

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## B) PERSONAL

**SUMARIO:** I. SELECCIÓN: 1. Selección. Exigencia de estar en posesión del título exigido o en condiciones de obtenerlo en la fecha en que termine el plazo de presentación de instancias. Concorre porque en esta fecha habían transcurrido ochenta días desde que el interesado había solicitado la convalidación de su título por el exigido en la convocatoria, que era de concesión reglada. 2. Selección. Oposiciones a Cátedra. La recusación de los miembros del Tribunal puede producirse en cualquier momento a lo largo de la tramitación del expediente, conforme al artículo 21.1 LPA, pero no cuando ha concluido la oposición. Necesidad de acreditar la amistad íntima o enemistad manifiesta. Mal cabe admitir la enemistad cuando los dos miembros del Tribunal recusados son los únicos que votaron a la recurrente. Irrelevancia de que quien obtuvo la plaza votase a favor de la propuesta de tales miembros por el Departamento. 3. Selección. Comisiones. Diferencia entre discrecionalidad técnica y desviación de poder.—II. CATÁLOGOS Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: 1. Catálogo de puestos de trabajo. Ilegalidad por: 1) adscripción indiscriminada de personal laboral y funcionario a todos los puestos de trabajo; 2) equiparación del sistema retributivo de ambas clases de personal, y 3) asignación generalizada de los complementos específico y de productividad a todos los puestos. 2. Provisión de puestos de trabajo. Diferencia con la selección para el ingreso. Carácter discrecional de la libre designación. Comporta una potestad discrecional con elementos reglados. 3. Provisión de puestos de trabajo. RD 28/1990, por el que se aprueba el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de Funcionarios Civiles del Estado. Nulidad, por abrir paso a la inseguridad jurídica y a la arbitrariedad, del inciso del artículo 14.4 «salvo que se altere el mismo en la convocatoria». Legalidad del resto del Reglamento.—III. DERECHOS: 1. Complemento de destino. Naturaleza. Revisión: «la titulación y capacitación técnica exigida para el ingreso tiene su reflejo económico en las retribuciones básicas, en tanto que mediante el complemento de destino se prima la especial preparación añadida a la genérica para el ingreso en la función pública o la especial responsabilidad que lleva aneja la adscripción a un servicio determinado». Carácter objetivo y singular. No todos los puestos han de llevar forzosamente implícita esta remuneración. 2. Retribución. Profesores Titulares. Según reiterada jurisprudencia, dada la diversa y distinta calificación de los Catedráticos de Universidad, que se encuentran en la cúspide de la docencia, y de los Profesores Titulares, aunque éstos tengan, al igual que aquéllos, la plena capacidad docente e investigadora, no es contraria a la legalidad la asignación de distinto complemento específico a unos y otros, pues «no puede desconocerse a la hora de fijar la cuantía de un complemento, en función de las condiciones particulares de un puesto de trabajo, la distinta calificación de quienes lo desempeñan». 3. Funcionarios. Complemento específico. Con independencia de la equiparación de distintos grupos de funcionarios antes de la Ley 30/84, habida cuenta del distinto régimen que ésta implanta para las retribuciones básicas y las complementarias, no cabe pretender la asignación de igual complemento específico a funcionarios que desempeñan diversos puestos con distinta valoración en orden a los factores de dificultad técnica y responsabilidad. 4. Derecho de huelga. Retención de haberes. Revisión. Para su determinación han de sumarse a las horas que el funcionario tiene obligación de prestar las correspondientes a las 14 fiestas laborales y al período anual de vacaciones.—IV. INCOMPATIBILIDADES: 1. Incompatibilidades. Arquitectos. Adecuación a la Ley 53/84 de los artículos 11.7 y 12 del RD 598/85. 2. Incompatibilidades. Empleado municipal elegido concejal del Ayuntamiento en que presta servicios. Con independencia de que su relación sea laboral o administrativa, es incompatible no ya con la aplicación de los artículos 29.2.4 de la Ley 30/84 y 6.h) del RD 73/86, que exigen dedicación exclusiva, sino por la incompatibilidad específica que establece

*el artículo 178.2.b) de la LO 5/1985, de régimen electoral general. Compatibilidad de la legislación española con la Carta Europea de Autonomía Local. 3. Incompatibilidades. Dos puestos en el sector público. Improcedencia porque, aunque la jornada reducida en uno de ellos era de 27,50 horas, sumando a éstas las guardias se incrementa al número de horas por encima del límite que marca el artículo 14 RD 598/85. 4. Incompatibilidades. Arquitectos, Ingenieros y otros titulados. Legalidad del artículo 12 RD 598/1985, sobre el reconocimiento específico de compatibilidad.—V. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Abandono de servicio. Aun acreditada su existencia, resulta desproporcionado sancionarlo con separación del servicio cuando del expediente resulta manifiesto que la sancionada no adoptó de forma gratuita una actitud pura y simple de dejación del servicio, sino que su conducta obedecía a un largo proceso de inadaptación personal a la unidad en que estaba destinada, por lo que resulta proporcionado imponer una sanción de suspensión de cinco años. 2. Abandono de destino. No es desproporcionada la sanción de separación del servicio por haber dejado de asistir al destino del 1 de septiembre al 3 de diciembre, pues la larga duración de la ausencia puede ser expresiva de un propósito de ruptura unilateral. Falta de prueba de atenuantes.*

## I. SELECCIÓN

1. *Selección. Exigencia de estar en posesión del título exigido o en condiciones de obtenerlo en la fecha en que termine el plazo de presentación de instancias. Concurre porque en esta fecha habían transcurrido ochenta días desde que el interesado había solicitado la convalidación de su título por el exigido en la convocatoria, que era de concesión reglada.*

•El apelante reproduce en esta instancia la excepción de inadmisibilidad por falta de acto impugnado, que ya había opuesto en la instancia anterior, si bien ahora cambia la fundamentación entonces expuesta, que se había referido a que la impugnación de su nombramiento era reproducción o ejecución del acto de resolución del concurso-oposición, que había quedado firme, y que ahora se sustituye por la alegación de que el acto anterior que había adquirido firmeza, debía concretarse en el de aprobación de la lista provisional de admitidos, tampoco recurrido por la entonces actora. Pero esa alegación debe ser desestimada, tanto porque al no haber sido suscitada, en los términos actuales en la anterior instancia, excede de los límites institucionales de la apelación, como porque, en cualquier caso, siendo la aprobación de la lista provisional de admitidos una resolución dictada a la vista sólo de las manifestaciones de los solicitantes acerca de la posesión de los requisitos para participar en la prueba selectiva, según el párrafo 4.º de la regla 4.ª de la Resolución de la Dirección General del INSALUD, de 22-2-1980, determinante de las bases del concurso-oposición, no podía la falta de impugnación de ese acto, lógicamente, servir de obstáculo a la interposición de recurso frente al acto de nombramiento, que se había de pronunciar a la vista de la efectiva aportación documental del efectivo cumplimiento de los requisitos necesarios para participar en la prueba selectiva. Sin que pueda olvidarse que, en definitiva, el acto de nombramiento es el que cierra el procedimiento complejo de la selección. Añádase a ello lo que se dice sobre estos particulares en el Fundamento 2.º de la sentencia apelada, que se da por reproducido.

Sin embargo, distinta suerte han de correr las alegaciones de fondo expuestas por la apelante, que han de ser estimadas, dado que a la vista de las actuaciones, y en contra de lo que se afirma en la sentencia impugnada, debió entenderse cumplido por ella el requisito concerniente a la titulación exigida para tomar parte en el concurso-oposición, pues debe partirse de que en las bases —regla 2.c) de la citada Resolución de la Dirección General del INSALUD, de 22-2-1980, y artículo 15.2.c) de la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 31-8-1978— la exigencia de requisitos como estar en posesión del título exigido o en condiciones de obtenerlo

en la fecha en que termine el plazo de presentación de instancias”, y de las actuaciones resulta que en dicha fecha la presentación de instancias, 29-12-1984, la señora R., hoy apelante, estaba en condiciones de obtener un título equivalente al de graduado escolar, que posibilitaba el acceso a la plaza discutida, según la regla 2 de la resolución citada. Y ello porque en esa fecha habían transcurrido unos ochenta días desde que el 10-10-1984 la señora R. se había dirigido al Ministerio de Educación y Ciencia, a través de la Delegación Provincial de León, solicitando la convalidación; solicitud que fue resuelta en sentido favorable a la peticionaria el 17-7-1985, que es el momento, a su vez, anterior a la del nombramiento, efectuado el 31-3-1986. Siendo esa resolución expresión de una potestad reglada, y no una mera concesión graciosa, del Subdirector General de Educación Básica, que por delegación del Ministro dictó la resolución de concesión de la equivalencia, o del Consejo Nacional de Educación, que emitió el dictamen, tal como parece entender la sentencia apelada. Y que ello es así viene a inferirse del hecho de que la entonces solicitante acreditaba haber realizado en los años académicos 1981-1982 y 1982-1983, los cursos de acceso y cuatro asignaturas de 1.º de Graduado Social, para lo que era necesario, según el artículo 3.º del D. 3-5-1980, sobre ordenación de la Enseñanza de Graduado Social, haber superado el COU, o el curso de acceso y las correspondientes pruebas, que lógicamente evidencian conocimientos equivalentes, al menos, a los de graduado escolar, exigido para las pruebas objeto del proceso.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 21 de mayo 1993.*)

*2. Selección. Oposiciones a Cátedra. La recusación de los miembros del Tribunal puede producirse en cualquier momento a lo largo de la tramitación del expediente, conforme al artículo 21.1 LPA, pero no cuando ha concluido la oposición. Necesidad de acreditar la amistad íntima o enemistad manifiesta. Mal cabe admitir la enemistad cuando los dos miembros del Tribunal recusados son los únicos que votaron a la recurrente. Irrelevancia de que quien obtuvo la plaza votase a favor de la propuesta de tales miembros por el Departamento.*

(Sentencia apelada)

«Por lo que respecta a la nulidad que se solicita por incurrir los dos miembros de la Comisión citados en causas de abstención y recusación, partiendo del hecho cierto de que tanto el Presidente como el Secretario fueron propuestos por la propia recurrente, según aparece de las Actas números 12 y 13 de fecha, respectivamente, de 14 julio y 7 octubre 1988, aportadas con la contestación de don Juan Carlos O. F. de M.; pero es que además de lo anterior, la recurrente no ha acreditado ni la amistad íntima que dice existe entre el Presidente y el Secretario de la Comisión con don Juan Carlos O., ni la recusación se produjo dentro del expediente, sino una vez resuelto el concurso, cuando el artículo 21.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo permite que la recusación se pueda proponer en cualquier momento de la tramitación del expediente, por tanto no después, y como el procedimiento termina con la celebración del concurso y con la resolución de la designación del que ha obtenido la plaza, esgrimida la recusación con posterioridad es claro que la misma es extemporánea y que, por tanto, no se puede tomar en cuenta, sin que sea admisible la alegación del representante de la Universidad de que el plazo para formular recusación es de quince días, como establecían las bases del concurso, pues éstas no pueden restringir el plazo legal que refiere a todo el tiempo de la tramitación del expediente, aunque sí es cierto que, como se dijo antes, se presentó una vez finalizado el expediente. También resulta probado en los autos que precisamente los recusados fueron los únicos que dieron su voto en favor de la recurrente, con lo que mal puede

argüirse la amistad íntima de los recusados con el que obtuvo la plaza, cuando su voto fue contrario al mismo y en favor de la propia recusante.»

(Tribunal Supremo)

«Se aceptan los de la sentencia apelada antes reproducidos.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 2 julio 1993.*)

### 3. Selección. Comisiones. Diferencia entre discrecionalidad técnica y desviación de poder.

«Por Orden de 30-12-1987 se convocó concurso para la provisión de puestos de trabajo en el Ministerio para las Administraciones Públicas, estableciéndose en la Base séptima.3, la exclusión de las solicitudes correspondientes a puestos de trabajo incluidos en el Anexo I, cuya valoración de méritos no alcanzase la puntuación mínima de 10 puntos. El actor y hoy apelante, funcionario del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado, solicitó los puestos números 1 y 16 del referido Anexo I, sin alcanzar en ningún caso la puntuación mínima exigida, siendo declarado desierto el primero de dichos puestos y adjudicado el segundo a doña María Soledad C. G. de O. por Orden de 25-2-1988, contra la que interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por Resolución de 25-4-1988, confirmadas ambas por la sentencia aquí apelada.

Se trata, por tanto, de cuestión de personal exceptuada en este caso de la regla general de única instancia, establecida en el artículo 94.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, en su redacción anterior a la Ley 10/1992, al entrar en juego la previsión del número 2.a) de dicho precepto, por versar la sentencia sobre desviación de poder, habiéndose admitido, por ello, la apelación limitada al examen de dicha alegación.

El apelante solicitó en el escrito de personación el recibimiento a prueba en esta segunda instancia, sin que haya recurrido las providencias y diligencias de ordenación que, sin haberse resuelto dicha petición, acordaban la prosecución del trámite, solicitud que en todo caso debía ser denegada puesto que si bien se cumple el requisito de subsidiariedad establecido en el artículo 100.1 de la Ley Jurisdiccional, en su precedente redacción, los puntos de hecho que se señalan en la petición carecen del grado de trascendencia exigido en el artículo 74.3 de la expresada Ley para justificar la apertura del período probatorio, habida cuenta del limitado ámbito de esta apelación, según se acaba de indicar.

La desviación de poder, a la que hacen referencia el artículo 106.1 de la Constitución y los artículos 40.2 y 48.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, hoy sustituidos por los artículos 53.2 y 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, es definida por el artículo 83.3 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico, concepto que ha matizado la jurisprudencia declarando: A) Que 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. B) Que se presume que la Administración ejerce sus facultades conforme a Derecho. C) Que no puede exigirse una prueba plena sobre su existencia, ni tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable.

Alega el apelante que constituye desviación de poder la discrecionalidad técnica en que se ha apoyado la Administración para resolver el concurso impugnado, por cuanto, afirma, es totalmente incompatible un concurso de méritos con cualquier

clase de discrecionalidad, añadiendo que con tal conducta desviada ha convertido la Administración la calificación de unos méritos tasados en una libre designación encubierta.

Como señala el Abogado del Estado, el apelante confunde los conceptos de discrecionalidad técnica y desviación de poder.

La discrecionalidad técnica hace referencia a los juicios valorativos que formulan los Tribunales de oposiciones y concursos respecto de los méritos, pruebas o conocimientos de los opositores y concursantes, y que se hallan exceptuados de control jurisdiccional al ser realizados por expertos, siempre que se haya seguido el procedimiento establecido y observado los límites y criterios objetivos fijados en las bases de la convocatoria. Por el contrario, la desviación de poder supone, como se ha visto, el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico.

Cierto es que la desviación de poder constituye también un límite de la discrecionalidad técnica, pero no se confunde con ella, como supone el apelante, para el que es absolutamente incompatible un concurso de méritos con cualquier clase de discrecionalidad. Es por esta confusión de conceptos por la que las razones que se aducen para pretender la revocación de la sentencia no se traducen en aportar hechos o elementos que acrediten la divergencia teleológica que caracteriza la desviación de poder, sin que aparezca respaldada por prueba alguna de imputación que se hace a la Administración de haber convertido un concurso de méritos en libre designación encubierta, siendo así que, según declara la sentencia recurrida, cuyos fundamentos no se han desvirtuado en esta instancia, la Comisión de valoración tuvo en cuenta todos los méritos invocados por el actor, ponderándolos entre las previsiones de la convocatoria, lo que excluye la equiparación identificable con un fin espurio o inmoral y calificable, en consecuencia, como una desviación de poder.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 5 julio 1993.*)

## II. CATÁLOGOS Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

1. *Catálogo de puestos de trabajo. Ilegalidad por: 1) adscripción indiscriminada de personal laboral y funcionario a todos los puestos de trabajo; 2) equiparación del sistema retributivo de ambas clases de personal, y 3) asignación generalizada de los complementos específico y de productividad a todos los puestos.*

«El acto objeto de contención en el presente recurso, al que se refiere la declaración de nulidad formulada en el fallo de la sentencia apelada, consiste en el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de El Ejido (Almería) el 23-1-1987 ("BO de la Provincia" de 29 enero) aprobatorio del "Catálogo anual de puestos de trabajo y régimen retributivo para funcionarios y personal laboral del Excmo. Ayuntamiento de El Ejido, año 1987".

Este acuerdo municipal, adoptado por mayoría y con reserva de legalidad por parte del Secretario del Ayuntamiento en un extenso y documentado informe, fue impugnado en la instancia por el Abogado del Estado, previo requerimiento a este efecto del Gobernador Civil de la provincia, apreciando la sentencia recurrida que concurren en el mismo los siguientes motivos de nulidad: a) Se establece que pueden aspirar a cada puesto de los relacionados en el catálogo tanto los funcionarios como el personal laboral, lo que contradice lo dispuesto en los artículos 90.1 y 92.2 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local y artículos 126.1 y 132 del RD Leg. 781/1986, de 18 abril. b) Los conceptos retributivos son también idénticos para los funcionarios y el personal laboral, extendiendo a estos últimos —que tienen su nor-

mativa propia a partir del Estatuto de los Trabajadores—, el régimen legal de los funcionarios emanado del artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 agosto. *c)* Se asigna complemento específico a la totalidad de los puestos de trabajo, salvo los de menos retribución, contradiciendo el principio general de igualdad, así como la finalidad asignada a este complemento en el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984. *d)* Se atribuye anticipadamente, a partir del nivel 11, el complemento de productividad a la totalidad de los puestos de trabajo, desnaturalizando la finalidad legal de este complemento, previsto en el artículo 23.3.c), de la citada Ley 30/1984, para “retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo”. *e)* El acceso a los puestos de trabajo se establece únicamente por el procedimiento de libre designación, lo que contradice igualmente el artículo 101 de la Ley 7/1985 que regula como forma ordinaria de provisión de puestos de los funcionarios el concurso de méritos.

En cuanto al primer motivo de nulidad (adscripción indiscriminada de funcionarios o personal laboral a cada puesto de trabajo), tiene base objetiva la argumentación del Ayuntamiento apelante en el sentido de que los puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación nacional —art. 92.3.a) y b) de la Ley 7/1985—, aparecen reseñados, con la anotación correspondiente, en el Catálogo publicado en el Boletín Oficial. Sin embargo, el cumplimiento del principio general contenido en el artículo 90.1 de la Ley 7/1985, en relación con el artículo 16 de la Ley 30/1984 y demás preceptos concordantes, exige su reflejo en la relación de puestos de trabajo del Catálogo publicado en el diario oficial —base de la convocatoria para la provisión de puestos—, especificando, en su caso, la adscripción a funcionario o a personal laboral. No observándose este requisito, no cabe otra interpretación sino la efectuada por el Tribunal de instancia, entendiéndose que los puestos de trabajo relacionados (con la salvedad ya expuesta de los concernientes a funcionarios con habilitación nacional) se ofrecen indiferenciadamente a los dos grupos de trabajadores públicos anteriormente mencionados; constatación que no se desvanece en sus efectos por lo que resulte de la “plantilla” aportada a ff. 64 y ss. y 104 y ss. de los autos de instancia, en la que concurren las circunstancias de su dudosa autenticidad, ser de fecha posterior su aprobación a la del Acuerdo cuestionado en este recurso y, sobre todo, no aparecer en el texto publicado en el BO de la provincia (ley del concurso) la mención de los requisitos a cuya omisión se vincula este primer motivo de nulidad.

El segundo motivo de nulidad declarado en la sentencia (extensión del sistema retributivo de los funcionarios públicos al personal laboral) es impugnado por el Ayuntamiento apelante argumentando que “ni en el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, ni en el RD 861/1986 establecen que los conceptos retributivos allí fijados no puedan aplicarse al personal laboral. Por tanto —se añade—, queda clara la falta de prohibición legal de esa homologación de retribuciones del personal laboral respecto de los funcionarios, sin que para ello sea óbice que la retribución del personal laboral venga establecida por la contratación individual o del convenio colectivo, ya que ambos tipos de relación son compatibles con la existencia de unos criterios objetivos de retribución, establecidos *a priori*, en aras de una mejor organización y funcionamiento”.

La diferenciación e incomunicabilidad originaria entre los regímenes jurídicos que conforman la relación funcionarial y la relación laboral viene claramente marcada en los respectivos textos legales (cfr. arts. 7.1 Ley de Funcionarios de 1964 y 177 RD Leg. 781/1986); siendo manifiesto su correlativo reflejo en la gestión de la normativa reguladora; en el contenido de los derechos y deberes, la estructura retributiva y la jurisdicción competente para conocer de los conflictos individuales y colectivos. Desde esta perspectiva, no es argumento suficiente el de la falta de prohibición formalmente expresada por la Ley, ni basta la genérica conclusión de que “se está produciendo una laborización de la función pública”, sino que se requeriría, en todo caso, una justificación, con datos objetivos, de la efectiva compatibilidad entre las correspondientes normativas (legal, de convenio colectivo o de contratación individual) que rigen imperativamente las relaciones de empleo de los distintos gru-

pos laborales, así como la resultante de aplicarles el régimen retributivo de la función pública que figura en el acuerdo municipal cuestionado, visto todo ello desde los factores de diferenciación anteriormente reseñados.

Al tercer motivo de nulidad (asignación generalizada de complemento específico a la totalidad de los puestos) con la única excepción —también en forma generalizada— de los puestos de nivel "8", opone el citado Ayuntamiento que "la Ley no especifica a qué cantidad o tipo del personal debe de aplicarse dicho complemento, sino que establece los criterios en base a los que ha de atribuirse el mismo"; remitiéndose complementariamente a los acuerdos documentados a ff. 10 y ss. de los autos, de conformidad con lo establecido en los aps. 2 y 3 del artículo 4.º del Decreto 861/1986, ya citado.

Conforme al artículo 4.1 del Decreto anteriormente mencionado —concordante con el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984—, "el complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de *algunos* puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad". Pues bien, tanto el texto del acuerdo municipal publicado en el Boletín de la provincia como los documentos que se reseñan en el motivo de impugnación que estamos analizando, no ofrecen la mínima concreción justificativa, congruente con la especificidad de este complemento que legalmente ha sido concedido sólo para *algunos* puestos de trabajo, en razón a condiciones particulares de su prestación. Tal complemento, por el contrario, viene establecido en el Catálogo de modo globalizado, por grupos profesionales y no por puestos de trabajo, afectando a todos menos uno de los niveles en los que dichos profesionales se hallan clasificados. Es cierto que la ley no especifica "a qué cantidad o tipo del personal debe de aplicarse dicho complemento", pero sí puntualiza que retribuirá las condiciones particulares de *algunos* puestos de trabajo. Se debe inferir, por tanto, que cuando el significado del término se amplifica en el acuerdo municipal —de modo que *algunos* puestos de trabajo representan en la práctica la *generalidad*—, un principio de racionalidad y de congruencia con el sentido finalista del texto legal exige la explicitación de su fundamento; requisito que ha sido esencialmente incumplido por el Ayuntamiento de El Ejido, al proceder a su regulación.

Alega el Excmo. Ayuntamiento apelante, respecto al cuarto motivo de nulidad relacionado inicialmente (atribuir anticipadamente, a partir del nivel 11, el complemento de productividad a la totalidad de los puestos de trabajo), que "...lo que se establece *a priori* son los puestos de trabajo en los que según la Administración, dadas sus características, se puede dar tal complemento, preveyendo (*sic*) ese especial rendimiento y presumiendo la buena fe del funcionario en cuanto a su actividad e interés. No se trata tampoco de un derecho garantizado *a priori*, sino de una expectativa que podrá verse o no realizada y su distribución se hace de forma individualizada según el núm. 6 del artículo 5 del RD 861/1986, correspondiendo a la Alcaldía la distribución de dicha cuantía entre los diferentes programas o áreas y la asignación individual con sujeción (*sic*) a los criterios que haya establecido el Pleno".

El argumento utilizado resulta un tanto retorsivo. Como es sabido, el complemento de productividad está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo (art. 5.1 RD 861/1986). Tiene, pues, el carácter de incentivo eminentemente personal aunque su determinación y cuantificación se realice por el órgano de gobierno competente "en función de circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y objetivos asignados al mismo" (art. 5.2 del RD citado). Anteponer estas *circunstancias objetivas* (en conexión no sólo con "puestos de trabajo" sino abstractamente con "grupos profesionales"), utilizándolas para la cuantificación convencional generalizada del complemento de productividad a todos los funcionarios y personal laboral correspondientes, en la confianza de que su "buena fe" producirá resultados equivalentes en la productividad individual, es argumento que no puede ser tomado en consideración. Y ello es así porque desnaturaliza la esencia y finalidad de este complemento de productividad; todo ello, sin deseo de entrar en aspectos concretos de su funcionalidad (o bien se estabiliza

como complemento fijo, corroborando su falsa "fachada" o sufre correcciones a *posteriori* en forma de aumento, reducción o supresión, con toda su secuela de fricciones internas), por cuanto no afectan a la esencialidad de la pretensión impugnatoria.

Finalmente, en cuanto al último motivo de nulidad invocado en la sentencia (el acceso a los puestos de trabajo se establece únicamente por el procedimiento de libre designación), se reconoce por el apelante la evidencia del dato, si bien se alega que "ello obedece a una situación atípica (...) ya que estamos ante el primer catálogo aprobado y por lo tanto las mismas personas que venían desempeñando las diversas funciones ahora sistematizadas en puestos formalizados, pasarían a desempeñar, en la mayoría de los casos, los nuevos puestos análogos".

Tal vez sea éste —como afirma—, el más *flexible* de los sistemas pero no desde luego, uno de los permitidos por la Ley, atendida la finalidad que lo inspira. Este Tribunal —*hic et nunc*—, no tiene por qué poner en tela de juicio la buena fe con que haya sido concebido el sistema ni la eficacia gestora del órgano municipal que ha realizado la tarea de selección de solicitudes y la adscripción de cada interesado a su puesto de trabajo. Pero sí tiene necesidad de destacar la radical contradicción con los principios generales que rigen la provisión de las plazas de funcionarios en las diferentes Administraciones (concurso de méritos, regla general; libre designación, la excepción), con explicitación en el artículo 20 de la Ley 30/1984 y artículo 101 de la Ley 7/1985, los cuales se conectan, en último término, a preceptos constitucionales como los comprendidos en los artículos 23.2 y 103.3 CE. Este imperativo legal no puede flexibilizarse legítimamente bajo la alegación de que, en la *mayoría* de los casos, se haya dado satisfacción en sus pretensiones a los solicitantes o de que no se hayan producido reclamaciones; aparte de que la relatividad de esta última aseveración queda de manifiesto en el dato de hallarse en tramitación, ante esta misma Sala, otro recurso de apelación relacionado con el tan repetido acuerdo municipal, en este caso promovido en la instancia por un funcionario del citado Ayuntamiento de El Ejido, entre cuyos motivos de impugnación figura la norma sobre libre designación que, a su parecer, incidió desfavorablemente en el nivel de clasificación que le fue asignado.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 14 julio 1993.)

## 2. *Provisión de puestos de trabajo. Diferencia con la selección para el ingreso. Carácter discrecional de la libre designación. Comporta una potestad discrecional con elementos reglados.*

«Los artículos 19 y 20 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Reforma de la Función Pública (que forman parte integrante de las bases del régimen estatutario aplicable a todas las Administraciones Públicas, con arreglo al artículo 1.3 de dicha Ley), marcan importantes matices entre el sistema de selección aplicable al ingreso al servicio de la Función Pública y el tenido en cuenta para la provisión de puestos de trabajo entre quienes ya ostentan la condición de funcionarios. En el primer supuesto (acceso a la función pública), el sistema selectivo opera omnicomprensivamente "mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre, en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad" (art. 19.1). En el segundo supuesto, la provisión de puestos de trabajo adscritos a funcionarios prevé el concurso como sistema normal de provisión, en el que se tendrán únicamente en cuenta los méritos exigidos en la correspondiente convocatoria, entre los que figurarán los adecuados a las características de cada puesto de trabajo, así como la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado, los cursos de formación y perfeccionamiento superados y la antigüedad —(art. 20.1.a)—. Pero a su lado figura también la libre designación.

Respecto de la *libre designación* establece la Ley una doble previsión: la primera



es que "podrán cubrirse por este sistema aquellos puestos que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo, *en atención a la naturaleza de sus funciones*"; y la segunda consiste en que "sólo podrán cubrirse por este sistema los puestos de Subdirector general, Delegados y Directores regionales o provinciales, Secretarías de altos cargos, *así como aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo*" —art. 20.1.b)—. Sobre este último extremo hay que destacar también que el artículo 16 de la Ley (asimismo integrado en las bases de aplicación general), dispone que en las relaciones de trabajo que compete elaborar a las Comunidades Autónomas, "deberán incluir, en todo caso, la denominación y características de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño".

Haciendo una síntesis de la normativa reseñada bien puede afirmarse que el sistema de *libre designación* previsto en la Ley difiere sustancialmente de un sistema de *libre arbitrio*, ya que su perfil viene delimitado por los siguientes elementos: a) tiene carácter *excepcional*, en la medida que completa el método *normal* de provisión que es el concurso; b) se aplica a puestos determinados en *atención a la naturaleza de sus funciones*; c) sólo entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la Ley relaciona (Secretarías de altos cargos y los de *especial responsabilidad*); d) la objetivación de los puestos de esta última clase ("*especial responsabilidad*") está incorporada a las relaciones de puestos de trabajo, que deberán incluir, "en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos...", y serán públicas, con la consecuente facilitación del control.

Se puede concluir este apartado, por tanto, coincidiendo con lo mantenido en la sentencia apelada al afirmar que "la asignación del sistema de libre designación comporta, por parte de la Administración, el ejercicio de una potestad discrecional con elementos reglados".

La primera constatación que debe hacerse —refiriéndonos ya al objeto específico del debate contradictorio—, es la práctica ausencia de datos objetivos acerca "de las características esenciales de los puestos de trabajo" cuestionados, a cuyo través pudiera colegirse la implicación de "*especial responsabilidad*" de su desempeño. El preámbulo de la Orden recurrida alude a "la realización de un gran número de estudios encaminados a la optimización de los servicios (...) como consecuencia de una adecuada utilización de los medios humanos de que se dispone en cada momento". Mas lo cierto es que no se hallan incorporados al expediente, ni han sido aportados a los autos, los elementos probatorios precisos para acreditar la objetividad de las calificaciones otorgadas a los puestos relacionados en la plantilla. Por consiguiente, también en este extremo debemos remarcar la justeza del juicio emitido por la Sala de instancia afirmando que "la excepcionalidad que representa la adopción del sistema de libre designación comporta la atribución a la Administración de la carga de la alegación y prueba de aquellos elementos que permitan apreciar la pertinencia de su adopción" (FD 5.º).

Esta indigencia de material probatorio verificable, con las consecuencias negativas que ello acarrea para la homologación de legalidad de la norma cuestionada, reduce las posibilidades de la función revisora de este Tribunal a los supuestos específicos que, a la vista de las alegaciones de las partes y la notoriedad de las funciones sometidas a juicio, permiten establecer una conclusión de base objetiva. Así, en el supuesto de los miembros (Ertzainas) de la Banda de Música de la Ertzantza, no puede ofrecer duda razonable la falta de fundamento de su exclusión del sistema de concurso, así reconocido por la misma parte apelada en el escrito de alegaciones anteriormente mencionado. Del mismo modo, a juicio de la Sala y valorando los argumentos expuestos por la representación del Gobierno Vasco hay que aceptar que los puestos señalados en el Anexo de la Orden con el Código 102 LD —que comprende la Unidad de Información de la Ertzantza dedicada a las actividades de inteligencia frente al terrorismo y crimen organizado—, conllevan un plus de especial responsabilidad, de base objetiva, que justifica su inserción en el sistema de libre designación.

Respecto de las restantes Unidades, insistiendo en la carencia de fijación de los hechos determinantes de la calificación decretada, la argumentación de la parte apelante intentando conectar el contenido de la Orden con lo establecido en la disposición transitoria 11.ª del Reglamento aprobado por el RD 2417/1985, carece de consistencia. La citada disposición transitoria admite que *podrán continuar considerándose* como de libre designación los puestos de trabajo *que así lo tengan establecido* por normas específicas del Departamento; luego está aludiendo a situaciones preexistentes al momento de la promulgación y que subsisten de forma contingente a la espera de una tarea que, como la elaboración de las relaciones de trabajo, necesita estudios complejos y tiempo suficiente para realizarlo. Sin embargo, en el caso que aquí se debate, la norma reguladora impugnada es de fecha posterior a la mencionada disposición transitoria y, a tenor del preámbulo de la misma, ha sido elaborada tras la culminación de numerosos estudios tendentes a la optimización del resultado que se refleja en el contenido normativo de la Orden promulgada.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 7 mayo 1993.*)

3. *Provisión de puestos de trabajo. RD 28/1990, por el que se aprueba el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de Funcionarios Civiles del Estado. Nulidad, por abrir paso a la inseguridad jurídica y a la arbitrariedad, del inciso del artículo 14.4 «salvo que se altere el mismo en la convocatoria». Legalidad del resto del Reglamento.*

«PRIMERO: La Federación de Administración Pública de Comisiones Obreras impugna el RD 28/1990, de 15 enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado, denunciando pretendidas ilegalidades de determinados preceptos concretos (arts. 1.º.3; 9.º; 14.2 y 4; 15 y 16.1, párrs. 3.º y 4.º, y Transitoria Segunda) así como la falta de previsión de determinados contenidos del Reglamento precedente.

Pero pese a que los argumentos de impugnación se refieren a los particulares indicados, en el suplico de demanda se solicita, como petición principal, que se declare la nulidad del Real Decreto, y sólo en orden subsidiario la de los concretos preceptos antes indicados.

Es claro que dicha petición principal debe desestimarse, sin necesidad de más prolijos razonamientos, pues no se aducen razones que afecten al Real Decreto como un todo, con base a las cuales pueda postularse, como se hace, su nulidad.

Hemos así de limitarnos a la petición subsidiaria, en función de la que procede abordar el examen de las alegaciones de la recurrente, ateniéndonos a su propio orden de proposición.

SEGUNDO: El primer precepto impugnado es el del artículo 1.º.3, en el que, según la recurrente, se establece una tercera excepción del ámbito de aplicación del mismo, no contemplada en los artículos 1.º.2 y 20 de la Ley 30/1984; por lo que actúa *ultra vires* de la habilitación legal, infringiéndose el principio de jerarquía de normas, al modificar la Ley.

Según la recurrente, con arreglo al artículo 1.º.1.b) de la Ley 30/1984 el personal civil al servicio de la Administración Militar y sus Organismos Autónomos se halla incluido en el ámbito de aplicación de la misma; y en la previsión de normas específicas de aplicación de la Ley, establecida en el ap. 2 de su artículo 1.º, no se incluye al personal de los Ministerios de Defensa e Interior; ni tampoco en el artículo 20 de la Ley, al tratar de la provisión de puestos de trabajo, se prevé la posibilidad de normas especiales para ese personal, referido en el artículo 1.º.3 del RD, produciéndose en la remisión de este precepto a futuras normas especiales, cuyo rango se descono-

ce, una situación de inseguridad jurídica, en un ámbito expresamente reservado a la Ley.

Para la Administración demandada, sin embargo, no existe contradicción del Reglamento con la Ley 30/1984, ni violación del principio de jerarquía de normas, no pudiendo estimarse que el artículo 1.º.3 del primero suponga modificación del ámbito de aplicación de la Ley, como lo evidencia el dato de que en el precepto cuestionado se haga referencia a los puestos de trabajo que "deban cubrirse por funcionarios incluidos en el ap. 1.º del art. 1.º de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública", expresión que, dice, supone al mismo tiempo la necesidad de respetar lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley.

En su criterio, al prever el Reglamento para los puestos discutidos unas normas especiales, no se infringe el principio de jerarquía de normas, pues "La Ley no impide esa singularidad al no imponer que todos los puestos de trabajo se cubran con arreglo a las normas generales, por lo que el Reglamento (a su juicio) puede establecer normas especiales para la provisión de alguno de ellos". Siempre siguiendo su planteamiento, la excepción contenida en el párrafo 2.º del artículo 1.º del RD, no impide que el Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo prevea normas especiales para los puestos cuestionados, que hubieran podido contenerse en el propio Reglamento; por lo que no existe obstáculo en la remisión a otras normas especiales.

Planteados los términos del debate en torno al artículo 1.º.3 del RD, no se estima que se produzcan las vulneraciones que señala la recurrente, pues, como aduce la Administración demandada, el hecho de que en el precepto cuestionado se contenga una explícita referencia a los puestos de trabajo que "deban cubrirse por funcionarios incluidos en el ap. 1 del artículo 1.º de la Ley...", evidencia que el Reglamento en ese punto está reconociendo la propia inclusión de su supuesto en el general del artículo de la Ley referido, lo que por ende implica la inclusión en el ámbito del artículo 20.

Por otra parte, el hecho de que la Ley 30/1984 con carácter general prevea la posibilidad de normas específicas para el personal al que se refiere el párrafo 2.º de su artículo 1.º ("personal docente e investigador, sanitario, de los servicios postales y de telecomunicaciones y del personal destinado en el extranjero"), sin limitar, por cierto, las materias a las que se refieran esas normas (lo que implica que la autorización por la ley de un tratamiento específico abarca, en principio, todo el contenido de la relación entre ese personal y la Administración), no implica que en cuanto al personal no concernido por ese párrafo, y por tanto incluido en el supuesto general anterior, no sean posibles en aspectos concretos del contenido de su relación, tratamientos diferenciados de particulares contenidos de su régimen jurídico, en razón de los distintos puestos de trabajo, siempre que todos esos particulares tratamientos, aun no idénticos entre sí, se acomoden estrictamente a la regulación contenida en la ley.

Partiendo de esta consideración, hemos de compartir la alegación de la Administración demandada de que, si el Reglamento podía incluir en su propio contenido un régimen especial particularizado para los puestos a los que se refiere su artículo 1.º.3 (y eso no parece cuestionable), no existe inconveniente en que, en vez de hacerlo, remita la regulación a otras normas especiales. Y no se produce con ello inseguridad jurídica, ni violación de la reserva de ley, contra lo que alega la recurrente, pues la fórmula de la remisión reglamentaria en su concreción no implica que cualquier tipo de norma especial sea válida al efecto, lo que no sería aceptable; pero sería extemporáneo anticipar un juicio hipotético de su eventual validez, por lo que será en el momento en que se dicten esas normas, en el que puedan enjuiciarse, en razón de su rango formal y de su contenido material concreto.

Y no cabe tampoco estimar que con ello se vulnere la reserva constitucional de ley en la regulación del estatuto de los funcionarios públicos, pues esa reserva no se opone a la colaboración del Reglamento en la regulación de ese estatuto, en funciones de complemento de la ley, que es lo que hace el propio RD, en el que el precepto cuestionado se integra, y que igualmente podía hacer otra norma reglamentaria distinta de éste.

Debe, pues, concluirse que el artículo 1.º3 no adolece de los vicios que la recurrente la achaca.

**TERCERO:** Se imputa al RD 28/1990 la infracción del artículo 60 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado en relación con el artículo 18 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, por el hecho de que en él no se incluye previsión similar a la del artículo 9.1 del RD 2617/1985, al que ha venido a sustituir, que estaba amparado por el artículo 18 de la Ley 30/1984 y por el 60.1 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles, siendo la *ratio legis* de dichas disposiciones, según la parte, la de que "las vacantes existentes primero se ofrecen a los que ya sean funcionarios y, después, a los que ingresan nuevos, pues, de lo contrario, se daría el caso de que funcionarios recién ingresados, sin antigüedad alguna, ocuparían mejores puestos de trabajo que funcionarios con antigüedad". El silencio del Reglamento en ese punto, a juicio de la recurrente, "incurre en una ilegalidad, ya que crea una evidente inseguridad jurídica a los funcionarios, infringiendo los artículos de la Ley ya mencionados".

A ello opone el Abogado del Estado una doble consideración: primero, la referencia al artículo 29 bis 3.2 de la Ley 30/1984, introducido por la Ley 4/1990, que, a su juicio, "explica que en el Real Decreto impugnado no se contemplara ya la previsión de ofrecer a los funcionarios de nuevo ingreso las plazas que hubiesen resultado vacantes tras haberse ofrecido en un concurso previo"; y después, la de que "no cabe entender que exista infracción de norma con rango de ley por un Reglamento que no desarrolló dicha norma, cuando en la misma tampoco está expresamente ordenado o previsto dicho desarrollo".

El planteamiento del recurrente no lo estimamos aceptable, pues una norma existente, y a tal equivale el silencio del Reglamento, en modo alguno puede contradecir los preceptos de las leyes aludidas, cuya efectividad directa no resulta obstaculizada por ese silencio. El que en el Reglamento precedente existiese la norma, a la que la recurrente alude, y que la misma no tenga correlato en el nuevo Reglamento, no suscita ningún problema en la relación entre éste y las leyes que servían de cobertura al precepto de aquél. Por el contrario, ausente el complemento reglamentario de las citadas leyes en el contenido de sus preceptos traídos a colación por el demandante, eso no supone sino que esos preceptos legales serán directamente aplicables, y tendrán que ser respetados en los concursos.

No estimamos, sin embargo, adecuada la alegación del Abogado del Estado alusiva al artículo 29 bis 3.2 de la Ley 30/1984, introducido por la Ley 4/1990; en primer lugar, porque esta ley es posterior al Reglamento impugnado, la Ley lleva fecha de 29-6-1990 y el Reglamento de 15 enero del mismo año y no puede afectar, por tanto, a las relaciones del mismo con las leyes vigentes en el momento de entrar en vigor; y en segundo lugar, porque el hecho de que las relaciones de puestos de trabajo contengan puestos que se consideren idóneos como primer destino para quienes hayan superado los procesos selectivos derivados de la oferta de empleo público, no equivale por sí mismo a una exclusión de los demás funcionarios como posibles aspirantes a esos puestos, que es contra la que va dirigida la impugnación de la recurrente, y que, si no se acepta, es precisamente porque el silencio del Reglamento no provoca esa exclusión.

**CUARTO:** A juicio de la recurrente el artículo 9 del RD 28/1990 infringe los artículos 32 de la Ley 9/1987, de 12 mayo, y 32.b), j) y k) de la Ley 7/1990, de 19 junio, en relación con los artículos 7 y 37 de la Constitución y 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Dicha infracción se produciría, al conceder a la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas la capacidad de autorización de las bases de las convocatorias de los concursos, y a los Departamentos Ministeriales la iniciativa, silenciando a las organizaciones sindicales más representativas, lo que, en su criterio, vulnera las facultades de negociación que a los Sindicatos se les reconocen y concretan en los preceptos legales referidos, que desarrollan los preceptos de la Constitución y

de la Ley Orgánica de Libertad Sindical citados, lo que le lleva a concluir que dicho artículo 9 "debe incluir un párrafo del siguiente tenor para no incurrir en ilegalidad: 'La Secretaría de Estado para la Administración Pública, a iniciativa de los Departamentos Ministeriales y previa negociación con las organizaciones sindicales más representativas, autorizará...'".

Aparte de ello impugna la previsión en el precepto de memorias o entrevistas, como posible contenido de las bases de la convocatoria, si bien remite la impugnación de ese contenido del precepto a la del artículo 15, postulando en todo caso que se declare contrario a derecho el párrafo del artículo 9 que dice "y en su caso a la previsión de memorias o entrevistas".

El Abogado del Estado expresa su oposición a las tesis del recurrente de impugnación del artículo 9 en los siguientes términos, sintéticamente expuestos:

a) Que la Ley 7/1990 lo que hace es dar nueva redacción a determinados preceptos de la Ley 9/1987, entre ellos al 32, y se aprobó con posterioridad a la entrada en vigor del RD 28/1990, con lo que, en caso de resultar contrario a la primera ley, estaríamos ante un supuesto de derogación de una norma reglamentaria por una Ley posterior y no ante un motivo de impugnación por infracción de ley.

b) Que según la tesis impugnatoria de la recurrente se trataría de una "infracción por omisión", descartable.

c) Que las materias a que se refiere el artículo 32 de la Ley, confiadas a la negociación en el seno de las Mesas, están definidas genéricamente, y una cosa es la negociación genérica de las mismas, y otra la negociación concreta en la ocasión de cada una de las convocatorias de concursos de provisión de puestos de trabajo, los cuales son actos de aplicación de la normativa sobre la materia y del sistema de provisión.

d) Que en ningún caso se puede pretender que el precepto deba tener una redacción determinada, pues no corresponde al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo sustituir en sus funciones al Gobierno, sino revisar las disposiciones y actos emanados del mismo.

e) Que la entrevista o exigencia de memoria en ningún caso suponen una desnaturalización del concurso de méritos y más si se contraponen al sistema de libre designación, remitiéndose también en este punto a su contestación a la impugnación del artículo 15.

Debemos comenzar el análisis de este punto del recurso, planteándonos cuál sea el sentido de la conclusión de la crítica de la recurrente, en la que propone que la redacción del precepto debiera ser la que quedó transcrita.

Si con ello se estuviera pretendiendo que fuera este Tribunal el que lo redactase con el añadido citado, se estaría pidiendo, como señala el Abogado del Estado, con cita de nuestra jurisprudencia (SSTS 30-1-1990 y 21-3-1991), algo que excede de la misión atribuida a la Jurisdicción, por lo que en todo caso tal petición sería rechazable. Entendemos, no obstante, que no se nos pide tal cosa, como lo evidencia el suplico de la demanda, en el que tan sólo se pide la nulidad del artículo 9, y no su redacción con el aditamento cuestionado. En realidad, cuando se dice que el artículo 9 "debe incluir" el párrafo que la parte propone, lo que se hace simplemente es utilizar un simple procedimiento dialéctico, para evidenciar la pretendida nulidad del párrafo genuino, en el que faltan los términos que, a juicio de la parte, debería haber incluido.

Y entrando ya en el análisis de esa proclamada nulidad, no apreciamos la contradicción, que la parte señala, entre las facultades de negociación de los sindicatos en las materias referidas en los artículos 32 de las Leyes 9/1987 y 7/1990, por la diversidad de planos conceptuales en que se sitúa la elaboración de las normas sobre condiciones de trabajo y sobre sistemas de ingreso, promoción profesional y provisión de puestos, y su aplicación concreta mediante la convocatoria de los concursos. Es el primero de esos planos el propio de la actividad negociadora de los sindicatos,

que constituye un presupuesto lógico respecto a las convocatorias, las cuales deben partir de unas normas, y de unas configuraciones de los puestos de trabajo, en cuya elaboración, mediante la correspondiente negociación, deben haber participado los sindicatos. El silencio de la participación del sindicato al regular las convocatorias, no supone por tanto desconocimiento de su papel negociador, pues no es en ese momento aplicativo de normas antes negociadas, donde le corresponde la participación, sino en una fase anterior, a la que el precepto impugnado no se refiere.

Evidentemente, si las convocatorias se aprovechaban para definir *ad hoc* los puestos a proveer, e improvisando mediante ellas los sistemas de provisión y las condiciones exigibles, eludiendo la participación de los sindicatos, se vulnerarían las facultades de negociación legalmente atribuidas a aquéllos; mas en tal caso nos hallaríamos ante utilizaciones desviadas del artículo 9.º, y no ante su correcta aplicación; pero nada hay en el precepto que preste base a la preterición de los sindicatos en el papel que les corresponde por ley.

Por último, en cuanto al debate sobre la exigencia de entrevistas o memorias, y siguiendo la propia remisión de las partes a sus alegaciones en torno al artículo 15, debemos también por nuestra parte remitirnos al enjuiciamiento a hacer de esas alegaciones referentes a este precepto.

QUINTO: Del artículo 14 del RD 28/1990 se impugnan su párrafo 2.º y el 4.º en el inciso final ("salvo...").

Del párrafo 2.º (en el que se contempla el destino previo del cónyuge funcionario en la localidad donde radique el puesto o puestos de trabajo solicitados, que se puede valorar como máximo con la puntuación que resulte de la antigüedad, siempre que se acceda desde localidad distinta) se reclama su contradicción con el artículo 14 CE, aduciendo que el artículo 15.2 del Reglamento precedente, que regulaba el "derecho de consorte", fue declarado contrario al artículo 14 CE por la Sentencia de la anterior Sala Tercera de este Tribunal de 11-7-1986 y suprimido por ella, y que en este nuevo precepto reglamentario se está incurriendo en la misma vulneración ya contemplada en aquella sentencia, pues no existe un elemento diferenciador de trascendencia o relevancia jurídica que justifique el trato desigual a funcionarios cuya situación funcional es idéntica.

El Abogado del Estado opone a esa impugnación, en síntesis, que la sentencia del Tribunal Supremo aludida por la recurrente se refería a un supuesto distinto; que en ella no se razonaba contra la existencia del derecho de consorte, sino contra su concreta aplicación en el precepto que entonces se impugnaba, mientras que en el precepto aquí impugnado no existe la desproporción excesiva que en la sentencia aludida se apreció; y que el derecho de consorte ha sido aceptado como conforme a la Constitución en SSTC 14 y 28 octubre 1991, que decidieron, y desestimaron, sendos recursos de amparo, en los que se cuestionaban las decisiones de concursos aplicativas de derechos de consorte, respectivamente, para la provisión de una plaza de auxiliar de enfermería, conforme al artículo 114.3 del Estatuto de Personal Sanitario Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, y de traslado entre funcionarios del Cuerpo Facultativo de Archiveros Bibliotecarios y Arqueólogos, conforme al Decreto de 18-12-1935 (1985 se dice, con evidente error en la cita del Abogado del Estado).

Hemos de rechazar la tesis de la recurrente, y aceptar la de la Administración demandada, pues, en efecto, la valoración del destino del cónyuge funcionario, como factor a ponderar en los concursos, es muy diferente en el precepto del Reglamento precedente al actual (art. 15.2), anulado por la sentencia aludida, y en el del actual Reglamento, que lo ha venido a sustituir, no siendo predicable del actual la desproporción cuantitativa que se achacaba al anterior.

Pero sobre todo hemos de atenernos al criterio expresado en las sentencias referidas del Tribunal Constitucional (art. 5.º.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), que han admitido la constitucionalidad del denominado derecho de consorte, estableció en preceptos que lo reconocen en términos de mucha mayor intensidad bene-

ficiadora del cónyuge que el precepto que ahora nos ocupa; por lo que basta con que nos refiramos a los argumentos de dichas sentencias, para rechazar la impugnación que hace la recurrente del artículo 14.2 del RD 28/1990.

**SEXTO:** Por lo que hace a la impugnación del párrafo 4 del artículo 14 del RD, en su inciso final, alega la recurrente que la salvedad que en él se consagra "autoriza que, por una norma de rango inferior, pueda alterar a su antojo el orden establecido por el propio Reglamento" y que si en éste en el núm. 1 del artículo 14 se establece con carácter general, su alteración por medio de cada convocatoria. "Tal actuación (continúa la parte) crearía situaciones de auténtica desigualdad, pues podría fácilmente suceder que una convocatoria valore, en primer lugar la antigüedad y los cursos realizados para un determinado puesto de trabajo, y otra convocatoria posterior, y para ese mismo puesto que quedó vacante, valore, en primer lugar, el grado personal y el trabajo desarrollado"; y que "se crea una auténtica inseguridad jurídica al permitir este artículo actuaciones arbitrarias prohibidas por el artículo 9.3 de nuestra Constitución".

Según el Abogado del Estado la recurrente olvida que la fórmula cuestionada sería de aplicación para dirimir un eventual empate en las puntuaciones y no una fórmula que determine la adjudicación de puestos.

No resulta correcta, según él, la interpretación de contrario, considerando que el Reglamento establece una prelación rígida e inamovible para todas las situaciones de empate que se produzcan, ya que eso sería contrario a la propia configuración del concurso, siendo, en-su criterio, adecuado que el Reglamento "establezca con carácter general la fórmula dirigida a dirimir una situación de empate en la puntuación, para a continuación prever la posibilidad de que esa fórmula pueda modificarse en cada convocatoria, en función de las características de los puestos convocados, que a su vez, habrían condicionado la valoración y el baremo fijado para cada mérito".

Por último estima el Abogado del Estado que "la técnica normativa empleada resulta irreprochable, dado que el Reglamento puede perfectamente fijar un orden de valoración de méritos aplicable con carácter general a una situación de empate y autorizar la alteración de dicho orden en las convocatorias de los concursos, por lo que en ningún caso puede servir de argumento para deducir una vulneración de la Ley".

No estimamos totalmente adecuado el argumento de la recurrente alusivo a las situaciones de desigualdad a que pudiera dar lugar la aplicación del precepto cuestionado, que se ejemplifica en términos que no tienen por qué ser los en que se produzca dicha aplicación; pero en cualquier caso, aunque la perspectiva del tratamiento igualitario no sea la primariamente aceptable, no puede negarse la de la inseguridad jurídica y la arbitrariedad, que, aunque sea de modo indirecto, abren el paso, como riesgo posible, al de la desigualdad de trato.

Centrándonos en la segunda perspectiva de análisis, la de la inseguridad jurídica y la arbitrariedad, y a la contradicción del artículo 9.3 CE, hemos de compartir el criterio de la recurrente, y rechazar por el contrario el del Abogado del Estado.

Si todo el régimen estatutario de los funcionarios públicos está presidido por una exigencia de objetivación legal del mismo (art. 103.3 CE), y si, a partir de tal exigencia constitucional, y aceptado que el Reglamento puede ser complemento necesario de la Ley, en una materia primariamente reservada a ésta, se suscita en el plano normativo la necesidad de regular el modo de dirimir los empates de puntuación en las convocatorias de concursos, no resulta conforme a las exigencias de la seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) que la norma articulada al efecto se niegue a sí misma, permitiendo que pueda ser alterada en las concretas convocatorias. Una salvedad como la que nos ocupa supone la pura negación de la norma objetiva para la solución de los empates, en cuanto que es cada particular convocatoria la que puede establecer el criterio a seguir.

No podemos compartir las tesis del Abogado del Estado en este particular. El he-

cho de que los criterios de valoración de méritos del núm. 1 del artículo 14 no sean rígidos, y que, ciertamente, tengan holgura suficiente para atender a las circunstancias de los puestos, no puede implicar que se renuncie a una norma objetivada para dirimir los empates de puntuación, vinculante al ordenar las convocatorias; y a ello equivale la salvedad incondicionada, que aquí se cuestiona. Por eso no podemos aceptar la tesis de que es irreprochable la técnica normativa del Reglamento, pues no se trata de un problema formal de técnica normativa, sino de un problema sustancial de interdicción de la arbitrariedad. Es indudable que una norma que se niega a sí misma, y que autoriza la Administración para establecer *ad hoc* en cada convocatoria la preferencia de los distintos méritos para dirimir los empates, no cumple el fin de objetivación del régimen jurídico de la solución de éstos.

Si en este ámbito de reserva de ley, que corresponde al régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE), es admisible que el Reglamento complete la regulación de la Ley, no resulta coherente con esa misión complementaria el que el Reglamento se salve a sí mismo, para confiar al acto concreto de aplicación la fijación del criterio para dirimir empates en los concursos, que por la propia objetividad del concurso reclama una objetivación apriorística en la norma general.

No se trata, a diferencia de lo que veíamos al enjuiciar la impugnación del artículo 1.3, de que el Reglamento remita a otras normas especiales, pues aquí de lo que se trata, es de exceptuar el acto aplicativo de su sumisión a la norma general que se formula en él, lo que es harto diferente.

Debe, pues, estimarse el recurso en este particular, declarando, conforme a lo dispuesto en el artículo 84.a) de nuestra Ley Jurisdiccional, la nulidad de la expresión "salvo que se altere el mismo en la convocatoria", del inciso final del párrafo 4, artículo 14 del Reglamento recurrido, por contraria a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE.

SEPTIMO: La recurrente impugna el artículo 15 del RD 28/1990 y el artículo 9, en el particular relativo a la previsión de que pueda establecerse la celebración de entrevistas (art. 15.1 *in fine*), lo que considera contrario al artículo 20 de la Ley 30/1984, pues, a su juicio, se introduce con ello un elemento de subjetividad y de discrecionalidad técnica secreta, no controlable por el poder judicial, que desnaturaliza la estricta objetividad del concurso, referido a méritos objetivados de modo apriorístico, y en el que el elemento subjetivo de apreciación por la Comisión de Valoración se limita al máximo, tratándose de un procedimiento diferente de la oposición, en el que el factor subjetivo de apreciación del Tribunal calificador es más intenso, y que no se prevé legalmente para la provisión de puestos de trabajo, siendo la entrevista, siempre siguiendo su expresión, una especie de examen secreto, sin ninguna garantía de la oposición, por lo que la entrevista supone una variación sustancial, inadmisibles, de la propia estructura del concurso.

Se opone a ese planteamiento el Abogado del Estado, negándolo, y afirmando que la entrevista tiende a asegurar la valoración de los méritos específicos adecuados a las características del puesto, para hacer efectivos los principios constitucionales de mérito y capacidad; que no se trata de una fórmula de selección, sino de un medio de comprobación de los requisitos exigidos, que puede ser objeto de fiscalización, como lo evidencia el artículo 15.5, al exigir que las puntuaciones otorgadas, así como la valoración final, se reflejen en el acta que se levantará al efecto, lo que permite su impugnación y el control judicial.

Nuevamente hemos de distinguir entre la validez de la norma y la eventualidad de aplicaciones desviadas, a la que parecen referirse más bien las alegaciones de la recurrente, y que no pueden tenerse en consideración al enjuiciar la norma.

No estimamos que la entrevista desnaturalice el concurso, ni que sea contraria a su estructura, debiendo compartir sobre el particular la tesis del Abogado del Estado de que se trata tan sólo de un medio de comprobación de los méritos alegados, y en tal sentido sirve para hacer efectivos los principios de mérito y capacidad.

Resulta excesivo calificar la entrevista de examen secreto sin garantías, pues en



ella, si se efectúa correctamente, cual debe presumirse, tan sólo se deben evaluar los méritos alegados por el concursante, lo que es base de objetividad suficiente.

El inevitable subjetivismo de la ponderación no es de signo cualitativamente distinto del de cualquier otra ponderación de méritos, sin que pueda darse por sentado que el grado de subjetivismo deba ser superior en el mecanismo de control que constituye la entrevista; y aun en la hipótesis de que pudiera serlo, ello no sería elemento decisivo para su rechazo, pues no es aceptable que de por sí tenga que ser vi-cioso.

La especial idoneidad de la entrevista para comprobar con ella que determinados méritos alegados corresponden en efecto al aspirante, y no se simulan con simples apariencias documentales (piénsese, por ejemplo, en estudios y trabajos científicos que pueden aportarse como propios y cuya elaboración puede ser de terceros), compensaría el posible mayor grado de subjetivismo en la ponderación, si es que realmente lo hubiera.

Por lo demás, que entre entrevista y concurso de méritos, como medio aquélla para el control de éstos, no existe incompatibilidad conceptual, lo revela el dato de que en nuestra legislación de rango superior existen previsiones de esos mecanismos, como es de ver en la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 313, párrafo 5.

Ha de rechazarse por tanto la impugnación del artículo 15 del RD recurrido.

OCTAVO: La recurrente impugna el artículo 16 del RD 28/1990 en su ap. 1.º, párrafos 3.º y 4.º, que estima contrarios al artículo 28.1 CE en relación con el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y doctrina legal aplicable.

En cuanto al primero de los párrafos cuestionados la censura se centra en la expresión "podrán" ("las organizaciones sindicales más representativas *podrán* formar parte de las Comisiones de Valoración"), que, a su juicio, supone un retroceso respecto al artículo 20.4 del RD 2616/1985, en el que se garantizaba la presencia de las organizaciones sindicales en las Comisiones de Valoración, y cuya presencia en el nuevo Reglamento se reduce "a algo aleatorio, condicional, en manos de una de las partes —la Administración— que, unilateralmente, decide cuándo las organizaciones sindicales deben formar parte de las Comisiones de Valoración y cuándo no". La parte razona sobre el derecho de participación de los sindicatos, como expresión de libertad sindical (art. 28.1 CE), desarrollada en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y en la Ley 9/1987, "que viene a desarrollar lo dispuesto en el artículo 103.3 de la Constitución, la propia Ley Orgánica de Libertad Sindical y los Convenios 151 y 154 de la OIT", concluyendo que el cuestionado párrafo "para no incurrir en ilegalidad, debe sustituir la palabra 'podrán' por la de 'formarán'", proponiendo la redacción literal que debería tener.

A esta tesis de la recurrente opone el Abogado del Estado la de que el precepto cuestionado "regula el derecho de las Organizaciones Sindicales más representativas a formar parte de las Comisiones de Valoración, asegurando así el pleno ejercicio del derecho de libertad sindical", pues el sentido potestativo de la participación de los sindicatos, "no indica que su presencia sea una decisión potestativa de la Administración, sino que por el contrario, que es una potestad de los sindicatos para responder o no a la convocatoria que necesariamente tiene que hacer la Administración", y que ése es el sentido que ha prevalecido en la práctica desde la entrada en vigor del Real Decreto, en que se ha garantizado la presencia de los sindicatos en las Comisiones.

Nuevamente la tesis de la recurrente se refiere a una determinada interpretación del precepto, que no se corresponde necesariamente con su sentido auténtico, y menos, si éste se establece en el contexto ordinamental de las normas de superior rango por ella traídas a colación.

En ese contexto es convincente la explicación del Abogado del Estado de que el sujeto titular de la potestad de participar en las Comisiones de Valoración lo es el Sindicato, y no la Administración, que viene obligada a convocarle a la Comisión. Así entendido el precepto, y así debe entenderse, por exigencia de las normas de su-

perior rango aludidas, es indudable que no se opone a éstas, sino que, por el contrario, expresa la total libertad del Sindicato para decidir, según su criterio, si participa o no en las Comisiones de Valoración.

Debe, pues, rechazarse la impugnación.

**NOVENO:** La impugnación del párrafo 4, ap. 1.º del artículo 16, se funda en que los requisitos de grupo de titulación y grado exigidos a los miembros de las Comisiones, resultan contrarios a la libertad de los Sindicatos, pues "las organizaciones sindicales más representativas participan en las Comisiones de Valoración en cuanto tales organizaciones y, en el marco de un derecho de autoorganización, designan a las personas que consideren oportuno, dentro de la función pública", y que los requisitos cuestionados suponen en la práctica "impedir que los sindicatos tengan representación en múltiples Comisiones, al carecer, por ejemplo, de afiliados de una determinada titulación", concluyendo con la propuesta de una determinada redacción del precepto, en la que se salve de la exigencia de los requisitos establecidos en él, a los representantes sindicales.

A ello opone el Abogado del Estado que no tiene sentido exigir plenas garantías de participación para después pretender ser tratados como miembros con menor cualificación que los que designa la Administración, siendo lógico que los representantes sindicales, como miembros de pleno derecho, cumplan los mismos requisitos que los demás; que no se trata de requisitos establecidos en razón del tipo de representación, sino en relación con los puestos de trabajo que se convocan y con los principios de mérito y capacidad que deben regir, cuya garantía exige de los miembros de la Comisión estar en condiciones de apreciar la adecuación del candidato al puesto, para lo que es necesario el conocimiento de las actividades del puesto, siendo por ello razonable la exigencia de los requisitos discutidos; que no se entiende que el Sindicato recurrente tenga la dificultad de selección de miembros de las Comisiones, dada su implantación como central mayoritaria en todas las esferas de la Administración; y que no es admisible la pretensión de que el precepto deba tener una determinada redacción, y que así se declare por el Tribunal.

La tesis del Abogado del Estado es tan convincente, y tan definitiva para desvirtuar la contraria, que basta con que la hagamos nuestra, rechazando así la de la recurrente.

No es aceptable que el Sindicato pretenda que su participación en las Comisiones de Valoración deba tener un régimen especial, y que a sus representantes se les deba exonerar de requisitos exigidos a los demás partícipes, lo que supondría una inadmisibles desigualdad de trato.

Por lo demás, en cuanto al rechazo de la pretensión de que el precepto deba tener una redacción determinada hemos de reiterar lo que expusimos en ocasión anterior ante planteamiento similar, dados los términos del suplico de demanda; esto es, que entendemos que la redacción propuesta, lo es sólo como recurso dialéctico, para evidenciar la nulidad pretendida, y no como expresa petición de que se declare que deba ser una determinada la redacción, como lo entiende el Abogado del Estado, lo que no es propio de la misión revisora atribuida al Tribunal.

**DECIMO:** El último precepto impugnado es la Transitoria Segunda del Real Decreto que según la recurrente "consolidada la situación de aquellos funcionarios que al margen de cualquier legalidad, están ocupando puestos de trabajo correspondientes a niveles superiores a los del intervalo asignado al Grupo en que figure clasificado su Cuerpo o Escala", y que, a juicio de la parte, viola los artículos 21, 22 y 25 de la Ley 30/1984, modificada por la Ley 23/1988, "pues en ninguna parte figura la posibilidad de que se pueda desempeñar un puesto de trabajo por encima del intervalo". En un nuevo paso se imputa a la disposición que "supuso, de hecho, una penalización económica, pues permite discrecionalmente que un funcionario del Grupo inferior perciba una retribución básica de inferior cuantía a la que corresponde a la plaza cubierta", y se "oculta la existencia de una vacante que debería ser cubierta

durante un tiempo por un funcionario de empleo —interino— hasta que se convoca-se la oportuna oposición y tomase posesión un funcionario de carrera”; que al funcionario “que viniese desempeñando un puesto de nivel superior a su intervalo, se le reconocería un CPT (Complemento Personal Transitorio) para no salir perjudicado económicamente, pero no consolidaría una situación a todas luces ilegal”.

En dicha tesis se advierten elementos que no se ajustan a los términos del precepto cuestionado. No se entiende que se hable de penalización económica, cuando la disposición lo que hace es cabalmente lo contrario, garantizar la continuidad en un puesto al que normalmente corresponderá una retribución superior; y no se entiende tampoco que se reclame la privación al funcionario del puesto que ostenta en favor de un interino. En realidad la tesis de la recurrente resulta contraria a un sano principio de seguridad jurídica que explica que situaciones anteriores a la vigencia de la norma no deban ser modificadas necesariamente, si ello es posible, al entrar en vigor ésta, lo que justifica un tratamiento especial en las disposiciones transitorias.

Resulta, por el contrario, esclarecedora la tesis opuesta por el Abogado del Estado, según la que “la prohibición de que los funcionarios desempeñen puestos de trabajo nivel (*sic*) superior al de su intervalo correspondiente no se encuentra en ninguno de los preceptos citados en el recurso, ni en la Ley 30/1984, sino en el artículo 28.1 del propio Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo”, que “de la misma forma, los intervalos correspondientes a los Grupos de titulación no se establecen en la Ley 30/1984, sino en el artículo 26 del propio Reglamento”; y que nada “modula la aplicación de las normas previstas en el propio Reglamento para evitar perjuicios económicos y profesionales a las personas que se encuentren en la situación descrita, sin concederles, por otra parte, privilegios ni ventajas adicionales respecto a su promoción profesional o carrera administrativa”.

Entendemos, por tanto, que no se da la nulidad postulada.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 17 mayo 1993.*)

### III. DERECHOS

1. *Complemento de destino. Naturaleza. Revisión: «la titulación y capacitación técnica exigida para el ingreso tiene su reflejo económico en las retribuciones básicas, en tanto que mediante el complemento de destino se prima la especial preparación añadida a la genérica para el ingreso en la función pública o la especial responsabilidad que lleva aneja la adscripción a un servicio determinado». Carácter objetivo y singular. No todos los puestos han de llevar forzosamente implícita esta remuneración.*

«Tienen su origen estos autos en la impugnación precisamente por el cauce excepcional del recurso de revisión de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 23-5-1989 siendo el motivo invocado el del artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional en su redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 abril.

La Sentencia invocada como contradictoria es la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres de 1-2-1986 que cita en su apoyo la de la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Madrid de 3-4-1984.

Ambas sentencias han sido aportadas dentro de la fase de prueba y ello resulta bastante para la admisibilidad del recurso dada la legalidad, ya indicada, a cuyo amparo se formuló esta revisión.

Entre las identidades necesarias para la viabilidad del recurso de revisión previsto en el ya citado artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional figura la subjetiva que desde luego no exige que los litigantes sean los mismos pero sí que se hallen “en idéntica situación”.

Esta identidad alude a los datos de hecho que tengan relevancia jurídica.

En el caso que ahora se examina el hoy demandante, Jefe de Silo, demandó en la instancia el reconocimiento del grado personal 22 y ello vigente ya la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Ley de la Función Pública, cuyo artículo 21 establece, en lo que ahora importa, una relación del grado personal con los niveles en que se clasifican los puestos de trabajo.

Es claro por tanto que la identidad de situación ha de referirse precisamente a los puestos de trabajo.

La Sentencia de Cáceres de 1-2-1986, aplicando el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 febrero —su artículo 98 vino a ser reproducido por el artículo 67.2 del Estatuto del Personal al Servicio de los Organismos Autónomos aprobado por el Decreto 2043/1971, de 23 julio—, vino a reconocer al allí demandante un complemento de destino del nivel 22.

Pero no consta el concreto puesto de trabajo que aquél desempeñaba y desde luego, está claro, en cuanto a la ya citada sentencia de la Sala de Madrid que los recurrentes en ella no eran Jefes de Silo.

Y dado que el complemento de destino se reconoce precisamente en atención a las características concretas de un puesto de trabajo —artículo 98 del ya citado Texto articulado—, el no acreditamiento del puesto de trabajo que dio lugar a la sentencia invocada como contradictoria impide apreciar la concurrencia de la identidad de situación necesaria para la viabilidad del motivo de revisión previsto en el artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional.

En último término, aunque no sea necesario, ha de señalarse que la sentencia de la Sala de Cáceres, directamente señalada como contradictoria se apoyaba y coincidía con la de la Sala Segunda de Madrid de 3-4-1984.

Y este Tribunal Supremo en la S. 17-3-1986 estimó un recurso de apelación en interés de la ley interpuesto contra la mencionada S. 3-4-1984, declarando errónea su doctrina y sentando que *“el complemento de destino es, pues, un concepto retributivo objetivo y singular relacionado con el puesto de trabajo desempeñado y por ello ni cabe conectarlo con la titulación y capacitación técnica exigida para el ingreso en Cuerpos determinados, ni todos los puestos desempeñados por funcionarios de aquéllos, cualquiera que sea su nivel técnico o funcional, han de llevar forzosamente implícita esta remuneración, que sólo se reconoce a aquellos encomendados al respectivo Colectivo en los que concurren alguna de las dos circunstancias alternativas inexcusablemente exigidas. La titulación y capacitación técnica exigida para el acceso al Cuerpo tiene su reflejo económico con las retribuciones básicas, en tanto que mediante el complemento de destino se prima o la especial preparación añadida a la genérica para el ingreso en la función pública o la especial responsabilidad que lleva aneja la adscripción a un servicio determinado”*.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 14 abril 1993.)

2. *Retribución. Profesores Titulares. Según reiterada jurisprudencia, dada la diversa y distinta calificación de los Catedráticos de Universidad, que se encuentran en la cúspide de la docencia, y de los Profesores Titulares, aunque éstos tengan, al igual que aquéllos, la plena capacidad docente e investigadora, no es contraria a la legalidad la asignación de distinto complemento específico a unos y otros, pues «no puede desconocerse a la hora de fijar la cuantía de un complemento, en función de las condiciones particulares de un puesto de trabajo, la distinta calificación de quienes lo desempeñan».*

«Entrando en lo que constituye el objeto sustancial del pleito, la solución que se pronuncia debe ajustarse en su integridad a los criterios resolutorios expuestos en

la reciente Sentencia de este Tribunal del 20-4-1983, que recoge la doctrina de otras anteriores relativas al mismo problema. En consecuencia, por razones de unidad de doctrina, pasamos a reproducir lo que recientemente se ha dicho: "Entrando en el examen del fondo del recurso, sostienen los recurrentes que al establecer el Real Decreto 1084/1988, de 2 septiembre, para los Profesores Titulares de Universidad un complemento específico, inferior al que se fija para los Catedráticos de Universidad, se vulnera el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, vulneración ésta que no podemos acoger, al existir ya una consolidada doctrina jurisprudencial de la antigua Sala Cuarta de este Tribunal Supremo contraria a la tesis que sostienen los recurrentes de la que son exponentes, entre otras, las SS. 12 febrero, 2 marzo, 18 y 26 abril 1988.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional interpretando el artículo 14 ha dicho reiteradamente —Sentencia, entre otras, 27/1981, de 20 julio— que sólo puede aducirse la quiebra del principio de igualdad, cuando dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos. Y no se puede sostener, según la doctrina reflejada en aquellas sentencias de este Tribunal Supremo, que se dé ese presupuesto de igualdad, respecto del complemento específico, entre Catedráticos de Universidad, que se encuentran en la cúspide de la docencia, y los Profesores Titulares de Universidad, aunque éstos tengan, al igual que aquéllos, la plena capacidad docente e investigadora, pues no puede desconocerse a la hora de fijar la cuantía de un complemento, en función de las condiciones particulares de un puesto de trabajo, la distinta calificación de quienes lo desempeñan, acreditada por la superación de las respectivas pruebas selectivas y en los distintos requisitos exigidos para concurrir a las mismas (arts. 37 y 38 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 agosto).

El artículo 2.1 del Real Decreto 989/1986 y el correlativo del 1084/1988, al establecer un complemento específico anual inferior a los Profesores Titulares respecto de los Catedráticos, no discrimina a aquéllos respecto a éstos, sino que tiene en cuenta el dato diferencial de su distinta capacitación profesional en el desempeño de su función docente e investigadora, por la misma razón que asigna un diferente nivel de complemento de destino a unos y a otros, que no hay que olvidar corresponde también al puesto que se desempeña abstractamente considerado, diferenciación que cobra mayor sentido cuando se trata de fijar un complemento enderezado a retribuir las condiciones particulares del puesto de trabajo, pues, como dice la Sentencia antes citada de 2-3-1988, allí donde la diferencia no afecta a "lo que" se realiza, afecta a "cómo" se realiza.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 23 abril 1993.)

*3. Funcionarios. Retribuciones. Complemento específico. Con independencia de la equiparación de distintos grupos de funcionarios antes de la Ley 30/84, habida cuenta del distinto régimen que ésta implanta para las retribuciones básicas y las complementarias, no cabe pretender la asignación de igual complemento específico a funcionarios que desempeñan diversos puestos con distinta valoración en orden a los factores de dificultad técnica y responsabilidad.*

«Los recurrentes, funcionarios de carrera del Organismo Autónomo "Servicio de Vigilancia Aduanera", quienes después de llevada a cabo la catalogación de puestos de trabajo (con efectos de 1-7-1987) vienen ocupando puestos de trabajo catalogados como "administrativos", impugnan, en el presente recurso contencioso-administrativo, el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 5-1-1990, desestimatorio del recurso de reposición por ellos formulado contra Acuerdo del mismo Consejo de fe-

cha 28-8-1987, aprobatorio de la asignación inicial de complementos de destino y específico correspondientes a los puestos de trabajo de dicho Organismo, con la pretensión de que se les asigne "complemento específico" como se ha asignado, en el acuerdo impugnado, a los funcionarios de dicho Organismo, que, después de la catalogación, desempeñan puestos de trabajo catalogados como "operativos", basados en que unos y otros ("administrativos" y "operativos") ingresaron en el Servicio de Vigilancia Aduanera, como Agentes de Investigación, Inspectores y Oficial de Radio-Comunicación, desarrollando todos ellos funciones "operativas", hasta que por una decisión unilateral del Organismo, los ahora recurrentes pasaron a desempeñar tareas administrativas, pero sin que ese desempeño de tareas administrativas supusiera diferencia retributiva alguna respecto a los que continuaron desempeñando funciones operativas, diferencias que, en cambio, sí se producen, con el Acuerdo impugnado del Consejo de Ministros, de 28-8-1987, pues en éste mientras los puestos "operativos" tienen asignado complemento específico los puestos desempeñados por los recurrentes, como "administrativos" no tienen asignado dicho complemento.

La expuesta pretensión de los recurrentes no puede prosperar, pues aunque bajo el anterior sistema retributivo, unos y otros, administrativos y operativos, tuvieran pareja retribución, ese antiguo sistema retributivo, basado fundamentalmente, en cuanto a retribuciones complementarias, en lo que disponía el artículo 8.º del Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 marzo, desapareció, al quedar expresamente derogado dicho artículo 8.º, por la Disposición Derogatoria 1.ª, A) de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, en cuya exposición de motivos ya se dice que la "Ley modifica el actual sistema de retribuciones, estableciendo con claridad una primacía importante para aquellas que van ligadas al desempeño del puesto de trabajo", habiendo establecido el artículo 23 de esta última Ley, un nuevo sistema retributivo, de naturaleza mixta, caracterizado por la existencia de unos conceptos ligados al Cuerpo o Escala a que pertenece cada funcionario (retribuciones básicas), junto a otros ligados al puesto de trabajo que se desempeña (retribuciones complementarias) dentro de los cuales está el "complemento de destino" (correspondiente a nivel del puesto que se desempeñe), el "complemento específico" (destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad), el "complemento de productividad" (destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe el trabajo), y por último, las "gratificaciones por servicios extraordinarios", fuera de la jornada normal.

Por tanto, en lo que respecta al caso presente, si el complemento específico asignado a cada puesto de trabajo está en función de la valoración que se efectúe, de su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad, efectuada la catalogación de puestos de trabajo en el Servicio de Vigilancia Aduanera, de la que han resultado catalogados, unos como "administrativos" y otros como "operativos", no puede pretenderse por quienes desempeñan los primeros tener el complemento específico que se ha asignado a los segundos, cuando las condiciones particulares del desempeño de uno y otro puesto, en la valoración de dichos puestos, efectuada, según obra en el expediente, por metodología HAY, son distintas en orden a aquellos factores de dificultad técnica, responsabilidad, etc.

De ahí que el impugnado Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 28-8-1987, que aprobó la asignación inicial de los complementos de destino y específico, del Servicio de Vigilancia Aduanera (dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 21/1986, de 23 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987), resalta conforme al ordenamiento jurídico, aunque sólo prevea complemento específico para puestos de trabajo "operativos" y no para puestos de trabajo "administrativos", al estar fundada esa diferenciación de trato retributivo, en la distinta valoración que de uno y otro puesto se ha hecho, en orden a las circunstancias previstas en el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, de 2 agosto. (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 30 abril 1993.)

4. *Derecho de huelga. Retención de haberes. Revisión. Para su determinación han de sumarse a las horas que el funcionario tiene obligación de prestar las correspondientes a las 14 fiestas laborales y al período anual de vacaciones.*

«Ciertamente que las sentencias impugnadas en el presente recurso extraordinario de revisión al decidir que la deducción de los haberes por la participación en la jornada de huelga se lleve a cabo aplicando el artículo 17 del Real Decreto 33/1986, que aprueba el Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, es contradictoria con las que cita el Abogado del Estado, que confirman las resoluciones administrativas sobre el descuento de haberes, mas ha de tenerse en cuenta que ya esta Sala en S. 16-12-1991, ha razonado ampliamente sobre la no conformidad a derecho de las resoluciones administrativas que han utilizado como criterio para hacer la deducción el de dividir el total de las remuneraciones anuales por el número de horas anuales que tiene obligación de prestar cada funcionario, habiéndose declarado en tales sentencias, que ante la ausencia de una norma legal que regula específicamente la materia, y en línea con las sentencias dictadas por el Tribunal Central de Trabajo (10-6-1983 y 25-1-1989), el criterio a seguir debe ser el de sumar a las horas anuales que el funcionario tiene obligación de prestar las horas correspondientes a las 14 fiestas laborales y al período anual de vacaciones no comprendidos dentro del período de huelga. Criterio que de nuevo ha de ser mantenido y que impone, que aunque se rescinda la sentencia, no puedan confirmarse las resoluciones originariamente impugnadas en el recurso contencioso-administrativo en que se han dictado las sentencias, ahora, sometidas a revisión.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 14 abril 1993.*)

#### IV. INCOMPATIBILIDADES

1. *Incompatibilidades. Arquitectos. Adecuación a la Ley 53/84 de los artículos 11.7 y 12 del RD 598/85.*

«Se recurre en apelación la Sentencia de fecha 11-10-1990, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por quien ahora apela, contra Resolución de 18-2-1987, del Consejero de Gobernación de la Junta de Andalucía, desestimatoria de recurso de reposición formulado contra otra anterior de dicho Consejero, en la que con relación a la solicitud de declaración de compatibilidad formulada por el apelante, para compatibilizar su puesto de trabajo del Sector Público de Arquitecto Técnico de la Delegación Provincial de la Consejería de Salud, de Almería, con la actividad privada de ejercicio libre de su profesión de Arquitecto Técnico en la misma localidad, se acordó reconocer al interesado el ejercicio libre de la profesión de Arquitecto Técnico, con las limitaciones establecidas en el RD 598/1985, de 30 abril, y se le denegó la compatibilidad para toda actividad profesional de dirección de obras.

Aunque el contenido del acto objeto del recurso contencioso-administrativo, es una cuestión de personal de la que podríamos, en principio, proclamar que su revisión jurisdiccional debe hacerse en única instancia, pues la Resolución de incompatibilidad combatida, concede la compatibilidad (con limitaciones) y deniega la compatibilidad para un determinado aspecto (dirección de obras) de una actividad pri-

vada, sin que, por tanto, tal resolución obligue al funcionario público apelante a cesar en otro puesto del Sector Público desempeñado también en relación funcional, lo que hace inaplicable aquí la doctrina reiterada de esta Sala, equiparadora de este último supuesto de cese en el 2.º Puesto incompatible que se viniera desempeñando en relación funcional, al de "separación de empleado público inamovible", previsto en el artículo 94.1.a) de la Ley Jurisdiccional —en su redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 abril— la apelabilidad, en el presente caso, de la sentencia de instancia, deriva de haberse impugnado, en la demanda jurisdiccional, indirectamente, el Real Decreto 598/1985, de 30 abril, lo que, conforme al artículo 94.2.b), abre al recurrente esta segunda instancia, aunque sólo para reexaminar los extremos relativos a esa impugnación indirecta.

Sostiene el recurrente que las restricciones que le impone la Resolución impugnada al ejercicio libre de su profesión de Arquitecto Técnico, están fundadas en dos artículos 11.7 y 12 del Real Decreto 598/1985, de 30 abril, y que tales preceptos son ilegales al no tener cobertura legal en la Ley 53/1984, de Incompatibilidades y además vulnerar tales preceptos, principios constitucionales, entre otros, el de igualdad.

No podemos acoger las infracciones que se indican en esa impugnación indirecta pues las mismas han sido ya estudiadas y resueltas, en reiteradas sentencias de este Tribunal Supremo, entre las que podemos citar, por vía de ejemplo, de 18-12-1986 (de la antigua Sala Quinta) y la de 20-3-1990 (de esta Sala Tercera). La primera de ellas, resolviendo recurso directo interpuesto, precisamente, por la Federación de Asociaciones de Arquitectos Funcionarios de la Administración, contra el referido Real Decreto 598/1985, de 30 abril, analiza pormenorizadamente todos los aspectos e implicaciones de la cuestión que aquí plantea ahora el apelante por vía indirecta, y se llega a la conclusión de que dicho Real Decreto, ni en su artículo 11.7, ni en su artículo 12 contradice la Ley 53/1984, de 26 diciembre, sobre Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, ni ningún precepto constitucional.

En la segunda de aquellas sentencias se resuelve recurso de apelación, contra sentencia de la Sala de Sevilla, en materia de compatibilidad para el ejercicio privado de la profesión de Arquitecto sometida no obstante a las restricciones específicas del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, y se desestima el recurso de apelación, precisamente en base a la doctrina ya sentada en la antes citada S. 18-12-1986, y también en la de 21-10-1986 (de la antigua Sala Quinta).

En aplicación, por tanto, del principio de unidad de doctrina, procede la desestimación del presente recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 22 abril 1993.)

*2. Incompatibilidades. Empleado municipal elegido concejal del Ayuntamiento en que presta servicios. Con independencia de que su relación sea laboral o administrativa, es incompatible no ya en aplicación de los artículos 29.2.4 de la Ley 30/84 y 6.h) del RD 73/86, que exigen dedicación exclusiva, sino por la incompatibilidad específica que establece el artículo 178.2.b) de la LO 5/1985, de régimen electoral general. Compatibilidad de la legislación española con la Carta Europea de Autonomía Local.*

«El caso que examinamos guarda analogía con el resuelto por la Sentencia de esta misma Sala y Sección de 5-10-1992, que aceptó íntegramente los fundamentos de Derecho de la apelada, dictada también por la misma Sala de Las Palmas el 3-2-1990. La sentencia ahora apelada también se ha fundado, por unidad de doctrina, en los razonamientos que la propia Sala expuso en la referida S. 3-2-1990, para mostrar que, conforme a lo establecido en el artículo 74 de la Ley 7/1985, de 2 abril,



reguladora de las Bases de Régimen Local, los miembros de las Corporaciones Locales quedan en situación de servicios especiales cuando sean funcionarios de la propia Corporación para la que han sido elegidos y ello porque el cargo de Concejales, en todo caso —y tanto si se presta en régimen de dedicación exclusiva como sin ella— incompatible con la condición de funcionario o personal en activo del Ayuntamiento respectivo —art. 178.2.b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 junio, de Régimen Electoral General—, debiendo optar los incursos en causa de incompatibilidad entre la renuncia a la condición de Concejales o el abandono de la situación de empleado en activo que da origen a la incompatibilidad. También razona la Sala de Las Palmas que en situación de servicios especiales la retribución a percibir debe ser, en todos los casos, la del puesto o cargo que efectivamente se desempeña (arts. 29 de la Ley 30/1984 y 10 del Real Decreto 730/1986) y que no cabe imponer a los Ayuntamientos la dedicación exclusiva de ningún Concejales, ya que ello vulneraría la autonomía municipal. Tales razonamientos han servido —en el caso que ahora se examina— para rechazar íntegramente la demanda deducida por don Rafael R. V., aquí apelante, que —en lo esencial— pretendió, previa renuncia a la percepción de los emolumentos que le tocarían por la concejalía que, sin dedicación exclusiva, ostenta en el Ayuntamiento de Santa Lucía de Tirajana, que le fuera reconocido el derecho a seguir percibiendo el sueldo que le corresponde como empleado del Ayuntamiento adscrito al Cuadro de Personal laboral fijo, como Ingeniero Técnico Industrial, desestimando la sentencia apelada todas sus pretensiones al entender aplicables los artículos 74 y 75 de la referida Ley 7/1985, que determinan que el personal laboral se rige por reglas idénticas a las del personal estatutario y que sólo los Concejales que desempeñan su cargo con dedicación exclusiva deben causar alta en la Seguridad Social.

El propio apelante parece aquietarse ante los razonamientos que se acaban de resumir, impugnándolos en esta instancia sólo en la medida en que —dice— suponen una aplicación de preceptos legales desvinculada de la justicia y de la realidad social y que, además, olvidan lo establecido en la Carta Europea de Autonomía Local, cuyo artículo 7.º vendría a amparar la pretensión del apelante.

Pero las pretensiones en que se insiste han sido rechazadas adecuadamente por la Sala sentenciadora. La situación del apelante no es desajustada a la realidad social como se advierte si, cambiando la hábil perspectiva desde la que nos la expone, reparamos en que no dimana de la posición del apelante como Concejales, sino de la condición que el mismo ostenta como empleado del Ayuntamiento para el que ha sido elegido como miembro. En efecto, si se considerase —como nos propone el apelante en estricta aplicación del artículo 29.2.h) de la Ley 30/1984, de 2 agosto, y del artículo 6, ap. h), del Real Decreto 730/1985— que sólo los funcionarios que desempeñan cargos electivos y de dedicación exclusiva en las Corporaciones Locales deben pasar a la situación de servicios especiales, se estaría contemplando la situación normal de cualquier Concejales —art. 74.1.b) de la Ley 7/1985—, que puede —respetando la legislación general en materia de incompatibilidades— simultanear la concejalía con su puesto de origen, salvo que aquélla le exija una dedicación incompatible con él. Pero el caso del apelante es distinto por incurrir en una incompatibilidad específica con la condición de Concejales que, en forma clara y terminante, establece el artículo 178.2.b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 junio, de régimen electoral general al incompatibilizar a los funcionarios o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él”, con una expresión que, sin duda, comprende al personal laboral, de que propiamente se trata en este caso, como se desprende del artículo 178.4 de la propia Ley Orgánica.

Las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los miembros de las Corporaciones Locales tratan de garantizar la separación de poderes y funciones en el Estado de Derecho, así como la objetividad, imparcialidad y eficacia del órgano y la transparencia en la actuación. Los artículos 74.1.a) y 74.2 de la Ley 7/1985 han de ser interpretados, por ello, en este contexto normativo cuando precisan que los funcionarios de la propia Corporación pasan a servicios especiales, y el personal labo-

ral a la situación (excedencia forzosa) prevista en su legislación específica caso de resultar elegidos miembros de las Corporaciones Locales. De esta forma la relación de carácter laboral existente entre el apelante y el Ayuntamiento de Santa Lucía de Tirajana debe quedar en suspenso —arts. 45.f) y 46.1 del Estatuto de los Trabajadores— mientras desempeña el cargo público para el que ha sido elegido ya que su trabajo es —el propio apelante parece reconocerlo expresamente en su escrito de apelación— claramente incompatible con su nueva condición de Concejal, y —por ello— de imposible prestación. Y es obvio que durante la suspensión del contrato de trabajo no se trabaja y no hay derecho a la retribución (art. 45.2 del Estatuto de Trabajadores), al igual que el funcionario en situación de servicios especiales sólo recibe las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeña (art. 29.2 de la Ley 30/1984). La situación resultante puede, ciertamente, ser desventajosa para el apelante, pero se funda en la aceptación voluntaria de un cargo que es incompatible, resultando idéntica a aquella en que se encuentran todas las personas afectadas por incompatibilidad (art. 178.3 Ley Orgánica 5/1985).

Desde la perspectiva señalada cobran también sentido las disposiciones de la Carta Europea de Autonomía Local de 15-10-1985 que se nos invocan. Aun precisando que en el momento en que se dictan los actos administrativos que aquí se enjuician el citado Instrumento internacional no había entrado en vigor, ni en forma general ni en el ordenamiento interno español (arts. 15.2 y 15.3 de la Carta Europea y art. 96.1 CE), es claro que el Estatuto del Concejal en la legislación local española resulta también plenamente compatible con las exigencias del artículo 7.2 de la Carta Europea por cuanto los miembros de las Corporaciones Locales perciben indemnizaciones por el ejercicio de sus funciones (art. 75.2 de la Ley 7/1985) y, en caso de desempeñarlas en régimen de dedicación exclusiva, son retribuidos por el ejercicio de sus cargos y dados de alta en la Seguridad Social (art. 75.1 Ley 7/1985). En realidad el precepto de la Carta Europea relevante para el caso del apelante no es el artículo 7.2 que nos invoca, sino el artículo 7.3 de la misma norma de origen internacional, que autoriza al legislador interno para establecer funciones y actividades incompatibles con el mandato del representante local, pero exigiendo que las mismas se establezcan por Ley o por principios jurídicos fundamentales. Y es claro que las normas internas de que acabamos de hacer mérito reúnen cumplidamente, en el amplio marco que la Constitución reconoce al legislador en estas materias, ambos requisitos.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 4.ª, 23 abril 1993.*)

*3. Incompatibilidades. Dos puestos en el sector público. Improcedencia porque, aunque la jornada reducida en uno de ellos era de 27,50 horas, sumando a éstas las guardias se incrementa al número de horas por encima del límite que marca el artículo 14 RD 589/85.*

«Sostiene el recurrente, en sus alegaciones escritas de la presente apelación, que habiendo dejado acreditado, en los autos principales, que la jornada que realizaba en el Hospital Civil Provincial de Málaga era de 27,30 horas semanales, tal jornada debió tomarse como jornada a tiempo parcial, en esa actividad del sector público, señalada como secundaria, y al ser también a tiempo parcial la jornada que desarrollaba en la otra actividad del sector público, señalada como principal, una y otra debieron ser declaradas compatibles, por lo que, a su criterio, la sentencia de instancia, que declara conformes a derecho las resoluciones administrativas, denegatorias de la compatibilidad entre esas actividades, debe ser revocada.

Tal argumentación no puede conducir al éxito del recurso. Aunque, efectivamente, ha quedado acreditado, a través de las oportunas certificaciones, que la jornada que el recurrente realizaba en el Hospital Civil Provincial de Málaga, al tiempo de serle denegada la compatibilidad que había solicitado, era la de 27,30 horas semanales, ello era así, por haber accedido la Comisión de Gobierno de la Diputación de

Málaga, de la que depende aquel Hospital, a conceder al recurrente la reducción de la jornada ordinaria, jornada esta última que en el Hospital es de 8 a 15 horas, y por tanto a tiempo completo. Pero esta circunstancia de reducción de jornada, no empece a que se haya tenido en cuenta, a efectos de denegar la compatibilidad solicitada, la jornada ordinaria del Hospital, aunque la que efectivamente realizaba el recurrente no fuera superior a lo que el artículo 14 del Real Decreto 589/1985, de 30 abril, fija para considerarla a tiempo parcial (30 horas semanales), pues también quedó acreditado, en el expediente administrativo, que el facultativo, además de esa jornada reducida, viene realizando en el Hospital "guardias", por las que percibe, según nóminas, cantidad casi equivalente a las retribuciones básicas, de donde fácilmente se colige que con ese sistema de guardias, el tiempo que el facultativo dedica a la actividad del sector público del Hospital no son sólo las 27,30 horas semanales, sino que este tiempo queda notoriamente incrementado por encima del límite marcado en el artículo 14 del citado Real Decreto, lo que nos lleva a tener por conformes al Ordenamiento Jurídico, las resoluciones administrativas que denegaron la compatibilidad entre los dos puestos de trabajo, principal y secundario, del sector público sanitario, pues lo que persigue la Ley, al establecer las incompatibilidades entre puestos de trabajo del sector público, es evitar el menoscabo del estricto cumplimiento de los deberes públicos de uno y otro puesto —art. 1.º 3 de la Ley 53/1984, de 26 diciembre— y por ese sistema de, por un lado, desempeñar una jornada reducida respecto a la que es ordinaria en el Hospital, y, de otro, realizar "guardias" en el mismo Hospital, se llegaría, de aceptarse la tesis del recurrente, a conseguir lo que precisamente la Ley trata de evitar, a través de esa fórmula que es elusiva de la prohibición contenida en el artículo 24.3 del Real Decreto 589/1985, en el que se establece que a partir de 1-10-1985 sólo podrán compatibilizarse dos puestos del sector público sanitario, si ambos se vinieren desempeñando a tiempo parcial.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 30 abril 1993.*)

#### 4. *Incompatibilidades. Arquitectos, Ingenieros y otros titulados. Legalidad del artículo 12 RD 598/1985, sobre el reconocimiento específico de compatibilidad.*

«Sostiene el apelante que el reconocimiento específico de compatibilidad exigido por el artículo 12 del Real Decreto 598/1985, supone la exclusión de determinados profesionales de su actividad, toda vez que si antes de aceptar un trabajo o proyecto tienen que solicitar dicho reconocimiento específico de compatibilidad y esperar un mes, aunque lo normal es que el reconocimiento no se produzca en ese plazo, resulta que, estos profesionales quedan, por de pronto, excluidos de aquellas actividades de carácter urgente, y, a la larga, de cualquier otra actividad pues el plazo de un mes es demasiado corto para que la Administración resuelva sobre el reconocimiento de la compatibilidad, introduciéndose así una discriminación no sólo respecto a quienes no ejercen una actividad pública, sino también respecto a quienes ejercen ésta en otras Administraciones más flexibles y rápidas a la hora de efectuar tales reconocimientos, añadiendo que, en definitiva, el citado precepto reglamentario desvirtúa el sistema general previsto en la Ley y, por tanto, no sólo no desarrolla el núcleo esencial de la institución, ni constituye el complemento indispensable de su regulación, sino que la desvirtúa, introduciendo un elemento extraño y ajeno a la propia naturaleza de la institución.

La impugnación del artículo 12 del mencionado Real Decreto, que impone un control específico de las actividades privadas, que complete el reconocimiento general de compatibilidad, ha sido objeto de las Sentencias de este Tribunal de 21 octubre y 18 diciembre 1986 y 1-10-1991, que lo han declarado válido por conformarse a la Ley de Incompatibilidades, en cuanto necesario para dejar incólume el principio proclamado por el artículo 1.3 de la Ley, y por no afectar al núcleo esencial del sis-

tema de incompatibilidades regulado en la Ley 53/1984, asegurando la efectividad de las mismas cuando se trate de actividades profesionales relacionadas con la Administración, efectividad que difícilmente podría asegurarse a través del reconocimiento de compatibilidad general del artículo 14 de la Ley. En cuanto a la imputación de discriminación, no puede plantearse tal alegación respecto de los profesionales no funcionarios, a los que obviamente no es de aplicación el régimen de incompatibilidades de los funcionarios: no existe pues término válido de comparación. Y respecto de otros funcionarios, no existe discriminación, pues, como declara la citada S. 18-12-1986, concurriendo los supuestos de hecho previstos en el artículo 12, la necesidad de completar el reconocimiento general de compatibilidad con otro específico obliga a todos los posibles destinatarios de aquél (Arquitectos, Ingenieros y otros titulados). Por lo demás, en la misma sentencia se declara y ha de reiterarse aquí, que el plazo de un mes establecido en el precepto reglamentario que analizamos, trata de conjugar el interés particular del funcionario en obtener una pronta respuesta y el interés general que demanda disponer del tiempo necesario para efectuar un control eficaz. Tanto en el caso de que el reconocimiento fuera denegado arbitrariamente como si su otorgamiento tiene lugar transcurrido dicho plazo de un mes, la Administración correrá con la responsabilidad patrimonial subsiguiente por los posibles perjuicios sufridos por el peticionario a consecuencia de ilegal proceder de aquélla, pero esta posibilidad de reconocimiento tardío no cabe atribuirle al precepto en cuestión, desvaneciéndose así también la discriminación que se pretende apoyar en tal eventualidad.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 21 junio 1993.*)

## V. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Abandono del servicio. Aun acreditada su existencia, resulta desproporcionado sancionarlo con separación del servicio cuando del expediente resulta manifiesto que la sancionada no adoptó de forma gratuita una actitud pura y simple de dejación del servicio, sino que su conducta obedecía a un largo proceso de inadaptación personal a la unidad en que estaba destinada, por lo que resulta proporcionado imponer una sanción de suspensión de cinco años.*

«La Diputación Provincial de Valladolid impuso a doña Eleazar M. M., Auxiliar Psiquiátrico del Hospital Dr. Villacián, la sanción de separación de servicio, como responsable de una falta muy grave de abandono de servicio tipificada en el artículo 31 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y conforme a lo dispuesto en el artículo 54 del Real Decreto 3046/1977, refundido en el Real Decreto Legislativo 781/1986, artículo 148.

Recurrida ante la jurisdicción la decisión administrativa, la Sala de primera instancia estimó en parte el recurso, en el sentido de calificar la infracción como grave e imponer una sanción de suspensión de funciones por dos años.

Apelada la sentencia tanto por la Administración como por la interesada, el primer problema que debemos resolver es el de si son admisibles ambas apelaciones.

El artículo 94.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, en su redacción anterior a la Ley 10/1992, que es la que en este caso debemos tener en cuenta, establecía la inapelabilidad de las sentencias que se refiriesen a cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública o de particulares, con excepción de los casos de separación de empleados públicos inamovibles.

Conforme a este precepto, no cabe que admitamos la interpuesta por la señora M. M., porque al haber sido dejada sin efecto por la Sala de Valladolid la sanción de

separación del servicio, sustituyéndola por una de suspensión de funciones, el interés legitimador de su apelación no afecta a la mencionada separación, por lo que su recurso debemos considerarlo admitido indebidamente, circunstancia que no concurre en el formulado por la Diputación, en cuanto en el mismo se mantiene la pretensión de que se revoque la sentencia apelada y que declaremos ajustada a Derecho la separación del servicio que había sido decretada en la resolución administrativa.

Siendo innegable el hecho objetivo, aceptado en la sentencia apelada, de que la demandante, después de disfrutar de su período de vacaciones reglamentarias correspondientes al año 1985, se limitó a pedir una licencia de seis meses para asuntos propios, sin reincorporarse a su puesto de trabajo hasta varios meses después, permaneciendo en su actitud incluso cuando la licencia le fue denegada, nuestro pronunciamiento sobre la sanción procedente debe moverse entre la que en definitiva ha sido considerada conforme a Derecho por la Sala de Valladolid, al ser, como hemos dicho, inadmisibles la apelación formulada por la recurrente y la de separación del servicio pretendida por la Corporación Local demandada.

La tesis en que se basa la Sala de primera instancia consiste en afirmar que la normativa sancionadora no define el abandono del servicio, siendo insuficiente la simple ausencia del trabajo, ya que algunas formas de ésta figuran tipificadas como infracciones de menor gravedad en los artículos 7.1.m) y 8.b) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, y que nuestra S. 14-2-1984 estableció como criterios de distinción la intencionalidad del sujeto y el conocimiento por sus superiores del hecho de la inasistencia, a los que cabría añadir las consecuencias producidas en el servicio, que no había sido perturbado en exceso por la falta de doña Eleazar, lo que le llevó a calificar la infracción como grave, aunque sin indicar el precepto concreto en que se basaba para tipificarla.

La doctrina reseñada está erróneamente planteada y es errónea también su conclusión.

En efecto, la sentencia que cita, de 14-2-1984, no considera que la ausencia del servicio que allí se enjuiciaba pudiera degradarse a una falta grave por las circunstancias concurrentes en el caso —fundamentalmente la fuerte depresión psíquica que padecía el funcionario sancionado—, sino que fundándose en dichas circunstancias y en el principio de proporcionalidad que inspira la materia sancionadora, mantuvo la calificación de falta muy grave por abandono de servicio, graduando la sanción en el sentido de acoger una de las opciones que el artículo 54 del Real Decreto 3046/1977 ofrecía para castigar las faltas muy graves, cual era la suspensión de funciones.

En este sentido, no cabe duda de que la prolongada dejación del servicio realizada por la señora M. M. es perfectamente integrable en el tipo sancionador de abandono del mismo, sin que pueda considerarse razonable que tan clara manifestación de un supuesto tipificado como infracción administrativa muy grave deba remitirse por vía de analogía a una infracción simplemente grave, acudiendo a tipificaciones de evidente entidad menor a la que se puso de manifiesto en la conducta asumida por la recurrente, como son las consistentes en la falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios, la tercera falta injustificada de asistencia en un período de tres meses o, en fin, la falta de asistencia injustificada de un día.

Habiendo incurrido la demandante en una falta muy grave de abandono de servicio, debemos pronunciarnos ahora sobre la sanción procedente, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad que debe regir en la materia sancionadora, cuando el legislador faculta a la Administración para que opte entre diversos tipos de sanciones o sobre la cuantía de las mismas, siendo el ejercicio de esta facultad revisable por la Jurisdicción, al tener aquel principio una naturaleza netamente jurídica.

Entrando en el examen de esta cuestión, resulta manifiesto del expediente que la señora M. M. no adoptó de forma que podríamos llamar gratuita una actitud pura y simple de dejación del servicio, sino que su conducta respondía a un largo proceso de inadaptación personal a la unidad a que estaba destinada, habiendo sido esta si-

tuación debatida con sus superiores más inmediatos y creándole, incluso, reacciones psíquicas de rechazo, en el sentido de haber pensado en abandonar su calidad de funcionaria antes que volver a su puesto de trabajo, si bien con la expectativa de ser destinada a otro en el que pudiera integrarse con toda normalidad. Las circunstancias descritas nos llevan a considerar que no resultaría proporcional imponerle la más grave de las sanciones legalmente previstas para castigar su infracción, cual es la separación del servicio.

Siendo procedente, entonces, la alternativa de suspensión de funciones, de acuerdo con los artículos 54.4 del Real Decreto 3046/1977 y 148.4 del Real Decreto Legislativo 781/1986, su tiempo de duración venía delimitado en el tiempo en que aconteció la infracción por el mínimo de tres años fijado en el artículo 18 del Decreto 2088/1969, de 16 agosto, aprobatorio del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, que a la sazón era el vigente y aplicable supletoriamente, si bien en la actualidad es necesario tener también en cuenta el límite máximo de seis años introducido por el nuevo Reglamento Disciplinario, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 enero.

Delimitados por ambos extremos, entendemos que la larga permanencia de la recurrente en su conducta de no incorporarse al servicio merece un reproche realmente intenso, excluido el de separación del servicio, por lo que consideramos proporcionado que sea sancionada con suspensión de funciones por cinco años. (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 28 junio 1993.)

*2. Abandono de destino. No es desproporcionada la sanción de separación del servicio por haber dejado de asistir al destino del 1 de septiembre al 3 de diciembre, pues la larga duración de la ausencia puede ser expresiva de un propósito de ruptura unilateral. Falta de prueba de atenuantes.*

«Es objeto de este proceso la impugnación de la sanción de separación del servicio, impuesta al recurrente, Oficial de la Administración de Justicia, por acuerdo del Consejo de Ministros, por haber dejado de asistir a su destino desde el 1 septiembre al 3 diciembre 1986, con ausencia en el extranjero.

En ningún momento, ni a lo largo del procedimiento administrativo, ni en este proceso judicial, se han negado los hechos objeto de la sanción, ni su calificación jurídica como falta muy grave (art. 464 en relación con los arts. 417.4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 81.c del Reglamento de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, aprobado por RD 2003/1986, de 19 septiembre), cuestionándose en exclusiva la proporcionalidad de la sanción impuesta, habida cuenta que, conforme a lo dispuesto en la normativa aplicable (art. 464.2, en relación con el 420.2 de la LOPJ y art. 86.3 del Reglamento citado) las sanciones imponibles por falta muy grave pueden ser las de suspensión, traslado forzoso y separación, y no existe, a su juicio, razón para imponer la más grave de ellas, para lo que, en su criterio, se precisa la concurrencia de una circunstancia agravante, aduciendo además una serie de circunstancias que justificarían una opción menos extrema.

Por su parte el Abogado del Estado justifica la proporcionalidad de la sanción, aduciendo que la actitud del recurrente evidenciaba su claro propósito de desentenderse totalmente del ejercicio del cargo con una clara intencionalidad de abandonar el servicio, y que en relación con ese abandono resultan inadecuadas las sanciones de suspensión o traslado, rechazando la consideración de los elementos de atenuación argüidos, pues no existe prueba de los mismos.

Planteados los términos de la litis, no existe una base firme para poder tachar de desproporcionada con la infracción una sanción que la legislación aplicable prevé para la misma, sin que, por lo demás, estimemos correcta la tesis del recurrente de que sea precisa la concurrencia de una circunstancia agravante para imponer la

sanción máxima, independientemente de que dicha concurrencia pueda justificar de por sí esa opción. Mas si los hechos tienen en sí mismos una gravedad especial dentro del marco único de la infracción del artículo 81.c) del Reglamento de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, resulta perfectamente adecuado a derecho que en función de la mayor entidad de los hechos se opte por aplicar a la infracción la más grave de las sanciones entre las previstas en la norma.

En este caso, como observa el Abogado del Estado, la larga duración de la ausencia del recurrente a su destino puede ser exponente de una intención de una ruptura unilateral de su relación de servicios, que justifica la opción de la Administración por la sanción más rigurosa.

Por otra parte, como observa igualmente el Abogado del Estado, los elementos de atenuación propuestos no son atendibles, pues o no han sido objeto de prueba ("la circunstancia de la situación generalizada en los Juzgados en aquel momento", "la depresión que viene a afectar a mi representado"), o son improcedentes ("la situación del Juzgado"), o son improcedentes ("la situación del Juzgado", pues fuera cual fuese, no justifica la conducta sancionada), o son inexactos ("que por los mismos hechos ha sido sancionado penalmente", pues el abandono del servicio es diferente de los delitos a que alude), o son irrelevantes por ser posteriores a los hechos ("que ha dado todo género de explicaciones, volviendo espontáneamente", "que han transcurrido los años, y que su vuelta al trabajo se haría alejado y sin influencia alguna de hechos pasados", "que se trata de un funcionario preparado sólidamente que podría contribuir de modo eficaz y ayudar en el trabajo que pesa sobre los juzgados").

Sería, en su caso, en un ulterior expediente de rehabilitación donde, en su caso, pudiera tener cabida la consideración de los últimos elementos.

Se impone por todo lo expuesto la desestimación del recurso.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 12 julio 1993.*)

Rafael ENTRENA CUESTA





# **CRONICA ADMINISTRATIVA**

