

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. CUERPOS: 1. *Legalidad del RD 575/1991, de 22 de abril, en lo que se refiere a la regulación de la adquisición de la condición de Catedrático de Bachillerato, contenida en los artículos 9 al 16, D. Tria. 2.ª y Anexo III.* 2. *Cuerpos docentes de enseñanzas no universitarias. Adquisición de la condición de catedrático. Legalidad del artículo 10 RD 575/1991, de 22 de abril. Carácter complementario del Reglamento respecto de la Ley.*—II. SELECCIÓN: *Oferta pública de empleo. Inclusión de plazas que queden vacantes por aplicación de la Ley 53/84. Administración Local. No cabe aplicar el RD 350/1986 en la esfera local. El artículo 18 Ley 30/1984 no excluye ninguna plaza dotada y que no pueda ser cubierta con los efectivos de personal existentes de la necesidad de que se integre en la oferta anual de empleo público.*—III. DERECHOS: 1. *Derechos pasivos. Pensión extraordinaria a padres de guardia civil víctima del terrorismo. Dependencia económica. No es obstáculo la propiedad de bienes inmuebles adquiridos con el importe de la indemnización. Artículo 1.2.º RD 336/1986, de 24 de enero.* 2. *Indemnización por jubilación anticipada Ley 50/1984, 30 diciembre. Aplicabilidad a los profesores de EGB, para evitar situaciones discriminatorias, aunque el anticipo de la edad de jubilación se estableciese en el DL 1/1982, con anterioridad a la Ley 30/84. Revisión.* 3. *Complemento de destino. Es un concepto retributivo objetivo y singular como el puesto de trabajo desempeñado, por lo que no cabe conectarlo con la titulación y capacitación técnica exigida para el ingreso en Cuerpos determinados.* 4. *Complemento por trabajar en festivos. Compatibilidad con el atribuido por razones de penosidad general. Vulneración del principio de igualdad. Funcionarios de oficinas ambulantes de correos. Revisión.* 5. *Situación legal y reglamentaria. «El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definitiva legal y reglamentariamente y por ello modificable por uno y otro instrumento normativo, de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que está disfrutando, porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador.» Legalidad RD 1637/1990 sobre Reglamento de integración de Escalas de las Fuerzas Armadas.* 6. *Retribuciones básicas. Reserva legal. Inexistencia de quiebra del principio de igualdad por la asignación de distinto coeficiente retributivo a los Cuerpos de Funcionarios Técnicos del Estado al servicio de la Sanidad Local y de Veterinarios.* 7. *Funcionarios. Administración local. Negociación colectiva antes de la Ley 9/1987. No puede considerarse comprendida en el artículo 103.3 CE. Ilegalidad, dada la naturaleza estatutaria de la relación funcional y su falta de previsión en normas legales. No puede, en cualquier caso, incluirse en el mismo convenio al personal administrativo y laboral.* 8. *Cuerpo Nacional de Policía. Ascenso a la categoría de Inspector-Jefe. Efectos económicos desde que se produjo la vacante. Legalidad. Revisión. «Cuando los Tribunales anulan un acto administrativo que denegó a un funcionario un derecho del que derivan consecuencias económicas, éstas se le reconocen también desde la fecha misma a que se retrotrae el reconocimiento del derecho.»* 9. *Profesores de EGB. Derecho a casa-habitación. Evolución legislativa.*—IV. SITUACIONES: *Excedencia. Inaplicabilidad del artículo 357.1 LOPJ a quienes acceden a la judicatura en cuanto juristas de reconocida competencia por su condición de funcionarios públicos. «Que el mismo elemento de hecho que justifica el nombramiento judicial sea también y a la vez causa —o presupuesto de hecho— del otorgamiento de la excedencia voluntaria resulta un claro contrasentido.» Inexistencia de vulneración del artículo 23.2 CE.*—V. INCOMPATIBILIDADES: *Incompatibilidades. Dos puestos en el sector público. Coronel en situación de reserva transitoria y Profesor de Instituto Poli-*

técnico Nacional. Incompatibilidad, al no poder equipararse este segundo puesto al de Profesor Asociado.—VI. RÉGIMEN JURÍDICO: 1. Casación. Funcionarios. Diferencias entre el artículo 93.2.a) LJCA y el antiguo artículo. Se produce «un cambio esencial en dos sentidos: a) restrictivo, al referirse estrictamente a funcionarios; y b) dentro de ese círculo restringido, ampliatorio, al no diferenciar entre ellos por razón de la inamovilidad». Admisibilidad de casación contra Sentencia relativa a extinción de la relación de servicios de funcionario interino. 2. Casación. Cuestiones de personal. No es aplicable al artículo 93.2.a) LJ la jurisprudencia elaborada a efectos del recurso de apelación respecto del antiguo artículo 94.1.a) LJ. Improcedencia de casación contra Sentencia relativa a excedencia por tratarse de una inequívoca cuestión de personal que no produce la extinción de la relación funcional.

I. CUERPOS

1. *Legalidad del RD 575/1991, de 22 de abril, en lo que se refiere a la regulación de la adquisición de la condición de Catedrático de Bachillerato, contenida en los artículos 9 a 16, D. Tria. 2.ª y Anexo III.*

«El Real Decreto impugnado, se inscribe —conforme a su preámbulo— en las disposiciones adicionales 9.ª a 16.ª de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) y en las de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), especialmente en 15.ª, modificada por la Ley 23/1988, de 28 julio, de Presupuestos Generales del Estado para 1989. En este marco legal se sitúa la ordenación estatutaria de los funcionarios públicos y a su desarrollo se dirige la norma recurrida en virtud de la autorización conferida al Gobierno en la Disposición Adicional 9.1 de la citada Ley Orgánica para desarrollar reglamentariamente las bases reguladas por esa Ley en los aspectos necesarios “para garantizar el marco común básico de la función pública”.

Dentro de estas coordenadas legislativas ha de examinarse el Real Decreto impugnado y los preceptos cuya nulidad se pretende, sin que puedan abordarse otras cuestiones que —como la integración de los antiguos catedráticos de Bachillerato con otros funcionarios docentes en el cuerpo de Profesores de Enseñanza secundaria—, que rebasan el ámbito de la disposición general recurrida, cuyo contenido se concreta a la ordenación no impugnada de la movilidad de los cuerpos docentes y a la adjudicación de la condición de Catedráticos.

Alega la actora la inconstitucionalidad e ilegalidad del artículo 10 del Real Decreto recurrido por estimar que este precepto al establecer que “la condición de catedrático, que reconoce la especial cualificación y mérito dentro de su Cuerpo a los funcionarios que la poseen, se adquirirá y mantendrá a título personal con independencia del destino que se desempeña” contradice la norma de la disposición adicional 16, número 3, tan citada de la LOGSE, que sólo establece que la condición de catedrático “se adquirirá con carácter personal”.

Sin embargo, el “exceso” alegado no puede entenderse que es contrario a la norma legal citada ya que se trata de una explicitación aclaratoria del carácter personal de la condición de catedrático y en modo alguno se opone a la alegada programación general de la enseñanza que no puede ser estimada arbitraria o discriminatoria o que perturbe la organización de la enseñanza. La reforma de la función pública comprendida por la Ley 30/1984 (LMRFP) citada, según se desprende de su contenido, tiene como objetivo la selección de personal y la promoción profesional de los funcionarios, así como de racionalizar y simplificar la estructura de los Cuerpos y Escalas del personal al Servicio de la Administración y se hace con carácter general, respetando —según la Disposición Transitoria 15.ª adicionada por la Ley 23/1988,

de 28 julio, de Modificación de la LMRFP— la permanencia en los puestos de trabajo y la expectativa de promoción profesional.

El desarrollo reglamentario expuesto de las normas relativas a la adquisición de la condición de catedrático, configurada, según la Disposición Adicional 16 —núms. 3 y 6— de la LOGSE, como una categoría personal con independencia del destino desempeñado, no comprende la organización de los centros docentes o la programación de la enseñanza invocada y en cambio aclara aquella “condición” o “carácter personal” de la nueva concepción del catedrático que se dibuja en las normas legales que constituyen su marco sin que se aprecie su oposición a los preceptos constitucionales (arts. 9 y 103) invocados al no advertirse ni la desviación de poder ni que la Administración no sirva en esta actuación los fines generales alegados en el desarrollo de unas normas legislativas que —como se ha expuesto en el fundamento de Derecho anterior— no plantean duda a esta Sala sobre su constitucionalidad. La existencia de un Cuerpo de Catedráticos Numerarios de Bachillerato con anterioridad a la reforma efectuada a cuyos miembros (Disposición Adicional 10.^a 5 LOGSE) se reconoce adquirida la condición de Catedrático de Enseñanza secundaria “respetándose todos los derechos que venían disfrutando”, no puede oponerse a que se utilice la tradicional denominación profesional al crearse esa nueva “condición” académica en los cuerpos a quienes se encomienda la educación secundaria en los variados sectores formativos que comprende —art. 3.2.c) de la LOGSE— la educación secundaria obligatoria y la formación profesional de grado medio, en tanto que imparten esas enseñanzas, todo ello en función de la eficiencia y necesidades del sistema educativo en una nueva concepción integradora con la que podrá o no estarse conforme pero que representa la voluntad del legislador en el ámbito del mandato constitucional (art. 27.4 y 5).

Los artículos 11 y 12 del Real Decreto impugnado fijan las condiciones de adquisición de la condición de Catedrático de manera que no pueden sobrepasar el 30% de los funcionarios de cada cuerpo y el acceso se hace mediante pruebas convocadas periódicamente por el Ministerio de Educación y Ciencia y por las Comunidades Autónomas. El artículo 13 impugnado determina que pueden participar en estas convocatorias los funcionarios de carrera de los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, Artes Plásticas y Diseño y Escuelas Oficiales de Idiomas que cuenten con una antigüedad de 8 años. La entidad actora estima que por la distinta procedencia de los participantes se están violentando los artículos de la Constitución relativos a la interdicción de la arbitrariedad (art. 9), igualdad ante la Ley (art. 14) y en el acceso a la función pública (art. 23.2) y principio de mérito ya que la condición de catedrático exige la titulación superior para el acceso.

Sin embargo, no se acierta a seguir la argumentación de la actora: la regulación mencionada está contenida en la Disposición Adicional 16.^a 3 LOGSE y, en todo caso, la fijación de un *numerus clausus* en relación con el número de funcionarios del cuerpo correspondiente del que procedan y la exigencia de una prueba oficialmente convocada entre funcionarios con más de ocho años de actividad, en nada se opone a los preceptos constitucionales alegados, sino que, por el contrario, los desarrollan. Concebida la condición de Catedrático como una “especial cualificación y méritos dentro de su cuerpo a los funcionarios que la componen”, la exigencia de la pertenencia al cuerpo docente correspondiente garantiza esa formación práctica, como la prueba prevista asegura a todos los funcionarios la formación teórica, según los principios de igualdad, y méritos y capacidad. En cuanto a la exigencia de titulación superior viene ya requerida precisamente para poder ingresar en los cuerpos docentes mencionados (Disposición Adicional 10.^a 4 y 15.^a 3.^a y 4.^a).

La actora alega la inconstitucionalidad del artículo 14 y de la Disposición Transitoria 2.^a del Real Decreto recurrido. Sin embargo, su argumentación se reduce a la citada Disposición Transitoria, que establece un régimen de excepción para la primera convocatoria en la progresiva puesta en marcha de la reforma emprendida. Precisamente, en relación con las condiciones que establece el artículo 14.1, se re-

quiere con carácter general que el sistema de selección comprenda de un concurso de méritos y de una prueba. El mismo artículo 14.2 y 3, el artículo 15 y el artículo 16 desarrollan la Disposición Adicional 16.^a citada y fijan las normas del sistema de selección y los criterios de evaluación en la prueba y de valoración de los méritos de los aspirantes que había de hacerse de acuerdo con el baremo establecido en la convocatoria según las normas básicas que se indican en el Anexo, sin que por su carácter general y objetivo se enfrente con los artículos de la Constitución que —como en los artículos anteriores— estima infringidos.

La Disposición Transitoria 2.^a citada regula la excepcionalidad de la primera convocatoria que se celebre para adquirir la condición de catedrático estableciendo que se realizará solamente por concurso de méritos entre los funcionarios docentes correspondientes que reúnan las condiciones de este Real Decreto “para cuya superación no será exigible ninguna puntuación mínima” según unos criterios de valoración cuyas bases se determinan. Esta ordenación, sin embargo, viene prevista en la Disposición Transitoria 5.^a de la LOGSE que —Disposición Adicional 16— no exige puntuación mínima.

La excepcionalidad de la norma no puede considerarse arbitraria o desprovista de razón, se trata de una medida legislativa de carácter transitorio excepcional, que se estima necesaria para la puesta en marcha de un nuevo sistema educativo de nueva planta dentro de la reforma de la función pública, cuya Ley 30/1984, de 2 agosto, expresamente (art. 1.2) faculta para dictar normas específicas “para adecuarlas a las peculiaridades del personal docente”. La implantación del nuevo sistema diseñado en las leyes mencionadas por la novedad y globalidad de las soluciones previstas, demanda, en lo que a la cualificación y formación del profesorado se refiere, esas medidas excepcionales y transitorias que la misma Ley establece con el fin de disponer del personal indispensable para que todos los cuerpos docentes en las diversas ramas de la enseñanza se estructuren de manera análoga. Esta aspiración recogida en la Exposición de Motivos de la LOGSE, para mejorar la educación en todos sus grados y ámbitos, no puede estimarse contraria a la Constitución cuando se dirige a la realización por igual del derecho a la educación reconocida en el artículo 27.4 de la Ley Fundamental.

Alega también la entidad actora que la ordenación de la condición de Catedrático en el Real Decreto recurrido está vacía de contenido contrariando la Disposición Adicional 16.3 que expresamente se refiere a los “efectos” de esa condición. La alegación es improcedente, no sólo porque el Real Decreto recurrido se refiere limitadamente a la adquisición de esa condición, sino porque esa disposición expresamente establece que “se valorará a todos los efectos como mérito docente específico”. Así se ha atribuido el complemento de destino 26 percibiendo un complemento específico anual (Orden Ministerial de 12 diciembre 1991, art. 7.5, que cita la propia recurrente).

Finalmente, alega la demandante la ilegalidad del baremo contenido en el Anexo III del Real Decreto recurrido como contrario a la Disposición Adicional 9.^a de la LOGSE que requiere que el baremo sea único para todas las convocatorias, por tener que sujetarse la reglamentación que la desarrolle a las bases establecidas en las bases fijadas por aquella Disposición. Considera que el Anexo III impugnado fija, sin embargo, unas bases para los baremos de las Convocatorias entre cuatro y cinco puntos precisando los máximos y mínimos por razón del trabajo desarrollado, cursos de formación y perfeccionamiento superados y méritos académicos y otros méritos como publicaciones, participación en actividades y memoria, según el mismo criterio de máximos y mínimos, especificando que el baremo de la convocatoria de la Disposición Transitoria 2.^a, examinando las puntuaciones serán los resultantes de multiplicar por dos las otras indicadas.

Tampoco puede aceptarse la argumentación de la recurrente: el carácter básico de la legislación que regula la materia desarrollada en el Real Decreto impugnado en lo relativo a la adquisición de la condición de catedrático y el mandato al Gobier-

no —también contenido en la Disposición Adicional 9.ª citada de la LOGSE— de que el desarrollo se refiera a aquellos aspectos básicos de la Ley “necesarios para garantizar el marco común básico de la Función Pública docente”, no se opone a que estas bases se desarrollen de manera que permita —teniendo en cuenta las competencias que la misma Disposición Adicional, núm. 2, confiere a las Comunidades Autónomas— su flexible aplicación, dentro del baremo y condiciones generales establecidas en la norma estatal, con un cierto margen de diversificación habida cuenta de las circunstancias de cada convocatoria como se previó que en la primera, excepcionalmente, sólo se realizará mediante concurso sin la prueba que, sin embargo, se exige con carácter general. La existencia de unas “bases” no impone la fijación de una única puntuación para todo el Estado sino la ordenación genérica de la valoración de los méritos de los candidatos, que no excluye el margen establecido.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 14 marzo 1994.)

2. *Cuerpos docentes de enseñanzas no universitarias. Adquisición de la condición de catedrático. Legalidad del artículo 10 RD 575/1991, de 22 de abril. Carácter complementario del Reglamento respecto de la Ley.*

«1. Las recurrentes pretenden, en primer lugar, que se anule el artículo 10 del RD 575/1991, de 22 abril, dictado, que dice así: “la condición de Catedrático, que reconoce la especial cualificación y méritos dentro de su Cuerpo a los funcionarios que la poseen, se adquirirá y mantendrá a título personal con independencia del destino que se desempeñe. Esta condición se valorará a todos los efectos, como mérito docente específico, y tendrá los demás efectos que se determinen por los órganos competentes de la Administración y de las Comunidades Autónomas”.

2. Las recurrentes consideran que el artículo reglamentario que impugnan va contra lo dispuesto en las Disposiciones Adicionales 16.3 y 9.ª.1 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.

Dado el Planteamiento efectuado por las recurrentes, debemos hacer, en primer lugar, las siguientes precisiones:

1.ª El reglamento complementa a la Ley. Por ello, la Sentencia del TS de fecha 11 junio 1991 (Recurso Extraordinario de Revisión número 97/1990, Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ), y las Sentencias del TS Sala Tercera (Sección 4.ª), de 30 febrero 1992 (Recurso número 408731/1984 y otros acumulados), de 10 julio 1992 (Apelación 617/1992), de 23 octubre 1992 (Apelación 1421/1990), 18 marzo 1993 (Recurso número 1002/1990) y de 19 julio 1993 (Apelación 9477/1990), y la reciente Sentencia de la Sección 3.ª, de 14 febrero 1994 (Apelación 6885/1990), contienen la siguiente doctrina: el reglamento, en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, colabora con la Ley, complementándola; el reglamento, como complemento de la Ley, puede explicitar reglas que en la Ley están simplemente enunciadas, e incluso aclarar preceptos de la Ley que sean imprecisos, a condición de que el comportamiento de la Administración, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sea acorde con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico.

2.ª Siendo doctrina consolidada la de que el reglamento complementa a la Ley, pero que no puede sustituir a la misma, al reglamento no le es permitido introducir un *novum* sustancial no previsto en la Ley.

1. Hechas las precisiones anteriores, procede afrontar la cuestión planteada en el presente recurso. Y para resolverla es necesario hacer las siguientes consideraciones:

1.º El artículo 3, puntos 1 y 2, de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 octubre, de ordenación general del sistema educativo, dispone que la Educación Secundaria comprenderá la educación secundaria obligatoria [complementaria de la enseñanza básica: art. 17.a) de la LO 1/1990]: el bachillerato y la formación profesional de grado medio. En concordancia con los citados artículos 3 y 17 de la LO 1/1990, la Disposición Adicional 10 de esta Ley Orgánica contiene estas precisiones:

a) Que la enseñanza de régimen general correspondiente a la Educación Secundaria será impartida por el Cuerpo de Profesores de Enseñanza secundaria, Profesores que podrán adquirir la condición de Catedráticos de Enseñanza secundaria en los términos establecidos en la Disposición Adicional 16 (Disposición Adicional 10, puntos 1 y 2, de la LO 1/1990).

b) Que integran el Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos de Catedráticos Numerarios y Profesores Agregados de Bachillerato y Profesores Numerarios de Escuelas de Maestría Industrial (Disposición Adicional 10, punto 4, de la LO 1/1990).

c) Que a los Catedráticos numerarios de Bachillerato, cualquiera que sea su situación administrativa, *se les reconoce adquirida la condición de Catedráticos de Enseñanza Secundaria*, respetándose, en todo caso, los derechos económicos que vinieron disfrutando; y que su antigüedad será la que se corresponda con los servicios efectivamente prestados en el Cuerpo de Catedráticos (Disposición Adicional 10, punto 5, de la LO 1/1990).

2.º La Disposición Adicional 16 de la LO 1/1990, en su punto 4, en directa relación con la Disposición Adicional: Disposición Adicional 10, punto 4 (ambas Disposiciones Adicionales de la LO 1/1990), establece:

a) Los requisitos para adquirir la condición de Catedrático de Enseñanza Secundaria. Las Disposiciones Adicionales dichas no contienen la mención de los Catedráticos Numerarios de Bachillerato, porque a éstos se les reconoce la condición de Catedráticos de Enseñanza Secundaria en la Disposición Adicional 10, punto 5, de la Ley Orgánica 1/1990.

b) Que la condición de Catedrático, con los correspondientes efectos, *se adquiere con carácter personal*, y que podrá reconocerse tal condición al 30% de los funcionarios de cada Cuerpo, y se valorará, a todos los efectos, como mérito docente (Disposición Adicional 16, punto 2, párrafo 2.º, de la LO 1/1990).

3.º Que los artículos 14, 15 y 20 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de medidas para la reforma de la función pública, no aparecen afectados por las disposiciones consignadas anteriormente en la Ley Orgánica 1/1990.

4.º Que ninguno de los preceptos legales consignados perjudica los derechos que corresponden a las recurrentes, en cuanto Catedráticos de Bachillerato.

2. Al confrontar el texto del artículo 10 del RD 575/1991, la Sala, tras la correspondiente deliberación, no observa que exista en la disposición reglamentaria un exceso respecto de la Ley. Al no existir en la norma reglamentaria un *novum* sustancial, no previsto en la Ley, carecen de fundamento los argumentos esgrimidos por las recurrentes. En consecuencia, su primera pretensión anulatoria del citado artículo del RD 575/1990, debe ser desestimada.

Si el artículo 10 del RD 575/1991 no contiene extralimitación alguna respecto de la Ley, debe desestimarse, también, la pretensión de las recurrentes expresada en el suplico de la demanda, relativa a que se "reconozca expresamente el derecho de los actuales Catedráticos de Bachillerato para acceder a las nuevas plazas creadas para el acceso de los Profesores Agregados por concurso entre ellos, atendiendo a las condiciones de capacidad y mérito y, en particular, a la antigüedad en el Cuerpo".

Las recurrentes enlazan esta pretensión con su derecho a que se respeten, en los concursos, los principios de capacidad, méritos y antigüedad. Examinados los alegatos de las recurrentes, debe desestimarse esta segunda pretensión, en base a lo siguiente:

La Disposición Adicional 9.^a, punto 1, de la LO 1/1990, dispone que las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos docentes la constituyen las normas aplicables de la LO 1/1990 y de la Ley 30/1984. Pues bien, la citada Disposición Adicional 9.^a, en su punto 4, dispone que periódicamente las Administraciones Educativas competentes convoquen concursos de traslado de ámbito nacional a efectos de proveer las plazas vacantes: no se aprecia que las recurrentes, en el supuesto de que participen en esos concursos, estén en condiciones de desigualdad con los demás funcionarios docentes de su categoría personal, máxime teniendo en cuenta que podrán optar a las plazas anteriormente reservadas a los Catedráticos de Bachillerato y, además, a las restantes plazas de la Enseñanza Secundaria de su especialidad, como reconoció la propia Administración en el Acuerdo del Consejo de Ministros del día 15 abril 1992, al desestimar expresamente el recurso de reposición que en su día había interpuesto doña Carmen L. de la V. M., copia de dicho acuerdo aportada por el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda (antecedente cuarto, del escrito de contestación a la demanda).» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, 13 abril 1994.*)

II. SELECCIÓN

Oferta pública de empleo. Inclusión de plazas que queden vacantes por aplicación de la Ley 53/84. Administración Local. No cabe aplicar el RD 350/1986 en la esfera local. El artículo 18 Ley 30/1984 no excluye ninguna plaza dotada y que no pueda ser cubierta con los efectivos de personal existentes de la necesidad de que se integre en la oferta anual de empleo público.

«El Abogado del Estado impugnó un Acuerdo de la Excm. Diputación Provincial de Toledo, de 27 junio 1986, sobre convocatoria de oposición libre para cubrir dos plazas de Técnicos de Administración Especial, una de Médico Especialista en Ginecología y otra de Médico Especialista en Radiología, ambas vacantes por haber sido declarados sus titulares en situación de excedencia voluntaria por razón de incompatibilidad.

En el proceso se ha alegado por las partes codemandadas la extemporaneidad de la pretensión del representante procesal del Estado. Interpuesto el Recurso el 23 septiembre 1986, no constando la fecha exacta en que fue recibida la comunicación del acuerdo dirigida al Gobierno Civil y publicado el mismo en el BOP del día 28 julio, no es necesario que nos detengamos en examinar la naturaleza, finalidad y efectos del informe sobre motivación legal del acuerdo solicitado por la autoridad gubernativa, para que debamos aceptar que la impugnación se realizó dentro del plazo de dos meses establecido por el artículo 58 de la Ley de la Jurisdicción.

El Real Decreto 350/1986, de 21 febrero, regulador de la oferta de empleo público de la Administración Civil del Estado para 1986, dispuso en su artículo 4.2 que "además de las plazas anunciadas en la oferta de empleo público, podrán convocarse plazas que queden vacantes por aplicación de la Ley 53/1984, de 26 diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, y cuya cobertura resulte imprescindible para el buen funcionamiento del servicio". Al amparo de este precepto, la Corporación Provincial realizó la convocatoria, a pesar de que en el Real Decreto 352/1986, de 10 febrero, sobre Criterios de coordinación de

la oferta de empleo público de las Corporaciones Locales, no aparece norma alguna de contenido similar al que hemos reseñado.

La Sala de primera instancia ha entendido, no obstante, que la decisión adoptada por la Diputación se ajusta a la legalidad. Aduce en favor de su tesis tres argumentos: primero, que si no resulta contraria al artículo 18 de la Ley 30/1984 la norma reglamentaria que hemos citado, relativa a la Administración estatal, tampoco debe considerarse ilegal la misma conducta realizada por una entidad de la Administración Local; segundo, que esta posibilidad —aunque no autorizada expresamente— tampoco aparece expresamente prohibida; tercero, que concurren en el caso enjuiciado todos los requisitos exigidos por el artículo 4.2 del Real Decreto 350/1986 para efectuar la convocatoria de plazas fuera de las comprendidas en la oferta anual de empleo público.

El examen de estas razones nos indica que la de contenido jurídico más sustantivo es la primera, pues en ella es donde se desarrolla el adecuado contraste entre una actuación administrativa y el principio de legalidad al que necesariamente debe someterse.

El artículo 18 de la Ley de Reforma de la Función Pública no excluye ninguna plaza dotada y que no pueda ser cubierta con los efectivos de personal existentes, de la necesidad de que se integre en la oferta anual de empleo público, sin que de su texto pueda deducirse excepción alguna a la forma sistemática y ordenada en él prevista para acceder a la función pública.

Esta afirmación nos plantearía, en principio, si es conforme al Texto Legal citado la norma reglamentaria contenida en el artículo 4.2 del Real Decreto 350/1986. Sin embargo, no es éste el verdadero tema de debate. En efecto, el ámbito del Real Decreto es estrictamente el de la Administración Civil del Estado y con relación al mismo podría discutirse su legalidad o bien si la potestad reglamentaria ejercida en este caso por el Estado tiene alguna justificación legal. Pero lo que no cabe es que, frente a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 30/1984, pretenda extenderse a una Administración Local una autorización reglamentaria no sólo no prevista para ella, sino que además tampoco fue incluida en el texto reglamentario publicado tres meses después para regular la materia en el ámbito de la Administración Local. Por eso debe llegarse a la conclusión de que el acuerdo de la Diputación de Toledo no es conforme con el ordenamiento jurídico y procede su anulación, siendo indiferente que al adoptarlo concurriesen las circunstancias previstas en un Real Decreto no aplicable al caso.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 4 abril 1994.*)

III. DERECHOS

1. *Derechos pasivos. Pensión extraordinaria a padres de guardia civil víctima del terrorismo. Dependencia económica. No es obstáculo la propiedad de bienes inmuebles adquiridos con el importe de la indemnización. Artículo 1.2.º RD 336/1986, de 24 de enero.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Sentencia apelada)

«La segunda razón de denegación de la pensión extraordinaria solicitada por ambos actores, estriba en el hecho de que los recurrentes poseen hoy bienes inmuebles; y a tal efecto, debe destacarse, como se dijo en el fundamento primero de esta resolución, que además del reconocimiento de una pensión derivada de la aplicación del régimen de Derechos Pasivos, los daños y muerte producidos por elementos

terroristas llevarán aparejadas unas indemnizaciones "compatibles" con cualquiera otra a que tuvieran derecho la víctima o sus causahabientes, según dispone el artículo 1.º.2 del Real Decreto 336/1986, de 24 enero, y reconoce la autoridad militar cuando, como documento unido al escrito de demanda, obra escrito del Coronel Jefe de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil de 5 de agosto de 1986, hace saber a los hoy recurrentes las distintas prestaciones a percibir con motivo del fallecimiento en acto de servicio del hijo de ambos. Y así, en cumplimiento de lo anterior, consta al folio 33 del expediente una certificación expedida por el Subdelegado de Acción Social de la 213 Comandancia de la Guardia Civil de Jaén, por la cual se acredita que los recurrentes percibieron, en concepto de indemnizaciones, hasta un total de 6.389.036 pesetas, con las cuales adquirieron los bienes inmuebles de los que ahora son propietarios, al igual que podrían haber mantenido dicha cantidad en efectivo o en depósito, pero que todo ello no les priva de su cualidad de causahabientes del guardia civil asesinado, ni de la situación de dependencia económica, más o menos intensa, en que pudieran encontrarse los recurrentes respecto a su hijo fallecido, por lo que deben ser desestimadas las alegaciones denegatorias articuladas por la Administración demandada.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Como se explica en los fundamentos de la sentencia recurrida, aceptados anteriormente, la concesión de la pensión extraordinaria que solicitan los padres del Guardia Civil fallecido en atentado terrorista en acto de servicio está condicionada por los hechos que pudieran excluir los requisitos a que se refiere el artículo 34.1 de la Ley 50/1984, de Presupuestos del Estado para 1985. Esto significa que estamos ante la apreciación de la certeza de la concurrencia de hechos que pudieran justificar una solución negativa.

El fundamento de derecho tercero sopesa los datos y pruebas referentes al requisito de dependencia económica de los actores respecto del hijo que fue víctima del atentado, llegando a la conclusión que existía esa dependencia respecto a los dos padres y en particular en lo que afecta a la madre, que carecía de recursos de ninguna clase.

El Abogado del Estado se ha esforzado en destruir la convicción alcanzada por el Tribunal de 1.ª Instancia y cita una sentencia del Tribunal Supremo en la que se consideró que no había prueba suficiente, pero tal circunstancia no es trasladable a este caso en el que se han apreciado, por ejemplo, testimonios directos sobre la baja pensión de los padres y la necesidad de la ayuda que el hijo les prestaba.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 28 febrero 1994.*)

2. Indemnización por jubilación anticipada Ley 50/1984, 30 diciembre. Aplicabilidad a los profesores de EGB, para evitar situaciones discriminatorias, aunque el anticipo de la edad de jubilación se estableciese en el DL 1/1982, con anterioridad a la Ley 30/84. Revisión.

«Cumpliendo los requisitos formales, el Abogado del Estado pretende la rescisión de tres Sentencias firmes dictadas, en la misma fecha de 3 abril 1990, por la Sala de esta Jurisdicción en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que reconocieron a dos Profesores de EGB y a un Director Escolar el derecho al percibo de la denominada "ayuda de adaptación de las economías individuales", de la disposición

transitoria 5.ª de la Ley 50/1984 de Presupuestos para 1985, con ocasión de su jubilación forzosa. Se ampara para ello en el motivo del ap. b) del artículo 102 de la Ley Jurisdiccional, en su redacción anterior a la reforma de la Ley 10/1992, por entender que la tesis sustentada por las sentencias recurridas es contradictoria con la a su juicio más correcta, establecida por cuatro Sentencias anteriores: la del Tribunal Supremo de 6 octubre 1988 (RJ 1988, 7577) y las Sentencias de la Sala de Pamplona de 22 diciembre 1987, de Valladolid de 9 marzo 1988 y del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 29 mayo 1989.

Está claramente ausente el requisito de la identidad de fundamento y pretensiones con las sentencias del Tribunal Supremo y las de Pamplona y Valladolid antes citadas, pues éstas sólo versaron sobre si la jubilación de los mencionados docentes se debía producir bajo el régimen del Decreto-Ley 17/1982, específico para los mismos, o bien con arreglo a la Ley 30/1984, siendo así que en el caso de las sentencias ahora impugnadas tan sólo se debatió sobre el derecho o no a la cuestionada ayuda o medida compensatoria, que fue el denegado en la vía administrativa previa por las resoluciones del Delegado del Gobierno en Aragón.

Respecto a la sentencia del Tribunal de Justicia de Asturias antes citada, y admitiendo que esta sentencia pudiera entenderse como subsistente a efectos de su contraste con la impugnada [ya que la Sentencia de 23 diciembre 1992 (RJ 1993, 5720) afirma que ha sido rescindida en el particular aquí cuestionado por la de este Tribunal Supremo de 13 abril 1991 (RJ 1991, 2762)], ha de estimarse que se produce la invocada contradicción, pues aquella sentencia, en su Fundamento Jurídico Cuarto, aborda la cuestión del abono de las cuatro mensualidades de ayuda, resolviéndola en sentido negativo. Por ello se hace preciso determinar la doctrina jurídica correcta.

La tesis acogida por una consolidada jurisprudencia, en sede de revisión, de esta Sala, es que ha de abonarse dicha compensación a los Profesores de EGB (y a los Directores Escolares), con arreglo a la transitoria 5.ª de la Ley de Presupuestos 50 de 1984, pues aun jubilados los docentes conforme a su especial régimen contenido en el Decreto-Ley 17/1982, si la jubilación se produjo, como aquí ocurre, dentro de los cinco años desde la entrada en vigor de la Ley 30/1984, procede la aplicación de tal ayuda para evitar situaciones discriminatorias y por cuanto esta última norma generalizó para el ámbito de la función pública la edad de 65 años para determinar la jubilación forzosa, tesis ésta que se manifiesta en diversas sentencias y, entre otras, en las de 12 junio, 5 julio y 27 septiembre 1991 (RJ 1991, 4599, 5352, 6316 y 6417), 15 julio y 6 octubre 1992 (RJ 1992, 5678 y 7564) y 10 febrero 1993 (RJ 1993, 806) y que ha de ratificarse ahora. Al ser ésta la tesis o criterio de las sentencias recurridas, no procede la instada rescisión de las mismas, sino la inalterabilidad de su eficacia de cosa juzgada inherente a su firmeza, por ser improcedente el recurso de revisión.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 2 marzo 1994.*)

3. *Complemento de destino. Es un concepto retributivo objetivo y singular como el puesto de trabajo desempeñado, por lo que no cabe conectarlo con la titulación y capacitación técnica exigida para el ingreso en Cuerpos determinados.*

«La sentencia recurrida ha desestimado el recurso interpuesto por los hoy apellados, antiguos Auxiliares Técnicos del IRYDA que fueron transferidos a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, contra el Decreto 161/1989, de 28 diciembre, del Consejo de Gobierno de dicha Comunidad Autónoma, por el que se aprueba la relación de puestos de trabajo de la Administración autonómica, y contra la Reso-

lución de la Consejería de Presidencia de 2 enero 1990 de adscripción de los funcionarios recurrentes a los puestos de trabajo, así como contra las desestimaciones presuntas de los respectivos recursos de reposición, en cuanto que se ha asignado a los puestos de Planimetradores, a los que han sido adscritos los recurrentes, el nivel 16 de complemento de destino, sin atribución de complemento específico, y no se ha adscrito a puestos de Jefes de Negociado de Planimetría a cuarenta y ocho de los recurrentes que habían obtenido en el IRYDA el nombramiento de Jefe de Grupo.

Frente a dichos decretos y resoluciones, y la sentencia que los declara conformes a Derecho, los apelantes pretenden que, con revocación del fallo recurrido, se reconozca el nivel 20 de complemento de destino y un complemento específico de 240.000 ptas. a los puestos de Planimetradores que ocupan, y que se cataloguen hasta cuarenta y ocho puestos de Jefes de Negociado de Planimetría con nivel 22 de complemento de destino y un complemento específico de 300.000 ptas. —la relación de puestos impugnada sólo contiene ocho puestos de Jefes de Negociado de Planimetría con nivel 18 y 300.000 ptas. de complemento específico—, adscribiendo a dichos puestos a los cuarenta y ocho Auxiliares Técnicos transferidos del IRYDA con nombramiento de Jefe de Grupo.

Alegan los apelantes que el nivel 16 asignado a los puestos de Planimetradores, que tienen atribuidas las funciones de los Auxiliares Técnicos del IRYDA transferidos, no se corresponde con la valoración de dichas funciones establecida judicialmente. En este sentido recuerdan, en síntesis, que a los antiguos Calculadores-Mecanográficos sucedieron los Planimetradores del IRYDA, a los que se asignó el coeficiente 1,9, que, impugnado, fue anulado por Sentencia del Tribunal Supremo de 30 marzo 1977 (RJ 1977, 1449) reconociendo a dichos Planimetradores el coeficiente 2,3 sobre la base de su equiparación a los Delineantes y Administrativos que lo tenían. Asimismo señalan los apelantes que, creada la Escala de Auxiliares Técnicos del IRYDA, en la que se integró a los funcionarios de la de Planimetradores, se le atribuyó el coeficiente 2,3, que también fue impugnado, siendo anulado por Sentencia del Tribunal Supremo de 6 diciembre 1983 (RJ 1983, 6468) que reconoció el coeficiente 2,6 por entender que la nueva Escala se había creado con un contenido de mayor entidad que la de Planimetradores. Por consiguiente, concluyen los apelantes, al ser transferidos, los Auxiliares Técnicos del IRYDA tenían reconocido judicialmente, en razón de las superiores funciones que desempeñaban, un nivel retributivo —coeficiente 2,6— superior al de los Administradores y Delineantes —coeficiente 2,3—, diferencia que no ha sido respetada por la catalogación de funcionarios de la Comunidad Autónoma, que asigna a los Planimetradores el mismo nivel 16 que a los Delineantes y Administrativos, a pesar de implicar esa valoración comparativa de funciones unos derechos económicos que, a juicio de los apelantes, han de respetarse y mantenerse para los funcionarios transferidos por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1.º del Real Decreto de transferencias de 21 noviembre 1980, en la disposición transitoria 5.ª del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, en el artículo 24 de la Ley de Proceso Autonómico de 14 octubre 1983 y en el artículo 12 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 2 agosto 1984, que, a su entender, imponen el mantenimiento y respeto de todos los derechos que ostenten en el momento del traspaso los funcionarios transferidos, de lo que deducen la procedencia de que se les reconozca el complemento de destino de nivel 20, en lugar del 16, cuya elevación equivale económicamente en el nuevo régimen de retribuciones a la diferencia retributiva que en el anterior suponía la asignación de distintos coeficientes por razón de la superior valoración de las funciones de los Auxiliares Técnicos del IRYDA respecto de las de los Administrativos y Delineantes de dicho organismo.

Por consiguiente, el núcleo de la argumentación de los actores, hoy apelantes, consiste en llevar a las retribuciones complementarias del nuevo régimen retributivo, concretamente al complemento de destino, la diferencia de retribución que,

frente a los Delineantes y Administrativos, tenían los Auxiliares Técnicos del IRYDA como consecuencia del superior coeficiente de éstos, manteniendo así esa diferencia por entender que se trata de un derecho que debe respetar la Comunidad Autónoma a la que han sido transferidos.

La tesis no es aceptable, pues ni la relación de puestos impugnada trata de catalogar los niveles de los funcionarios, como parecen suponer los apelantes, sino expresar las características y retribuciones complementarias de los puestos, ni el complemento de destino tiene por objeto remunerar la valoración de las funciones de los distintos Cuerpos y Escalas a que aquéllos se refieren, finalidad encomendada a las retribuciones básicas, ni mucho menos servir de vehículo para mantener las diferencias retributivas que tuvieran entre sí dichos Cuerpos o Escalas en el anterior régimen retributivo por razón de sus respectivos coeficientes.

Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal [cfr. Sentencias de 5 febrero 1983 (RJ 1983, 6465), 28 febrero y 20 marzo 1984 (RJ 1984, 1794), 17 marzo 1986 (RJ 1986, 1038), 17 enero y 5 octubre 1987 (RJ 1987, 246 y 6702), 28 enero 1988 (RJ 1988, 370) y 1 octubre 1991 (RJ 1991, 7159), entre otras], el complemento de destino es 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, ya que la titulación y capacitación técnica exigidas para el acceso al Cuerpo, tienen su reflejo económico en las retribuciones básicas, en tanto que mediante el complemento de destino se prima o la especial preparación añadida a la genérica para el ingreso en la función pública, o la especial responsabilidad que lleva la adscripción a un servicio determinado; doctrina ésta que se erige en obstáculo insalvable para las pretensiones de los recurrentes, ya que si con el complemento de destino se premia objetivamente la dificultad y trascendencia de un concreto puesto y no el nivel profesional o técnico de un determinado colectivo, que viene económicamente remunerado mediante la retribución básica, no puede prosperar el propósito de mantener una diferencia retributiva nacida de una diferencia de retribuciones básicas que la Ley ha unificado (los Auxiliares Técnicos, así como los Administrativos y Delineantes del IRYDA, transferidos a la Comunidad Autónoma, han sido integrados en el Cuerpo Ejecutivo, Grupo C, a que se refiere la Ley Regional 3/1988, de 13 diciembre), trasladándola al complemento de destino, sin acreditar que en los puestos de trabajo que ocupan los recurrentes concorra alguna de las dos circunstancias alternativa-mente exigidas, a que se ha hecho referencia, en grado tal que justifiquen la elevación a 20 del nivel 16 que tienen asignado, ni demostrar que las características de dichos puestos sean iguales a las de otros que tengan reconocido el nivel pretendido, sin que pueda servir a los apelantes el hecho de que la Comunidad Autónoma haya asignado también el nivel 16 a algunos de los puestos de "Administrativos" —la mayor parte tienen el nivel 14—, así como a los de "Delineantes", pues en el nuevo sistema retributivo establecido con carácter básico por la Ley 30/1984, de 2 agosto, la pertenencia a un determinado cuerpo sólo tiene trascendencia a efectos de la determinación de las retribuciones básicas, pero no para la asignación del complemento de destino dentro de los intervalos que para cada grupo de titulación se hayan establecido, lo que permite, incluso, que funcionarios de un Cuerpo clasificado en grupo inferior ocupen puestos con igual o mayor nivel que el de los desempeñados por funcionarios pertenecientes a cuerpos de grupo superior, de suerte que no es el "rango" de las funciones el elemento determinante del complemento de destino, sistema legal que resultaría desvirtuado si, como se pretende, debieran plasmarse en dicha retribución complementaria las diferencias retributivas existentes con arreglo al régimen derogado entre distintos Cuerpos o Escalas que, como sucede en el presente caso, han sido integrados en el mismo Cuerpo de la Administración Autonómica.

Rechazada, pues, la elevación de nivel que se pretende, debe hacerse referencia a la invocación que los apelantes hacen al Real Decreto de transferencias, al Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, a la Ley del Proceso Autonómico y a la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, por entender que tales disposiciones "imponen el mantenimiento y respeto de todos los derechos que ostenten en el momento del traspaso los funcionarios transferidos", entre cuyos derechos consideramos que figura el de mantener la diferencia retributiva de la que venimos ocupándonos, alegación que, de ser fundada, podría sustentar la petición que, con carácter subsidiario a la del nivel 20, se articula en la demanda en reclamación de "los derechos retributivos en que quede respetada la diferencia judicialmente reconocida a los Auxiliares Técnicos respecto a Administrativos y Delineantes, entre los antiguos coeficientes 2,3 y 2,6".

La alegación carece de fundamento, pues el reconocimiento judicial de un determinado coeficiente produjo los efectos procedentes en el sistema retributivo vigente a la sazón, entre ellos, lógicamente, el de determinar una retribución superior a la de los funcionarios de Cuerpos o Escalas con coeficiente menor. Ahora bien, de dicho reconocimiento judicial, aunque sea fruto, como aquí sucede, del examen comparativo de la titulación exigida y la función desempeñada, en relación con las de inferior nivel de otras determinadas Escalas de menor coeficiente, no puede deducirse la existencia de un derecho a mantener aquellas diferencias retributivas en el nuevo sistema, en el que las retribuciones básicas se determinan por el grupo de clasificación de los Cuerpos o Escalas, en función de su titulación, habiéndose integrado en el mismo cuerpo a los funcionarios procedentes de las Escalas de cuya valoración comparativa parte el razonamiento de los apelantes.

Establecido un nuevo régimen de retribuciones, los conceptos retributivos del anterior quedan suprimidos y sustituidos por los del nuevo, a los que habrá de estarse exclusivamente, sin perjuicio del derecho a un complemento personal y transitorio que corresponde a quienes experimenten una disminución en el total de sus retribuciones anuales como consecuencia de la aplicación del nuevo régimen, cuestión que aquí no se ha suscitado.

Por otra parte, contrariamente a lo que los apelantes sostienen, el artículo 12 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, que constituye la norma legal vigente en la materia al momento de producirse la actuación administrativa impugnada, no ampara el pretendido derecho a la "diferencia retributiva", ya que sólo impone a las Comunidades Autónomas el deber de respetar el grupo del Cuerpo o Escala de procedencia de los funcionarios transferidos, así como los derechos económicos inherentes al grado personal que tuviesen reconocido. Ciertamente es que la disposición transitoria 5.ª.5 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, aprobado por Ley Orgánica 9/1982, establece, con fórmula más amplia, que a los funcionarios transferidos les serán respetados "todos los derechos de cualquier orden y naturaleza que les correspondan en el momento del traspaso", pero ello no significa que exista contradicción entre el precepto de la Ley 30/1984 y el Estatuto, pues como ha declarado el Tribunal Constitucional en Sentencia 99/1987, de 11 junio (RTC 1987, 99), "la garantía que éstos (los Estatutos) establecen hay que referirla sólo en cuanto a ellos mismos y al derecho de las diversas Comunidades en relación con la situación jurídica y derechos que la legislación estatal reconozca a los funcionarios transferidos, lo que no implica, evidentemente, que la misma no pueda ser alterada en los límites constitucionales, conforme a la competencia señalada por el artículo 149.1.18 CE... Esta competencia, para establecer el régimen básico de los funcionarios, no entraña una reforma de los Estatutos...".

Por consiguiente, tampoco procede reconocer a los apelantes el derecho a la percepción de la diferencia retributiva que reclaman.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 3 marzo 1994.*)

4. *Complemento por trabajar en festivos. Compatibilidad con el atribuido por razones de penosidad general. Vulneración del principio de igualdad. Funcionarios de oficinas ambulantes de correos. Revisión.*

«La pretensión revisora contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Sexta, de 26 octubre 1990, en base a lo dispuesto en el artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional, en su redacción anterior a la de 30 abril 1992, por incidir a juicio de los recurrentes la contradicción, exigible en dicho precepto, entre la impugnada y las aportadas por la representación de los demandantes, en orden a sus Fallos, concurriendo una situación procesal idéntica en los recurrentes en los procesos en que recayeron las sentencias contrapuestas, dictadas también en base a unos hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, dimanantes de la reclamación en vía administrativa del pago de unas retribuciones económicas a los demandantes en dichos procesos por los servicios realizados como ambulantes de correos en sábados, y por trabajo nocturno en dichos días a que se refieren las Sentencias de 19 abril y 21 mayo 1990, Recursos 217/1989 y 216/1989, respectivamente, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; mientras que las demás aducidas como contradictorias: las de la Audiencia Territorial de Barcelona de 23 septiembre 1987, Recurso 222/1986, y La Coruña de 14 marzo 1988, Recurso 1583/1985, y las de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia de 6 abril 1990, Recursos acumulados 1850/1988, y 4, 10, 27 y 217/1989, y Baleares de 7 junio 1989, Recurso 157/1987, que dieron lugar solamente a la reclamación relativa al incentivo económico por penosidad por el trabajo realizado en días no laborables, sin pronunciarse acerca de si era compatible este complemento con el de nocturnidad, como se pronunciaron las sentencias citadas del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

La sustancial igualdad de la situación procesal de los demandantes en los procesos en que recayeron la sentencia recurrida y las aportadas como contradictorias, no controvertidas por el Abogado del Estado, relativas al complemento por el trabajo realizado en días festivos o sábados en las oficinas ambulantes de correos "penosidad festiva", y la identidad concurrente en orden a la fundamentación de las peticiones, denegadas por la Administración, basadas en circulares de la Dirección General de Correos en las que se reconocía el derecho a este complemento a los funcionarios de este servicio, excluyendo a los que prestaban servicio en oficinas ambulantes, apartado 3.2.5) de la Circular 5 febrero 1985, pone de manifiesto que incide el presupuesto básico de la revisión motivada en el apartado 1.b) del artículo 102 de la Ley Jurisdiccional aplicable en tiempo que se inició este recurso, procediendo, en consecuencia, pronunciarse acerca de la doctrina que debe prevalecer que dimana de la sentencia recurrida y de las puestas como antecedente contradictorio; a cuyo efecto deben hacerse las siguientes consideraciones: 1) La omisión de los funcionarios de Correos adscritos en los servicios ambulantes que se prestan en los llamados vagones correos en sábados desde las 22 horas hasta las 7 del día siguiente en la Circular de la Dirección General de Correos de 5 de febrero de 1985, en aplicación de la Instrucción de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas de 21 diciembre 1983, del derecho a la percepción del incentivo económico por los trabajos realizados en sábados, domingos y los días festivos consignados, no puede por sí solo fundamentar la denegación por la Administración de la reclamación de estos funcionarios basada en el Principio de Igualdad, ya que de las alegaciones de las partes demandantes y representación del Estado no se deduce ninguna circunstancia de la que quepa deducir una causa que justifique la disparidad en la retribución de unos funcionarios en los que concurre idéntica razón para otorgar este complemento. 2) La atribución a los funcionarios ambulantes de Correos por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 diciembre

1986 de un complemento de penosidad superior al medio del colectivo del personal de Correos no es óbice a que se estime que estos funcionarios son acreedores del de penosidad en razón de trabajar en sábados, ya que en el artículo 23.3.b) de la Ley 2 agosto 1984, "Medidas para la reforma de la Función Pública", se prevé el complemento específico destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especialidad, dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad, y que en ningún caso podrá asignarse más de un complemento a cada puesto de trabajo; mientras que en el apartado d) de este precepto se comprende como retribución complementaria las gratificaciones por servicios extraordinarios, fuera de la jornada normal, que en ningún caso podrán ser fijas y periódicas; de lo que se deduce la compatibilidad entre el complemento de penosidad por trabajar en sábados, domingos, días festivos, sin exceder de la jornada laboral, con el de penosidad otorgado en función de la propia naturaleza del trabajo de los funcionarios, a los que con el de penosidad, por trabajo en los días indicados, no se compensa por la naturaleza de la función ni por las horas que excedan de la jornada laboral, sino por ser festivo a efectos laborales aquellos en que prestan sus servicios, o sea, en una jornada que no se considera normal.

De lo expuesto en el apartado anterior se infiere la procedencia de que en relación con el complemento indicado se dé lugar a la rescisión de la sentencia recurrida, pues la existencia del Principio de Igualdad que preside el ordenamiento jurídico, artículo 14 de la Constitución, que recoge una larga tradición en los vigentes secularmente en el ámbito cultural en que se encuentra España, impone, como se recoge acertadamente en las sentencias invocadas como contradictorias, esta resolución, basada en ese principio de Derecho formulado en la Constitución al concurrir una absoluta identidad de situación entre los funcionarios ambulantes con los demás que prestan sus servicios en Correos; habiendo la Administración concedido el derecho reclamado por los recurrentes posteriormente como asevera su representación basada en unos documentos números 2, 3 y 4 que no han sido controvertidos por la Administración.

La reclamación del complemento de penosidad nocturna por las horas trabajadas en sábados, días festivos o domingos, que la representación del demandante alega que no ha sido reconocido por la Administración que pueda acumularse al complemento de penosidad festiva, Orden de la Secretaría General de Comunicaciones de 27 diciembre 1988, complemento de penosidad nocturna declarado exigible por las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ya citadas de 19 abril 1990 y 21 mayo 1990, con la salvedad de que el incentivo económico de penosidad por trabajo nocturno que se reconoce a los demandantes no sea incompatible con otros complementos que absorban dicho incentivo; de lo que se deduce que partiendo del hecho de que las reclamaciones de los demandantes se fundaron en la Circular de la Dirección General de Correos de 5 febrero 1985 en la que se reconocía el complemento económico por la penosidad festiva pero no el de trabajo nocturno, la motivación en el Principio de Igualdad no puede invocarse, ya que a ninguno de los funcionarios de Correos se le había reconocido acumulativamente el percibo de este complemento; habiéndose impugnado la Circular indicada y pretendido este incentivo, sin haber fundado el recurso en que recayó la sentencia recurrida en ninguna disposición administrativa el derecho a esta pretensión, que por el contrario sí fue fundamentado en lo concerniente al de horas trabajadas en sábado por el meritado Principio de Derecho a que se refiere la Constitución en su artículo 14, aplicable a la interpretación de los efectos de la Circular 5 febrero 1985; no siendo procedente dar lugar al recurso en este particular; ya que el criterio de ser compatibles ambos complementos en base a lo dispuesto en el artículo 23.3.d) de la Ley 2 agosto 1984: gratificaciones por servicios extraordinarios fuera de la jornada normal que son devengables en función, no de su naturaleza, sino en el tiempo en que se realizan, en este caso en día festivo, al que no puede acumularse el de penosidad nocturna ya que carece de fundamento el que una pres-

tación determine dos complementos, aunque comprenda horas diurnas y nocturnas; habiendo la Administración correctamente interpretado dicho precepto en las Ordenes de la Secretaría General de Comunicaciones de 27 diciembre 1988 y de 1 enero 1989, que otorgó a los funcionarios ambulantes de Correos el complemento por horas trabajadas en días no laborables, y el de nocturnidad en los laborables, pero no en los festivos; estimando la Administración tácita y claramente que la retribución por trabajo nocturno por estar éste compensado con el de penosidad festiva, que incluye en la jornada horas nocturnas.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 8 marzo 1994.*)

5. *Situación legal y reglamentaria.* «El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y por ello modificable por uno y otro instrumento normativo, de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que está disfrutando, porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador.» *Legalidad RD 1637/1990 sobre Reglamento de integración de Escalas de las Fuerzas Armadas.*

«La pretensión que se ejercita en este proceso tiene evidentes puntos de coincidencia con la que hemos resuelto mediante Sentencia de 7 abril 1993 (RJ 1993, 2803). Tanto en uno como en otro caso concurren dos importantes circunstancias comunes. La primera, que en ambos se impugna un mismo Real Decreto, el 1637/1990, de 20 diciembre, sobre Normas Reglamentarias de Integración de Escalas de las Fuerzas Armadas, con referencia a extremos del mismo que se limitan a reproducir literalmente el texto de las disposiciones adicionales de la Ley 17/1989, de 19 julio, de modo que a través del recurso contencioso-administrativo contra la Disposición Reglamentaria, en realidad el fin perseguido por los demandantes es que el Tribunal Supremo plantee cuestión de inconstitucionalidad con relación a las citadas disposiciones adicionales, al ser incontestable la corrección jurídica de aquélla, desde el punto de vista de la estricta legalidad ordinaria. La segunda circunstancia común es que en los dos procesos consideran los respectivos recurrentes que las disposiciones adicionales que les afectan vulneran los artículos 9.3 y 14 de la Constitución, al disponer que las antiguas Escalas Especiales se integren en las actuales Escalas Medias, en lugar de en las Superiores, si bien con la diferencia de que mientras el recurso decidido por la Sentencia de 7 abril 1993 se refería a las Escalas Medias de los Cuerpos específicos de la Armada, sin embargo, en éste los interesados, pertenecientes todos ellos a las Escalas Especiales del Ejército de Tierra, lo que impugnan es su integración en las correspondientes Escalas Medias de los Cuerpos del Ejército de Tierra.

La absoluta igualdad de la primera de las circunstancias citadas nos autoriza a recordar, esquemáticamente, los criterios que sobre el particular expusimos en aquella sentencia: primero, en cuanto a los límites de las facultades del poder legislativo, que la noción de arbitrariedad no puede ser utilizada sin introducir muchas correcciones y matizaciones en la construcción que de ella ha hecho la doctrina del Derecho Administrativo, pues no es la misma situación en la que el legislador se encuentra respecto de la Constitución que aquélla en la que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en su relación con la ley; segundo, que el funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública, se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y por ello modifi-

cable por uno y otro instrumento normativo, de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad, sin que pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando, porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador; tercero, que la Ley 17/1989, de 19 julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, cumple con uno de los principales objetivos —definido en su Exposición de Motivos—, el de racionalizar la estructura de Cuerpos y Escalas para adaptarla a las necesidades de las Fuerzas Armadas, empeño que observado desde un horizonte de globalidad y generalidad, puede ser susceptible de discrepancias y de opciones diferentes de *lege ferenda*, pero que dentro de los límites del proceso adquieren un valor secundario, teniendo en cuenta su objeto y fines.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 14 marzo 1994.*)

6. *Retribuciones básicas. Reserva legal. Inexistencia de quiebra del principio de igualdad por la asignación de distinto coeficiente retributivo a los Cuerpos de Funcionarios Técnicos del Estado al servicio de la Sanidad Local y de Veterinarios.*

«Los recurrentes, funcionarios Veterinarios adscritos al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, cursaron escrito dirigido al Consejo de Ministros, a través del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 18 mayo 1987, en el que solicitaban que les fuera reconocido el coeficiente "5" en sustitución del coeficiente "4" que tienen asignado, alegando principalmente la discriminación que padecen en relación con sus homólogos integrantes del Cuerpo Nacional Veterinario que disfrutan de coeficiente "5". Transcurridos tres meses de silencio administrativo denunciaron la mora en escrito de 25 de noviembre de 1987 y persistiendo el silencio de la Administración, interpusieron recurso en esta vía jurisdiccional mediante escrito de fecha 20 de noviembre de 1988 (RE de 22 de noviembre), dentro del plazo legal.

La pretensión inserta en el escrito de demanda la formalizan los recurrentes en cuanto "titulados superiores y titulares mediante oposición de plazas pertenecientes y adscritas al Cuerpo de Funcionarios Técnicos del Estado al Servicio de la Sanidad Local". Y la plantilla del Cuerpo, según sus aseveraciones, "ocupa puestos de trabajo de alta cualificación de Jefaturas y puestos de gran responsabilidad", añadiendo que "los miembros de esta Escala han de superar para su selección unas pruebas de gran complejidad". Se invoca, finalmente, la STS 5.ª de 24 octubre 1979 (RJ 1979, 3589) que reconoció el coeficiente "5" a los Veterinarios al servicio de las Corporaciones Locales.

Ante todo es preciso destacar —como lo hace el Abogado del Estado en sus alegaciones— que sobre el objeto de la pretensión mantenida en este recurso existen precedentes jurisprudenciales. Así, en la STS 5.ª de 18 julio 1984 (RJ 1984, 4401) "la petición de los recurrentes (Veterinarios titulares) está centrada en que se les fije el coeficiente '5' para regular sus retribuciones, sustituyendo al coeficiente '4' que tienen asignado"; basando su petición en "la igualdad o similitud de funciones y responsabilidades con el Cuerpo Técnico de la Administración Civil del Estado y con los Veterinarios de las Corporaciones Locales que tienen reconocido dicho coeficiente".

La citada sentencia argumenta que "el coeficiente retributivo repercute en la asignación del grado, nuevo elemento estructural de las retribuciones de los funcionarios públicos introducido por el Real Decreto-ley 22/1977, de 30 marzo, habiendo

establecido el artículo 8.2 de la Ley 42/1979, de Presupuestos Generales del Estado para 1980, una reserva de ley en cuanto a la modificación y asignación del grado en relación con las retribuciones básicas de los funcionarios, reserva legal reproducida en el artículo 6.3 de la Ley 74/1980, de 29 diciembre; 4.3 de la Ley 44/1981, de 26 diciembre, y 2.3 de la Ley 9/1983, de 13 julio, todas ellas reguladoras de los Presupuestos Generales del Estado, por lo que no puede ser acogida la pretensión de los recurrentes en cuanto ello implicaría imponer al Gobierno la obligación de señalar un coeficiente que lleva consigo la modificación del grado inicial, cuando esta materia corresponde al poder legislativo y no al Consejo de Ministros, según las disposiciones antes citadas..." (Cdo. 5.º).

La doctrina anteriormente expuesta acerca del rango normativo exigido para la modificación de coeficientes a partir del RD Ley 22/1977 viene avalada por una reiterada jurisprudencia, de la que pueden citarse las SSTs 5.ª de 4 marzo 1983 (RJ 1983, 1237), 29 abril 1983 (RJ 1983, 2054), 25 enero 1984 (RJ 1984, 324), 3 febrero 1984 (RJ 1984, 514), 24 febrero 1987 (RJ 1987, 621) y 6 octubre 1987 (RJ 1987, 6730); 3.ª.9 de 13 marzo 1990 (RJ 1990, 1938) y 3.ª.7 de 20 septiembre 1991 (RJ 1991, 6035), a cuyo criterio nos atenemos en el presente caso sujetándonos al principio de unidad de doctrina, de la que no constituye una excepción la STS 5.ª de 24 octubre 1979 sobre reconocimiento de coeficientes a los Veterinarios al servicio de las Corporaciones Locales, citada por el recurrente, por estar incardinada a distinto régimen jurídico, anterior al establecido en el repetido Decreto-Ley 22/1977, cuya disposición final 1.ª.1 (luego derogada por la Ley 30/1984, de 2 agosto) vino a asumir los coeficientes asignados hasta entonces a los distintos Cuerpos, Escalas o Plazas ya existentes, quedando desapoderado el Gobierno para proceder a su modificación (STS 3.ª.7, 20 septiembre 1991, F. 4.º).

A mayor abundamiento, hay que destacar que los demandantes hacen hincapié en dos factores básicos como definidores de su nivel profesional en la Función Pública, anteriormente enunciados: el rigor del procedimiento de selección, por el que "los miembros de esta Escala han de superar para su selección unas pruebas de gran complejidad"; y la ubicación de la plantilla de su personal, "que ocupa puestos de trabajo de alta cualificación de Jefaturas y puestos de gran responsabilidad". De ambos extremos ofreció aportar medios de prueba su representación procesal en el escrito de demanda; sin embargo, no ha insistido en este propósito en ningún momento procesal posterior, llegando en el escrito de conclusiones a la mera ratificación de la demanda, sin hacer mención, por otra parte, al motivo de oposición invocado por el Abogado del Estado sobre la reserva de ley, a lo que nos hemos referido en anterior apartado. Por otra parte, puede afirmarse que, a dichos efectos, el expediente administrativo se halla totalmente vacío de contenido, a la vista de su contenido consistente en el escrito de petición inicial de cambio de coeficiente y el posterior de denuncia de mora que tramitaron los recurrentes. Con tan limitados elementos de conocimiento habría que llegar a la conclusión de que, no obstante las aparentes similitudes concurrentes entre la actividad funcional de los recurrentes —titulados Veterinarios integrados en un Cuerpo de Funcionarios Técnicos del Estado— y la de otros titulados integrados en Cuerpos específicos de Veterinarios, no hay grado suficiente de certeza para la exigibilidad de igualdad de trato en la asignación de coeficiente. En este punto, la doctrina constitucional mantenida desde la STC 7/1984 (RTC 1984, 7) ha venido sosteniendo que la discriminación entre estructuras que son creación del Derecho, cuales son los Cuerpos, y hay que entender que, en general, las situaciones funcionariales, de existir, resultará sólo del hecho de que la Administración aplique criterios de diferenciación que no resultan objetivos ni generales [cfr. STC 48/1992 (RTC 1992, 48), F. 2.].» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 30 junio 1994.*)

7. Funcionarios. Administración local. Negociación colectiva antes de la Ley 9/1987. No puede considerarse comprendida en el artículo 103.3 CE. Ilegalidad, dada la naturaleza estatutaria de la relación funcional y su falta de previsión en normas legales. No puede, en cualquier caso, incluirse en el mismo convenio al personal administrativo y laboral.

«Recurre el Abogado del Estado en apelación la Sentencia de 11 de diciembre de 1990, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha representación de la Administración del Estado, contra el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Rentería, en sesión celebrada el 27 de julio de 1987 (publicado en el BO de Guipúzcoa de 12 de agosto de 1987), por el que se otorga eficacia como Reglamento de Personal de dicho Ayuntamiento a los acuerdos contenidos en el texto denominado VIII ARCEPAFE (Acuerdo Regulador de las Condiciones de Empleo del Personal de la Administración Foral de Euskadi, correspondiente al año 1987), publicado en el BO Guipúzcoa de 21 de abril de 1987.

El presente recurso de apelación tiene una absoluta identidad con los que esta misma Sala resolvió en Sentencias de 29 junio, 27 octubre y 30 octubre 1992 (RJ 1992, 5195, 8379 y 9397), sin más variación entre uno y otros que el de estar referidos en estas últimas sentencias a acuerdos idénticos al aquí impugnado que adoptaron los plenos de los Ayuntamientos de Placencia, Hondarribia y Villabona, respectivamente.

La fundamentación de la demanda desestimada se formulaba en modo alternativo sobre la base de atribuir al acuerdo impugnado, bien naturaleza reglamentaria, bien la de un Convenio Colectivo de trabajo atípico. En el primer término de la alternativa, en tesis del demandante, dicho Reglamento sería contrario a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 7/1985 respecto de la aprobación de las Ordenanzas Locales, y a lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo, a partir de la remisión contenida en el artículo 5.c) de la Ley 7/1985.

En el segundo término de la alternativa, esto es, considerando el acuerdo como un Convenio Colectivo, el recurrente aducía que en el ámbito de la Administración Local no cabía el Convenio Colectivo, remitiéndose al respecto a la Sentencia 57/1982 (RTC 1982, 57) del Tribunal Constitucional, razonando que a la sazón no se habían regulado los órganos de participación del personal en las Administraciones Públicas, posteriormente regulados en la Ley 9/1987, no aplicable al caso. Ello aparte, aduce que el alcance general del Convenio es el de diseñar un marco especial de empleo en el ámbito de las Administraciones Públicas del País Vasco, que desborda "no ya el contenido de un Convenio Colectivo entre las Corporaciones y el Personal Laboral a su servicio, sino también el marco trazado en la Ley 30/84, de 2 agosto, de medidas para la reforma de la función pública, como la Ley 7/1985, de 2 abril, de régimen local y normas complementarias". Finalmente, la demanda pasaba a enunciar los que entendía vicios concretos del acuerdo, empezando por el de la inclusión indistinta de funcionarios públicos y personal laboral, y siguiendo ya por una extensa indicación de normas concretas del acuerdo, contraria, a su juicio, a la Ley 30/1984 y a la Ley 7/1985.

Tal fundamentación, ante la incomparecencia en el proceso del Ayuntamiento demandado, no fue objeto de alegaciones contradictorias, con lo que es exclusivamente ella el término de referencia de la sentencia apelada.

En ésta, con excesiva generalización, que se ampara en el carácter escueto del escrito del Abogado del Estado, elude el examen individualizado de las alegaciones de aquél, que no merecen en todo su contenido el reproche que la sentencia les dedica, siendo extremos de especial precisión, y de indudable trascendencia para la decisión del caso, las alegaciones de nulidad en cuanto reglamento, por infracción en su aprobación de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 7/1985, y en cuanto con-

venio por la inexistencia a la sazón de órganos de representación de los funcionarios a las Administraciones públicas, y por la inclusión indistinta en un mismo convenio de funcionarios públicos y personal laboral, bien que las impugnaciones de preceptos concretos del acuerdo, sí adolezcan de una vaguedad que impide elaborar un juicio adecuado sobre ellas.

Tras aludir a las ventajas de los acuerdos con las centrales sindicales, con criterios no estrictamente jurídicos, y por tanto carentes de eficacia para solventar la cuestión suscitada, la sentencia expresa la justificación normativa del acto impugnado diciendo que "La actividad negociadora no puede ser manifiestamente ilegal pues está contemplada en el artículo 103.3 CE, Ley 30/1984 de Reforma de la Función Pública, LO 11/1985 de 2 agosto de Libertad Sindical, etc., y constituye por tanto parte del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Las bases de la actividad sindical funcionarial están por otra parte reguladas en la Ley 9/1987, de 12 junio, que institucionaliza una práctica ya existente, en la que la administración vasca ha sido pionera, de encuadramiento general de las condiciones de trabajo de los funcionarios dentro de la política social de concertación. La negociación propia de cada comunidad autónoma se prevé en el artículo 31 de la Ley y el artículo 32 regula las prácticas propias de la concertación que son aproximadamente las que constan en el ARCEPAFE. Parece lógico que la comunidad ejerza competencia preferente sobre sus propios funcionarios (art. 149.1.18 CE)".

En su apelación, el Abogado del Estado, tras remitirse genéricamente al contenido de la sentencia, reitera parte de sus alegaciones de la instancia sobre nulidad del acuerdo, entre ellas las de regular de modo uniforme la relación de los funcionarios públicos y de los empleados de carácter laboral, amén de una serie de preceptos concretos, como contrarios al régimen funcionarial.

Expuestos los contenidos del recurso, según lo que resulta de las alegaciones de ambas instancias, debemos empezar destacando para su adecuada solución, que el acto impugnado, y el acuerdo regulador asumido en él como reglamento de personal, se sitúan temporalmente en un momento anterior al de la Ley 9/1987, aludida en la sentencia; por lo que no puede extraerse de ésta el fundamento legitimador ni del acuerdo foral adoptado en el acuerdo municipal impugnado, ni de este último. En todo caso, no es correcta la afirmación de la sentencia apelada de que los artículos 31 y 32 de esta Ley, regulen las prácticas de concertación de condiciones de empleo público en las Comunidades Autónomas en términos que se aproximen a los que constan en el ARCEPAFE. El referido acuerdo, obrante en el expediente, fue negociado entre representantes de la Administración Foral y representantes de las Centrales Sindicales más representativas de la Administración Foral, mientras que en el artículo 31 referido al órgano de negociación es la Mesa General de Negociación constituida en el ámbito de la Administración del Estado, así como en cada una de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Es claro que, según ese precepto, es a la Mesa constituida en la Entidad Local de que se trate a la que le corresponde la negociación en su ámbito, sin que por tanto tenga acomodado en ella la proyección directa al ámbito de una Entidad Local de las condiciones de empleo concertadas desde un mecanismo de negociación diferente, con ambición de extensión a toda la Administración Foral.

No es tampoco correcta la afirmación de la sentencia apelada de que la actividad negociadora esté contemplada en el artículo 103.3 de la CE, y en la Ley 30/1984, en cuyo precepto y Ley referidos no existe alusión alguna a la negociación de condiciones en las relaciones de empleo público. Y en cuanto a la similar previsión de la actividad negociadora de la LO 11/1985, es igualmente inexacta, pues la única alusión al respecto, contenida en el artículo 2.º.2.c), al referirse al derecho a la negociación colectiva, se hace como contenido de "el ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella...", concreción de la que difícilmente puede extraerse una referencia permisiva de la negociación colectiva en el ámbito de la función pública. La Disposición Adicional Segunda.2 abre la vía para una ulterior regulación de los órganos de representación de los funcionarios de las Administraciones públicas; esto

es, ni tan siquiera en la propia Ley estaba regulada esa representación, que es el presupuesto para una ulterior regulación de la negociación colectiva en el ámbito funcional, como andando el tiempo ha acontecido con la Ley 7/1990, de 19 julio, muy posterior al acuerdo de autos, y cuya estructura de negociación es, por lo demás, harto diferente de la seguida en el acuerdo referido.

Es claro, pues, que en el momento del acuerdo impugnado, y contra lo que proclama la sentencia recurrida, no existían normas que sirvieran de presupuesto y marco al acuerdo, siendo por tanto absolutamente rechazable la argumentación al respecto de la sentencia apelada.

En el marco normativo del momento, en el que como elementos fundamentales deben destacarse la Ley 30/1984, la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, el RDLeg. 781/1986, de 18 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, y en el que todavía no estaban creados los órganos de representación de los funcionarios en las Administraciones Públicas, ni la negociación colectiva en ese sector, es lo cierto que las alegaciones del Abogado del Estado sobre nulidad del acuerdo del Ayuntamiento de Rentería por contrario al artículo 49 de la Ley 7/1985, desde la perspectiva de su calificación como Reglamento de Personal, sobre inexistencia de negociación colectiva en el ámbito de la función pública, y sobre la imposibilidad de incluir en Convenios Colectivos de modo indistinto a funcionarios públicos y a personal en régimen laboral, deben prosperar, y con base en ellas se debe estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia apelada y en su lugar estimar el recurso contencioso-administrativo que la sentencia apelada desestimó indebidamente, sin que por la radicalidad de esta solución sea preciso descender al análisis de los contenidos concretos del acuerdo impugnado, parte ésta en la que, ciertamente, las alegaciones del apelante adolecen de ambigüedad y exceso de generalización.

En cuanto a la nulidad del acuerdo municipal al atribuir al acuerdo foral el carácter de Reglamento de Personal, es indudable que, dado lo dispuesto en el artículo 5.C.b), en relación con el 49 de la Ley 7/1985, la aprobación de ese pretendido Reglamento de Personal debía cumplir las exigencias del último precepto, y su omisión lo vicia de nulidad. De este modo el vehículo formal de proyección en el municipio de Rentería del acuerdo foral, asumido en el acuerdo municipal impugnado, resulta ineficaz a su objeto.

Pero es que además, y aun prescindiendo de ese insalvable obstáculo formal, y refiriéndonos a la cuestionada validez y eficacia del propio acuerdo foral asumido, al ser la relación funcional una típica relación estatutaria, y al no haberse introducido a la sazón por la vía de ley la posibilidad de convenios colectivos en el ámbito de las relaciones funcionariales, es indudable que la regulación de aspectos del contenido de esas relaciones por ese inexistente instrumento regulador entraba en colisión con las normas legales rectoras de esa materia, como ya tuvo ocasión de declarar la Sentencia de este Tribunal de 29 octubre (RJ 1985, 4602). Y en todo caso la inclusión en un mismo convenio colectivo de funcionarios (contenido entonces ilegal) y de empleados en régimen laboral (ámbito este último en el que la negociación colectiva sí era posible) vicia de por sí al convenio como un todo, pues, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1982, en doctrina que, dado el marco normativo vigente en la ocasión de autos, conserva su validez en él (F. 4), "de la legislación vigente no es posible racionalmente incluir un principio básico que no sea el del tratamiento no unitario por diferenciado entre funcionarios públicos y personal laboral al servicio de las Corporaciones locales y que en la actualidad la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal vinculada a cualquiera de las Administraciones públicas sólo es posible legalmente cuando se trata de personal sometido al Derecho laboral, pero no, en cambio, en relación al personal vinculado al Derecho administrativo..." , sin que sea posible escindir la unidad del Convenio, según la Sentencia de este Tribunal de 27 enero 1987 (RJ 1987, 2002).» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 16 junio 1994.)

8. *Cuerpo Nacional de Policía. Ascenso a la categoría de Inspector-Jefe. Efectos económicos desde que se produjo la vacante. Legalidad. Revisión. «Cuando los Tribunales anulan un acto administrativo que denegó a un funcionario un derecho del que derivan consecuencias económicas, éstas se le reconocen también desde la fecha misma a que se retrotrae el reconocimiento del derecho.»*

«El Abogado del Estado formula recurso extraordinario de revisión contra la Sentencia dictada el 6 mayo 1991 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el recurso seguido en la misma con el número 1130 del año 1990, con fundamento en el artículo 102.1.b) de la Ley Procesal de esta Jurisdicción, según su anterior redacción, por ser contradictoria con otras dictadas por las Salas de Zaragoza y Las Palmas de Gran Canaria, ya que en la sentencia que se impugna se reconocen al recurrente los efectos económicos del ascenso a la categoría de Inspector-Jefe del Cuerpo Nacional de Policía acordado por Resolución de la Dirección General de la Policía de 30 noviembre 1989 desde la fecha en que se reconoció antigüedad a los ascensos, mientras que las sentencias que se citan como contradictorias estiman que esos efectos económicos deben producirse desde el 1 de noviembre de dicho año, conforme estableció el apartado tercero de la resolución que acordó los ascensos, oponiéndose a la estimación del recurso el recurrente en la instancia, afirmando que el criterio de la sentencia recurrida, además de haber sido mantenido por las sentencias citadas como contradictorias, lo ha sido también por otras de la misma Sala de Oviedo y por las de Cantabria, Galicia y Castilla y León con sede en Valladolid.

Para la mejor solución de la cuestión planteada, es de interés consignar: 1.º) El Decreto 2038/1975, de 17 julio, aprobó el Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, integrada, además de otros, por el Cuerpo General de Policía y por las Fuerzas de la Policía Armada. 2.º) En cuanto al primero, el artículo 97 distinguía la Escala de Mando y la Ejecutiva, comprendiendo la segunda las categorías de Inspectores-Jefes, Inspectores de Primera e Inspectores, disponiendo el párrafo segundo del artículo 132, en cuanto al régimen de ascensos, que en la Escala Ejecutiva de cada cuatro vacantes podrán corresponder tres a la antigüedad y una a la elección por méritos extraordinarios, y para la Policía Armada disponía el artículo 403 que el ascenso a Capitán se otorgará con ocasión de vacante y por orden de antigüedad a los Tenientes que lleven tres años como mínimo en destinos de su categoría, no tengan nota desfavorable y hayan superado las pruebas de aptitud que se determinen. 3.º) La Ley 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, integró en el Cuerpo Nacional de Policía al Cuerpo Superior de Policía y al Cuerpo de Policía Nacional, antigua Policía Armada, en cuya Escala Ejecutiva distinguía dos categorías, la primera de ellas formada por los Inspectores-Jefes, en la que se integraban, de una parte, los Subcomisarios e Inspectores de Primera del antiguo Cuerpo Superior de Policía y, de otra, los Capitanes del Cuerpo de Policía Nacional. 4.º) Esta Ley no regulaba el sistema de ascensos, remitiendo la Disposición Adicional Segunda a un futuro Reglamento, que se aprobó años después por Real Decreto 1593/1988, de 16 diciembre, con vigencia desde el 5 de enero de 1989. 5.º) Durante los años 1986, 1987, 1988 y 1989, hasta el mes de octubre, no se cubren las numerosas vacantes que se habían producido en la categoría de Inspector-Jefe con anterioridad al 5 de enero de 1989, sin que la Administración, en ningún momento, haya dado explicación alguna de las razones por las que no se cubrían las numerosas vacantes producidas. 6.º) Por Resolución de la Dirección General de Policía de 30 octubre 1989 se asciende por antigüedad a 315 Inspectores del antiguo Cuerpo Superior de Policía a Inspectores-Jefes del nuevo Cuerpo Nacional de Policía, que eran las vacantes producidas en el anterior Cuerpo Superior de Policía, y se convocan 202 plazas de Inspectores-Jefes para ser cubiertas entre Inspectores del Cuerpo de Policía Nacional,

antiguos Capitanes, que reúnan los requisitos exigidos, previa realización de unas pruebas de aptitud, siendo nombrados el 30 de noviembre siguiente, vacantes que se corresponden con las que se hallaban cubiertas por funcionarios del Cuerpo de Policía Nacional. 7.º) El recurrente en la instancia era Teniente del Cuerpo de Policía Nacional, se le convocó para realizar las pruebas de aptitud y se le nombró Inspector-Jefe el 30 de noviembre de 1989. 8.º) En la fecha en que tuvo lugar la convocatoria y, por supuesto, cuando se efectuaron los nombramientos ya estaba en vigor el nuevo sistema de ascensos regulado por el Real Decreto 1593/1988, pero en la convocatoria se estableció que sería de aplicación la normativa sobre ascensos contenida en el Reglamento de 1975, no derogado por la Ley 2/1986, vigente por tanto cuando se produjeron las vacantes, pues la aplicación de la nueva normativa supondría para los funcionarios afectados, se decía, la necesidad de someterse a unos requisitos de los que con la normativa anterior estaban exentos. 9.º) No solamente se efectuaron los ascensos con arreglo a la normativa vigente al producirse la vacante, sino que la antigüedad en la nueva categoría se les reconoció en función de la fecha en que se había producido la vacante, algunas incluso en los primeros días del año 1986, pero en el apartado tercero de la resolución que efectuó los nombramientos se establecen los efectos económicos del ascenso desde el 1 de noviembre de 1989. 10.º) La sentencia objeto del recurso de revisión, declara la nulidad de las resoluciones administrativas y reconoce efectos económicos desde la fecha a que se retrotrae su ascenso a Inspector-Jefe, mientras que las sentencias contradictorias, en supuestos idénticos, unos referidos a funcionarios procedentes del antiguo Cuerpo Superior de Policía y otros del Cuerpo de Policía Nacional, desestiman los recursos y consideran ajustada a derecho la resolución de la Dirección General de la Policía que reconocía esos efectos económicos desde el 1 de noviembre de 1989.

El recurso de revisión promovido por el representante de la Administración debe ser declarado improcedente por las razones siguientes: A) El ascenso es un derecho de que son titulares los funcionarios que después fueron nombrados Inspectores-Jefes, como así lo reconoce el artículo 135 del Reglamento en cuanto a los procedentes del Cuerpo Superior de Policía cuando afirma que "el derecho de ascenso por antigüedad sólo es renunciable por una sola vez y por el plazo de un año" y el 403 para los procedentes del Cuerpo de Policía Nacional al afirmar que "el ascenso a Capitán se otorgará con ocasión de vacante y por orden de antigüedad a los Tenientes que lleven tres años de servicios", utilización del verbo en modo imperativo que pone de relieve la obligatoriedad de cubrir las vacantes que se produzcan en el empleo de Capitán entre los Tenientes que cumplan los demás requisitos exigidos. B) En este caso, la Administración no cubrió las vacantes producidas en la categoría de Inspector-Jefe durante los años 1986, 1987, 1988 y 1989, hasta el 5 de enero, lo que llevó a efecto en el mes de noviembre de 1989, sin que en ningún momento se haya dado explicación alguna, ni puede por tanto analizarse si esa demora es justificada o razonable, sobre la tardanza en cubrir las vacantes producidas y, por tanto, hacer efectivo el derecho de ascenso que tenían los funcionarios ascendidos años después. C) Que esa demora en la provisión de las vacantes era injustificada e irrazonable lo reconoce implícitamente la propia Administración, pues aplica retroactivamente la normativa que estaba vigente cuando se produjeran las vacantes y reconoce desde ese momento antigüedad en un empleo para el que fueron nombrados con posterioridad, negándole en cambio efectos económicos. D) Cuando los Tribunales anulan un acto administrativo que denegó a un funcionario un derecho del que derivan consecuencias económicas, éstas se le reconocen también desde la fecha misma a la que se retrotrae el reconocimiento del derecho, por lo que si es la propia Administración la que efectúa unos nombramientos conforme a las normas legales vigentes cuando se produjeron las vacantes, retrotrayendo a tal fecha el reconocimiento de la antigüedad en el nuevo empleo, no hay razón alguna que justifique la negativa a reconocer los efectos económicos de ese nuevo empleo. E) El artículo 45.3 de la Ley de Procedimiento establecía que la Administración podrá otorgar eficacia retroactiva a los actos cuando produzcan efectos favorables al interesado,

siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y éste no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas, que supone ciertamente una facultad discrecional de la Administración, distinta de la pura arbitrariedad que se produce cuando concurriendo los requisitos exigidos, sin justificación ni siquiera explicación alguna, repetimos, se le reconoce efectos retroactivos en orden a la normativa aplicable y fecha de antigüedad en el nuevo empleo y se niegan en cambio los efectos económicos de éste.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 16 abril 1994.*)

9. Profesores de EGB. Derecho a casa-habitación. Evolución legislativa.

«Es cierto que, como alega el Ayuntamiento apelante, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado en numerosas Sentencias [últimamente en las de 2 enero 1991 (RJ 1991, 529), 22 septiembre 1992 (RJ 1992, 7002) y 26 enero 1993 (RJ 1993, 500), y anteriormente en las de 11 febrero 1986 (RJ 1986, 1431), 20 septiembre 1988 (RJ 1988, 7232), 14 noviembre 1989 (RJ 1989, 8303) y 24 diciembre 1990 (RJ 1990, 9971)] que los Ayuntamientos no están sometidos a la obligación de proporcionar a los Profesores de Enseñanza General Básica (anteriormente Maestros) casa-habitación en forma gratuita, o una compensación económica equivalente, habiéndose extinguido tal obligación —tal y como expresa la sentencia apelada— con la Ley de Bases de Haciendas Locales de 1953 y el Decreto 18 diciembre 1953. Resulta, no obstante, como bien razona la Sala *a quo*, que la derogación de tal obligación en modo alguno significa que hayan perdido su vigencia determinadas normas anteriores a la Constitución que, como los artículos 51 y 52 del Decreto 193/1967, de 2 febrero, del Texto Refundido de la Ley de Enseñanza Primaria, han venido previendo la colaboración del Estado y las Corporaciones Locales para las construcciones escolares y siguen contemplando el derecho a casa-habitación de los Maestros aunque no como obligación, y menos gratuita, que pese únicamente sobre las Corporaciones Locales, al no haber resultado derogados tales preceptos por la Ley de Educación 14/1970, de 4 agosto (disposición transitoria 9.ª y final 4.ª), ni, tras la Constitución, por la Ley Orgánica 8/1985, de 3 julio (disposición transitoria 5.ª). Sin embargo, se debe matizar que dicha normativa —subsistente hoy con valor reglamentario (disposición final 4.ª Ley 14/1970)— no hace pesar sobre la autonomía municipal (artículos 137 y 140 CE) la obligación de proporcionar vivienda como carga incondicionada y unilateral, de donde resulta el correcto enfoque de la cuestión en el artículo 25.2.n) de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 abril, y la disposición adicional 2.ª de la citada Ley Orgánica 8/1985, al contemplarlo como competencia municipal de cooperación con las Administraciones educativas correspondientes para, según los casos, la creación, construcción o sostenimiento de los centros docentes públicos. Las hipótesis y relaciones concretas que se plantean han sido muy diversas habiendo reconocido la jurisprudencia de esta Sala que los Ayuntamientos pueden poner fin a cesiones gratuitas gravosas para el erario municipal o buscar contrapartidas —como cesión en arrendamiento u otras distintas— para los bienes patrimoniales que destinen a casa-habitación de los profesores aunque siempre respetando el régimen propio de los inmuebles de que se trate, por lo que, en el caso de bienes demaniales, deben proceder a la necesaria y previa desafectación al servicio público de enseñanza de los inmuebles correspondientes. Tal desafectación, aun siendo competencia exclusiva de los Ayuntamientos para los bienes demaniales de titularidad municipal, ha requerido tradicionalmente la autorización previa del Ministerio de Educación y Ciencia, antes de ser destinados a finalidades distintas los edificios escolares (art. 23 de la Ley 16 diciembre 1964), como resulta del artículo 51 del Texto Refundido de Enseñanza Primaria de 1967, cuya vigencia vienen a recordar los artículos 2.º, apartado 6, del Real Decreto 3186/1978, de 1 diciembre y

el Real Decreto 605/1987, de 10 abril, sobre procedimiento de autorización previa a la desafectación de los edificios públicos escolares de propiedad municipal.

Todas estas afirmaciones —de carácter general— dan respuesta a la crítica que formula en su recurso la Administración apelante pero no pueden comportar, en el caso que aquí enjuiciamos, la estimación de la apelación ni la revocación —siquiera sea parcial— de la sentencia impugnada que se nos pide, dadas las circunstancias que en el caso concurren y la naturaleza de los acuerdos impugnados en el proceso. Resulta que el Ayuntamiento de Cádiar concedió una vivienda afectada al destino de casa-habitación que se ha venido expresando que se encontraba vacante en el Grupo Escolar Nuestra Señora de la Esperanza, haciendo aplicación del Estatuto del Magisterio de 24 octubre 1947. Como quiera que la aplicación del referido Estatuto no fue conforme a Derecho y otorgó la referida vivienda —es algo en lo que ya no se insiste por el Ayuntamiento apelante— a una persona que ostentaba peor derecho que la recurrente en primera instancia, es clara la necesidad de revocar dicho acto y reconocer expresamente el mejor derecho de doña María Yolanda L. C. a obtener la casa-habitación vacante que las resoluciones impugnadas no le han reconocido. Ese es el pronunciamiento y derecho de la demandante que declara la sentencia apelada y que aquí debemos confirmar, por los fundamentos que hemos expresado en adición y precisión de los formulados por la Sala *a quo*. Sin costas, por no concurrir circunstancias que las justifiquen.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 4.ª, 21 abril 1994.)

IV. SITUACIONES

Excedencia. Inaplicabilidad del artículo 357.1 LOPJ a quienes acceden a la judicatura en cuanto juristas de reconocida competencia por su condición de funcionarios públicos. «Que el mismo elemento de hecho que justifica el nombramiento judicial sea también y a la vez causa —o presupuesto de hecho— del otorgamiento de la excedencia voluntaria resulta un claro contra-sentido.» Inexistencia de vulneración del artículo 23.2 CE.

«Tienen su origen estos autos en la impugnación del acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 5 abril 1990 que denegaba la petición del ahora demandante dirigida a obtener la declaración de excedencia voluntaria prevista en el artículo 357.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Es claro, pues, que la cuestión de fondo aquí planteada gira en torno al alcance subjetivo del citado precepto o más precisamente a los límites temporales que el mismo pueda tener cuando tal situación de excedencia voluntaria se solicita por Jueces o Magistrados que accedieron a la Carrera Judicial por los turnos tercero y cuarto de juristas de reconocida competencia.

La Ley Orgánica del Poder Judicial ha previsto el acceso a la Carrera Judicial de los juristas de reconocida competencia por turnos distintos —art. 301.2 y 3—.

Tales juristas han adquirido o exteriorizado su competencia mediante el ejercicio de diversas actividades, una de las cuales puede ser precisamente el desarrollo de una profesión funcional. En estos casos la causa —o presupuesto de hecho— del acto de nombramiento de un Juez por la citada vía se configura por un conjunto de elementos entre los que aparece el hecho de ser funcionario público y es este dato el que también se invoca para solicitar la excedencia voluntaria del artículo 357.1 de la Ley Orgánica. Pues bien, que el mismo elemento de hecho que —entre otros— justifica el nombramiento judicial sea también y a la vez causa —o presupuesto de hecho— del otorgamiento de la excedencia voluntaria resulta un claro

contrasentido: la misma causa que provocó el ingreso en la Carrera Judicial vendría a determinar que ésta no se desempeñara efectivamente por el jurista nombrado por la vía del artículo 301.2 de la Ley Orgánica.

La alegación fundamental del recurrente hace referencia a la vulneración del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, pues entiende que si la excedencia del artículo 357.1 de la Ley Orgánica está al alcance de los Jueces que ingresan por oposición libre desde el momento de su acceso a la Carrera, también habrá de estarlo para los que lo hacen por la vía reservada a los juristas de reconocida competencia.

A este respecto será de recordar que una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional —así, Sentencias 67, 85 y 100/1988, de 18 y 28 abril y 7 junio (RTC 1988, 67, 85 y 100), respectivamente— viene poniendo de relieve que “no toda desigualdad de trato supone una discriminación”, pues el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución “veda tan sólo las desigualdades que carezcan de toda justificación objetiva”, de suerte que en cada caso habrá que proceder a una comparación de los elementos de hecho a fin de concluir si éstos justifican una desigualdad en atención a la finalidad perseguida por la norma aplicable.

En el supuesto litigioso las dos situaciones que contempla el artículo 301 de la Ley Orgánica —ingreso por oposición libre y concurso para juristas de reconocida competencia— están separadas por un dato al que ya se ha hecho alusión en parte: mientras que en la oposición libre el acceso a la Carrera Judicial se produce con absoluta independencia de una posible condición anterior de funcionario público, en la vía de juristas de reconocida competencia —cuando ésta se ha adquirido o manifestado con ocasión del ejercicio de una profesión funcional— tal condición ha sido uno de los elementos que integran la causa del nombramiento.

Señalada así la existencia de diferencias entre los términos de la comparación necesaria para apreciar si existe o no vulneración del artículo 14 de la Constitución, el problema será determinar si la finalidad de la norma que configura ambos sistemas de acceso justifica o no un trato diferente a la hora de aplicar la excedencia voluntaria prevista en el artículo 357.1 de la Ley Orgánica.

Es la propia Exposición de Motivos de esta Ley la que con evidente extensión —apartado VII— explica las razones de la introducción del nuevo sistema de acceso a la Carrera Judicial: ante la insuficiencia del sistema clásico de la oposición “para que la Sociedad española se dote de Jueces y Magistrados en número suficiente” se abre esta nueva vía de los juristas de reconocido prestigio que permitirá hacer frente a las necesidades y “cubrir las vacantes” que de otra forma no podrían serlo, con lo que, además, se producirá un fenómeno de ósmosis con la aportación de perspectivas y sensibilidades distintas. Es claro que el sistema que se crea atiende a una finalidad que presupone la efectiva incorporación de los que por esta vía llegan a la Carrera Judicial —ya se ha indicado en el cuarto fundamento de esta sentencia el contrasentido que implicaría otra solución—.

En consecuencia, la finalidad que acaba de indicarse y que explica la introducción en la Ley del nuevo sistema de ingreso en la Carrera justifica las diferencias en aplicación del artículo 357.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial según la vía de acceso a la Judicatura, por lo que aquéllas no pueden reputarse vulneración del derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución.

Alude también el demandante a una violación del artículo 23.2 de la Constitución que prescribe que los ciudadanos, “asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

Dos son, en lo que ahora importa, las notas que, recogidas en este precepto, ha venido destacando el Tribunal Constitucional —Sentencias 50 y 148/1986, de 23 abril y 25 noviembre (RTC 1986, 50 y 148), y 18 y 193/1987, de 16 febrero y 9 diciembre (RTC 1987, 18 y 193)—: la conexión con el derecho a la igualdad del artículo 14, del que el 23.2 viene a ser una concreción, por una parte, y la remisión a las leyes que habrán de señalar las condiciones de acceso, por otra.

Pues bien, ninguna discriminación se observa, como ya se ha visto, en este terreno ya que los actos recurridos se limitan a aplicar la Ley interpretándola de acuerdo con su finalidad —art. 3.º.1 del Título Preliminar del Código Civil—. El demandante ha podido acceder a la Carrera Judicial en los términos establecidos: que después decida permanecer o no en ésta es algo que depende de su voluntad sin que la imposibilidad de acogerse a la excedencia voluntaria del artículo 357.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial integre una desigualdad carente de justificación.

Como deriva de lo expuesto ha de concluirse que el criterio señalado —fundamento jurídico tercero— se integra en la normatividad inmanente en la naturaleza del sistema de acceso a la Carrera Judicial de los juristas de reconocida competencia, tal como ha sido trazado por la Ley Orgánica.

Y aunque no sea necesario puede recordarse el valor complementario del ordenamiento jurídico que a la jurisprudencia asigna el artículo 1.º.6 del Título Preliminar del Código Civil que conduce al principio de unidad de doctrina —Sentencias de 29 junio 1987 (RJ 1987, 7139), 8 febrero 1988 (RJ 1988, 790), 23 junio 1989 (RJ 1989, 4877), 14 febrero 1990 (RJ 1990, 1314), 12 marzo 1991 (RJ 1991, 1984), 25 febrero 1992 (RJ 1992, 1688), 27 abril 1993 (RJ 1993, 3125), 26 enero 1994, etc.— que construido por el Tribunal Supremo sobre la base del artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional, ha recibido una nueva formulación del Tribunal Constitucional con el fundamento que integra el derecho a la igualdad —art. 14 de la Constitución—, que aquí encuentra expresión como derecho a la igualdad en aplicación judicial de la Ley, y el principio de seguridad jurídica —art. 9.º.3 de la Constitución— que reclama una protección de la “confianza de los ciudadanos en que sus pretensiones van a ser resueltas de modo igual para todos, sin discriminaciones injustificadas” —Sentencias 1, 12 y 100/1988, de 13 enero, 3 febrero y 7 junio (RTC 1988, 1, 12 y 100); 161 y 200/1989, de 16 octubre y 30 noviembre (RTC 1989, 161 y 200), etc.—» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 16 febrero 1994.)

V. INCOMPATIBILIDADES

Incompatibilidades. Dos puestos en el sector público. Coronel en situación de reserva transitoria y Profesor de Instituto Politécnico Nacional. Incompatibilidad, al no poder equipararse este segundo puesto al de Profesor Asociado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Sentencia apelada)

«El hoy recurrente don Fernando M. C. pretende mediante el presente recurso que se le autorice la compatibilidad entre su actividad principal de Coronel en situación de Reserva Transitoria, con la de Profesor del Instituto Politécnico Nacional de Barcelona y en su consecuencia que se anulen las Resoluciones del Ministerio para las Administraciones Públicas de 19 noviembre 1987 y 14 marzo 1988 hoy impugnadas.

Como con todo acierto se dice en la resolución impugnada, el recurrente se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto 517/1986 de 21 febrero, que constituye desarrollo de la Ley 53/1984 sobre incompatibilidades, que establece la dedicación a un solo puesto de trabajo en el Sector Público, aplicándolo a la esfera militar, y conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º nadie puede compatibilizar su actividad con el desempeño de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad del sector público salvo en los supuestos especialmente previstos en la Ley 53/1984, en

ninguno de los cuales se encuentra comprendido el recurrente, dado que el mismo pretende equipararse a la figura de profesor asociado con la que no guarda similitud ya que aquél requiere la existencia de un contrato y una dedicación a tiempo parcial, mientras que el recurrente, que es Profesor Titular por Concurso-Oposición con 16 horas semanales fijas, por lo que no resulta posible tal asimilación. Se trata en definitiva de dos puestos de trabajo en el sector público totalmente incompatibles.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Se aceptan los dos primeros que han sido transcritos en el antecedente de hecho primero y

Las alegaciones expuestas por la parte apelante en esta instancia se cifian a la glosa y comentario de la Sentencia de la antigua Sala Quinta del Tribunal Supremo de 22 febrero 1989 (RJ 1989, 1133) recaída en el recurso número 1070/1987 en el que se ejercitó la impugnación *directa* del Real Decreto 517/1987, de 21 febrero, por diversas razones y respecto a ciertas normas de las cuales sólo se anuló una de ellas, a saber: el inciso último del artículo 13 del citado decreto, cuyo texto era: "tampoco podrá reconocerse compatibilidad para la realización de actividades *privadas* al personal que se le hubiera concedido compatibilidad para un segundo puesto de actividad pública".

Pues bien, el inciso anulado por la sentencia antes reseñada no tiene aplicación en el caso del actor ya que en este litigio se aplicó la Ley 53/1984 en su artículo 1.º.1 y 2 y, además, concurre en el señor M. la situación de Reserva Transitoria que no permite hacer compatibles con otros puestos del sector público que en los supuestos de excepción previstos en la Ley 53/1984, de modo que no cabe afirmar que la sentencia invocada tenga influjo alguno en el presente recurso.

De todo lo expuesto se desprende que procede desestimar la apelación tanto en lo que se refiere a lo alegado expresamente en esta instancia como en el punto relativo a la indemnización solicitada en la demanda, todo ello sin que se aprecien méritos para hacer expresa imposición de costas.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 22 marzo 1994.*)

VI. RÉGIMEN JURÍDICO

1. *Casación. Funcionarios. Diferencias entre el artículo 93.2.a) LJCA y el antiguo artículo. Se produce «un cambio esencial en dos sentidos: a) restrictivo, al referirse estrictamente a funcionarios; y b) dentro de ese círculo restringido, ampliatorio, al no diferenciar entre ellos por razón de la inamovilidad». Admisibilidad de casación contra Sentencia relativa a extinción de la relación de servicios de funcionario interino.*

«El Fundamento del auto recurrido declarando no haber lugar a tener por preparado el recurso de casación, es la consideración de cuestión de personal de la que fue objeto el proceso, y la aplicación por ello del artículo 93.2.a) de la Ley Jurisdiccional, negando la condición de funcionario público al recurrente "al haber sido funcionario interino".

Frente a tal argumentación se alza el recurrente, aduciendo, por una parte, que

el litigio no afecta a extremos de la relación de empleo sino a la aplicación de los derechos fundamentales y que de ellos el artículo 93 citado, apartado 2.c), sólo excluye el recurso regulado en el artículo 7.6 de la Ley 62/1978, que, en su criterio implica, *a sensu contrario*, la posibilidad de recurso de casación en los demás contencioso-administrativos interpuestos por la vía de esa Ley especial; así como el precedente de otras resoluciones de otras Salas de lo Contencioso-Administrativo del mismo Tribunal Superior de Justicia, que en casos idénticos han admitido la preparación del recurso.

La argumentación del recurrente no puede compartirse por esta Sala.

El hecho de que se trate de tutelar un derecho fundamental no priva a la materia en la que surge el conflicto su calificación de cuestión de personal, con todas las consecuencias que de ella se derivan en orden al sistema de recursos.

Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala en relación con el artículo 9.1 de la Ley 62/1978, en el sentido de que la expresión "en su caso" del mismo implica la remisión a la Ley de la Jurisdicción para establecer cuándo procedía o no el recurso de apelación, en función de la índole de la materia debatida, independientemente de que dentro de la materia de que se trate se alegue la violación de un derecho fundamental, cuya tutela se reclama por el cauce del proceso especial regulado en dicha Ley; o en otros términos, que la referencia al derecho fundamental a tutelar no es de por sí elemento determinante de que en todo caso debiera admitirse el recurso de casación, siendo reiteradísimas las resoluciones (autos o sentencias) en las que se han inadmitido (en el caso de autos) o se han declarado indebidamente admitidas (en el caso de sentencias) recursos de apelación interpuestos en procesos sustanciados por el cauce procesal especial referido, por tratarse de cuestiones de personal.

Tal doctrina debe ser respetada al abordar la recurribilidad en casación, por identidad de fundamento a la hora de interpretar en el nuevo régimen del recurso de casación la misma expresión "en su caso" del artículo 9 de la Ley 62/1978, lo que conduce a la irrecurribilidad en casación de los procesos que versen sobre cuestiones de personal [art. 93.2.a) LJCA].

No mejor fortuna merece la alegación referida al precedente de otras Salas del mismo Tribunal, pues, en primer lugar, no se trata de identidad de órgano, al ser las Salas aludidas órganos jurisdiccionales distintos, por lo que no se puede alegar violación del principio de igualdad por una aplicación distinta de la ley por sujetos distintos.

En todo caso debe observarse que el fundamento esencial del auto recurrido se cifra en la negativa de la condición de funcionario público del recurrente, por su condición de interino, tesis que estimamos errónea, por cuanto que los funcionarios interinos están incluidos en la categoría de funcionarios públicos, según lo dispuesto en el artículo 3.º.3 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto Legislativo 315/1964, de 7 febrero.

La Sala *a quo*, que en realidad hace una inconsciente traslación de la jurisprudencia emitida en relación con el artículo 94.1.a) LJCA en su anterior redacción, a la interpretación del artículo 93.2.a) de la actualmente vigente, sin advertir la importante diferencia de que mientras que en el primero de aquéllos se hablaba de "empleados públicos inamovibles", en el último se habla simplemente de "relación de servicio de los que ya tuvieren la condición de funcionarios públicos", lo que supone un cambio esencial en dos sentidos: a) restrictivo, al referirse estrictamente a funcionarios; y b) dentro de ese círculo restringido, ampliatorio, al no diferenciar entre ellos por el dato de la inamovilidad.

Constatada por tanto la condición de funcionario del recurrente y que lo debatido es la extinción de la relación de servicios, es visto que el proceso entra en la salvedad del inciso final del artículo 93.2.a) LJCA, y por tanto en el régimen general de la posibilidad del recurso de casación establecido en el párrafo primero del propio artículo.

Se impone por lo expuesto el éxito del recurso de queja.» (*Auto de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 7 marzo 1994.*)

2. *Casación. Cuestiones de personal. No es aplicable al artículo 93.2.a) LJ la jurisprudencia elaborada a efectos del recurso de apelación respecto del antiguo artículo 94.1.a) LJ. Improcedencia de casación contra Sentencia relativa a excedencia por tratarse de una inequívoca cuestión de personal que no produce la extinción de la relación funcional.*

«El presente recurso de queja impugna el auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, por el que se acordó tener por no preparado recurso de casación contra Sentencia de 5 julio 1991.

La resolución recurrida en el proceso se refería a una declaración de excedencia voluntaria por aplicación de la Ley 53/1984.

La Sala *a quo* ha entendido que se trataba de materia de personal, excluida de casación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 93.2.a) de nuestra Ley Jurisdiccional.

Frente a esa tesis las argumentaciones del recurrente en queja aducen una jurisprudencia dictada en relación con el recurso de apelación y con el artículo 94.1.a) en su redacción anterior a la modificación producida por la Ley 10/1992.

El diverso sentido, tanto del recurso de apelación y del de casación, como los preceptos respectivamente reguladores en el pasado y en el presente de dichos recursos, hacen intrasladables al nuevo recurso de casación los criterios jurisprudenciales elaborados respecto del desaparecido recurso de apelación, por lo que las matizaciones que en el pasado se introdujeron respecto del artículo 94.1.a) LJCA, de cierta similitud con el actual artículo 93.2.a), no pueden conservar el valor jurisprudencial que el recurrente pretende.

Ajustándonos a los términos estrictos del actual artículo 93.2.a) LJCA, y puesto que la declaración de excedencia del titular de una relación de empleo público es una inequívoca cuestión de personal, que no produce la extinción de la relación funcional (“... afecten a la extinción de la relación de servicios de los que ya tuvieren la condición de funcionarios públicos”, art. 93.2 LJCA), es visto que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid no es susceptible de recurso de casación, como se indica en el auto recurrido, imponiéndose así la desestimación del recurso de queja.» (*Auto de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 3 marzo 1994.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

