de prueba suficientes para fundamentar la conclusión de la Sala «a quo».

Cierto que existen otros, y en concreto el acta firmada por los miembros del Tribunal en 16-10-1987, que, de ser elemento único de prueba, obstaría la imputación de desviación de poder; pero en la valoración conjunta de la prueba resultan de mayor fuerza convictiva, en cuanto relato lineal de hechos, otros medios, y en concreto el conjunto integrado por el voto particular del Dr. V., las declaraciones de los miembros del Tribunal ante la Inspección, el documento unido al expediente de ésta con las diversas puntuaciones, y las declaraciones testificales prestadas en el proceso. El acta referida, levantada sin un objetivo explicable en el procedimiento del concurso, pues en el momento en que se extendió la función del Tribunal estaba ultimada, y de contenido contradictorio y en muchos puntos plagada de juicios de valor, parece responder más a un propósito de autodefensa de los miembros del Tribunal ante la repercusión pública del concurso, y esa misma finalidad degrada su valor como prueba.

Ha de concluirse, por tanto, frente a la alegación del Abogado del Estado apelante, que la desviación del poder está perfectamente probada en este caso, y que sus alegaciones no desvirtúan el juicio de la Sala «a quo», por lo que su apelación debe ser desestimada.

Por lo que hace al recurso del codemandado apelante, la extraordinaria extensión de sus alegaciones, y las del apelado a ellas correlativas, aconseja una primera tarea de selección de las mismas, en función del objeto del proceso, para

desbrozar el campo de estudio, eludiendo un esfuerzo estéril en el análisis de alegaciones claramente desviadas de ese objeto.

Ante todo, debe observarse que dicho objeto se refería a la propuesta de nombramiento del codemandado, y que la impugnación se produjo en un momento del procedimiento de selección, en el que ya se habían celebrado una serie de fases, cuya evaluación no se impugnó. No se estima, por tanto, correcta la vuelta sobre tapas anteriores del concurso, y sobre todo para impugnar las puntuaciones otorgadas en ellas al demandante, cuando el codemandado no había formulado contra ellas el correspondiente recurso contencioso administrativo. La posición procesal de codemandado limita lógicamente el ámbito de las posibles alegaciones, en razón de la funcionalidad de las mismas respecto del objeto del proceso.

Análoga consideración debe aplicarse a las alegaciones del apelado, en las que insiste en extremos de sus alegaciones de primera instancia sobre su propia evaluación y la de su contrario, que no alcanzaron éxito en ella, y que se pretenden hacer valer en esta segunda, sin que se adhiriera a la apelación, cual era posible; por lo que desde su posición procesal de apelado, las únicas alegaciones admisibles son las tendentes a la defensa de la sentencia, circunscritas a la desviación de poder.

Dadas tales pautas de partida, hemos de rechazar globalmente, y sin necesidad de detenernos en su análisis las alegaciones «cuarta» y «quinta» del escrito del codemandado apelante, así como los contenidos con el mismo objeto en otras, a propósito de otras cuestiones, si bien respecto de algunas expresiones de la cuarta se habrá de volver.

Del mismo modo hemos de prescindir de las alegaciones correlativas del apelado, salvo en lo que tengan de utilidad al objeto definido de la apelación, y, sin paliativo alguno, de toda su alegación «séptima»:

— Definido el ámbito de análisis, hemos de comenzar por las alegaciones del codemandado apelante sobre «ausencia total de respuesta a las argumentaciones de esta parte y a la prueba practicada en la sentencia apelada» (alegación «tercera»), en las que se aduce violación del artículo 24 CE, por violación de los derechos de defensa contradictoria y de igualdad de partes, incongruencia omisiva y vulneración del derecho a la prueba.

Dicho planteamiento es inadecuado.

La parte da por supuesto que el Tribunal está obligado a un comentario concreto de cada una de sus alegaciones, y a darle explicación minuciosa y casuística sobre cada uno de los elementos de prueba obrantes en el proceso, y sobre el valor o falta de él que les atribuye, haciendo de esa respuesta el contenido del requisito de la congruencia, del derecho de defensa contradictoria y del derecho a la prueba, lo que es de todo punto erróneo.

El requisito de la congruencia tiene relación con las pretensiones y las excepciones; pero no con los argumentos utilizados en apoyo de aquéllas; por lo que la omisión de referencia concreta en la sentencia a esos argumentos es intrascendente, siempre que el cuestionario esencial referido recibiese respuesta resolutoria.

El derecho de defensa contradictoria nada tiene que ver con la amplitud de los argumentos de la sentencia, sino que consiste tan sólo en la posibilidad de oponerse a los argumentos de contrario, que la parte aprovechó en este caso con indiscutible amplitud.

En cuanto al derecho a la prueba no supone sino la facultad de usar en el proceso los medios de prueba lícitos que se estimen oportunos, y tampoco puede decirse que en ese particular el apelante codemandado sufriese restricción alguna. No forma parte de ese derecho la exigencia de que el órgano judicial tenga que allanarse a una especie de coerción de las partes, al trazarle con sus propios comentarios y valoraciones de las pruebas la línea discursiva a la que haya de ajustarse en el ejercicio de sus propias potestades de enjuiciamiento y de valoración de las pruebas.

Por último, el principio de igualdad de partes, al que la apelante se refiere en reiteradas ocasiones, en alguna incluso, como veremos después, sin atenerse al debido respeto al Tribunal « a quo », no quiebra por el hecho de que acepte los planteamientos de una de ellas y rechace los de la otra, que es lo único acaecido en este caso, y que es propio de la misma esencia y función del proceso.

El comprensible sentimiento del propio derecho no justifica que la vehemencia en su defensa pueda llevarse hasta el extremo de alterar el sentido de los principios claves del proceso.

Sólo el exceso intelectual de autoatribuirse la valoración de la prueba, función que corresponde al Tribunal, puede explicar la sorpresa de la parte, cuando éste, en su genuina e insustituible función, da por probada una de las tesis en contraste. Y es absolutamente inexacto, que, como se dice en el párrafo alegatorio acotado, el Tribunal haya dado por sentado que el Dr. P. C. aportara los trabajos cuestionados.

Incorre aquí la parte en la propia inexactitud distorsionadora que antes se examinó a propósito de las alegaciones del Abogado del Estado, por lo que basta que nos remitamos a lo que entonces dijimos.

En conclusión, sobre esta parte de las alegaciones del codemandado apelante, resulta intrascendente la interesada referencia a los concretos silencios de la sentencia apelada, que el apelante detalla en la alegación que analizamos, y que debe ser rechazada.

Por lo que hace a las argumentaciones contenidas en las alegaciones primera y segunda y sexta del escrito del codemandado apelante, se trata, en definitiva, de una versión apasionada de los hechos, en la que fundamentalmente se procura minimizar los elementos de prueba atendidos por la Sala « a quo » y exaltar otros, sin que en su conjunto alcancen la fuerza convictiva necesaria para llevar al ánimo de esta Sala la infracción del ordenamiento jurídico que imputa a la sentencia.

La alegación primera (« Inadecuación a derecho de la sentencia apelada ») se limita a resaltar el hecho de la sentencia, y a anunciar su ulterior crítica, así como el dato de la publicación del nombramiento del apelante, con juicios de valor hacia la primera (« clara vulneración del Ordenamiento Jurídico y lesión de derechos e intereses jurídicos de mi representado — como luego demostraremos — »), en los que ya se anuncia una actitud desmedida en la crítica, sobre la que ya hemos llamado la atención. En todo caso, la alegación es intrascendente en cuanto fundamento de la censura de la sentencia apelada.

En la extensa alegación segunda (« Recapitulación de hechos e improcedencia de la sentencia apelada »), se contiene una parte fundamental de la argumentación censoria, por cierto, con una cierta inconsecuencia en la relación entre su planteamiento inicial y el desarrollo ulterior. Se empieza diciendo que la sentencia apelada « basa su fallo en sólo determinados hechos » y que « se hace imprescindible, al amparo del artículo 24.1.º de la Constitución y artículos 5 y 7 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, recapitular todos los hechos, sucintamente, para que esta parte no sea preterida en sus derechos o sufra indefensión, dejando para otra alegación el análisis de la prueba practicada en primera instancia... ».

Pese a ese anuncio (que luego se va desarrollando en siete apartados, de los que nos detendremos en el análisis de los significativos), ni el ulterior relato de hechos es sucinto, ni se limita a la sola descripción de hechos, sino que más bien se trata de extraer consecuencias valorativas en un plano probatorio.

Es precisamente este segundo aspecto el fundamental, debiéndose destacar el énfasis especial que se marca en el hecho de que en el acta en que se contiene la propuesta de nombramiento del Dr. A. « no se hace mención alguna a que se hubieran realizado varias votaciones en las diferentes fases del concurso » (lo que se subraya para forzar la atención del Tribunal) (ap. 2.º, f. 6), y en la trascendencia que se atribuye al acta del Tribunal Calificador de 16-10-1987 (ap. 5.º, f. 9 a 20).

El primero de los elementos carece de significación; o de poder extraer alguna, pudiera ser cabalmente contraria a la que la parte pretende. El hecho de que se silencie en el acta, la pluralidad de votaciones, no supone que no tuviera lugar; simplemente, no se prueba por ese acta; pero está probada por otros medios, de los que el voto particular del Dr. V. (al que se refiere el ap. 4.º, f. 8) es prueba terminante, y más, completada por las declaraciones de los componentes del Tribunal Calificador ante la Inspección, por el documento de las mismas puntuaciones (obrantes uno y otro elementos en el expediente de la Inspección, unido al general) y por las declaraciones testificales prestadas en el proceso.

Y decíamos que, de poder extraer alguna consecuencia al silencio del acta, pudiera ser contraria a la pretendida por la parte, pues desde el momento en que un elemento, de tan clara entidad factual como la pluralidad de votaciones, se omite en el acta, hay razones para pensar en que se tiene conocimiento del significado de ese hecho en relación con la regularidad del procedimiento, y que se oculta, lo que no se aviene con la posible versión de un neutral cambio de impresiones entre los miembros del Tribunal Calificador, materializado en votaciones a título de mero ensayo. Si tal fuera, nada impedía que ese hecho se hubiese reflejado así en el acta.

En cuanto a la exaltación del significado probatorio del acta de 16-10-1987, basta que nos remitamos a lo que ya expusimos al examinar las alegaciones del Abogado del Estado sobre la degradación del valor de ese elemento de prueba en el contraste con otros.

Si se prescinde de ese acta, así como de las comunicaciones ulteriores del Presidente del Tribunal Calificador, de igual carácter defensivo (no por omisión de análisis, sino por una conclusión adversa a su valor probatorio, una vez analizados esos medios de prueba, y contrastados con los antes destacados), quiebran las propuestas ulteriores de esa alegación de que no existiera desviación de poder (1.ª, f. 19 del escrito), y que al prescindir de la referida acta la Sala «a quo» haya incurrido en incongruencia omisiva y en denegación técnica de justicia (2.ª, f. 20, tesis reiterada en la alegación 3.ª, que fue objeto de precedente análisis global).

En cuanto a los aps. 6.º y 7.º de esa alegación, el primero de ellos se refiere a la discusión de los años de residencia del demandante, cuestión que antes marginamos de los de cabida aceptable en la apelación, por lo que no hemos de insistir en ella, si bien, debemos rechazar que el silencio de la sentencia apelada al respecto pueda constituir incongruencia omisiva y vulneración del artículo 24 CE, constante en la tesis de la parte. Y el segundo, referido al nombramiento definitivo del apelante, y a la falta de recurso del demandante apelado, no es argumento desde el cual pueda desvirtuarse la apreciación de vicio de desviación de poder en la propuesta de nombramiento, que es lo que está en cuestión en esta segunda instancia.

Por último, la alegación sexta del codemandado apelante (Inexistencia de desviación de poder), aparte de las referencias genéricas a la configuración doctrinal y jurisprudencial de la desviación de poder, que no merecen comentario especial, en cuanto a la crítica de la apreciación de su existencia en este caso por la Sala «a quo», no es sino una reiteración de argumentos ya expuestos antes, y ya analizados por nosotros, y una selección valorativa de medios de prueba, desde los que se pretende desvirtuar la apreciación que hizo aquella Sala, y que con reiteración hemos ratificado con nuestra propia apreciación, con razonamientos bien explícitos y con precisa indicación de los medios de prueba en que los sustentamos, sin que sea preciso que nos detengamos en un tedioso comentario de los repetitivos argumentos de la parte.

Debemos en todo caso dar nuevamente rotundo rechazo a la desmedida calificación de la parte al valorar la sentencia, «conculcando el principio de igualdad de partes, quiere justificar la existencia de un vicio de desviación de poder en la propuesta de nombramiento del Tribunal Calificador en favor de mi representado en base al escrito del Dr. P. C...».

La sentencia apelada en absoluto conculca el principio de igualdad de partes, cuando estima la pretensión, y no «quiere justificar la existencia de un vicio de desviación de poder», sino que lo justifica en términos muy convincentes, y con absoluta pulcritud procesal, aunque no haya seguido en su discurso la pauta discursiva de gran extensión del codemandado.

Ha de concluirse, por todo lo expuesto, que tampoco las alegaciones apelatorias del codemandado demuestran la infracción que atribuyen a la sentencia apelada, que conserva todo su vigor en la apreciación de esta Sala, lo que conduce a la necesaria desestimación de la apelación.» (*Sentencia 30 noviembre 1992. Sala 3.ª, Sección 7.ª*)

5. *Concurso. Cabos de Policía Municipal. Desviación de poder al asignar un puntuación al desempeño de funciones de cabo accidental equivalente a la mitad de los que pueden alcanzarse por los once apartados restantes del baremo.*

«Se impugna en este proceso convocatoria de concurso para cubrir diez plazas de Cabo de la Policía Local del Ayuntamiento de Telde, en el que sólo pueden participar quienes ostenten en propiedad la plaza de Guardia de la Policía Local de dicho Ayuntamiento. Se trata, por tanto, de una cuestión de personal que, en principio, no era apelable, conforme al artículo 94.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, en su precedente redacción, al no implicar separación de empleado público inamovible, sin que se hubiera impugnado directa o indirectamente ninguna disposición general, pero que, en definitiva, se admitió el recurso de apelación por la vía del ap. 2.a) de dicho precepto, por haber versado la sentencia apelada sobre desviación de poder, único aspecto a conocer en la apelación, so pena de desvirtuar la indicada excepción a la regla general de inapelabilidad.

La impugnación se dirige contra las bases segunda y sexta, ap. II, b), de la convocatoria, en las que se establece, respectivamente, que para tomar parte en el concurso será necesario ostentar en propiedad la plaza de Guardia de la Policía Local del Ayuntamiento de Telde, y que, entre los méritos valorables, se asignarán 0,5 puntos por cada año, o fracción de año, ejerciendo las funciones de Cabo de la Policía Local; habiendo solicitado al actor, en la instancia, que se anularan dichas bases y que se declarara que en la base segunda debe figurar como requisito de participación en el concurso el de estar en posesión del título de Graduado Escolar, Formación Profesional, de primer grado o equivalente.

Para fundar la afirmación de desviación de poder sostiene el recurrente que se pretende beneficiar a diez determinados Policías Locales de Telde y perjudicar a los demás, entre los que se encuentra el actor, dado que la Administración sabía que de los doce aspirantes sólo cuatro poseen títulos de Graduado Escolar o equivalente, entre ellos el recurrente; que por Decreto de 3-6-1986, la Alcaldía de Telde nombró diez Cabos con carácter accidental, recayendo los nombramientos en Policías Locales del Ayuntamiento, «sin que ello suponga un aumento de sueldo ni mérito alguno para el acceso a la plaza en propiedad»; que de los doce aspirantes sólo dos —uno, el actor— no son Cabos accidentales; que como consecuencia de la valoración otorgada a las funciones de Cabo, los diez Cabos accidentales han de ser necesariamente los concursantes seleccionados; que sólo se sacaron a concurso diez de las doce plazas vacantes de Cabo; que a uno de los aspirantes se le ha permitido optar méritos después de cerrado el plazo; que no se ha incluido en las bases el límite de edad vigente, de 55 años, que rebasaban varios de los aspirantes; y, en fin, que la propia Administración demandada ha reconocido los defectos legales de la convocatoria, incluida, por tanto, la desviación de poder, por cuanto que el Tribunal Calificador, a la vista del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de la reposición, acordó declarar desierto el concurso para que se redacten de nuevo

las bases y se convoque con las modificaciones pertinentes en virtud de las disposiciones vigentes en la materia, acuerdo del que dio traslado el Alcalde a la Sala de instancia con la indicación de que, en su virtud, se consideraba satisfecho extraprocesalmente en sus pretensiones el recurrente, si bien el Pleno del Ayuntamiento acordó posteriormente desestimar el recurso de reposición y ordenar al Tribunal Calificador que valorara de nuevo el concurso.

La desviación de poder, a la que hacen referencia los artículos 106.1 de la Constitución y 40 y 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo es definida por el artículo 83.3 de la Ley de la Jurisdicción como «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico», habiendo declarado la jurisprudencia de este Tribunal, en sentencias cuya profusión excusa de su específica cita, que para apreciar la desviación de poder es necesario un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto al interés público querido por el legislador; que se presume que la Administración ejerce sus potestades conforme a Derecho; y que no puede exigirse, por razón de su propia naturaleza, una prueba plena sobre su existencia, ni tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración ha ajustado su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta a la pretendida por la norma aplicable.

Es evidente que el hecho de que el Ayuntamiento supiera que sólo cuatro de los aspirantes —entre ellos, el recurrente— poseían título de Graduado Escolar o equivalente, no es bastante para afirmar que incurrió en desviación de poder al no incluir en la base segunda de la convocatoria la exigencia de dicha titulación para participar en el concurso, exigencia que no venía impuesta por el ordenamiento jurídico, pues como acertadamente señala la sentencia recurrida, no se trataba de ingreso en la función pública, ni de ascenso de un cuerpo de un determinado grupo de titulación a otro de grupo superior. Es más, la exigencia de titulación que el actor postula podría haber significado la predeterminación del resultado del concurso exclusivamente en favor de los cuatro titulados, finalidad que es justamente la que él mismo combate cuando entiende que opera en su perjuicio.

Por el contrario, el mérito recogido en la base sexta. II, *b)*, de la convocatoria, revela el designio de favorecer a los diez Policías que venían ejerciendo accidentalmente las funciones de Cabo, si se tiene en cuenta: *a)* Que mediante Decreto de 3-6-1986, por necesidades del servicio y sin que conste prueba selectiva alguna, la Alcaldía nombró Cabos con carácter accidental a diez Policías Locales del Ayuntamiento «sin que ello suponga un aumento de sueldo ni mérito alguno para el acceso a la plaza en propiedad», precisión esta que privó de interés a la posible impugnación de los nombramientos; *b)* Que la existencia de doce vacantes de Cabo alegada por el actor, no ha sido negada por el Ayuntamiento ni ha resultado desvirtuada por la prueba practicada; *c)* Que la valoración otorgada al ejercicio de las funciones de Cabo —0,5 puntos por cada año o fracción— supone para los Cabos accidentales por ese único concepto la obtención de dos puntos, es decir, la mitad de los que pueden alcanzarse por los once aps. del baremo contenido en la parte II de la base sexta, según dispone la base séptima, mientras que los concursantes que no ejercen funciones de Cabo, aun puntuando en todos los demás aps., sólo alcanzarían 1,3 puntos, y necesitarían, al menos, haber realizado cinco cursos de los señalados en cada uno de los aps. *g)* a *j)* y obtenido cinco felicitaciones del ap. *k)* para lograr un total próximo a los 4 puntos, o, lógicamente, un número muy superior de cursos o felicitaciones si no entraran en juego todos los apartados referidos, y *d)* Que la lista de concursantes admitidos aparece integrada por los diez mencionados Cabos accidentales y otros dos Policías del Ayuntamiento de Telde, hechos todos estos que, a juicio de la Sala, ponen de manifiesto el propósito de adjudicar las diez plazas de Cabo convocadas a los diez Policías que habían sido previamente designados Cabos con carácter accidental, pese a haberlo sido

con la expresa advertencia de que ello no suponía mérito alguno para el acceso a la plaza en propiedad, dificultando seriamente al resto de los aspirantes la superación del concurso frente a aquéllos, lo que no coincide fácilmente con los fines propios legalmente atribuidos a la convocatoria y que consisten en procurar el acceso con escrupuloso respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, produciéndose así la divergencia teleológica que caracteriza el vicio de la desviación de poder, no reconocido por la Administración, como sostiene el apelante, aunque no deje de ser significativa la postura adoptada por el Tribunal Calificador al declarar desierto el concurso una vez que conoció la interposición del recurso contencioso-administrativo.

Por último, han de rechazarse las alegaciones que se formulan respecto de la supuesta aportación de méritos por un concursante después de cerrado el plazo y sobre la no inclusión en las bases del concurso del límite máximo de edad de 55 años; la primera, porque se trata de acto distinto del aquí impugnado, y la segunda por tratarse de cuestión no suscitada en vía administrativa ni en la primera instancia.

Por lo expuesto, procede la estimación parcial del recurso de apelación, con anulación de la base sexta. II, b), de la convocatoria impugnada sin que se aprecien motivos para una condena en las costas causadas en esta instancia.» (*Sentencia 20 octubre 1992. Sala 3.ª, Sección 7.ª*)

*6. Concursos. Para provisión de puestos de trabajo. Nulidad por no fijar límite a la puntuación por cursos de formación. Los Tribunales de Justicia no pueden establecer dicho límite.*

«El Letrado de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, recurre en apelación la Sentencia de fecha 2-4-1990, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por funcionarios de la Dirección General de Investigación y Extensión Agraria de la Consejería de Agricultura y Pesca, contra dos Ordenes de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, ambas de fecha 8-7-1987, y publicadas en el «BOJA» núm. 61, de 13-7-1987, por las que se anuncian convocatorias para la provisión de puestos de trabajo en la Junta de Andalucía, en una de las Ordenes por el sistema de «libre designación» y en la otra por el sistema de «concurso de méritos», siendo el signo estimatorio parcial de la sentencia la convocatoria para la provisión de puestos por el sistema de «libre designación» y el de modificar la Orden que anuncia la convocatoria para la provisión de puestos por el sistema de «concurso de méritos», en el sentido de añadir a la Base Quinta, ap. 2, Epígrafe «Cursos de formación y perfeccionamiento» la expresión, al final de dicho epígrafe, siguiente: «Hasta un máximo total en este concepto de 1 punto».

La sentencia apelada funda la modificación que acabamos de referir, en que estableciendo la Base Quinta, en la valoración de los méritos a efectuar, en el ap. 2 (bajo el Epígrafe «Cursos de Formación y Perfeccionamiento») una Escala de Valoración, por superación de cursos de Formación y Perfeccionamiento de carácter voluntario, siempre que tengan relación directa con las actividades a desarrollar en el puesto solicitado, que va desde cursos de 10 a 20 horas de duración que se valoran con 0,10 puntos a cursos de más de 100 horas de duración que se valoran con 0,50 puntos —existiendo otras dos valoraciones intermedias, en función de las horas de duración de los cursos— sin que en dichas valoraciones exista tope máximo, dichas Escalas, sin tope máximo, infringen lo dispuesto en el art. 17.1 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 2617/1985, de 9 diciembre, que era el enton-



ces vigente (hoy derogado por el Real Decreto 28/1990, de 15 enero, que aprueba el nuevo Reglamento General), el cual tiene carácter supletorio para todos los funcionarios civiles al servicio de las Administraciones Públicas, no incluidos en su ámbito de aplicación —según el art. 1.º3 de dicho Reglamento— y que era de aplicación al caso, ante la inexistencia de legislación autonómica sobre la materia, en cuyo artículo 17.1 se dispone que «los cursos de formación y de perfeccionamiento de carácter general, así como los que versen sobre materias específicas, superados en el Instituto Nacional de Administración Pública y demás centros oficiales de formación de funcionario, serán valorables hasta un máximo de dos puntos, siempre que tengan relación directa con las actividades a desarrollar en el puesto de trabajo que se solicite». Añadiendo, además, la sentencia apelada, que dado que la Orden de Convocatoria impugnada, en la propia Base Quinta, y en el ap. 3 (bajo el Epígrafe de «Valoración de Títulos Académicos»), se comprende como valoración de méritos, «poseer titulación académica directamente relacionada con el puesto a que se concursa, aparte de la exigida, para acceder al grupo a que se pertenece, 0,50 puntos por cada Título, hasta un máximo de 1 punto», esto comportaba arbitrariedad en la convocatoria, al establecerse un tope máximo en cuanto a las Titulaciones Académicas, mientras que en la simple superación del Curso de Formación y Perfeccionamiento no existía tope máximo alguno, lo que llevó a la Sala sentenciadora a integrar el ap. 2 («Cursos de Formación y Perfeccionamiento») de la Base Quinta, con el mismo tope máximo establecido en el ap. 3 («Valoración de Títulos Académicos»), añadiendo al referido ap. 2, la expresión «hasta un máximo total en este concepto de 1 punto».

El Letrado de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía apelante, combate el pronunciamiento de la sentencia, en la parte que le perjudica, esto es, en cuanto modifica la Base Quinta, ap. 2 (Epígrafe «Cursos de Formación y Perfeccionamiento») integrando dicho epígrafe con el añadido «hasta un máximo total en este concepto de 1 punto», al entender que esto último no es facultad de la Sala sentenciadora, la cual, caso de estimar que dicha base y apartado no eran conformes con el Ordenamiento Jurídico, debió limitarse a declararlo así, y a anularla, argumentación esta que merece nuestro favorable acogimiento, por cuanto infringiendo los mencionados base y apartado el artículo 17.1 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo, aprobado por Real Decreto 2617/1985, de 9 diciembre, ya que aquel apartado no establece tope máximo de puntuación, frente al tope máximo de 2 puntos que establece el artículo 17.1 del Reglamento, disposición esta de indudable aplicación supletoria —art. 1.º3— para todos los funcionarios civiles al servicio de las Administraciones Públicas, no tenía la Sala sentenciadora facultades para dar nueva redacción a aquel apartado, integrándole con la meritada expresión de «hasta un máximo total en este concepto de 1 punto», que habría de figurar al final del apartado, tope máximo este que la Sala obtiene, de ser éste el tope máximo que se fija en la Base Quinta, ap. 3.º («Valoración de Títulos Académicos»), pues el carácter revisor de esta Jurisdicción hace que el contenido de las sentencias estimatorias esté constreñido a la declaración de no ser conforme al Ordenamiento Jurídico el acto o disposición recurrida, con la consiguiente anulación, y, en su caso, al reconocimiento de una situación jurídica individualizada (art. 84 de la Ley Jurisdiccional), pero sin que el Tribunal Contencioso-Administrativo pueda sustituir a la Administración reformando o dando nueva redacción a los actos o disposiciones impugnadas (como en el caso de autos ha acontecido), salvo el supuesto excepcional previsto en el artículo 85 de la Ley Jurisdiccional (materia de Ordenanzas Fiscales).

Consecuentemente procede estimar en parte el recurso de apelación que examinamos, y revocar la sentencia, para eliminar del fallo recurrido la expresión integradora de la Base Quinta, ap. 2.º («Cursos de Formación y Perfeccionamiento») «hasta un máximo total en este concepto del punto», y declarar, como ya lo hiciera la sentencia apelada (en pronunciamientos no impugnados) conforme al ordenamiento jurídico la Orden de la Consejería de Gobernación de 7-7-1987,

referida a la convocatoria para provisión de puestos de trabajo de «libre designación» y no conforme al Ordenamiento Jurídico, la Orden de la misma Consejería y de la misma fecha, referida a la convocatoria para la provisión de puestos de trabajo por el sistema de «concurso de méritos», en su ap. 2 («Casos de Formación y Perfeccionamiento») de la Base Quinta, apartado este que debemos anular.» (*Sentencia de 14 de diciembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 7.ª*)

## II. DERECHOS

### 1. *Retribuciones. Funcionarios transferidos. Igualdad retributiva con los funcionarios de ingreso directo en la CA. Carácter básico del artículo 24.1.1. 30/84. Revisión.*

«Pretende la representación procesal de la Generalidad Valenciana, en el presente recurso extraordinario de revisión, que se rescindan dos Sentencias dictadas por la Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Valencia de 4-10-1989, que reconocieron a los recurrentes, funcionarios transferidos desde la Administración General del Estado a la Administración de dicha Comunidad Autónoma, su pretensión de que se declarase tenían derecho al mismo coeficiente multiplicador que los funcionarios de ingreso directo adscritos al mismo grupo A, alegando como fundamento de su pretensión, al amparo del ap. b) del núm. 1 del artículo 102 de la Ley Jurisdiccional (en redacción anterior a la Ley 30-4-1992), que tales sentencias son contradictorias con las anteriores dictadas por la propia Sección de 13-5-1989 y por la Sección 1.ª de la misma Sala de 12-7-1989, que denegaron a otros funcionarios, igualmente procedentes de la Administración General del Estado, la misma pretensión de su equiparación en coeficiente multiplicador a los funcionarios de su mismo grupo de acceso directo.

La cuestión así planteada ha sido ya resuelta por esta Sala mediante la S. 26-5-1992 (RJ 1992, 4100), recaída en el Recurso extraordinario de revisión núm. 11/1990, donde se examinaron las mismas sentencias que las citadas como contradictorias en el presente recurso y se sentó que la doctrina correcta era la de las sentencias que habían accedido a la equiparación de los coeficientes, y ello, por entender que tal conclusión se derivaba: a) en primer término, de la Ley 10/1985, de 31-7-1985, sobre Función Pública de la Comunidad Valenciana que en su Exposición de Motivos, epígrafe II, ap. 1, postula la aplicación de un régimen jurídico único para los funcionarios que prestan servicio a la misma con independencia de su procedencia, proscribiendo las diferencias retributivas que no tengan su causa en el desempeño de diversas funciones por cubrir puestos de trabajo distintos, lo que corrobora la enunciación de los «factores esenciales para este logro» del mismo preámbulo; b) el artículo 24.1 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, Ley 30/1984, de 2 agosto, a cuyo tenor: «Las cuantías de las retribuciones básicas serán iguales en todas las Administraciones Públicas para cada uno de los grupos en que se califican los Cuerpos, Escalas, Categorías y Clases de funcionarios», precepto que tiene el carácter de básico y que obliga a las Administraciones Autonómicas a no establecer, en el seno del mismo grupo, diferencia entre las retribuciones básicas percibidas por los funcionarios que lo integran, cualquiera que sea su procedencia u origen.» (*Sentencia de 15 de diciembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 1.ª*)

### 2. *Derechos adquiridos. Situación legal y reglamentaria. Los derechos adquiridos de orden económico son los consolidados en un determinado*

*momento. Si se quiere evitar que el respeto de los derechos adquiridos no sea respeto, sino burla, «no es por la vía de la abstracta perpetuación de un status jerárquico formal, desconectado de las funciones que se realizan, sino, bien reclamando en esas funciones el nivel orgánico que corresponda a su efectiva transcendencia o la asunción por el reglamento de responsabilidades parangonables con el status personal que tiene reconocido, como puede obtener legítima satisfacción a su aspiración de mejora retribuida».*

«De acuerdo con la doctrina constitucional, es indudable que en el campo de la relación funcional, el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la ley ha de respetar. Pero una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto. El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que consecuentemente pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando (cfr. STC 99/1987, de 11 junio [RTC 1987, 99], F. 6.a)).

En relación más directa con el caso que aquí se debate, la Sentencia dictada por esta Sala en recurso extraordinario de revisión el 4-12-1990 (confirmando la STS 5.ª, 10-3-1987), ha marcado un firme rumbo en la materia controvertida, reafirmando la doctrina general sobre derechos funcionariales, en el sentido de que los derechos adquiridos de orden económico son los consolidados en determinado momento.

En resumen, como dice el apelante en el escrito de alegaciones, al actor se le ha respetado su categoría profesional de Subdirector y el destino que cumple en el momento de formular su reclamación es el mismo que cumplía antes de la actual reestructuración administrativa y es adecuado a su titulación académica. Y si esta actuación administrativa «no es respeto, sino burla», según la expresión gráfica utilizada por el apelado en su escrito de alegaciones, es necesario argüir que no es por la vía de la abstracta perpetuación de un *status* jerárquico formal, desconectado de las funciones que se realizan, sino, bien reclamando de esas funciones el nivel orgánico que corresponda a su efectiva transcendencia o la asunción por el reclamante de responsabilidad parangonables con el *status* personal que tiene reconocido, como, puede obtener legítima satisfacción a su aspiración de mejora retribuida.» (Sentencia de 2 de noviembre de 199., Sala 3.ª, Sección 7.ª)

### 3. *Catedráticos y Profesores de Universidad. A tiempo parcial. Retribuciones. Legalidad del RD 1086/1989, de 28 de agosto.*

«El recurrente, funcionario de carrera, de Cuerpo Docente Universitario, en régimen de dedicación «a tiempo parcial», interpone recurso, seguido por el proceso ordinario, en el que impugna directamente el Real Decreto 1086/1989, de 28 agosto, sobre retribuciones de Catedráticos y Profesores de Universidad («BOE» 9-9-1989), con la pretensión de que se declaren nulos el núm. 5.5 del art. 2.º, y los núms. 1, 2 y 3 del artículo 5.º de dicha disposición general, por entender que todos esos preceptos vulneran el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, y además que el artículo 2.º5.5, es contrario a lo dispuesto en el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, por crear restricciones, vía reglamentaria, al régimen de retribuciones, no contempladas en dicho precepto legal, con la consiguiente infracción del principio de jerarquía normativa recogido en el artículo 9.3 de la Constitución y artículo 26 de la Ley de Régimen

Jurídico de la Administración del Estado, y que el artículo 5.º1.2 y 3, también vulnera el artículo 23 (aunque no especifica apartado de éste) de la dicha Ley 30/1984, de 2 agosto.

La impugnación del Real Decreto 1086/1989, ha sido objeto de recursos indirectos, seguidos por el cauce de la Ley 62/1978, de 26 diciembre, de los que ha conocido esta Sala, en apelación, resolviéndolos dentro de los límites propios del amparo de los derechos fundamentales, con exclusión de todas las cuestiones relativas a legalidad ordinaria, carentes de relevancia constitucional en cuanto a los preceptos acotados en el artículo 53.2 de la Constitución.

Ejemplo de ello es la reciente Sentencia, de esta misma Sala, de fecha 14-4-1992, en la que se abordó la denuncia vulneración del artículo 14 de la Constitución, por presunta discriminación en el tratamiento que en el Real Decreto se daba, en retribuciones al personal docente con dedicación a tiempo parcial, en relación con el tratamiento dado al personal docente con dedicación a tiempo completo.

También, una más reciente Sentencia de esta Sala, de fecha 2-6-1992 resuelve recurso directo contra el Real Decreto 1086/1989, de 28 agosto, seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugnó, entre otros, los artículos 2.º5.5 y 5.º1.2.3 —que son los mismos preceptos aquí impugnados en el recurso que examinamos— por presunta vulneración del artículo 14 de la Constitución —que es también invocado aquí como vulnerado.

Pues bien, en esos precedentes jurisprudenciales mencionados, la denunciada vulneración del artículo 14 de la Constitución Española está resuelta en sentido negativo, diciéndose en la segunda sentencia que «la desigualdad de retribuciones entre Profesores Universitarios según elijan dedicación exclusiva o prefieran acogerse a la de tiempo parcial no implica discriminación arbitraria». Por tanto, habiéndose impugnado en el recurso que resuelve dicha S. 2-6-1992, los mismos preceptos —entre otros— del Real Decreto 1086/1989 que ahora se impugnan en el recurso que examinamos, el principio de unidad de doctrina nos lleva a declarar que la denunciada vulneración del artículo 14 de la Constitución, no se produce en los impugnados artículos 2.º, núm. 5.5, y 5.º, núms. 1, 2 y 3 del Real Decreto precitado.

Queda, por tanto, por analizar en el recurso que ahora examinamos, si el artículo 2.º5.5 del Real Decreto introduce restricciones en el régimen retributivo del personal docente «a tiempo parcial» no contempladas en el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, de 2 agosto, y si el artículo 5.º1.2 y 3 del Real Decreto, infringe asimismo el artículo 23 de dicha Ley.

Con relación al artículo 2.º5.5 del Real Decreto, establece este precepto que a efectos del cómputo de años para obtener el derecho a ser evaluado, el tiempo en que se hay prestado servicios en régimen de dedicación diferente a la de tiempo completo o asimilado, será valorado con el coeficiente reductor de 0.5. Con este contenido, las alegaciones del recurrente no pueden prosperar, pues el artículo 2.º5.5 no introduce ninguna restricción al complemento específico, previsto en el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, de 2 agosto, cuya inaplicación al personal docente a tiempo parcial (establecida en el artículo 5.2 del Real Decreto) no viene impuesta en el artículo recurrido, sino que la propia configuración legal que del complemento específico hace el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, en donde se lee que el complemento específico está destinado a retribuir las condiciones, entre otras de «dedicación» e «incompatibilidad». El citado precepto reglamentario impugnado —art. 2.º5.5— se limita a establecer un coeficiente reductor para la valoración del tiempo de servicios prestados en régimen de dedicación diferente a la de tiempo completo o asimilado, a efectos del cómputo de años necesarios para obtener el derecho a ser evaluado, lo que no significa infracción alguna de lo dispuesto en el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, ya que la exclusión del personal docente a tiempo parcial del complemento específico por méritos docentes obedece a su régimen de «dedicación» y no depende del mencionado coeficiente reductor.

Y con relación al artículo 5.º1.2 y 3 del Real Decreto, referidos estos números a la fórmula de cálculo de la retribución total anual del personal docente a tiempo parcial (núm. 1) no percepción por ese personal del componente del complemento específico por méritos docentes ni del complemento de productividad (núm. 2) y distribución de aquella retribución total anual entre retribuciones básicas y el resto como complemento de destino (núm. 3) basta, para rechazar las alegaciones del recurrente, con recordar que la vinculación del componente del complemento específico y complemento de productividad sólo a quienes se encuentran en régimen de dedicación a tiempo completo, se adecua al diseño retributivo de los artículos 23 y 24 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, tanto desde el punto de vista de la estructura formal como desde el punto de vista de la concurrencia de las notas tipificadoras de dichos complementos, ligados a regímenes de tiempo completo o situaciones de incompatibilidad para el ejercicio de otras actividades, con lo que no cabe apreciar frente a lo que sostiene el recurrente, que el precepto impugnado infrinja el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 agosto. A mayor abundamiento podemos añadir que la misma norma del artículo 5.3 ya figuraba en el artículo 5.2 del anterior Real Decreto de retribuciones 989/1986, de 23 mayo, la cual impugnada en varios recursos fue declarada legal en otras tantas sentencias de este Tribunal (entre ellas, las de 13-10-1987, 15-4-1988, 31 enero, 5 abril y 6 junio 1989).

Por último, y en cuanto a la alusión que en la demanda se hace a los Ayudantes, como término de comparación, basta tener presente que el artículo 34.3 de la Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria, exige que presten sus servicios en régimen de dedicación a tiempo completo.» (*Sentencia de 16 de noviembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 7.ª*)

4. *Complemento de plena dedicación. Derecho al percibo por aplicación del principio de igualdad. El desempeño de iguales puestos, con idénticas características, en la misma localidad debe ser compensado con el mismo complemento. No es obstáculo la no catalogación del puesto, por tratarse de un obstáculo formal. Revisión.*

«Entrando ya en el fondo del asunto será de advertir que las cuestiones ahora planteadas han sido resueltas por esta Sala en la S. 3-7-1992.

Así las cosas, apreciada contradicción entre la sentencia impugnada y la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres el 22-10-1987, será de reiterar que la doctrina correcta es la de la sentencia aquí recurrida en los siguientes términos: «Es cierto que el complemento de plena dedicación, que trae causa del Real Decreto Ley 9/1984, de 11 julio —arts. 2.º2 y 7.º3, que regulaba a la sazón las retribuciones de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, desarrollado por el Real Decreto 1781/1984, de 26 septiembre —art. 5.º— y éste a su vez por la Orden 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 estos 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 otros, cuyos titulares destinados en las mismas características, tanto en categoría como en trabajo, que otros, cuyos titulares destinados en la misma localidad venían percibiendo el complemento de plena dedicación, que incluso llegaron a cobrar algunos de aquéllos en determinados períodos, no puede erigirse en obstáculo al reconocimiento del derecho a percibir el 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 estaban cuestionando, aunque implícitamente, la no inclusión en el catálogo de los puestos servidos por ellos.» (*Sentencia de 24 de noviembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 1.ª*)

5. *Pensión de viudedad. Guerra civil. El fallecimiento acaecido por acción violenta no comprende la acción violenta del causante.*

«El problema que de nuevo se suscita a través de la apelación interpuesta contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25-4-1986, que denegó, en definitiva, la pensión de viudedad solicitada por doña Antonio F. M. de la Dirección General del Tesoro, al amparo del Real Decreto Ley 35/1978, de 16 noviembre, consiste en establecer el alcance con el que deba interpretarse el artículo 1.º de la Ley 5/1979, de 18 septiembre, en orden a la posibilidad de considerar o no incluido en el fallecimiento por acción violenta, con derecho a pensión, el acaecido como resultado de la acción violenta del propio causante.

Con este propósito, es perceptible que los aps. 1.º y 2.º del artículo 1.º de la Ley 5/1979, contemplan cada uno de ellos varios supuestos, encabezados por una característica diferencial específica para cada grupo. Con arreglo a los términos del apartado primero, causan derecho a las prestaciones reguladas en esta Ley los que hubieran fallecido durante la guerra y conforme al tenor literal del apartado segundo, gozan de igual derecho los que hubieren fallecido después, en las condiciones particulares establecidas en cada caso.

El artículo 1.º1.b) de la Ley citada, aplicable a la cuestión controvertida, concede el derecho a la pensión a quienes hubieran fallecido durante la guerra por condena, acción violenta o en situación de privación de libertad, sin precisar si la acción violenta procede del propio causante o tiene un origen exterior a la voluntad del sujeto.

Si para investigar cuál es el espíritu de la Ley sobre este particular del precepto, éste se examina aislado de su contexto, podría dudarse respecto a su alcance, aunque siempre le resultaría aplicable el canon hermenéutico más favorable a la producción de efectos jurídicos, en consonancia con el principio de que donde la Ley no distingue no se debe distinguir, pero es que desde el momento en que el artículo 1.º2.c) previsto para los que hubieran fallecido después de la guerra, excluye expresamente de los beneficios de la Ley, la acción violenta del propio causante, debe entenderse que la omisión de este requisito para los supuestos de muerte por acción violenta durante la contienda es deliberada, pues de otro modo se hubiera consignado igualmente la concurrencia de aquel factor específico como excluyente del beneficio, en los supuestos de muerte violenta ocurrida durante la contienda.

Pudiera parecer en principio que existe una identidad de razón entre ambas categorías, susceptible de equipararlas bajo el régimen común menos beneficioso, pero cabe pensar también, que para establecer un tratamiento diferenciado se tuvo en cuenta que la anulación del instinto de conservación pudo ser más compulsiva durante la contienda que después de terminado el conflicto bélico, de modo que resulte indiferente en plena conflagración, que la acción violenta proceda de reacciones endógenas desencadenadas por la presión psicológica del momento o se derive de causas externas ajenas a la voluntad del sujeto, lo que justificaría un tratamiento diferente en la consideración más amplia de la acción violenta según las circunstancias en que ésta tenga lugar.» (*Sentencia de 10 de noviembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 2.ª*)

6. *Funcionarios. Anticipo de la edad de jubilación. Inexistencia de responsabilidad del Estado por acto legislativo, al no tener tratamiento específico en la CE ni haber sido objeto de tratamiento legislativo y no ser equiparable a la de la Administración. Los órganos del Poder Judicial no pueden sustituir al legislador. No constituye privación de derechos.*

«Se somete a revisión jurisdiccional el Acuerdo del Consejo de Ministros que desestimó la reclamación formulada por el recurrente, en el que solicitaba indemnización de los daños y perjuicios derivados de la anticipación de los daños y perjuicios derivados de la anticipación de la edad de jubilación de los funcionarios públicos, acordada en aplicación de lo dispuesto en la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública.

Habiéndose resuelto una cuestión idéntica en Sentencia del Pleno de la Sala de 30-11-1992 (RJ 1992, 8769), nos limitaremos a acoger los argumentos que expresamos en aquélla para rechazar la pretensión.

El artículo 9.3 de la Constitución establece, que ésta garantiza la responsabilidad de los poderes públicos, pero así como la responsabilidad por actos de la Administración es objeto de un tratamiento concreto en el artículo 106.2, dentro del Título IV, bajo la rúbrica «Del Gobierno y de la Administración», y los de la Administración de Justicia en su artículo 121, en el Título VI, bajo el epígrafe «Del poder judicial», en cambio la posible responsabilidad por actos de aplicación de las Leyes no tiene tratamiento específico en el Texto Constitucional. Además, el artículo 106.2 establece el derecho de los particulares a ser indemnizados en los términos establecidos por la Ley, que no necesitaba de desarrollo legislativo por ser históricamente la primera en ser reconocida —art. 21 de la Constitución de 1931, art. 129 de la Ley Municipal de 31-10-1935, arts. 405 y siguientes de la Ley de Régimen Local de 1955, y 376 y siguientes del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17-5-1952— y hallarse ya regulada en la actualidad en los artículos 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y lo mismo sucede con la responsabilidad de la Administración de Justicia, que no tiene otro antecedente que la responsabilidad de Jueces y Magistrados exigible de conformidad con el procedimiento regulado en los artículos 903 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a la que el artículo 121 de la Constitución dispone también, pese a que el mismo ya concreta los casos en que procede, que el derecho a la indemnización por el Estado lo será de conformidad con la Ley, desarrollo legislativo que tuvo lugar en los artículos 292 a 297 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pues bien, si la exigencia de responsabilidad por las actuaciones de la Administración o de órganos de la Administración de Justicia, aunque objeto de un tratamiento más completo en los artículos 106.2 y 121 de la Constitución, se remiten a la Ley y, por tanto, hacen necesario un previo desarrollo legislativo, en la posible responsabilidad derivada de actos de aplicación de las Leyes, que hasta ahora cuenta únicamente con el enunciado genérico del artículo 9.3 del Texto Constitucional, la necesidad de un previo desarrollo legislativo que determine en qué casos procede y qué requisitos son exigibles parece más indispensable por faltar en este caso, por faltar cualquier antecedente histórico o regulación que posibilite una decisión sobre tales cuestiones, razón suficiente para la desestimación del recurso.

Si se estimara, contrariamente a lo antes razonado, que el artículo 9.3 de la Constitución es de inmediata aplicación, la primera cuestión a resolver, a falta de desarrollo legislativo, sería fijar las normas aplicables para determinar en qué casos y cuáles habrían de ser los requisitos para exigir esa responsabilidad, con las siguientes posibles soluciones: aplicación analógica de las normas que regulan la responsabilidad de la Administración —arts. 106.2 de la Constitución, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administra-

ción del Estado—, que, quizá por admitir una amplia responsabilidad objetiva, es la que fundamentalmente se invoca en la demanda; la prevista en los artículos 121 de la Constitución y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; la extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, o la elaboración por la jurisprudencia de los casos y requisitos en que es exigible dicha responsabilidad. Con independencia de las dificultades y problemas que la analogía presenta, lo cierto es que la responsabilidad a que se refieren los artículos 106.2 de la Constitución, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado está referida al funcionamiento de los servicios públicos prestados por la Administración, en cuyo concepto difícilmente tiene cabida la elaboración de Leyes por los órganos legislativos o su aplicación en los estrictos términos que en las mismas se establece; por tanto, puede decirse de la prevista en los artículos 121 de la Constitución y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, limitada a los casos de error judicial, al que, a lo sumo, podría equipararse el error o inconstitucionalidad de la Ley, que no se da en este caso, o anormal funcionamiento de los órganos a los que corresponde la aplicación de la Ley, que ni siquiera se ha invocado; la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil ha sido objeto de una amplia y progresiva interpretación jurisprudencial, tanto en el sentido de objetivarla cada vez más como en el abanico de los daños y perjuicios indemnizables —daño emergente, lucro cesante, daños morales—, pero sin llegar a prescindir del requisito de la culpa o negligencia que aquel precepto exige, que hace totalmente invariable su aplicación analógica al caso que examinamos; por último a los Jueces y Tribunales incumbe la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y, muy especialmente, al Tribunal Supremo unificar criterio interpretativos, por lo que, al margen de casos puntuales en que se puedan suplir, aplicando la analogía o los principios generales del derecho, omisiones en aspectos concretos de la norma jurídica, resulta inadmisibles que, sustituyendo al legislador, sean los órganos del Poder Judicial los que regulen la posible responsabilidad derivada de la aplicación de las Leyes mediante una elaboración jurisprudencial que carece de cualquier antecedente legislativo.

Si aceptásemos la hipótesis de que los anteriores razonamientos fuesen insuficientes para fundar la desestimación del recurso y que, en consecuencia, debiéramos resolver sobre los casos en que fuese procedente la indemnización de daños y perjuicios por actos de aplicación de las Leyes. A falta de antecedentes legislativos o jurisprudenciales que fijen criterios concretos, el derecho comparado nos ofrecería dos soluciones: De una parte, países sin un órgano que controle la constitucionalidad de las Leyes, como Francia, en que la responsabilidad del Estado legislador se ha venido elaborando con base en «*arrets*» del Consejo de Estado que han contemplado casos concretos, muy individualizados en cuanto a las personas supuestamente afectadas por los daños y perjuicios y con la exigencia de que éstos sean de naturaleza especial, que no podría invocarse como soporte para generalizar la responsabilidad a los daños y perjuicios derivados de la aplicación de cualquier Ley no expropiatoria ocasionados en meras expectativas de derechos, en los derechos no consolidados por estar pendientes para su perfeccionamiento del cumplimiento o incumplimiento de una condición, etc.; de otra, países con órganos que controlan la constitucionalidad de las Leyes, en el que habría de incluirse el nuestro, en el que unos la limitan a los casos en que la Ley hubiera sido declarada inconstitucional y otros exigen que sea la propia Ley la que establezca dicha responsabilidad, en ninguno de cuyos casos se encuentra, por supuesto, el que aquí se examina, pues el Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad de los preceptos de las Leyes que adelantaron la edad de jubilación forzosa de los funcionarios públicos, Jueces y Magistrados y Profesores de EGB y en las mismas nada se establece en orden a la indemnización por daños y perjuicios derivados de su aplicación.

En el supuesto de que también las Leyes que expresamente han sido declaradas ajustadas a la Constitución pudiesen generar responsabilidad por actos de



aplicación de las mismas, sería necesario decidir si sólo los bienes y derechos lesionados deben ser indemnizados o deben extenderse a las expectativas de derechos, derechos sujetos a condición u otros similares. Sobre esta cuestión es de señalar que el artículo 405 de la Ley de Régimen Local de 1955 se refería a la lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos; en el mismo sentido se expresan los artículos 106.2 de la Constitución y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, en todos los casos se hace expresa referencia a daños y perjuicios en bienes y derechos, categoría jurídica de la que carecen las expectativas de derechos, derechos condicionales y demás similares. Intencionadamente ha quedado para el final la invocación que se hace del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, al afirmarse que, según dicho artículo, en relación con el 1.º de dicha Ley, también serían indemnizables los intereses patrimoniales legítimos, a lo que debe objetarse que en sus artículos 3 y 4 se relacionan como interesados a los propietarios, titulares de derechos reales o intereses económicos sobre la cosa expropiada y arrendatarios de la misma, por lo que, si en este caso no existen bienes o derechos que hayan sido objeto de expropiación, naturaleza expropiatoria de los preceptos legales que adelantan la edad de jubilación que ha sido negada por el Tribunal Constitucional, no parece que pueda ampararse en dichos preceptos la indemnización solicitada con base en la frustración de meras expectativas de derechos, además de que admitir lo contrario conduciría a una petrificación legislativa para evitar las importantes consecuencias económicas de modificaciones que pretendan adaptar la legislación anterior, dentro del marco constitucional, a las nuevas circunstancias políticas, económicas y sociales, cuando, como ocurre con frecuencia, conllevan una privación de expectativas generadas por las Leyes que modifican —supresión o modificación en la ubicación geográfica de órganos administrativos o judiciales, modificaciones de plantillas o del régimen de ascensos, limitaciones en cuanto a las personas a las que la legislación anterior reconocía el derecho a subrogaciones arrendaticias, etc.

Las Sentencias del Tribunal constitucional núms. 108/1986, de 29 junio (RTC 1986, 108); 99/1987, de 11 junio (RTC 1987, 99), y 70/1988, de 19 abril (RTC 1988, 70), que examinaron la constitucionalidad de los preceptos de las Leyes que anticipaban la edad de jubilación de Jueces y Magistrados, funcionarios públicos y Profesores de EGB, después de negar que los mismos vulneren los artículos 9.3 y 33.3 y 35 de la Constitución, afirmando que no hay privación de derechos, sino alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible, dice a continuación que «esto no impide añadir que esa modificación legal origine una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación», siendo de señalar a este respecto que, de una parte, el modo verbal empleado no supone el reconocimiento de un derecho a ser indemnizados por dicho motivo, ya que más bien parece una reflexión dirigida al propio legislador; de otra, que las Leyes de Presupuestos para los años 1985 y 1989 ya establecieron un sistema de indemnización para los funcionarios jubilados anticipadamente, cuya denominación y contenido no podemos examinar, ni tampoco se estima necesario plantear cuestión de inconstitucionalidad de las mismas, pues la conclusión a que se llega en el recurso, por las razones que se exponen, es que no procede la indemnización solicitada. Tampoco las que se citan normalmente del Tribunal Supremo en Pleno amparan la pretensión ejercitada, pues en las mismas se resolvió exclusivamente que la competencia en vía administrativa para decidir las reclamaciones efectuadas al Consejo General del Poder Judicial correspondía al Consejo de Ministros, sin que los razonamientos en que pudieran fundamentarse algunas de ellas vinculen en absoluto la decisión sobre la cuestión de fondo que ahora se resuelve. Por el contrario, además de otras Sentencias anticonstitucionales, como las de 22-5-1970, 1 febrero y 12 noviembre 1971, 30-9-1972 y 29-1-1974, relativas a las medidas adoptadas respecto de las compañías aseguradoras de accidentes de trabajo en cumplimiento de lo dispuesto por el Texto Refundido de

la Ley de Seguridad Social de 21-4-1966, después de la Constitución, las Sentencias del Tribunal Supremo de 10-6-1988 (RJ 1988, 4864), en relación con la Ley de Amnistía de 15-10-1977, y 11-10-1991, referente a Leyes que modificaban el régimen de publicidad e impositivo de bebidas alcohólicas hasta entonces vigente, desestimaron la reclamación de daños y perjuicios formulada por razón de supuestos perjuicios derivados de la aplicación de dichas Leyes.» (*Sentencia 2 diciembre 1992. Pleno T. S.*)

*7. Secretarías de Distrito. Ayuntamiento de Barcelona. Legalidad de la delegación de las funciones del Secretario del Ayuntamiento en funcionarios no pertenecientes al Cuerpo o Escala de funcionarios con habilitación nacional, puesto que las consecuencias jurídicas de la actuación del funcionario actuante debe imputarse al delegante, que es el Secretario General.*

«Como se hizo notar en el Auto de esta Sala de 7-12-1990, resolutorio de la queja, la razón determinante de la admisión de esta apelación descansó en que la demandante, para fundamentar su pretensión de que le fueran abonados unos conceptos retributivos desde cierta fecha, en consideración a sus actividades funcionariales, había alegado la invalidez de las normas municipales relativas a la organización de los Distritos en el Ayuntamiento de Barcelona, y la del artículo 13.2 del Decreto 1174/1987, sobre régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, puesto que sólo la impugnación indirecta de esas normas hacía apelable un asunto que, en principio, debería de haberse considerado sujeto a la regla general de inapelabilidad propia de los de personal que no implica separación de empleados públicos inamovibles. Todo ello en los términos del artículo 94 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la redacción vigente en las fechas de los hechos.

En consideración a lo expuesto, el objeto de la presente apelación queda limitado a dilucidar sobre si se daba, o no, la invalidez de las citadas normas organizatorias. Cuestión que ha de resolverse en sentido contrario a las pretensiones del actor, pues tanto las atribuciones que se conferían por las normas municipales organizatorias propias del Ayuntamiento de Barcelona como las que habían de desempeñarse al amparo del artículo 13.2 del Decreto 1174/1987, debían de realizarse por delegación del Secretario General del Ayuntamiento de Barcelona, que es cargo a desempeñar por funcionario perteneciente al Cuerpo o Escala de funcionarios con habilitación nacional, de modo que, por los efectos propios de la delegación, las consecuencias jurídicas de la actuación del funcionario actuante en la Secretaría del Distrito, en lo afectante a la responsabilidad, deberían entenderse producidos como si inmediatamente derivasen de la actuación del delegante, es decir, del Secretario General, según se expresó por la Sala en la S. 4-12-1990 (RJ 1990, 10124), al conocer de la impugnación directa del mencionado Decreto 1174/1987. Con lo que parecían respetadas las prescripciones del artículo 92.3.a) de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, que únicamente reserva a los funcionarios con habilitación nacional, la responsabilidad de las funciones de fe pública y asesoramiento municipal, pero sin prohibir la delegación.» (*Sentencia de 24 de noviembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 7.ª*)

*8. Pabellones Militares. Ilegalidad de desahucio de ocupante en precario por incumplimiento de los requisitos del artículo 8 del Reglamento de 27-11-1942.*

«El acto administrativo cuya validez se cuestiona es el anulado por la Sala de instancia en la sentencia apelada, tal el desahucio administrativo acordado por la Administración militar del pabellón militar ocupado por el Guardia Civil señor

Ch. T., en la plaza de Arrecife de Lanzarote, al amparo de contrato de arrendamiento especial y en precario adjudicado el 10-8-1984, respecto del pabellón sito en la calle García Escámez, 142, de dicha plaza, que desde tal fecha ocupa con su familia el citado Guardia Civil, en situación de reserva activa en la fecha del desahucio.

El desahucio administrativo se conforma en dos fases sucesivas: una primera de declaración de causa de extinción de la adjudicación del pabellón militar, en virtud de concurrir las circunstancias del artículo 8.º del Reglamento al que después aludiremos, constatada en virtud y a través del expediente administrativo sustanciado por la Autoridad militar de la plaza, y otra siguiente y final, en la que el desahucio y consiguiente desalojo, a efectos de su ejecución, es acordado por el Consejo Directivo del Patronato de Casas Militares mediante su Acuerdo de 23-9-1987, objeto de impugnación, y anulado por la sentencia recurrida. No cabe decir, pues, como hace esta sentencia, que el acto carece de motivación. La motivación se halla en la comunicación dirigida al ocupante del pabellón en 13-2-1986, cuando se le ordena el desalojo «por haber demanda de peticionarios (Suboficiales del Ejército de Tierra) destinados de guarnición en esta plaza», como consta al folio 8 del expediente. Es esta la causa invocada para el desalojo y a la que hay que referir la fiscalización jurisdiccional de su legalidad, dejando al margen otras causas no aludidas por la Administración militar, de las tres que constan en la cláusula 20 del referido contrato, tales como el cambio de situación administrativa en el ocupante, y «cuando la Autoridad militar competente lo crea conveniente para sus mejores fines», pues dejando aparte el acomodo o no de estas posibles causas de extinción del contrato al régimen previsto en el artículo 8.º del Reglamento de 27-11-1942, lo cierto es que la Administración desahuciante no se ha amparado en ninguna de ellas para producir el acto extintivo de la adjudicación y ocupación de la vivienda militar (pabellón de plaza) de referencia.

Así las cosas, el párrafo tercero del artículo octavo del Reglamento aplicable, Orden Ministerial de 27-11-1942 aprobatoria del «Reglamento para el Régimen de Adjudicación de Pabellones y Casas Militares», determina el sistema supletorio o en precario, de adjudicación de pabellones militares a miembros de los Cuerpos de la Guardia Civil y la entonces Policía Armada en caso de no existir solicitantes de los que tienen derecho a la adjudicación de dichas viviendas-pabellones. El precario obedece así a un estatuto jurídico no estable, supeditado desde su inicio o adjudicación —a quien «de jure» carece de derecho a estas viviendas, por tener su propio Patronato de Casas, como ocurre con la Guardia Civil— a que en lo sucesivo no existan aspirantes incluidos en la relación de peticionarios. Si tal cosa ocurriera se extingue el contrato especial de cesión de la vivienda y procede el desalojo en plazo máximo de tres meses (en el caso de las «Casas militares», diversas a los Pabellones, en plazo de seis meses, según el artículo 27, párr. 2.º, del mencionado Reglamento). Pero, para que tal extinción o desahucio sea válidamente acordado ha de respetarse lo dispuesto en el inciso final de dicho artículo 8.º de la vetusta norma reglamentaria, a saber: *a)* que en la fecha del desahucio exista solicitud de personas con derecho a ocupación (en este caso de Suboficiales del Ejército de Tierra, según invocó la Administración Militar); *b)* que se hallen ocupados todos los pabellones de la plaza, y *c)* ha de seguirse para el «desalojamiento» un orden de prelación, que coloca en primer lugar a quien llevase disfrutando del pabellón más tiempo y continuando por quienes le siguieran en antigüedad. Sólo respetando escrupulosamente los dos requisitos primeros y el orden de prelación del apartado tercero podrá declararse la validez del desahucio sobre el pabellón ocupado por el en su día afectado y recurrente, el Guardia Civil señor Ch. T.

Ante la Sala de instancia se produjo prueba en la fase estricta o propia y en la de mejor proveer. De ella se infiere sin esfuerzo que no se atuvo la Administración militar a los requisitos exigidos por el artículo 8.º, en los términos antes expuestos. En efecto; en primer término, la simple alegación de la existencia de peticio-

narios, pertenecientes como Suboficiales al Ejército de Tierra, e incluidos en la lista o relación de aspirantes a ocupar pabellones de plaza, en Arrecife de Lanzarote, no es bastante para producir un desahucio válido. Lo decisivo es que cuando la extinción se declara y el desalojo se acuerda ya existan solicitudes formalmente aprobadas y quepa hablar de peticionarios de pabellones-vivienda en la plaza, en cuanto destinados en la misma. No ocurre así en este caso, en que las solicitudes más antiguas, según averba la prueba obrante al folio 35 de los autos de primera instancia, tienen fecha de 4-4-1988, posteriores, por tanto, no sólo a la fecha en que se le comunica al afectado la orden o requerimiento de desalojo por indebida ocupación (oficio de 13-2-1986), sino incluso al Acuerdo del Consejo Directivo del Patronato de Casas Militares declarando formalmente el desahucio, en 23-9-1987. Mal podía la Administración militar desahuciar con base en la existencia de peticionarios de mejor derecho en 23-9-1987, cuando las solicitudes más antiguas correspondientes al Sargento de Infantería señor R. A., así como la del Brigada de la misma Arma señor P. T., no se produjeron hasta el 4-4-1988, según la prueba de referencia. Ha de añadirse a lo anterior, ratificando la invalidez del actuar administrativo, que no concurre tampoco el requisito de que se hallasen ocupados todos los pabellones de plaza existentes en la de Arrecife de Lanzarote, de tal modo que sólo mediante el desalojo de un ocupante «en precario» pudiera satisfacerse el mejor derecho de los peticionarios miembros del Ejército de Tierra con destino en la misma, habida cuenta de que, según acredita la propia Administración demandada al evacuar la diligencia para mejor proveer acordada por la Sala de instancia, en septiembre 1987, existían desocupados dos pabellones, los correspondientes a los acuartelamientos núms. 3 y 5. Finalmente, cabe señalar que no se acredita, como debiera, por la Administración militar que el ocupante de pabellón en precario, en cuanto Guardia Civil o Policía Nacional a quién se le adjudicó por el llamado sistema supletorio, a quien correspondía el desalojo por el turno reglamentario u orden de prelación como más antiguo en el disfrute del pabellón fuera el Guardia Civil señor Ch., pues la misma relación a que hemos aludido, como prueba solicitada para mejor proveer, pone de relieve que al menos dos miembros del Cuerpo de la Guardia Civil, el Cabo señor G. P.-A. y el Guardia Civil señor A. M., eran adjudicatarios de pabellón de plaza desde el 1-4-1984, con anterioridad, por tanto, a la adjudicación efectuada al señor Ch. en agosto del mismo año. No se atuvo, pues, la Administración de los pabellones militares de referencia, y la anulación que acordó la sentencia impugnada, bien que por otros fundamentos, como los que preceden, ha de ser ahora confirmada, desestimando la apelación formulada por la Abogacía del Estado, de conformidad al artículo 83 y demás preceptos concordantes de la Ley de esta Jurisdicción.» (*Sentencia de 12 de noviembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 6.ª*)

9. *Casas militares. Técnica deslegalizadora. Naturaleza. Nulidad de los artículos 5.º —por contrario a la Ley de Patrimonio del Estado— y 36 —por prever un expediente disciplinario a los usuarios que no abandonen la finca— del RD 1751/2990.*

«En el presente recurso contencioso-administrativo y por la representación procesal de don Juan M.ª V. L. se impugna el Real Decreto 1751/1990, aprobado por el Consejo de Ministros el 20 diciembre de dicho año con fundamento en la habilitación de la Ley 4/1990, de 29 junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, por el que se crea el Instituto para la vivienda de las Fuerzas Armadas y suprime el Patronato de Casas Militares del Ejército de Tierra y el Patronato de Casas de la Armada y el Patronato de Casas del Ejército del Aire y se dictan normas en materia de Casas Militares.

Esta Sala ya ha tenido la oportunidad de resolver cuestiones sustancialmente idénticas a las planteadas en el presente recurso, entre otras, en sus SS. 16 y 17

marzo 1992. Tal coincidencia aconseja traer aquí, por unidad de doctrina, y dar por reproducidos los fundamentos de derecho de las precedentes sentencias que dan respuesta a las concretas alegaciones de las partes del presente recurso. Siendo por ello de tener presente como se dice en las precitadas sentencias que la Ley 4/1990, de 29 junio, de Presupuestos del Estado, en su Título VIII, Capítulo I, y artículo 80 sobre Reordenación de Organismos Autónomos y Entidades Públicas, autoriza al Gobierno, durante 1990, para que mediante Real Decreto proceda a suprimir Organismos Autónomos y Entidades Públicas creadas por Ley, así como refundir o modificar su regulación, respetando, en todo caso, los fines que tuvieren asignados y los ingresos que tuvieran adscritos, como medios económicos para la obtención de los fines mencionados, norma legal que integra la figura jurídica de la deslegalización de una determinada materia, consistente en la autorización al Gobierno para que a través del ejercicio de su potestad reglamentaria pueda en el futuro disponer la regulación de tal materia anteriormente reglada por Ley ordinaria, a través del mecanismo de modificación o derogación de tal norma legal. El Reglamento emanado de la técnica deslegalizadora no desarrolla una anterior, sino que supone una regulación propia e innovadora de la materia deslegalizada. Naturalmente que tal virtualidad no puede extenderse a regular materias constitucionalmente sometidas de modo expreso al principio de reserva de Ley. La parte recurrente predica la nulidad radical del Real Decreto 1751/1990 en base a que en el mismo no se han respetado los fines que tenían asignados los Patronatos de Casas Militares para las leyes de su creación, tal como se establecía en la norma habilitante de la Ley de Presupuestos. La finalidad propia y directa de los respectivos Patronatos de Casas Militares de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire está perfectamente explicitada en el artículo 2 de las respectivas Leyes organizadoras de los Patronatos de 8-7-1963, 12-5-1960 y 28-12-1966, donde con ligeras variantes de redacción, irrelevantes a los efectos aquí contemplados, se expresa de modo genérico que tendrán como fines propios y directos de su función, la construcción, adquisición, adjudicación y administración de viviendas para su cesión en arrendamiento especial o con acceso a la propiedad, al personal de tales Ejércitos, en activo, reserva, retirado o jubilado y a sus causahabientes con derecho a pensión, sin mayores especificaciones sobre criterios de adjudicación u orden de prelación respecto de tales categorías. Pero el artículo 54 del Reglamento del Patronato de Tierra de 31-10-1975 categóricamente afirma que el disfrute de tales viviendas al personal debidamente especificadas por el Ministerio del Ejército en las normas vigentes o que se dicten. Del mismo tenor es el contenido del artículo 2.º, ap. f), en relación con el a) del Reglamento de Marina de 18-11-1960, al indicar que el Patronato cumplirá la finalidad antecitada respecto del personal en reserva o retirado, viudas o huérfanos, cuando cubiertas las necesidades del personal en activo, sus disponibilidades económicas se lo permitan, reiterando dicho orden de preferencia el artículo 53, criterio nuevamente ratificado en el Reglamento de Adjudicación y Uso de 13-3-1973, artículos primero y segundo. Y similares referencias a la subordinación de satisfacer las necesidades del personal en activo se contienen en el ap. 3.º del artículo 4 del Reglamento para régimen y adjudicación de viviendas del Ejército del Aire de 15-8-1949, y en la norma novena de la Orden de 21-2-1970. Las conclusiones derivadas de lo acabado de expresar se materializan en el hecho de que la legislación reguladora de los citados Patronatos de Casas Militares tenía por finalidad primordial la de satisfacer las necesidades de vivienda del personal militar en activo y también la del resto del personal y causahabientes si bien de modo subordinado a las necesidades del servicio y a la dotación de viviendas a los militares en activo. El Real Decreto 1751/1990, de 20 diciembre, tal como preceptúa el artículo 4 y a través del creado Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas —adscrito al Ministerio de Defensa— tiene por finalidad la cobertura de las necesidades de vivienda del personal militar de carrera en situación de servicio activo, facilitándole —art. 16— vivienda militar de apoyo logístico, si bien en

los artículos 43 y 44, especifica que las viviendas militares no calificadas como de apoyo logístico podrán ser destinadas al uso personal vinculado a las Fuerzas Armadas apoyándose también las acciones que permitan la constitución de asociaciones y cooperativas que ejecuten programas de construcción de viviendas en propiedad para personal militar, cualquiera que sea su situación administrativa. Es evidente, pues, que el Real Decreto impugnado enfatiza de modo prevalente y aún más rotundo que la normativa anterior de los Patronatos de Casas Militares, la finalidad de la cobertura de provisión de vivienda al personal en activo, precisamente, y tal como se expresa en su Preámbulo, en aras de su movilidad geográfica y atendiendo a razones de operatividad de los Ejércitos en lógica armonía con el papel básico de éstos, que, según el artículo 8 de la Constitución, tienen como misión fundamental la de garantizar la soberanía e independencia de España, así como defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, pero también provee, aunque de un modo más difuminado, en su expresión formal y subordinado a las necesidades de viviendas del personal en activo, a facilitar el acceso a la propiedad y al uso de ellas al resto del personal militar, cualquiera que sea su situación, así como al vinculado a las Fuerzas Armadas, en los que cabe incluir a todos los beneficiarios de viviendas militares contemplados en la legislación anterior de los Patronatos. Es claro que, salvo diferencias de matiz accidentales, la finalidad perseguida por el Real Decreto 1751/1990, es sustancialmente igual a la de la normativa anterior, por lo que aparece cumplida la condición impuesta en la norma habilitante de la Ley de Presupuestos, sobre la identidad de fines mantenida en el Real Decreto impugnado, cuyos artículos 1 y 2 ponen de relieve que el cumplimiento de tales fines ha pasado en gran manera a ser autonomía gestora de los anteriores Patronatos de Casas Militares, por lo que en el aspecto orgánico-funcional no se han respetado íntegramente los mecanismos instrumentales del cumplimiento de los fines, pero tal variación no implica en modo alguno la desviación de los fines perseguidos por los Patronatos, prohibida por el artículo 80 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, que a su vez autoriza a modificar la regulación de éstos, por lo que tal reforma funcional se encuentra comprendida dentro del ámbito material habilitante de la Ley de Presupuestos. La eficacia deslegalizadora del artículo 80 de la Ley 4/1990, se extiende a la materia regulada en la legislación de los Patronatos de Viviendas Militares, como ya hemos referido, en virtud de la cual la disposición adicional primera del Real Decreto 1751/1990 suprime los organismos autónomos Patronatos Militares de Tierra, Armada y del Aire, lo que supone de hecho la abrogación de las respectivas leyes organizadoras de los mismos al devenir inexistente el objeto regulado. La materia regulada en el Real Decreto impugnado no incide en la Ley de Arrendamientos Urbanos ni en las leyes de viviendas de protección oficial, como de contrario se expresa en la demanda, porque tanto el Reglamento de 31-10-1975, artículo 57, como el artículo 55 del Reglamento de 29-10-1970, y el de 13-3-1973, artículo 7, configuran las cesiones en uso de las viviendas militares como arrendamientos especiales, excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de conformidad también con lo dispuesto en el artículo 2.3 de la Ley Arrendaticia Urbana que excluye de su régimen aplicativo las viviendas de los empleados y funcionarios tuvieren asignadas por razón del servicio prestado, o en razón del mismo tal como acontecía en todo el sistema de disfrute de viviendas de personal militar contemplado en la normativa de los Patronatos. La misma conclusión se infiere respecto de las viviendas de protección oficial, pues si bien tales Patronatos han podido beneficiarse de dicho régimen en la construcción de viviendas para la aplicación de sus fines específicos, ello no implica alteración de las relaciones jurídicas entre esos organismos y los beneficiarios de Casas Militares, y que la disposición adicional del Real Decreto 1631/1980, de 18 julio, sobre adjudicación de viviendas de protección oficial cuya titularidad corresponda a Organismos Autónomos o al Estado, excluye del ámbito de su aplicación a las destinadas a personal militar, y el Real Decreto 3148/1978, de 10 noviembre, en

sus artículos 12, 49 y 53, sobre construcción, financiación, uso, conservación y aprovechamiento de Viviendas de Protección Oficial, preceptúa que los Patronatos de Casas Militares, afectos al Ministerio de Defensa, se regirán en cuanto a su régimen legal y fijación de rentas por la legislación peculiar, conforme a las normas orgánicas de los propios Patronatos. La facultad derivada de la norma habilitante del artículo 80 antecitado, para modificar la regulación de los Organismos autónomos creados por Ley, posibilita y determina la corrección jurídica de los preceptos del Real Decreto impugnado para la fijación del canon a satisfacer por el uso de viviendas concretada en la disposición adicional doce, así como la especificación de las causas de desalojo de las viviendas de apoyo logístico contenidas en los artículos 32 a 34 emanadas de la especialidad de la relación arrendaticia que tiene su causa en la necesidad de la adecuada prestación de los servicios militares, que además con muy ligeras variantes son similares a las previstas en la anterior regulación de los Patronatos de Viviendas Militares, lo que también es predicable del llamado procedimiento administrativo de desahucio del artículo 35, siendo de notar que el mismo se establecía en el artículo 32 de la Ley de 15-7-1954, reconocido en los Decretos de 30 abril, 14 y 28 octubre 1965 (RCL 1965, 1069, 1854 y 1919) en relación con las viviendas de los Patronatos de Casas Militares de Tierra, Aire y Mar, respectivamente, que se mantuvieron vigentes hasta el Decreto 2114/1968 e incorporados ahora en el artículo 35 del Real Decreto impugnado.

El artículo 5.2 del Real Decreto autoriza al Invifas a enajenar, gravar y arrendar locales, edificios y terrenos a Entidades públicas y a particulares. La Ley de Patrimonio del Estado de 15-4-1964 en su artículo 84 establece que los bienes inmuebles propiedad de los Organismos autónomos, que no sean necesarios para el cumplimiento de sus fines, se incorporarán al Patrimonio del Estado. Es evidente que la facultad otorgada en el citado artículo 5.2 no puede referirse a las viviendas militares de apoyo logístico que el artículo 6 del Real Decreto integra en el demanio afecto al Ministerio de Defensa y, por tanto, no son propiedad del organismo autónomo Invifas, ni a los demás inmuebles del Patrimonio del Estado, adscritos al mencionado organismo para el cumplimiento de sus fines, conforme a lo establecido en el artículo 80 de la Ley del Patrimonio. Respecto de los bienes propios de dicho organismo autónomo, el precepto del artículo 5.2 establece un régimen de enajenación opuesto al contemplado en el artículo 84 de la Ley del Patrimonio, puesto que si son necesarios para el cumplimiento de los fines de Invifas, han de ser aplicados a éstos, y si no lo son, han de incorporarse al Patrimonio Estatal y tal disparidad de criterios ha de solucionarse mediante la estricta aplicación de la Ley del Patrimonio, determinando ello la nulidad del artículo 5.2 del Real Decreto 1751/1990, porque la Ley del Patrimonio de Estado constituye una disposición específicamente reguladora del sistema general del régimen jurídico del Patrimonio del Estado del obligado cumplimiento y por ello para que una norma de la Ley General de Presupuestos pueda habilitar a la enajenación de inmuebles objeto de regulación en la Ley Patrimonial es preciso que de modo expreso y terminante así lo disponga, lo que no acontece con el precepto habilitante del artículo 80 de aquélla, extendiéndose tal nulidad a la disposición adicional segunda del Real Decreto, sólo en lo referente a la enajenación de los bienes inmuebles acabados de referir. Igualmente procede decretar la nulidad del artículo 36 del Decreto impugnado que para el supuesto de desalojo de la vivienda y transcurrido el plazo concedido para ello, sin haberse efectuado, contempla la dación de conocimiento del incumplimiento de la resolución de desalojo al Mando o Jefatura de Personal a los efectos de la Ley Orgánica de 27-11-1985, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Este precepto no extiende los ámbitos de aplicación subjetiva y objetiva de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 noviembre, porque ésta y en virtud de los principios de legalidad y antijuricidad tipificada, ha de ser objeto de aplicación exclusiva a las personas y

actos en ella contemplados, sin que el contenido del citado artículo incardine ningún nuevo tipo de infracción ni en el aspecto subjetivo extienda l posible responsabilidad más allá del contorno personal explicitado en la Ley Orgánica 12/1985, como lo pone de relieve la locución «y en su caso, se dará conocimiento a...». Bajo este aspecto, dicho precepto sería en realidad superfluo e innecesario. Pero el inciso final, «sin perjuicio de que se adopten las medidas procedentes para el inmediato desalojo de la finca», remite lógicamente al procedimiento legalmente establecido para proceder al desalojo de la vivienda, arbitrando un nuevo instrumento de ejecución coercitiva, al introducir en el mismo, de un modo gratuito, la «vis compulsiva» inherente a la prevención en el normal proceso legal de desalojo o desahucio de una finca urbana, de un elemento de coacción personal contenido en una norma de naturaleza reglamentaria para la que no existe la habilitación legal derivada del artículo 80 de la Ley Presupuestaria, lo que determina la nulidad de tal artículo en la redacción del mismo referida al párrafo, «transcurrido el cual sin que éste se hubiese efectuado, y, en su caso se dará conocimiento del incumplimiento de la Resolución al Mando o Jefatura de Personal respectivo a los efectos previstos en la Ley Orgánica 12/1985, de 27 noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, sin perjuicio de que se adopten las medidas procedentes para el inmediato desalojo de la vivienda».

Respecto a la cuestionada infracción del principio de igualdad en la regulación de las disposiciones transitorias y la repercusión en los derechos adquiridos, es pertinente recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre tal principio, contenido en el artículo 14 del texto fundamental, el cual supone que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hecho iguales, sean asimismo iguales, debiendo considerarse iguales los supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por le legislador carece de relevancia para el fin perseguido por la norma, criterio de diferenciación que para su relevancia ha de ser no sólo objetivo, sino también razonable. La problemática planteada exige la contemplación de las disposiciones transitorias primera y cuarta que son las únicas que a «prima facie» pueden plantear la posibilidad entenderse cuestionado tal principio y concretamente, las reglas tercer y cuarta del ap. 1.º de la disposición primera. El criterio diferenciador, respecto de los militares que se encuentren en servicio activo y les falten cinco o menos años para pasar a la situación de reserva para mantener hasta su fallecimiento el uso de la vivienda militar, es indiscutiblemente un criterio objetivo y razonable, porque la máxima objetividad supone el establecimiento genérico de un determinado lapso temporal —el de cinco o menos años para su cese en el servicio activo—, que a su vez es perfectamente razonable para el fin perseguido por la norma, puesto que la continuación en el uso de la vivienda para ese grupo de personas, se justifica, en relación con los que disponen de más prolongado tiempo en el servicio activo, en la mayor dificultad, en relación con los que disponen de más prolongado tiempo en el servicio activo, en la mayor dificultad que tienen aquéllos para la previsora planificación de sus necesidades futuras de vivienda, en aras de la considerable merma de ingresos que supone el cese del servicio activo. Se trata, pues, de supuestos de hecho desiguales a los que se da desigual tratamiento. Idénticas conclusiones al ser paralelamente idénticos los supuestos de hecho, son aplicables respecto a lo dispuesto en la regla cuarta de la disposición transitoria primera, apartado primero, para los que hubiesen pasado a la reserva transitoria, y también a la entrada en vigor del Real Decreto 1751/1990, les faltasen cinco o menos años para cumplir la edad determinante de su pase a la reserva. Tampoco constituye infracción al principio de igualdad lo dispuesto en el párrafo final de esta regla cuarta, sobre la fijación de plazo para el abandono de la vivienda, de los comprendidos en esta situación, porque el pase a la situación de reserva transitoria presupone el ejercicio de una opción voluntaria para la ruptura de la relación de servicio con las Fuerzas Armadas con la prácticamente íntegra conservación de sus emolumentos sin contraprestación de servicio y con la posibilidad plena, además, del



ejercicio de otro empleo o profesión con la consiguiente incidencia en sus ingresos, sin que pueda hablarse de repercusión en los derechos adquiridos, ya que el uso de tales viviendas siempre ha estado subordinado como ya hemos visto a la necesidad de ellas del personal en activo. La Disposición Transitoria Cuarta preceptúa, que producida la calificación del actual parque de viviendas, el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas podrá realojar en una nueva vivienda al personal contemplado en las reglas 1.ª, 2.ª, 4.ª y 5.ª del apartado primero de la Disposición Transitoria Primera y en los apartados segundo y tercero de la Disposición Transitoria Tercera, en función de las circunstancias profesionales, personales y familiares del ocupante y de acuerdo con la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa. Esta norma es susceptible de producir tan graves consecuencias como la del realojo de una familia incluso en vivienda ubicada en localidad diferente de la ocupada hasta ese momento, quebrando además el derecho del titular a ocupar tal vivienda hasta su fallecimiento, adquirido en virtud de título legítimo, y como quiera que el realojo presupone el previo desalojo, ello supone la subrepticia introducción de una nueva causa de desalojo de la vivienda que venía siendo habitualmente ocupada. Además, y lo que es verdaderamente trascendente, el precepto infringe el principio de igualdad puesto que el personal comprendido en la regla 3.ª del apartado primero de la Disposición Transitoria Primera está excluido de esta medida, y no hay razón lógica para tal discriminación, puesto que las mismas razones de tipo profesional, personal o familiar pueden concurrir para propiciar y estimar aconsejable el traslado de vivienda. Todo ello es determinante de la declaración de nulidad de esta disposición transitoria.» (*Sentencia 13 noviembre 1992. Sala 3.ª, Sección 6.ª*)

### III. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

#### 1. Régimen Disciplinario. Cuerpo Nacional de Policía. Legalidad del RD 889/1989, sobre Régimen Disciplinario.

«Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el Sindicato Democrático de la Policía, la impugnación directa del RD 884/1989, de 14 julio, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, respecto del que en la demanda se pide su declaración de nulidad, o subsidiariamente la de «aquellos preceptos contenidos en el mismo que a criterio de esta Sala merezcan tal consideración», refiriéndose en el cuerpo del escrito de modo individualizado, como objeto de crítica, a los artículos 11, 18, 29, 30, 31, 33, 34 y 35 a 54.

Partiendo de la base de que no existe ninguna fundamentación desde la que se impugne el Real Decreto en su conjunto, es claro que la pretensión de anulación indiscriminada de éste está llamada a fracasar, debiéndonos contraer al examen de la pretensión subsidiaria, con referencia a las alegaciones impugnatorias de cada uno de los concretos artículos precitados.

Por lo que hace a la impugnación del artículo 11 del Real Decreto, se dice que «en su ap. 1.º de aplicarse conlleva la posibilidad de sancionar a un funcionario de policía que se encuentre en 2.ª actividad», y que es una posibilidad desmedida «toda vez que la LO 2/1986, de 13 marzo, prevé la necesidad de regular expresamente la situación de 2.ª actividad de funcionarios de Policía, existiendo actualmente un vacío normativo sobre ese punto».

Frente a ese planteamiento el Abogado del Estado aduce, en síntesis, que no existe el vacío normativo que la parte recurrente alega, pues en la Disposición Transitoria Cuarta 1 de la LO 2/1986 se dispone que mientras no se proceda al desarrollo de la situación de segunda actividad de los miembros del Cuerpo

Nacional de Policía, seguirá provisionalmente el régimen vigente de dicha situación; y que «el origen y carácter de esta situación determina que haya de considerarse que los funcionarios en dicha situación se encuentran sometidos igualmente a una relación de supremacía especial de la Administración y en donde, por tanto, no puede renunciarse a la parcela disciplinaria».

Ambas alegaciones de oposición del Abogado del Estado deben prosperar, y en función de ello deben rechazarse las de demanda, pues vista la disposición transitoria citada de la LO 2/1986, y vistas la Ley 20/1981, de 6 julio y el RD 230/1982, de 1 febrero, desarrollado por la Orden 16-4-1982, quiebra el alegado vacío normativo. Independientemente de ello, aun en esa negada hipótesis, el teórico vacío no afectaría a la validez de un artículo, como el impugnado, que ni tan siquiera alude expresamente a esa cuestionada situación, por lo que las hipotéticas dificultades que pudiera reportar la aplicación en ella del artículo 11 impugnado no pueden ser en modo alguno elementos determinantes de la posible invalidez de éste. De otra parte, la redacción del mismo es lo suficientemente cautelosa, como para no afirmar de modo taxativo la aplicación del régimen disciplinario en las situaciones distintas de las de servicio activo (sin citar nominativamente, se insiste, las de segunda actividad), sin que en tales situaciones se dice que se incurrirá en responsabilidad por las faltas previstas en este Reglamento que puedan cometer dentro de sus peculiares situaciones administrativas, siempre que los hechos en que consistan no hayan sido objeto de sanción por aplicación de otro régimen disciplinario. Esa cautela, referida a la posibilidad de que la comisión de las faltas quepa «dentro de sus peculiares situaciones administrativas», salva cualquier obstáculo pensable en relación con la concreta situación de segunda actividad, pues, o bien por su contenido no es posible la comisión de la falta, en cuyo caso no existirá el supuesto de aplicación del Reglamento disciplinario, según el mismo previene, o, si lo es, no existe razón alguna para que no se aplique, según aduce el Abogado del Estado.

No se advierte, por tanto, que el artículo 11 citado justifique la censura que el recurrente le dedica.

Respecto a los artículos 18.2, 29 y 30 la censura de la recurrente se sintetiza en los siguientes puntos de impugnación:

a) que al establecerse un procedimiento distinto para la sanción por faltas leves y faltas graves y muy graves, se continúa la corruptela que se producía por el artículo 218.2.º del RD 1346/1984, consistente, a su juicio, en que se podía sancionar al funcionario sin indicarle la falta que se entendía cometida, y sí sólo los hechos, lo que, en su criterio, vulnera el derecho constitucional a ser informado de la acusación;

b) que los principios del proceso penal son aplicables al procedimiento administrativo sancionador;

c) que se vulneran los principios de legalidad y tipicidad, ya que «no es jurídicamente concebible que las personas que encarnan la autoridad administrativa puedan reservar los principios de legalidad y veracidad a su fuero interno objetivo, ocultándolos bajo motivaciones artificiosamente creadas, y acordando decisiones limitativas de derechos individuales que la Ley únicamente autoriza para supuestos tipificados y debidamente acreditados»;

d) que «la Administración ya no soporta la carga de la prueba de la comisión de la infracción que a ella le corresponde y no al administrado»;

e) que, según la STC 12-7-1988 (RTC 1988, 145), no es posible que el Juez Instructor sea a la vez órgano juzgador.

Dichos motivos de impugnación tienen su réplica en la oposición del Abogado del estado, que en correlación a ellos alega:

a) que la distinción de procedimientos disciplinarios viene impuesta por el artículo 28.4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, con arreglo a la cual el expediente sólo se exige para las faltas graves y muy graves; que ese régimen dual es el común para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, según los

artículos 91 y 92 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estad, aprobado por el D. 315/1964, de 7 febrero, y artículo 18.2 del Reglamento Disciplinario aprobado por RD 33/1986, de 10 enero, y que está admitido por la Sentencia de este Tribunal 20-6-1986, que resolvió, desestimándolo, recurso interpuesto contra el RD 1346/1984, de 11 julio, en el que se impugnó su artículo 218.2.º, citado por la parte contraria;

b) que en la imposición de sanciones por faltas leves la regla general es la de que solamente existe la limitación formal de la audiencia, estableciéndolo así en el artículo 18 del vigente Reglamento Disciplinario, aprobado por RD 33/1986, de 10 enero, así como el artículo 28.6 LO 2/1986, de 13 marzo; y que tal era el régimen establecido en el precedente Reglamento Orgánico de Policía Gubernativa, aprobado por D. 2038/1975, de 17 julio, cuyo párr. 2.º, en la redacción dada por el RD 1346/1984, que fue objeto de recurso contencioso-administrativo, desestimado por Sentencia de este Tribunal 20-6-1986, que estimó acorde el precepto impugnado con los artículos 24 y 105 CE; que el régimen precedente, confirmando la validez por la sentencia citada, se ha visto sustituido por un procedimiento más complejo «en el que se hace compatible la necesaria rapidez con el respeto de las garantías esenciales», que detalla en su escrito (iniciación con la posibilidad de información reservada —art. 29.2—, proposición de pruebas y alegaciones que puede hacer el inculpado de su descargo, notificación de la resolución que se dicte con expresión de los recursos, imposibilidad de sancionar por esa vía faltas muy graves o graves, aplicabilidad supletoria del Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado), de modo que aunque no hay un trámite que reciba el nombre específico de «formulación de pliegos de cargos», sí se cumple el fin de que el inculpado sea oído en el procedimiento, admitiéndose la posibilidad de que se proponga prueba, debiendo tenerse en cuenta la levedad de las sanciones;

c) que en ningún precepto de los impugnados se sientan reglas contrarias a los principios de legalidad y tipicidad o legitimadores de la exoneración de la carga de la prueba o de la Administración.

Expuestos los términos del debate en relación con los preceptos al principio indicados, lo primero a destacar es la excesiva generalización, y gratuidad, en gran parte, de las alegaciones de la parte recurrente, que hace un juicio global negativo de unos preceptos sin detenerse, en la mayor parte de su argumentación, a fijar en qué lugar concreto de los preceptos impugnados se recojan los vicios que les atribuye.

Hecha esta observación de partida, debe indicarse, en correlación con los motivos impugnatorios precitados, que el hecho de la dualidad de procedimientos sancionadores no es revelador de por sí de vicio alguno, siendo perfectamente lógico que las garantías formales se refuercen en los procedimientos por faltas graves y muy graves, y que se atenúe el formalismo en los procedimientos por faltas leves, siendo el único extremo a ponderar el de si éste, de por sí, se atiende a las exigencias de garantía del inculpado. En tal sentido la asimilación en el reproche al artículo 218.2 del RD 1364/1984, se vuelve contra la parte, desde el momento en que el precepto al que se asimila fue objeto de anterior recurso contencioso-administrativo, como dice el Abogado del Estado, desestimado por la S. 20-6-1986, por lo que, confirmada la validez de ese precepto, la doctrina de la sentencia referida proyecta su eficacia sobre la cuestionada validez del precepto impugnado en el actual proceso, que no cabe negar.

En realidad, el único reproche destacable es el de que en la audiencia del funcionario sólo se indiquen los hechos; pero no la calificación de la falta por la que se abre el procedimiento; mas tal limitación no implica vulneración del derecho a ser informado de la acusación, pues ésta queda suficientemente precisada con la imputación del hecho, permitiendo a la parte una plena posibilidad de defensa, y más cuando valorada la infracción con tal precisión jurídicoformal en la resolución (art. 30.2 del Reglamento) le queda abierta al funcionario en la

propia vía administrativa la posibilidad de recurso (art. 30.3), con lo que, si en algún sentido la ausencia de una previa indicación del tipo legal de la falta imputada en el momento instructorio, pudiera haberle dificultado la defensa, en el propio procedimiento administrativo tiene abierta la posibilidad de ella en vía de recurso, lo que es bastante para tener por satisfecha la exigencia constitucional de ser informado de la acusación.

La posible laxitud formal del modo de imputación es justificable por la lenidad de la sanción a imponer, señalada por el Abogado del Estado en su contestación.

La traslación de los principios del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador, que alega el Sindicato recurrente, según jurisprudencia constitucional, no supone una identificación exhaustiva de ambos procedimientos, pues el propio Tribunal Constitucional destaca en todo momento que debe hacerse de modo matizado, y no cabe duda que la insignificancia material de la sanción por falta leve constituye un elemento sustancial de matización, en el sentido de una mayor laxitud formal del procedimiento administrativo para su imposición. En definitiva, lo que cuenta en orden a las garantías formales es la veda de la indefensión, y es indudable que las posibilidades de defensa del funcionario en el procedimiento administrativo por faltas leves son totales.

En cuanto a la alegada vulneración de los principios de legalidad y tipicidad, supone más un juicio de valor que una constatación referible, de modo preciso, a ninguno de los preceptos, de los que no es posible extraer esa consecuencia. La parte en realidad confunde el plano sustantivo de funcionalidad de esos principios con el plano procedimental de la actuación del instructor, pretendiendo (hasta donde puede entenderse que se refiere su argumento) que el hecho de que el Instructor no informe al funcionario de la calificación de los hechos imputados, y sí sólo de éstos, vulnera esos principios. Tal planteamiento es inaceptable, pues esa peculiaridad procedimental es compatible con el hecho de que la sanción debe atenerse a una previa definición legal de la infracción y a una predeterminación legal de la sanción misma. Sólo en el caso de que el Instructor pudiera hacer propuestas de sanción de conductas no previamente definidas en la norma como constitutivas de infracción, o propuestas de imposición de una sanción no prevista, se podrían considerar vulnerados esos principios; pero nada hay en los preceptos impugnados que dé cobertura a unas hipótesis tales, debiéndose rechazar, por tanto, la censura del recurrente.

La misma solución de rechazo merece la imputación absolutamente gratuita, de que se exonere a la Administración de la carga de la prueba, que ni consta expresamente en los preceptos impugnados, ni puede mínimamente deducirse de ellos.

Por último, no es admisible, como base de censura, la traslación de la STC 12-7-1988, invocada, desde el momento en que el Instructor no tiene facultades para dictar la resolución correspondiente, que corresponde a órgano distinto.

La impugnación del artículo 31 se concreta en los siguientes literales términos: «Lo mantenido por esta parte respecto al Instructor en cuanto a que se limite únicamente a instruir y a formular propuesta de resolución alguna, consideramos que debe ser aquí de aplicación para el procedimiento establecido en las faltas graves y muy graves (arts. 21 y 28), ya que si no tiene facultad para archivar las actuaciones (art. 28), tampoco debe tener facultad para proponer la imposición de la sanción».

Es probable a esta concreta impugnación, a la que se refiere el fundamento de derecho quinto de la contestación del Abogado del Estado, cuando dice que no son de recibo las alegaciones sobre «supuestas facultades excesivas del Instructor en cuanto a la propuesta de resolución», que son las mismas que se contienen en el artículo 42 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado; que el Instructor no impone sanción alguna, por lo que no puede traerse a colación la STC 12-7-1988.

Es clara la incoherencia lógica de la censura del artículo 31, cuyo contenido en nada se refiere a las facultades del Instructor. Al propio tiempo ni tan siquiera es

correcta la comparación entre la inexistencia de facultades para archivar y la de propuesta de resolución sancionadora, pues tanto en uno como en otro caso las facultades del Instructor son formalmente análogas; propuesta de archivo (art. 28) y propuesta de resolución sancionadora, sin que en ningún caso tengan facultades de decidir.

Por último, el argumento sólo expresa una opinión de la parte; pero no se indica en él norma alguna de contraste, cuya vulneración pueda viciar de invalidez el precepto impugnado.

Los artículos 33 y 34, cuyos antecedentes se fijan en el RD 1346/1984, de 11 julio, y D. 2038/1965, de 17 julio, se tachan de inconstitucionales, porque, se dice, «produce indefensión en todo caso» y «vulnera la presunción de inocencia». En cuanto a lo primero se afirma que «los argumentos del expedientado no sirven para nada y se le somete al funcionario a una pérdida retributiva en un 25 por 100 de los emolumentos (art. 34, párr. 5.º), pudiendo llegar al insólito caso de que el funcionario no perciba retribución alguna en caso de incomparecencia en el expediente disciplinario, lo cual vulnera claramente el derecho que tiene todo ciudadano a no declarar, a no confesarse culpable y a no defenderse en la vía administrativa»; y en cuanto a lo segundo que «el expediente sancionador produce 'per se' sus efectos sancionadores sin que esté acreditada la comisión de hechos supuestamente merecedores de reproche punitivo», aludiendo después a la polémica al respecto de los Tribunales, con aportación de diversas sentencias de Tribunales Territoriales.

El Abogado del Estado contesta a dicha censura, oponiendo la tacha de inconstitucionalidad de las medidas cautelares la STC 26-11-1984 que las admite, así como las Sentencias de este Tribunal 8-7-1981 de la antigua Sala 4.ª, y 8-2-1990 de la antigua Sala 5.ª Destaca además que «en el reglamento se han adoptado las medidas precisas para que la medida cautelar de suspensión cumpla con todos los requisitos y garantías exigidas por la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo». Al respecto precisa:

a) la exigencia en el artículo 33.1, para la adopción de la medida por el Director General de la Policía de que «existieren elementos de juicio suficientes», y que la medida sea para «conseguir la eficacia de la resolución que pudiera recaer», lo que revela, a su juicio, el carácter cautelar y no sancionatorio de la medida y la necesidad de su justificación y motivación;

b) que el artículo 33.2 «prohíbe la adopción de la medida cautelar cuando se puedan causar perjuicios irreparables a los interesados o cuando impliquen violación de los derechos amparados por las leyes»;

c) que «el artículo 34.1 se refiere a la forma motivada del acuerdo de suspensión».

Se sostiene por otra parte que la medida no produce indefensión por cuanto:

«1. Cabe un inmediato control de la medida por parte de los Tribunales.

2. Los perjuicios económicos, profesionales o morales son susceptibles de ser eliminados en un grado porcentual casi absoluto caso de que el expediente concluya con resolución exculpatoria y en todo caso siempre son mayores los posibles peligros para el interés público de no establecerse la posibilidad de suspensión.

3. En cuanto a la pérdida de derechos económicos, es consecuencia querida por la norma que desarrolla lo previsto en la Ley 2/1986, de 13 marzo, consecuencia que es paralela a la no prestación de servicios y que está prevista igualmente en la legislación general de funcionarios (art. 49 de D. 7-2-1964).

4. El artículo 33.2 prohíbe la adopción de la medida cautelar cuando se puedan causar perjuicios irreparables a los interesados o cuando impliquen violación de los derechos amparados por las leyes.

En fin, no resulta fácil comprender por qué se mantiene que las normas impugnadas contradicen el derecho de todo ciudadano a no declararse culpable y a defenderse. En todo caso, el Real Decreto facilita a lo largo de su articulado la

posibilidad de defensa y en ningún caso se viola el derecho a no declarar contra sí mismo.»

Expuestos los términos del debate en torno a los artículos 33 y 34, cabe decir que las alegaciones del Abogado del Estado recogen la valoración justa, y en la misma medida resultan rechazables las alegaciones del recurrente.

Efectivamente la sentencia citada del Tribunal Constitucional es definitiva para rechazar que la aplicación de medidas cautelares sea vulneradora de la presunción de inocencia, siempre que se adopte con las limitaciones que la propia sentencia señala; y no cabe duda de que esas limitaciones están presentes en los equilibrados términos de la redacción de los artículos 33 y 34 que el defensor de la Administración señala.

Al propio tiempo, esas limitaciones son suficientes para evitar la indefensión, siendo la pérdida retributiva que la medida cautelar entraña perfectamente reparable en la hipótesis de que la sanción no llegara a imponerse, o se dejara sin efecto, por medio del interesado.

Por último, el hecho de que se pueda producir la pérdida total de la retribución en caso de incomparecencia en el procedimiento en modo alguno colisiona con el derecho a no declarar, a no confesarse culpable y a no defenderse en la vía administrativa, derechos que son perfectamente compatibles con la comparecencia en el expediente, con el único contenido de manifestar en él la negativa a declarar, a confesarse culpable o a defenderse.

No puede olvidarse que la pérdida de retribución en los casos referidos tiene lugar en una situación de suspensión provisional, en la que no se trabaja por lo que falta el supuesto causal de la retribución.

En cuanto a los artículos 35 a 54 la censura se limita a una reiteración de alegaciones anteriores, «en cuanto a la limitación de las facultades que debe tener el Instructor del expediente, así como la vulneración constitucional que supone llevar a efecto la suspensión provisional en el expediente administrativo, máxime cuando los expedientes sancionadores pueden incoarse por los Jefes de las Comisarias (provinciales y locales), ya que en la práctica la subordinación entre funcionarios juega un importante papel a la hora de decantarse por la imposición o no de la sanción, razón que avala la necesidad de que el procedimiento sancionador sea lo más garante posible en los derechos de los funcionarios sometidos a los mismos».

A tal censura corresponde el Abogado del Estado remitiéndose a sus alegaciones de oposición a los alegatos que el recurrente reitera en este lugar.

En la medida en que las alegaciones de impugnación reproducen otras antes rechazadas (fundamentos 3 *in fine*, 4 y 5), basta con dar por reproducido lo que ya se dijo al respecto, para rechazar esta alegación reiterativa.

Por todo lo precedentemente expuesto debe destinarse el recurso en su totalidad.» (*Sentencia de 5 de noviembre de 1992, Sala 3.ª, Sección 7.ª*)

Rafael ENTRENA CUESTA

# **CRONICA ADMINISTRATIVA**

