

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. SELECCIÓN: 1. Profesorado de Enseñanza Secundaria. RD 574/1991. Equivalencia de titulación: Ingenieros Técnicos Forestales. Improcedencia. Legalidad de la disposición impugnada. 2. Selección. Recurso de casación en interés de ley. «Que la actuación calificadora de los órganos de selección deba estar presidida por los principios constitucionales de mérito y capacidad no comporta indeclinablemente que los juicios técnicos emitidos por estos órganos deban quedar sujetos al control jurisdiccional.» Las valoraciones efectuadas por los órganos calificadores son insusceptibles de control jurídico, como no sea en los supuestos de desviación de poder o extrema arbitrariedad. La sentencia recurrida, al sustituir el juicio técnico del Tribunal calificador basándose en el resultado de una prueba pericial, es errónea y gravemente dañosa para el interés general. 3. Selección de Profesorado Universitario. La posibilidad de un juicio de fondo por la Comisión de Reclamaciones no permite la pura sustitución del juicio técnico de la Comisión examinadora por el de aquella, debiendo limitarse a verificar el efectivo respeto de la igualdad de condiciones de los candidatos y de los principios de mérito y capacidad de los mismos, según estableció la STC 215/1991, de 14 noviembre. Necesidad de distinguir entre el núcleo material de la decisión y técnica, vedado al enjuiciamiento directo de la Comisión de Reclamaciones y sus aledaños. Ilegalidad del acuerdo de la Comisión de Reclamaciones en cuanto es consecuencia de una directa valoración por los dos asesores de la Comisión, uno de los cuales, además, no lo era del mismo área de conocimiento de la Cátedra sacada a concurso. 4. Oposiciones. Carácter vinculante de las bases. Exigencia de permiso de conducir de segunda, Clase B. Debe entenderse que se requiere el de Clase B-2, lo que no puede ser alterado por Decreto de la Alcaldía, posterior a la publicación de las bases y no publicado ni notificado, según el cual bastaba con la Clase B-1. 5. Selección. Pese a que la jurisprudencia ha considerado ilegal el «sistema de mochila», al consignarse en las bases y no haber sido impugnadas procede su aplicación. No cabe suspender por haberse calificado con cero un ejercicio cuando ello no deriva de las bases. 6. Profesorado universitario. El informe previo al comienzo de las pruebas tiene carácter necesariamente provisional, por lo que no cabe tachar de incongruente una calificación, posterior a aquellas, que no se ajuste al contenido de dicho informe. La Comisión de Reclamaciones no puede entrar en ámbitos de conocimiento reservados a la discrecionalidad técnica. El informe conjunto del artículo 9.7 RD 1888/94 no se suple con los informes individualizados al término de cada prueba, por lo que su misión constituye vicio invalidante: significado de la votación, la valoración y los informes razonados. 7. Acceso a funciones públicas en condiciones de igualdad. Contenido. 8. Selección. Desviación de poder. Adjudicación de plaza cuya convocatoria no se publica adecuadamente a Concejal del Ayuntamiento convocante. Convicción moral del Tribunal en virtud de los datos obrantes en el expediente y de los aportados en vía jurisdiccional.—II. DERECHOS: 1. Retribuciones. Profesores universitarios. Legalidad del RD 1086/1989. Legalidad de la diversidad de tratamiento de los catedráticos y profesores titulares habida cuenta de sus distintas situaciones jurídicas. 2. Trienios. Veterinarios titulares. Cuando desempeñan sus funciones en régimen de jornada reducida, los trienios, tanto a efectos activos como de haberes pasivos, han de computarse con igual reducción. Jurisprudencia reiterada en revisión. 3. Funcionarios. Extinción, por renuncia, de la relación de servicio. Por tratarse de una manifestación de voluntad recepticia sólo será eficaz a partir de su aceptación. En tanto ésta no se haya producido y al no haber trascendido aún de la esfera jurídica de quien la realiza, continúa en éste la facultad de disponer de su manifestación de voluntad, de modo que puede ser dejada sin efecto por su autor, con la lógica salvedad de los intereses de

terceros. La Comisión de Gobierno municipal carece de competencia para aceptar la renuncia. 4. Negociación colectiva. Funcionarios locales. Nulidad de convenio, tanto por ser improcedente en la fecha en que se estipuló como por incluirse en el mismo a los funcionarios y al personal laboral, sin que sea posible escindir la unidad de aquél. 5. Funcionarios Auxiliares de Sanidad con Diploma de la ENS. Improcedencia de asignar a todos los Auxiliares Sanitarios el mismo coeficiente retributivo e índice de proporcionalidad, dada la distinta titulación que ostentan. Recurso de revisión. 6. Negociación colectiva. Nulidad de Decreto autonómico sobre indemnización por prestación de servicios singulares del personal adscrito a la tarea de prevención, vigilancia y extinción de incendios, por tratarse de materia comprendida en el artículo 32 de la Ley 9/1987, que, por tanto, no podrá regularse sin la previa negociación, que tiene carácter estrictamente obligatorio. «Se alcance o no un resultado y requiera o no el acuerdo alcanzado el refrendo o la regulación por parte del órgano de gobierno de la Administración.» 7. Complemento de destino. Letrado que ejerce funciones de sustituto de Letrado del Estado en defensa del INEM. Inexistencia de derecho a la igualdad. Legalidad del acuerdo de Consejo de Ministros 21-11-1986. 8. Negociación colectiva. Suspensión de diversos preceptos del acuerdo que la aprueba. Procedencia porque, si bien se trata de cláusulas de escasa incidencia económica en el plano individual, su alcance real deriva de su incidencia en áreas estatutarias regidas de modo preminente por el ordenamiento jurídico general y que se extiende también en sentido horizontal por la capacidad potencial de coordinación de un Acuerdo de esta índole sobre un número indefinido de unidades negociadoras en las que intervienen las mismas siglas sindicales y con similares postulaciones reivindicativas. 9. Profesores de Universidad. Retribuciones. El RD 1086/1989 no se opone a la autonomía investigadora de la Universidad. 10. Complemento de plena dedicación. Cuerpo Nacional de Policía. Derecho al reconocerse a otros funcionarios en igual situación. Revisión. 11. Derechos. Casas Militares. Legalidad RD 1751/1990.—III. INCOMPATIBILIDADES: 1. Incompatibilidades. Inexistencia de responsabilidad y consiguiente derecho a indemnización como consecuencia de la modificación de la legislación aplicable, de la que deriva la incompatibilidad para un segundo puesto de trabajo. Análisis y exposición de la doctrina reiterada del TC y del TS. 2. Incompatibilidades. De farmacéutico titular interino con Alcalde de municipio en que radica la farmacia. Existencia, pues no se trata de velar por la imparcialidad del Alcalde, sino de la del farmacéutico titular.—IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Expediente disciplinario. Cuerpo Nacional de Policía. Suspensión provisional y suspensión firme: régimen jurídico y diferencias a efectos retributivos. Recurso extraordinario de apelación en interés de ley. 2. Régimen disciplinario. La precisión fáctica de los cargos es exigible en cualquier caso y su omisión puede adquirir significado de vicio invalidante. Adopción de acuerdos manifiestamente ilegales. Debe tratarse: 1) de actos positivos de contenido decisorio; 2) ilegalidad manifiesta, y 3) que causen perjuicios a la Administración o a los ciudadanos, que habrán de ser probados por la Administración. 3. Faltas. Abandono de servicio: características. Procedencia de sustituirla por la falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave. 4. Régimen disciplinario. Legalidad del artículo 49 RRDFP, impugnado directamente en casación. La suspensión firme del artículo 50.1 LFCE no es la que ha adquirido firmeza, sino la que no es «provisional».

I. SELECCIÓN

1. *Profesorado de Enseñanza Secundaria. RD 574/1991. Equivalencia de titulación: Ingenieros Técnicos Forestales. Improcedencia. Legalidad de la disposición impugnada.*

«El principio de reserva material de ley prohíbe que la Administración regule materias reservadas al Poder Legislativo (art. 9.3.C, arts. 51 y 62.2 LRJAP y PAC, y arts. 23.1 y 26 de la LRJAE). El reglamento ejecutivo, como complemento indispensable de la Ley, puede explicitar reglas que en la ley están anunciadas y puede aclarar conceptos de la ley que sean imprecisos: el reglamento puede ir más allá de ser puro

ejecutor de la ley, a condición de que el comportamiento de la Administración sea acorde con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Por ello, los Tribunales, cuando se cuestiona la validez de un reglamento —o de alguno o algunos de sus preceptos, como es el caso que nos ocupa—, deben ponerlo en relación con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (y tratándose de reglamentos ejecutivos particularmente con la ley que desarrollen), con los principios generales del derecho y con la doctrina jurisprudencial en la medida en que ésta complementa el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC), en aras del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución.

1. En el preámbulo del Real Decreto impugnado, se explicita que la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación del Sistema Educativo, y la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública, constituyen las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos docentes, y que autorizan al Gobierno para su desarrollo reglamentario en aquellos aspectos necesarios para garantizar el marco común básico de la Función Pública docente. Y precisa que el desarrollo reglamentario de las bases relativas al ingreso, debe venir precedido por el previo desarrollo de otras materias contenidas en dicha normativa, relacionadas con las enseñanzas que deberán impartir los funcionarios docentes.

2. El artículo 24.1 de la LO 1/1990, de 3 octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, dispone que la educación secundaria obligatoria será impartida por licenciados, ingenieros y arquitectos o quienes posean titulación equivalente a efectos de docencia. Este precepto se completa con las siguientes disposiciones:

a) Por el artículo 24.2 de dicha Ley Orgánica y por la disposición adicional undécima, apartado 2, párrafo 1.º, de la misma, que exigen que, además, para impartir dichas enseñanzas es necesario estar en posesión de un título profesional de especialización didáctica.

b) Por el artículo 24.1, segundo inciso, de dicha Ley Orgánica y por la disposición adicional undécima, apartado 2, párrafo 2.º, de la misma, que permiten que, en el caso de materias o áreas de especial relevancia para la formación profesional, el Gobierno, de acuerdo con las Comunidades Autónomas, pueda determinar la equivalencia, a efectos de docencia, de determinadas titulaciones de ingeniero técnico, arquitecto técnico o diplomado universitario. Existe, pues, una habilitación al Gobierno, que se completa con el último párrafo de dicha Disposición Adicional, que autoriza al Gobierno, de acuerdo con las Comunidades Autónomas, para poder establecer, en determinadas áreas o materias, la equivalencia a efectos de docencia, de otras titulaciones siempre que éstas garanticen los conocimientos adecuados, pudiendo, además, exigirse una experiencia profesional en un campo laboral relacionado con la materia o área a la que se aspire. Dicha habilitación a los efectos de impartir la enseñanza, se completa con la habilitación que otorga el artículo 24.2 de la LO 1/1990 al Gobierno para regular las condiciones de acceso al curso de cualificación pedagógica y el carácter y efectos de los correspondientes títulos profesionales, así como las condiciones para su obtención, expedición y homologación.

c) En el procedimiento de elaboración del Real Decreto impugnado, se solicitó informe a las Comunidades Autónomas, y constan en el expediente los informes de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Canarias, Cataluña, Galicia y Navarra, en relación con el artículo 16, apartados 2, 3 y 5, del proyecto de Real Decreto impugnado.

3. El artículo 2.1.d) de la Ley 12/1986, de 1 abril, que regula las atribuciones profesionales de los Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos, dispone que corresponde a los Ingenieros Técnicos, dentro de su respectiva especialidad, el ejerci-

cio de la docencia en sus diversos grados, en los casos y términos previstos en la normativa correspondiente, y, en particular, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria. Por lo tanto, la cuestión queda reducida a determinar si el Gobierno tenía habilitación para desarrollar, por vía reglamentaria, lo concerniente a la determinación de la equivalencia a efectos docentes de determinadas titulaciones de Ingeniero Técnico. Y la cuestión debe ser resuelta en el sentido que la habilitación que la LO 1/1990 otorga al Gobierno es una habilitación reglamentaria, puesto que en el Real Decreto impugnado no se contiene una regulación *ex novo* de la materia que se desarrolla, porque el artículo 16 del mismo es un precepto de desarrollo de materia contemplada en la norma legal.

1. El artículo 16.2.a) del Real Decreto impugnado precisa que se declaren equivalentes a efectos de docencia las titulaciones que se indican en el ANEXO I, hasta tanto se establecen las nuevas especialidades previstas en la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo. En el ANEXO I aparece la titulación de Ingeniero Técnico Forestal declarada equivalente a los efectos de la docencia, que permite a los Ingenieros Técnicos Forestales el acceso al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria y les habilita para la impartición de las materias relacionadas con la "Tecnología de la Rama Agraria" y con la "Tecnología de la Rama de Madera".

2. Respecto a las materias sobre "Tecnología de la Rama de Artes Gráficas" y sobre "Tecnología de la Rama de Construcción y Obras", el citado ANEXO I declara equivalentes a efectos de docencia a otras titulaciones, y en ambos casos añade: "cualquier otro título que sea declarado específicamente equivalente a alguno de los citados".

La jurisdicción contencioso-administrativa es revisora de hacer de la Administración. Por ello, en el proceso contencioso-administrativo se trata de determinar si en la elaboración del Real Decreto impugnado, al no incluir en las tecnologías indicadas (Rama de Artes Gráficas y Rama de Construcción y Obras), se actuó o no conforme a Derecho. La parte demandante, escuetamente, indica que los Ingenieros Técnicos Forestales, tienen una titulación que guarda relación directa con la industria papelera, y que dichos ingenieros pueden llevar a efecto la construcción de un cortafuegos y todo tipo de estructuras y construcciones precisas para repoblaciones, explotación y defensa del monte y transformación de productos forestales, por lo que entiende que se les debe incluir en aquellas ramas. Pero esta petición no puede ser estimada, porque sería tanto como sustituir el criterio de la Administración por el propio de la parte demandante, siendo así que en el expediente administrativo no existe ningún dato objetivo que permita afirmar, en este proceso, que la Administración infringió el ordenamiento jurídico.

No existe motivo alguno para plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Disposición Adicional Undécima de la LO 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.

Todo lo anteriormente razonado conduce a la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Forestales de Madrid, contra el RD 574 de 1991, de 2 abril.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, 21 junio 1994.*)

2. *Selección. Recurso de casación en interés de ley.* «Que la actuación calificadora de los órganos de selección deba estar presidida por los principios constitucionales de mérito y capacidad no comporta indeclinablemente que los juicios técnicos emitidos por estos órganos deban quedar sujetos al control jurisdiccional.» *Las valoraciones efectuadas por los órganos calificadores son insusceptibles de control jurídico, como no sea en los supuestos de desviación de poder o extrema arbitrariedad. La sentencia recurrida, al sustituir el juicio técnico del Tribunal calificador basándose en el resultado de una prueba pericial, es errónea y gravemente dañosa para el interés general.*

«El Abogado del Estado interpone recurso de casación en interés de la ley contra la Sentencia de 22 junio 1992, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que estimando en parte el recurso promovido contra una resolución de la Secretaría General de Comunicaciones, confirmatoria en alzada de la adoptada por el Tribunal de las Oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Gestión Postal y de Telecomunicación, convocadas por Resolución de 15 de julio de 1988, que excluyó al recurrente de la lista de aprobados del tercer ejercicio por no haber alcanzado la puntuación mínima exigida en las bases de la convocatoria, anula los indicados actos y declara el derecho del recurrente a ser calificado con una puntuación no inferior a la mínima obtenida por una determinada opositora que superó dicho ejercicio.

Cumplidos los presupuestos procesales que exige el artículo 192.b) de la Ley de esta Jurisdicción, es decir, legitimación para la interposición de este recurso, que indudablemente corresponde al Abogado del Estado, presentación del recurso ante esta Sala en el plazo de tres meses y respeto al carácter subsidiario del mismo, ya que la sentencia recurrida ha sido dictada en materia de personal, excluida de la casación —ordinaria y para unificación de la doctrina— procede examinar si efectivamente, como sostiene la Abogacía del Estado, la resolución judicial impugnada es errónea y gravemente dañosa para el interés general.

Hay que puntualizar, en primer lugar, frente a lo que dice al respecto la sentencia recurrida, que existe una línea jurisprudencial consolidada contraria a que los Tribunales de este orden jurisdiccional puedan sustituir el juicio técnico de los Tribunales y Comisiones de selección para el acceso a la función pública, de la que son exponente, entre otras, las Sentencias de este Tribunal de 17 abril y 27 junio 1986 (RJ 1986, 2795 y 4900), 9 y 19 diciembre del mismo año (RJ 1986, 7211 y 7479), 17 diciembre 1986 (RJ 1986, 7471) —recaída en recurso de apelación en interés de la ley—, 21 enero y 3 febrero 1987 (RJ 1987, 258 y 561), 5 y 26 octubre 1989 (RJ 1989, 6843 y 7246) y 8 noviembre de ese mismo año (RJ 1989, 7828).

Precisado esto, hay que decir que está fuera de discusión que el acceso a la función pública debe inspirarse en los principios constitucionales de mérito y capacidad y por supuesto en el principio de igualdad. Pero a renglón seguido hay que subrayar que es la ley la llamada a regular el acceso a la función pública —art. 103.3 de la Constitución— y que el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos es un derecho de configuración legal, “con los requisitos que señalen las leyes”, puntualiza el artículo 23.2 de la Constitución. Justamente porque es así, el artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Reforma de la Función Pública, continuando la tradición legislativa en esta materia, ha entendido oportuno encomendar el control del acceso a la función pública a unos “órganos de selección”, apoderando al Gobierno para regular su composición y funcionamiento con la garantía de que quede asegurada la especialización de sus miembros y la agilidad del proceso selectivo, sin perjuicio de su objetividad. En otras palabras, el legislador ha optado, en el marco de las previsiones constitucionales, por atribuir a unos órganos *ad hoc* especializados, y no a las estructuras administrativas ordinarias, o lo que es igual, a la Administración propiamente dicha, en aras de la objetividad, la competencia para seleccionar al personal que aspira a incorporarse a los

cuadros de la Administración. Es lo que, en definitiva, en términos bien expresivos, viene a decir el artículo 11 del Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado —Real Decreto 2223/1984, de 19 diciembre— al referirse a los Tribunales, como órganos de selección, que “serán nombrados, en su caso, en cada orden de convocatoria, y con arreglo a la misma les corresponderá el desarrollo y calificación de las pruebas selectivas” y lo que también coherentemente dice el artículo 20 del mismo Reglamento, a propósito de la propuesta de aprobados, que “las resoluciones de los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección vinculan a la Administración”. Y hasta tal punto es así, que cuando ésta revisa de oficio —o en vía de recurso— las resoluciones de los órganos de selección deben “practicarse de nuevo las pruebas o trámites afectados por la irregularidad”, lo que revela que la Administración no puede sustituir a aquéllos en la calificación de las pruebas selectivas, sino limitarse a apreciar los vicios jurídicos en que hayan podido incurrir con arreglo a las bases de la convocatoria o normas legales o reglamentarias que deban presidir su actuación. Es en este contexto en el que hay que interpretar el artículo 17 del mencionado Reglamento y no aisladamente, como hace la sentencia impugnada, pues aunque en él se apodera a la Administración —convocante de las pruebas— para conocer de las impugnaciones que los interesados puedan formular contra la actuación del Tribunal o Comisión de Selección, abriendo consiguientemente la vía para su ulterior control jurisdiccional, hay que tener presente que esa potestad no alcanza a sustituir a los órganos de selección en su función genuina, calificar las pruebas selectivas, en la que gozan de competencia exclusiva, razón por la que sus decisiones vinculan a la Administración y por ende a los Tribunales de este orden jurisdiccional, habida cuenta del carácter revisor de los poderes de éstos.

De lo expuesto se desprende que no podemos compartir la solución que patrocina la sentencia recurrida. Que la actuación calificadora de los órganos de selección deba estar presidida por los principios constitucionales de mérito y capacidad no comporta indeclinablemente que los juicios técnicos emitidos por esos órganos, al valorar los ejercicios y pruebas de los candidatos a ingreso en la función pública, deban quedar sujetos al control jurisdiccional. Si la ley, llamada por el artículo 103.3 de la Constitución a regular el acceso a la función pública, ha entendido que la objetividad del proceso de selección queda asegurada encomendando esa función a unos órganos especializados que gozan de independencia funcional, quedando vinculada la Administración al resultado de la calificación de las pruebas selectivas, parece obligado reconocer que tampoco en vía jurisdiccional es legalmente posible sustituir a dichos órganos en su función calificadora, ni siquiera apelando a una prueba pericial, pues como ya se dijo en la Sentencia de 8 noviembre 1989, “... cuando la prueba pericial está dirigida a suministrar unos conocimientos que carecen de trascendencia para la decisión del litigio porque este Tribunal no tiene, como en este caso, potestades para fiscalizar el contenido de una actuación que por esencia es discrecional en su aspecto técnico, y esto es precisamente lo que ocurre con las valoraciones efectuadas por los órganos calificadores, insusceptibles de control jurídico, como no sea en los supuestos extremos de desviación de poder o notoria arbitrariedad, y entonces sólo para anular las mismas y nunca para sustituirlas por otras, la prueba pericial deviene inoperante”.

En definitiva, la sentencia recurrida al sustituir el juicio técnico del Tribunal calificador de las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Gestión Postal y de Telecomunicación, basándose en el resultado de una prueba pericial, es errónea.

Y también es gravemente dañosa para el interés general. Basta reparar en que la consolidación de la doctrina propugnada por el Tribunal *a quo*, con ocasión de otros recursos iguales o semejantes, trastocaría el sistema legal de acceso a la función pública, montado por la ley y las disposiciones reglamentarias de desarrollo sobre la actuación de unos órganos colegiados especializados a los que se encomienda con carácter exclusivo la calificación de las pruebas selectivas.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 8 julio 1994.*)

3. *Selección de Profesorado Universitario. La posibilidad de un juicio de fondo por la Comisión de Reclamaciones no permite la pura sustitución del juicio técnico de la Comisión examinadora por el de aquélla, debiendo limitarse a verificar el efectivo respeto de la igualdad de condiciones de los candidatos y de los principios de mérito y capacidad de los mismos, según estableció la STC 215/1991, de 14 noviembre. Necesidad de distinguir entre el núcleo material de la decisión y técnica, vedado al enjuiciamiento directo de la Comisión de Reclamaciones y sus aledaños. Ilegalidad del acuerdo de la Comisión de Reclamaciones en cuanto es consecuencia de una directa valoración por los dos asesores de la Comisión, uno de los cuales, además, no lo era del mismo área de conocimiento de la Cátedra sacada a concurso.*

«El demandante en el proceso apela la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 3 mayo 1991, que desestimó su recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Comisión de Reclamaciones de la Universidad de Salamanca, desestimatoria de su recurso de reposición contra resolución de la propia Comisión, que revocó la propuesta en su favor de la Comisión Calificadora del concurso para la provisión de una plaza de Catedrático de Antropología Filosófica de dicha Universidad, a virtud de reclamación de otro concursante, recurso contencioso-administrativo posteriormente ampliado a la Resolución del Rector de la citada Universidad de 15 junio 1988 declarando desierta la plaza convocada a concurso.

En esencia, el objeto de la litis se centra en torno a las facultades de la Comisión de Reclamaciones, en el sentido de si forma parte de ellas la de entrar en el fondo del juicio de calificación realizado por la Comisión de Calificación del concurso, revisando sus juicios técnicos, extremo respecto al que las tesis de las partes demandante y demandada adoptan una posición contradictoria, negativa y afirmativa, respectivamente.

Es la última la que prospera en la sentencia recurrida, que, en un primer planteamiento general (FD 3.º), proclama que “formada la Comisión por Catedráticos de Universidad adscritos a diversas áreas de conocimiento y con amplia experiencia docente e investigadora, sus facultades se extienden no sólo al control de los aspectos referentes al examen de la regularidad del procedimiento, o lo que es lo mismo, de los defectos o vicios de forma en que hayan podido incurrir las Comisiones de Calificación; sino también en cuanto al fondo, que se encuentra en la ‘desviación de poder’ su primer elemento de análisis...”. Tal concepción general se concreta más adelante (FD 4.º), diciendo que “el alcance de esta potestad revisora de la Comisión de Reclamaciones alcanza: a) al examen de los méritos y capacidades de los candidatos efectuado por el Tribunal Juzgador (entra pues en el campo de su discrecionalidad técnica); y b) la ratificación o no de la propuesta elevada por la Comisión Calificadora, no devolviendo el expediente a ese órgano. Su límite está en la imposibilidad de sustituir los criterios y baremos utilizados por el Tribunal por otros propios y diferentes, y en la propuesta de ‘no provisión de la plaza’ (art. 40 de la LRU)”. Para ello la sentencia admite que la Comisión de Reclamaciones pueda utilizar los “asesoramientos que considere oportunos”.

La sentencia se refiere a continuación (FD 5.º) al relato de lo acontecido en las diversas fases del concurso hasta la propuesta final de la adjudicación de la plaza al concursante don José Luis R. M., y ulterior queja del otro concursante don Luis C. R., “que determinó la formación de la Comisión de Revisión legalmente prevista, la que previo nombramiento de dos asesores especialistas en la materia a que se refiere la Cátedra vacante, resolvió dejar sin efecto la propuesta de la Comisión Calificadora declarando desierta la Cátedra discutida. Se acogió la reclamación del profesor C. R. porque en una apreciación global de los méritos de los candidatos y del resultado de las pruebas efectuadas estimó que la propuesta de adjudicación realizada

no respetaba los principios de mérito y capacidad de los candidatos, como era indispensable”.

Acepta la sentencia (FD 6.º) que en esa revisión la Comisión de Reclamaciones no se extralimita en sus facultades, pues “se extendían tanto a los aspectos formales como de fondo planteados por la reclamación efectuada contra la propuesta de adjudicación de la Cátedra realizada por la Comisión de Calificación, incluso volviendo a juzgar de nuevo aunque, en general, sobre los mismos datos de que dispuso aquélla, por lo que al hacer una valoración de conjunto de la totalidad de las fases o ejercicios del Concurso, llegando a la convicción de que en la propuesta de la Comisión Evaluadora no se habían atendido los principios y derechos constitucionales de mérito y capacidad rectores del acceso a la función pública, entendiéndose que existía superioridad científica en el reclamante profesor C. R., respecto del propuesto por la Comisión encargada de resolver el concurso dejándola sin efecto y declarando desierta la provisión, no sólo no exorbitó el ámbito de sus atribuciones ordinarias al penetrar en la cuestión de fondo del procedimiento seguido por la Comisión Clasificadora penetrando en su ‘discrecionalidad técnica’, sino que los actuó debidamente ejercitando un derecho y cumpliendo un deber que inescusablemente le incumbía”.

Por último, la sentencia rechaza la alegación del recurrente referente a la inidoneidad de los asesores de la Comisión de Reclamaciones, y la pretendida infracción de los principios de igualdad, mérito y capacidad, y desviación de poder.

El extenso escrito de alegaciones del apelante, tras un primer apartado de antecedentes de hecho en el que relata todas las vicisitudes del concurso, y del ulterior recurso contencioso-administrativo hasta la sentencia, recoge sus argumentaciones jurídicadas en tre largos capítulos (III, IV y V) bajo las titulaciones respectivas de: “Nulidad de la resolución de la Comisión de Reclamaciones revocando la propuesta de la Comisión Clasificadora” (*sic*); “La competencia para valorar los méritos de los candidatos es exclusiva de la Comisión que ha de resolver el concurso”; y “Nulidad de la resolución de la Comisión de Reclamaciones por basarse en el asesoramiento de expertos incompetentes y por incumplir el procedimiento legal de concurso del Real Decreto 1888/1984, de 26 septiembre”.

En el primero de los dos capítulos argumentales referidos la parte hace un minucioso comentario de los artículos 43 de la Ley de Reforma Universitaria y 14 del RD 1888/1984, y de los efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1987, de 27 febrero (RTC 1987, 26), que declaró inconstitucional y nulo el apartado 3 del artículo 43 de la LRU, como base para la censura del fundamento jurídico 2.º de la sentencia apelada en el punto, clave ciertamente en todo su discurso, en el que define a la Comisión de Reclamaciones como un “órgano de control o revisión de las actividades calificadoras o juzgadoras de los Tribunales encargados de valorar la aptitud e idoneidad de los aspirantes a plazas de funcionarios”, para sostener, frente a esa tesis de la sentencia, la de que tal competencia “no puede deducirse de la dicción literal del artículo 43 de la Ley de Reforma Universitaria ni del artículo 14 del Real Decreto 1888/1984”, y que “no ha existido, ni existe, norma alguna que otorgue a la Comisión de Reclamaciones competencias para valorar los méritos de los candidatos, y por tanto la Resolución de 10 febrero 1988 que adoptó es nula”.

El segundo de los capítulos argumentales referidos, dividido a su vez en subapartados, puede sintetizarse en el objetivo global de rechazar las facultades de la Comisión de Reclamaciones para valorar los méritos de los candidatos, en relación con cuyo objetivo se hace un examen de la composición de la Comisión de Calificación del Concurso, del necesario presupuesto de la homogeneidad entre el área de conocimiento de la plaza objeto de concurso y la de los miembros de la misma, así como de las cualidades de éstos y la objetividad de su procedimiento de designación, con abundante cita jurisprudencial sobre las facultades de la Comisión de Reclamaciones.

Finalmente, el tercero de los capítulos argumentales referidos censura la idoneidad de los dos asesores de la Comisión de Reclamaciones, para la valoración de los méritos de los candidatos, pues uno de ellos, catedrático, no lo era en la disciplina a

la que correspondía la cátedra sacada a concurso, y el otro, que sí era profesor de esa disciplina, no tenía el grado académico de doctor.

Por su parte, las alegaciones de la Universidad de Salamanca, demandada apelada, se limitan a decidir que las del apelante consisten en la reproducción de las que ya habían sido debatidas en el pleito en primera instancia, olvidándose de rebatir los argumentos de la sentencia que apela, y que el apelante desconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 noviembre 1991 (RTC 1991, 215) sobre competencias de la Comisión de Reclamaciones, con la que, en su criterio, coincide la tesis de la sentencia recurrida acerca de las competencias de dicha Comisión.

Han sido reiteradas las ocasiones en que esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión de las potestades de las Comisiones de Reclamaciones de las Universidades en los concursos para la provisión de las cátedras. Por ceñirnos a las sentencias más recientes, podemos referirnos a la Sentencia de 3 diciembre pasado (RJ 1993, 9530), que se hace eco de otras anteriores, las de 28 enero y 24 marzo 1992 (RJ 1992, 110 y 2805), y en la cual, a su vez, como no podía ser menos, se toma de modo explícito la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1991, de 14 noviembre, con amplia cita de parte de su fundamentación.

Decíamos en la sentencia de primera cita que la posibilidad de un juicio de fondo confiado a las Comisiones de Reclamaciones por el Preámbulo del RD 1888/1984, y no sólo de control formal, no permite la pura sustitución del juicio técnico de la Comisión encargada de juzgar el concurso por el de la Comisión de Reclamaciones, que es, cabalmente, según se razonará después, lo que hizo en este caso la Comisión de Reclamaciones de la Universidad de Salamanca, y fue aceptado por la sentencia apelada.

Aun partiendo de unas facultades de enjuiciamiento de fondo de la evaluación llevada a cabo por la Comisión Calificadora del concurso, por parte de la de Reclamaciones, se advertía en las sentencias precitadas, que ese enjuiciamiento es limitado. En palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional aludida en la nuestra (FD 5.º), la tarea de la Comisión de Reclamaciones “no puede ser ciertamente la de sustituir en su integridad la decisión técnica adoptada por las Comisiones Calificadoras...”; “la única valoración que sobre los aspectos materiales de los concursos compete efectuar a la Comisión de Reclamaciones es la dirigida a verificar el efectivo respeto por las Comisiones juzgadoras de la ‘igualdad de condiciones de los candidatos’ y de ‘los principios de mérito y capacidad de los mismos’ en el procedimiento de adjudicación de las plazas”.

Advertíamos en la Sentencia de 3 diciembre 1993, con referencia a la del Tribunal Constitucional precitada, que tomábamos entonces, lo mismo que ahora, como pauta, la distinción que en ella se hace entre el núcleo material de la decisión técnica, vedado al enjuiciamiento directo de la Comisión de Reclamaciones, y sus aledaños, ámbito este último en el que se sitúa la tarea de esa Comisión, para un control negativo, cuyo objeto directo es “comprobar que, sin perjuicio de su libre valoración técnica, las propuestas de los órganos técnicos calificadores no han quebrantado, por su apartamiento de los principios de mérito y capacidad la igualdad de trato a que tienen derecho los concursantes”, y en cuyo control “los aspectos materiales del concurso tienen una finalidad meramente instrumental, la de permitir la comprobación mencionada”.

Y, por último, se resaltaba en nuestra misma sentencia la significación que la del Tribunal Constitucional atribuye al papel de los asesoramientos que puede solicitar la Comisión de Reclamaciones, de los que decía que “a su vez, los asesoramientos que la Comisión ha de solicitar (art. 43.3 LRU) deben entenderse como un medio de auxilio —explicable en razón del carácter no especializado de la Comisión de Reclamaciones— al servicio de tal finalidad y no como soporte en que dicha Comisión pudiera cimentar una revisión del juicio técnico de los repetidos órganos calificadores, los cuales, integrados por personas designadas mediante procedimientos basados en criterios objetivos y generales que avalen su competencia científica (art. 42.2 LRU), son los únicos habilitados para emitir tal juicio”.

En el caso actual, como en el que fue objeto de la Sentencia de 3 diciembre 1993, la Comisión de Reclamaciones no se ha limitado a moverse en el ámbito de los alcances del juicio técnico de la Comisión de Calificación, y en el del control directo de la observancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad, como perspectiva de análisis, sino que realmente ha sustituido a la Comisión de Calificación en el juicio técnico comparativo de los méritos de los candidatos en conflicto, situándose así “en el propio núcleo material de la decisión técnica”, y utilizando el informe de los asesores como “soporte en que... cimentar una revisión del juicio técnico de los... órganos calificadores”, por utilizar las mismas palabras del Tribunal Constitucional.

Basta leer en el expediente administrativo la cuestión propuesta por la Comisión de Reclamaciones a sus asesores y el contenido de los informes de éstos, para evidenciar que, en efecto, se ha producido esa sustitución, lo que ni tan siquiera se pone en cuestión en la sentencia apelada, cuyos párrafos fundamentales quedaron transcritos.

La vulneración de los principios de mérito y capacidad que se aprecia en la resolución revocatoria de la Comisión de Reclamaciones no deriva de un análisis inmediatamente referido a la observancia de dichos principios y en relación con ellos a un juicio meramente instrumental sobre los méritos de los candidatos, sino que es la consecuencia a la que se llega de una directa valoración por parte de los dos asesores designados por esa Comisión para revisar la valoración efectuada por la de Calificación, haciendo por su parte directamente la valoración de los méritos alegados por los concursantes en litigio.

En definitiva, la Comisión de Reclamaciones vino a encomendar a sus asesores prácticamente la misma función sustancial que la LRU y el RD 1888/1984 atribuyen a la Comisión de Calificación, para tomar después el informe de estos asesores como base de su propia decisión, lo que sin duda es contrario al limitado papel que en la sentencia del Tribunal Constitucional citada, y en las nuestras, se reconoce a dichos asesores.

Pero, además, es fundamental destacar el dato de que de los dos nombrados, el que ostentaba el grado universitario de catedrático, no lo era del mismo área de conocimientos de la cátedra sacada a concurso, que era de Antropología Filosófica, mientras que dicho experto era catedrático de Antropología Social, siendo clara la diversidad de las áreas de conocimiento según el Anexo correspondiente del RD 1888/1984; y el segundo asesor, que sí pertenecía como profesor a la misma área de conocimiento de la cátedra sacada a concurso, no tenía el grado de doctor, debiendo así compartir la crítica que hace el apelante en este punto de la sentencia, y a su través de la resolución de la Comisión de Reclamaciones. Aunque, ciertamente, el artículo 43 de la LRU no defina ningún requisito especial respecto de la titulación de los asesores, a utilizar por dicha Comisión, no parece correcto que, cuando estos asesores se eligen para que realicen la función que la Ley atribuye a los miembros de la Comisión de Calificación, lo cual es ya de por sí contrario a derecho, encima se elija para esa misión a quienes ni tan siquiera cumplen los requisitos de titulación y de homogeneidad de área de conocimiento exigidos a los miembros de la Comisión de Calificación.

Es obligado así concluir, como en nuestra sentencia de precedente cita, que ese modo de proceder de la Comisión de Reclamaciones vulnera lo dispuesto en el artículo 43 de la LRU, por el exceso de las atribuciones que se arrogó, así como el artículo 37.3 del mismo texto legal, por lo que supone de desconocimiento de la función asignada a la Comisión Calificadora del concurso, vulneraciones ambas que, conforme a lo dispuesto en el artículo 48.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo (a la sazón vigente), deben determinar la anulación de las resoluciones administrativas recurridas, y la revocación de la sentencia apelada, que no lo entendió así.

El vicio imputado a la primera de las resoluciones administrativas en orden cronológico, se transmite a la revocatoria del recurso de reposición, y afecta derivadamente a la resolución del Rector de la Universidad de Salamanca, a la que ulterior-

mente se amplió el recurso contencioso-administrativo, pues la declaración de desierto del concurso carece de base de fundamentación.

En cuanto a la petición del reconocimiento del derecho al nombramiento como catedrático de acuerdo con la propuesta de la Comisión de Calificación, diferencias retributivas e intereses, debe estimarse, en sus dos primeros contenidos, conforme a lo dispuesto en los artículos 42 y 84.b) de nuestra Ley Jurisdiccional, toda vez que, restablecida la plena validez de la propuesta de aquella Comisión, al anular la que la revocó, el nombramiento de catedrático debía ser preceptivo, según lo dispuesto en el artículo 42 de la LRU, con la consecuente derivación del derecho retributivo derivado del nombramiento. No procede, sin embargo, aceptar la petición de intereses, pues no es posible hablar de demora en el pago, que sería la causa de los mismos, conforme a lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil, ya que propiamente la obligación de pago de dinero se constituye por esta sentencia.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 9 julio 1994.*)

4. *Oposiciones. Carácter vinculante de las bases. Exigencia de permiso de conducir de segunda, Clase B. Debe entenderse que se requiere el de Clase B-2, lo que no puede ser alterado por Decreto de la Alcaldía, posterior a la publicación de las bases y no publicado ni notificado, según el cual bastaba con la Clase B-1.*

«La sentencia apelada estima el recurso contencioso-administrativo promovido por el señor R. L. contra acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de La Carlota, confirmado en reposición, por el que a la vista de la propuesta formulada por el Tribunal Calificador de pruebas selectivas convocadas para cubrir una plaza de Guardia de la Policía Local, se nombra al aspirante propuesto, anulando el fallo recurrido los actos impugnados y declarando que la plaza debe ser adjudicada al recurrente, que seguía inmediatamente en puntuación obtenida al aspirante nombrado, y ello por entender el Tribunal *a quo*, en síntesis, que el opositor seleccionado no estaba en posesión del permiso de conducir de la Clase B-2, requisito exigido por las Bases de la convocatoria para participar en las pruebas, cuya omisión no podía ser subsanada por el Decreto de la Alcaldía, no publicado ni notificado a los opositores y que la sentencia considera nulo, por el que se aclaraba dicho requisito, referido en la convocatoria a la posesión del “permiso de conducir de segunda, Clase B”, disponiendo que debía interpretarse referido al “permiso de conducir de segunda Clase B-1 y hallarse en condiciones, si el aspirante resultara seleccionado de obtener el B-2”.

Frente a este fallo se alza el Ayuntamiento de La Carlota argumentando que las Bases exigían solamente el permiso de conducir de segunda Clase B, siendo, por tanto, indiferente que se tratara del B-1, que poseía el opositor seleccionado, o del B-2, por lo que, a juicio de la Corporación apelante, era irrelevante el Decreto aclaratorio de la Alcaldía, cuya nulidad, en consecuencia, no afecta a las calificaciones otorgadas por el Tribunal de las pruebas.

La cuestión planteada se reduce, por consiguiente, a determinar cuál es la clase de permiso de conducir a que se refieren las Bases de la convocatoria al exigir el “permiso de conducir de segunda, Clase B”, toda vez que entre las clases de permisos de conducción que el Código de la Circulación contempla no figura la clase “segunda”, sino, entre otras, las Clases B-1 y B-2; cuestión que debe resolverse en el sentido de entender exigido el permiso de Clase B-2, como acertadamente hace la sentencia apelada, cuyo criterio viene a coincidir con lo establecido en el artículo 262 I de dicho Código, según redacción dada por el Real Decreto 3463/1983, de 28 septiembre, en el que se dispone que para conducir, entre otros turismos, los de los

servicios de policía, es necesario el permiso de Clase B-2, careciendo, por tanto, de fundamento la única alegación apelatoria formulada por el Ayuntamiento de La Carlota.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 5 octubre 1994.*)

5. *Selección. Pese a que la jurisprudencia ha considerado ilegal el «sistema de mochila», al consignarse en las bases y no haber sido impugnadas procede su aplicación. No cabe suspender por haberse calificado con cero un ejercicio cuando ello no deriva de las bases.*

«El Ayuntamiento de Briviesca declaró desierta la plaza de bibliotecario-encargado de la Casa Municipal de Cultura, de acuerdo con la propuesta de resolución del Tribunal Calificador del pertinente concurso-oposición, declaración impugnada por el recurrente, al estimar que infringe la base sexta de la convocatoria, por no haber adicionado los puntos obtenidos en la fase de concurso —y no precisados en el resto de los ejercicios (5,5 puntos)— a la calificación de cero puntos que el Tribunal otorgó al actor en el cuarto ejercicio, lo que le hubiera permitido obtener la puntuación mínima de cinco y que se le hubiera adjudicado la plaza.

La cuestión jurídica reseñada es sustancialmente igual a la que hemos resuelto en Sentencia de 3 de los corrientes (RJ 1994, 7844), en la que también se trataba del problema de la aplicación de la cláusula del baremo de un concurso-oposición, en la que se establecía el llamado “sistema de mochila”, consistente en que los puntos obtenidos en la fase de concurso se aplican consuntivamente a cada uno de los ejercicios de la fase de oposición, de manera que se sumen a los obtenidos en la calificación de éstos los necesarios para alcanzar la puntuación mínima exigida para no ser eliminados de las pruebas.

La Sala no desconoce que el citado sistema se ha considerado por la jurisprudencia como contrario a los principios de mérito y capacidad y, consiguientemente, al de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas, consagrados, respectivamente, en los artículos 103.3 y 23.2 de la Constitución, a partir de la declaración en este sentido contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 abril 1989 (RTC 1989, 67). Por eso nuestro pronunciamiento —al igual que el que hemos hecho en la citada Sentencia de 3 octubre 1994— tiene que partir de la circunstancia concreta de que, a pesar de aquella doctrina jurisprudencial, sin embargo en este caso las bases han devenido firmes y consentidas, por no haberse recurrido en tiempo y forma, lo que obliga a admitir que rijan, inalterables, la prueba selectiva cuestionada.

A partir de esta afirmación y de la realidad de los hechos inicialmente descritos, no media razón jurídica alguna para no aceptar la tesis de la sentencia apelada, estimatoria del recurso contencioso-administrativo, por entender que la base sexta imponía al Tribunal Calificador considerar que el demandante había superado con la puntuación mínima el carácter eliminatorio del cuarto ejercicio.

Contra esta tesis, la postura de la Administración es la de entender que, puesto que este ejercicio había sido calificado con cero puntos, no es posible aplicarle los precedentes de la fase de concurso. Pero a ello ha contestado con acierto la sentencia apelada, al decir que “la calificación de cero está prevista en la convocatoria como punto —de cero a diez— en la base 7.ª, no regulando dicha convocatoria que el cero lleve consigo la declaración de no apto ni que tal puntuación impida al aspirante la adición de los puntos obtenidos en la fase de concurso a que se refiere la base 6.ª”.

En definitiva, las sorprendentes consecuencias que se pueden apreciar no derivan de la correcta aplicación del sistema, sino del hecho de que éste haya sido el previsto y que en cuanto tal no haya sido puesto en tela de juicio en el momento

oportuno, impidiendo que ahora nos pronunciemos sobre su legalidad.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 13 octubre 1994.*)

6. *Profesorado universitario. El informe previo al comienzo de las pruebas tiene carácter necesariamente provisional, por lo que no cabe tachar de incongruente una calificación, posterior a aquéllas, que no se ajuste al contenido de dicho informe. La Comisión de Reclamaciones no puede entrar en ámbitos de conocimiento reservados a la discrecionalidad técnica. El informe conjunto del artículo 9.7 RD 1888/94 no se suple con los informes individualizados al término de cada prueba, por lo que su misión constituye vicio invalidante: significado de la votación, la valoración y los informes razonados.*

«La controversia suscitada en este proceso dimana de la propuesta formulada por la Comisión Juzgadora del concurso convocado para la provisión de una plaza de Profesor Titular de Escuela Universitaria, de Matemática Aplicada, de la Universidad de León. Atendiendo a la reclamación presentada por el ahora apelante contra dicha propuesta de la Comisión Juzgadora en favor del nombramiento de don Angel Andrés T. C. —parte apelada en este recurso—, la Comisión de Reclamaciones a que se refiere el artículo 14 del RD 1888/1984, de 26 septiembre, resolvió, "... por unanimidad, estimar la reclamación presentada por don José Manuel A. S. y, en consecuencia, dejar sin efecto la propuesta elevada por la Comisión, con la consiguiente no provisión de plaza".

La Comisión de Reclamaciones argumenta que en la propuesta de la Comisión Juzgadora concurre una doble vulneración, de carácter jurídico-formal, que justifica la invalidación de la propuesta. En primer lugar, afirma que "es evidente que existe manifiesta *incongruencia* entre los informes emitidos sobre los méritos de los concursantes y la votación de la primera prueba". Y, en segundo lugar, considera que se ha omitido en las actuaciones del expediente el preceptivo informe a que se refiere el artículo 9.7 del citado RD 1888/1984 (en lo sucesivo, el Real Decreto); ya que según su apreciación "debe entenderse que este informe es global", y por tanto no puede ser legítimamente sustituido por los informes individualizados de cada ejercicio.

Para valorar la supuesta *incongruencia* atribuida a la propuesta de la Comisión juzgadora de las pruebas del concurso conviene recordar el contenido de las dos sucesivas secuencias tenidas en cuenta para el juicio de contraste. La primera se desarrolla a partir de la fijación de los criterios en los que se fundamentará el juicio de la Comisión sobre los méritos de los concursantes y a la vista de la documentación presentada por estos últimos, disponiendo el artículo 9.2 del Real Decreto que "... antes del comienzo de la primera prueba cada miembro de la Comisión entregará al Secretario de la misma un informe razonado sobre los méritos alegados por cada concursante en su *curriculum vitae*, así como acerca de la adecuación entre su proyecto docente (...) y las necesidades de la Universidad puestas de manifiesto en la convocatoria del concurso". En cuanto a la segunda secuencia, tiene su desarrollo con ocasión de la primera prueba de los ejercicios que, conforme al artículo 9.3 del Real Decreto (redacción del RD 1427/1986, de 13 junio), "... consistirá en la exposición oral por el concursante, en el tiempo que estime oportuno, de los méritos alegados y la defensa del proyecto docente presentado. Seguidamente la Comisión debatirá con el concursante, durante un tiempo máximo de tres horas, sobre sus méritos, historial académico (...) y proyecto docente presentado". En la primera secuencia, pues, la Comisión juzgadora tiene que formar su criterio, necesariamente

provisional, sin más elementos de conocimiento que el examen de la documentación aportada por los concursantes cuyo mérito aparente queda supeditado, en su caso, al juicio adquirido en la segunda secuencia a través de la exposición oral y el debate con el candidato; diferencia de matiz que puede explicar el carácter exclusivamente eliminatorio de esta última. Es por ello que, como atinadamente expone en su razonamiento el Tribunal de instancia, “nada tiene (...) de sorprendente que pueda haber disparidades entre el informe inicial y la calificación de la primera prueba; y, por supuesto, si las hay, no significan, por sí mismas, ninguna infracción normativa suficiente para anular el juicio de la comisión calificadora” (F. 2.º).

Esta disparidad es la que se ha producido, en el caso que estamos analizando, en relación con el concursante en favor de quien finalmente se hizo la propuesta de nombramiento, ya que las actas del expediente acreditan que en la primera secuencia cuatro de los cinco componentes de la Comisión juzgadora emitieron informe razonado de insuficiencia de méritos en tanto que después de la primera prueba sólo dos emitieron voto desfavorable mientras que los tres restantes lo dieron favorable para el pase a la siguiente prueba. Ahora bien, admitida la previsión lógica de que pueda llegar a producirse una disparidad entre la valoración inicial previa de los candidatos y la posterior, realizada al término de la primera prueba, este orden jurisdiccional en el ejercicio de su función revisora, y en gran medida, en el ámbito administrativo, la propia Comisión de Reclamaciones, no pueden entrar a juzgar en ámbitos de conocimiento que están reservados a la denominada discrecionalidad técnica, de la que gozan los órganos especializados a los que se dota de facultades para juzgar el nivel de conocimientos y la formación de quienes participan en las pruebas selectivas de acceso a la función pública, a salvo otros aspectos que inciden en la regularidad del procedimiento o en la correcta formación de la voluntad del órgano resolutorio (cfr. STS 3.ª 7, de 23 febrero 1993 [RJ 1993, 4956]; STC 215/1991, de 14 noviembre [RTC 1991, 215]).

La otra cuestión controvertida en el proceso y replanteada en esta apelación se refiere, como hemos dicho, a la omisión en las actuaciones de la Comisión juzgadora del informe requerido por el artículo 9.7 del Real Decreto y la eventual incidencia de dicha omisión en la validez del procedimiento sobre el que se sustenta la propuesta de la Comisión juzgadora. Incidencia que, para la Comisión de Reclamaciones, conlleva la invalidación de la propuesta y ha conducido a su resolución de dejar aquella sin efecto, con la consiguiente no provisión de plaza.

Sobre este extremo viene a reconocerse en la sentencia apelada que una interpretación meramente gramatical del artículo 9.7, citado, conduce a conclusiones coincidentes con la que se deduce de la Resolución de la Comisión de Reclamaciones. Sin embargo, en la sentencia se invoca la oportunidad de acudir a una interpretación sistemática y lógica mediante la puesta en relación de los artículos 9.7, 12.1.e) y 10.4 del Real Decreto y dentro del sentido garantista que los inspira. Desde este punto de vista, llega a declarar que la omisión del informe razonado conjunto del artículo 9.7 del Real Decreto queda suplida o compensada con creces si, como ocurre en el presente caso, se aportaron informes individualizados al término de cada prueba.

El análisis del texto legal puesto a discusión —que, ciertamente, no se destaca por su transparencia— permite extraer tres conceptos que aparecen en el mismo entrelazados y cuya diferenciación parece útil para llegar a conclusiones lógicas y coherentes con el invocado sentido finalista de la norma, a la que intenta responder la exégesis de la resolución judicial recurrida. Nos referimos a las “votaciones” del candidato, las “valoraciones” y los “informes razonados”.

La “votación” tiene manifestación formal expresa en relación con la calificación del primer ejercicio, ya que, como se sabe, el artículo 9.3 del Real Decreto establece que “... esta prueba tendrá carácter eliminatorio para todos aquellos concursantes que no obtengan en la misma, al menos, tres votos”. Asimismo, se reitera este requisito para la formalización de la propuesta de nombramiento, estableciéndose que “se procederá a la provisión de las plazas convocadas cuando haya concursantes valorados favorablemente, al menos por tres de sus miembros”.

La "valoración" (entendida en sentido restringido de cuantificación numérica del mérito) es un factor de inexcusable utilización para dar racionalidad a la valoración final del conjunto de las pruebas, dado que al margen de los informes iniciales previos, las referidas pruebas se realizan en dos escalones sucesivos; el primero es de carácter eliminatorio pero no así el segundo, por lo que la calificación definitiva, a salvo los criterios aprobados y hechos públicos por la Comisión juzgadora, habrá de obtenerse acudiendo al sistema de las medias o promedios de puntuaciones parciales obtenidas. Esta necesidad de cuantificación que tiene manifestación formal explícita en el Real Decreto (art. 8.2 redacción 1986) es cierto que, como argumenta el apelante en sus alegaciones, no tiene aplicación directa a los Profesores titulares de Escuelas Universitarias pues la norma se refiere específicamente a "concursos a plazas de Catedrático de Universidad o de Escuela Universitaria y de Profesores Titulares de Universidad"; pero, en cualquier caso, es un exponente corroborador de la racionalidad de dicho sistema.

Es desde esta perspectiva de la puntuación acumulada y de las votaciones a que se refiere el artículo 11.1 del Real Decreto como adquiere su real significado y justificación el informe razonado conjunto a que se refiere el artículo 9.7 del Real Decreto. Es claro, por otra parte, que visto bajo esta dimensión no cabe confundirlo, ni menos sustituirlo, con los informes específicos realizados sobre cada ejercicio en particular.

En consecuencia, debemos declarar que la omisión del informe a que se refiere la resolución de la Comisión de Reclamaciones afecta sustancialmente a la legalidad del procedimiento seguido para la formalización de la propuesta e incide en su validez, con los efectos declarados en la citada resolución.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 26 octubre 1994.*)

7. Acceso a funciones públicas en condiciones de igualdad. Contenido.

«La demandante en el proceso apela la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que desestimó su recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el cauce especial de la Ley 62/1978 contra los Acuerdos del Ayuntamiento de Picassent de 7 septiembre 1989, desestimatoria de la reclamación deducida contra el de 30 agosto 1989 y los de 4 y 6 septiembre por los que se aprueba la modificación de plantilla de funcionarios, creando un puesto de Tesorero a proveer por funcionario con habilitación de carácter nacional.

La sentencia, tras dejar sentado en su fundamento de derecho primero que la actora ocupa en el Ayuntamiento demandado el cargo de Tesorero, obtenido por oposición, define en sentido genérico en el segundo los límites del proceso especial por el que optó la parte, y en el tercero el sentido del derecho proclamado en el artículo 23.2 de la Constitución española, como "derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos... que como tiene reconocido el Tribunal Constitucional se extiende también a no ser removido de los cargos o funciones públicas a las que se accedió si no es por las causas y por los procedimientos legalmente establecidos", siendo el fundamento de derecho cuarto el que propiamente contiene el enjuiciamiento concreto del caso en el marco de la teoría general explicitada en los anteriores. En él se distingue la caracterización de dicho caso, por contraste con el derecho aludido en el fundamento anterior, diciendo que "cosa diferentes es si la parte recurrente tiene o no derecho a permanecer en el puesto de trabajo que ocupa, si concurren los requisitos o títulos necesarios para ello y si la corporación puede proveer dicho puesto de trabajo con funcionarios en quienes concurren determinados requisitos", y tras aludir a la duplicidad de procedimientos posibles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el ordinario y el

especial de la Ley 62/1978, afirma que “en este caso éste (por referencia al especial) no es el proceso debido, sin perjuicio del derecho del ciudadano de intentar obtener legítimamente la reparación de su eventual perjuicio derivado de una posible ilegalidad sobre la que en este proceso no nos podemos pronunciar. Es decir, que pudiendo tratarse de una posible ilegalidad ordinaria, acudir el ciudadano a esta Jurisdicción lo debe hacer en el proceso adecuado, que no es éste, en el que únicamente se controla por el Poder Judicial los supuestos de vulneración de algunos de los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución consagra”.

Por último, en el fundamento de derecho quinto se dice literalmente que “a tenor de lo argumentado procede desestimar el recurso rechazando la demanda y declarar contraria a derecho la resolución recurrida, condenando en costas a la Administración según dispone el artículo 10.3 de la Ley 62/1978 al ser rechazadas todas sus pretensiones”.

Las alegaciones apelatorias de la apelante pueden resumirse en los siguientes términos:

a) Denuncia de la incongruencia del fundamento de derecho quinto de la sentencia con el fallo, mediante la comparación de su contenido respectivo.

b) Proclamación de la explícita aceptación de los fundamentos de derecho primero, segundo y tercero de la sentencia, destacando especialmente determinados contenidos del primero, y complementando los segundos con citas de las Sentencias del Tribunal Constitucional de 21 febrero, 27 abril y 3 noviembre 1989 (RTC 1989, 47, 76 y 181) y la de este Tribunal Supremo de 18 julio 1989 (RJ 1989, 6676).

c) Censura del fundamento de derecho cuarto de la sentencia, que calificó la cuestión debatida como de legalidad ordinaria, oponiendo a esa calificación su significado violador del artículo 23.2, afirmándose que con la creación por el acuerdo municipal impugnado del puesto de trabajo publicado en el “Boletín Oficial del Estado” de 27 de octubre de 1989 (lo era el de Tesorero a servir por funcionario con habilitación de carácter nacional) “se le está removiendo de su puesto de trabajo, se le está perturbando, con infracción clara y manifiesta de la Norma Constitucional”, habiendo llegado el Ayuntamiento de Picassent a declarar lesivos los acuerdos en virtud de los cuales llegó la actora a ser nombrada Tesorero del mismo, lo que supone además vulneración de los principios de “buena fe”, de la “protección de la confianza legítima” y de los “actos propios”, incidiendo negativamente sobre la “seguridad jurídica”.

d) Referencia doctrinal al trabajo de un prestigioso autor sobre el objeto del proceso especial de la Ley 62/1978.

Por su parte, el Ministerio Fiscal alega la indebida admisión del recurso, por tratarse de cuestión de personal, que no versa sobre la separación del empleado recurrente.

Expuestos los términos de la litis, se ha de comenzar analizando la objeción que opone el Ministerio Fiscal sobre la admisión del recurso, debiéndonos remitir al respecto al Auto de esta Sala, de 4 julio 1991, estimatorio del recurso de queja interpuesto por la hoy apelante contra el auto del Tribunal *a quo*, que, con base en la misma consideración ahora alegada por dicho Ministerio, no había admitido el recurso, habiéndose justificado en nuestro auto citado la procedencia de su admisión por el contenido normativo de los actos impugnados, al margen de sus efectos en la esfera jurídica del recurrente, puesto que se trata de la modificación de la relación de puestos de trabajo con inclusión del de Tesorero reservado a funcionario con habilitación de carácter nacional.

Entrando ya en el enjuiciamiento de las alegaciones de la apelante, debe compartirse el juicio crítico sobre la incongruencia que denuncia, si bien no se trata de una incongruencia en sentido técnico procesal, sino más bien de una incoherencia del discurso, sin trascendencia especial, que no puede llevar más que a la constatación de la misma, sin que de la misma pueda derivarse el éxito de la apelación. En

realidad, la incoherencia no se da entre el fundamento de derecho aludido y el fallo, sino en el seno del propio fundamento que incluye dos contenidos contradictorios: la afirmación de que "procede desestimar el recurso rechazando la demanda", y la de que procede "declarar contraria a Derecho la resolución recurrida, condenado en costas a la Administración"; de ahí que el fallo sea coherente o incoherente, respectivamente, con ese fundamento, según se ponga en relación con uno u otro de dichos contenidos. Pero lo fundamental es destacar que, al margen de dicha incoherencia, en un análisis conjunto de la sentencia, es inequívoca la fundamentación conducente al fallo desestimatorio en especial la del fundamento de derecho cuarto, y que aquél, que es al que debe referirse el requisito procesal de la congruencia, no incurrir en ninguna vulneración del mismo.

En realidad, las verdaderas bases conceptuales de la apelación son dos: la inclusión en el derecho del artículo 23.2 de la Constitución española del derecho a la permanencia en el puesto, como parte del derecho de acceso a él, y la atribución a los actos impugnados del significado de remoción del puesto de Tesorero obtenido en virtud del concurso-oposición.

En cuanto al primer extremo, la tesis de la parte adolece de falta de precisa diferenciación de los distintos contenidos del artículo 23.2 de la Constitución española, cuando alude a acceder a funciones y cargos públicos, refiriéndose la jurisprudencia constitucional invocada al derecho de acceso a cargos públicos, y no a la función pública *estricto sensu*; esto es, a los puestos de funcionarios.

El doble contenido del precepto está proclamado en reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1994, de 14 marzo [RTC 1994, 80], "Boletín Oficial del Estado" de 14 de abril, Fundamento de Derecho 3.^o), no pudiendo trasladarse, como hace la apelante, las consideraciones atinentes a los eventuales obstáculos opuestos al ejercicio de los cargos públicos, con las que, en su caso, puedan referirse al ejercicio del puesto de funcionario público, pues en el primero, según la jurisprudencia constitucional, existe una conexión del artículo 23.2 con el 23.1 de la Constitución española, que no se da en los mismos términos en cuanto al ejercicio de los puestos de funcionarios públicos, de ahí que la jurisprudencia constitucional aludida por la apelante se sitúe en un contexto diferente y no sea adecuada al caso objeto de este proceso.

Ciertamente, la sentencia apelada adolece de insuficiencia argumental, e incluso de falta de una estricta coherencia, cuando califica la cuestión debatida como de legalidad ordinaria, pese a que en el fundamento de derecho tercero, según el resumen de él antes expuesto, dejara dicho que "el acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos... se extiende también a no ser removido de los cargos o funciones públicas a las que se accedió si no es por las causas y por los procedimientos legalmente establecidos", lo que, en principio, induce a pensar que una remoción por causa no prevista en la Ley o fuera del procedimiento establecido en ella implica lesión del derecho fundamental. De ser ello así, lo lógico es que la sentencia hubiera analizado, primero, si los actos recurridos suponían realmente la remoción alegada por la parte, y después, si esa eventual remoción es o no reconducible a una causa legal, y se efectuaba o no con arreglo al procedimiento establecido.

La contundente afirmación del fundamento de derecho cuarto de la sentencia de que la cuestión objeto del proceso es de legalidad ordinaria, y que no corresponde al objeto propio del proceso especial elegido, supone un cierto salto lógico en el discurso iniciado en los fundamentos anteriores, en el que se echa de menos un razonamiento intermedio.

Aun aceptando la inserción lógica del derecho de permanencia en el puesto en el de acceso a él, es necesario establecer el alcance real del artículo 23.2 de la Constitución española, en su referencia al acceso a la función pública, debiendo destacar, con nuestra Sentencia de 27 noviembre 1992 (RJ 1992, 9445), la esencialidad del elemento de la igualdad en el derecho regulado en ese precepto constitucional, en el que propiamente no se establece un derecho de acceso a la función pública, sino un derecho de acceso a ella en condiciones de igualdad. Olvidar esa básica referencia al

elemento de la igualdad equivaldría “a que habría que otorgar relevancia constitucional a cualquier decisión que afectara a la relación funcional, si suponía una indebida aplicación de la normativa que regula la situación objetiva del funcionario, aunque no hubiera sido discriminatoria”, lo que nuestra referida sentencia rechaza. De esa centralidad del elemento de la igualdad, a la hora de afrontar el hipotético significado constitucional de los eventos que puedan suponer la pérdida del puesto del funcionario, deriva el que sólo podrán considerarse relacionados con el derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución española los que impliquen de por sí un tratamiento discriminatorio; pero no los que son ajenos a una calificación tal, independientemente de su relación con la legalidad ordinaria sobre permanencia en el puesto o cese. Como dice la sentencia antes citada, “si bien es defendible que la protección constitucional derivada de ese precepto ha de mantenerse durante toda la vida funcional, favoreciendo al titular de ese derecho frente a toda discriminación fundada en alguna de las causas del artículo 14 de la Constitución, y evitando aplicaciones singularizadas y discriminatorias de las normas que regulan su *status* funcional, sin embargo hay que reiterar que dicho *status*, por sí mismo, no goza de una absoluta relevancia constitucional, a efectos de la protección privilegiada de la Ley 62/1978, frente a cualquier vulneración legal no discriminatoria, que es en realidad lo que el apelante pretende”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional coincide con la interpretación del artículo 23.2 de la Constitución española en clave igualitaria, que se acaba de exponer, y así la Sentencia del Tribunal Constitucional 293/1993 (RTC 1993, 293), reiterando doctrina de otras, establece la de que “dicho precepto, al reconocer a los ciudadanos el derecho de acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes, concreta el principio general de igualdad en el ámbito de la función pública. No confiere un derecho sustantivo a desempeñar funciones determinadas (Sentencias del Tribunal Constitucional 50/1986 [RTC 1986, 50] y 200/1991 [RTC 1991, 200]), sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos que tengan carácter discriminatorio (Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1990 [RTC 1990, 47]); otorga un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y en último término ante este Tribunal toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (Sentencias del Tribunal Constitucional 50/186, 148/1986 [RTC 1986, 148], 24/1990 [RTC 1990, 24] y 200/1991). E interpretado sistemáticamente con el segundo inciso del artículo 103.3 de la Constitución española impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los principios de mérito y capacidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 50/1986, 148/1986, 193/1987 [RTC 1987, 193], 206/1988 [RTC 1988, 206], 67/1989 [RTC 1989, 67], 27/1991 [RTC 1991, 27] y 215/1991 [RTC 1991, 215]).

En el caso actual no se aduce ningún término de comparación en relación con el que la situación contra la que reacciona la demandante pueda suponer un trato discriminatorio. Negada esa significación, los actos recurridos ninguna conexión tienen con el derecho fundamental cuya tutela pretende la apelante, tratándose de meras cuestiones de legalidad ordinaria, como sostiene la sentencia apelada.

El hecho de que el Ayuntamiento apelado cree un puesto de Tesorero, reservado a funcionario con habilitación de carácter nacional, y que ello pueda interferir con el derecho al puesto de Tesorero que actualmente desempeña la apelante, obtenido por concurso-oposición, puede suscitar problemas de legalidad; pero no se manifiesta ningún matiz discriminatorio, que pueda relacionar con el derecho regulado en el artículo 23.2 de la Constitución española dicho acto municipal, pese a la afectación que de él, en su caso, pueda derivarse en la permanencia de las funciones de la actora en el puesto que obtuvo por concurso-oposición.

No se desvirtúa así la clave fundamental de la sentencia apelada, que por ello debe ser confirmada.

La segunda de las bases de la apelación tampoco es compartible. Los actos impugnados no suponen de por sí, como alega, la remoción de la actora de su puesto de Tesorera, consistiendo en realidad la actitud de la demandante, al recurrirlos, en una actuación preventiva, en la que se anticipa a una eventual lesión futura.

Mas una pretensión tal no tiene acomodo en el proceso especial de la Ley 62/1978, que tiene por objeto la protección del derecho fundamental frente a lesiones actuales, y no futuras o meramente hipotéticas, como en situación paralelizable a la presente en cuanto al elemento de la actualidad de la lesión se resolvió en la Sentencia de este Tribunal de 28 septiembre 1987 (RJ 1987, 6174).

El dato de que el Ayuntamiento demandado haya declarado lesivos los acuerdos municipales con base en los cuales la demandante accedió al puesto que ocupa, y haya interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo en demanda de su anulación (lo que probablemente explica su ausencia del proceso actual), sin duda evidencia el propósito de desposeerla de las funciones de Tesorera que ejerce; pero tal modo de proceder en modo alguno puede calificarse, ni de lesión actual del derecho a ese puesto, ya que sería, en su caso, la sentencia estimatoria la que produjese ese resultado, y en tal caso, el mismo estaría cubierto por la ley, ni mucho menos de que con ello se viole el artículo 23.2 de la Constitución española.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 7 noviembre 1994.)

8. Selección. Desviación de poder. Adjudicación de plaza cuya convocatoria no se publica adecuadamente a Concejal del Ayuntamiento convocante. Convicción moral del Tribunal en virtud de los datos obrantes en el expediente y de los aportados en vía jurisdiccional.

«El presente rollo abarca dos recursos de apelación, acumulados, procedentes de la antigua Sala Quinta de este Tribunal: el número 2667/1988, interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Cartagena (Murcia) y por la representación de don Luis R. S., contra la Sentencia de fecha 9 noviembre 1988, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Murcia, de la extinta Audiencia Territorial de Albacete, en Recurso de dicha Sala número 407/1987, en cuya Sentencia se rechazan las causas de inadmisibilidad alegadas, y entrándose en el fondo se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por don Andrés José A. S., contra Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Cartagena de 13 abril 1987, que resolvía recurso de reposición formulado contra Decreto de la Alcaldía de Cartagena de 24 noviembre 1986, nombrando Letrado Consistorial a don Luis R. S., quien había concurrido a la convocatoria anunciada para cubrir en propiedad dicha plaza en Concurso Libre de Méritos, a cuyo recurso de apelación se adhirió también el recurrente en la instancia don Andrés José A. S.; y el número 611/1989, interpuesto por las representaciones del Ayuntamiento de Cartagena (Murcia) y de don Luis R. S., contra Sentencia de fecha 24 enero 1989, dictada por la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Recurso seguido ante ella bajo número de registro 475/1987, en cuya Sentencia también se rechazaron las causas de inadmisibilidad alegadas, y, entrándose en el fondo se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña M.ª de las Mercedes H. M. contra los mismos actos antes referidos que fueron objeto de impugnación en el Recurso número 407/1987, habiéndose también adherido a la apelación, la aludida doña M.ª de las Mercedes H. M.

Ha de tenerse presente que en este último Recurso de apelación (número 611/1989), la representación del Ayuntamiento de Cartagena, al estar ya acumulado dicho recurso al 2667/1988, y tener hechas ya sus alegaciones impugnatorias en éste, renunció a hacer alegaciones escritas en el 611/1989; que al apelante don Luis

R. S. se le tuvo por desistido en el Recurso número 611/1989; y que a la apelante adherida doña M.^a de las Mercedes H. M., se le declaró caducado su derecho a efectuar alegaciones escritas en dicho Recurso 611/1989.

Entre las dos Sentencias apeladas (la dictada en el Recurso 407/1987 y la dictada en el Recurso 475/1987), se da identidad sustancial, pues resuelven recursos en los que se impugnan los mismos actos, son idénticos los razonamientos utilizados, tanto para rechazar causas de inadmisibilidad, como para entrando en el fondo, estimar parcialmente los recursos e idénticos sus fallos o partes dispositivas, sin más diferencias que las subjetivas, de ser distintos los sujetos recurrentes en la instancia.

Esa misma identidad se da, a su vez, entre esas Sentencias y la dictada por la Sala de Albacete, en fecha 25 septiembre 1989, en recurso contencioso-administrativo interpuesto, contra los mismos actos, por el Ilustre Colegio de Abogados de Cartagena, Sentencia esta última que también fue apelada por el Ayuntamiento de Cartagena y por don Luis R. S., dando lugar a la apelación número 2744/1989, hasta el punto de que la representación de este último apelante, solicitó la acumulación de este último recurso de apelación, a los que en la antigua Sala Quinta de este Tribunal Supremo se seguían bajo número de registro 2667/1988 y 611/1989, acumulación que no se produjo.

Pues bien, habiendo sido resuelto el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Cartagena y por don Luis R. S., contra esta última Sentencia (Recurso de apelación registrado al número 2744/1989) en términos desestimatorios, por la Sentencia de esta misma Sección Séptima, de la Sala Tercera, de fecha 16 mayo 1991 (RJ 1991, 4107), igual suerte desestimatoria deben correr los recursos de apelación interpuestos por el referido Ayuntamiento de Cartagena y por don Luis R. S., contra las Sentencias de fecha 9 noviembre 1988 (dictada en Recurso número 407/1987) y de fecha 24 enero 1989 (dictada en Recurso número 475/1987), y por los mismos razonamientos que se vierten en dicha Sentencia de 16 mayo 1991, y que literalmente transcritos dicen: "PRIMERO.—Por la representación del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena y por la de don Luis R. S. se recurre en apelación contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de fecha 25 septiembre 1989, que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo en que la misma se produjo, interpuesto por la representación del Ilustre Colegio de Abogados de Cartagena, frente al Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Cartagena de 13 abril 1987, que resolviendo varios recursos de reposición promovidos, entre otros, por la representación del Colegio de Abogados de Cartagena, contra el Decreto de la Alcaldía de Cartagena de 24 noviembre 1986, en el que se nombra Letrado Consistorial del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena a don Luis R. S., y contra la Resolución de dicho Ayuntamiento de 30 enero 1987, por la que se hace público tal nombramiento, acordó declarar anulable el nombramiento del señor don Luis R. S., como Letrado Consistorial, sin perjuicio de que en su caso proceda la convalidación del acto que procedió a su nombramiento, con la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiere permanecido el mismo de no haber existido el vicio en virtud del cual se invalida dicho acto. La sentencia apelada anula el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Cartagena de 13 abril 1987, y el Decreto de la Alcaldía de 24 noviembre 1986, actos a los que antes se hizo referencia." "SEGUNDO.—Alegan en esta apelación, tanto la representación del Ayuntamiento de Cartagena como la de don Luis R. S., la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo en que se produjo la sentencia en su nombre apelada, inadmisibilidad que aducida en instancia por la representación de don Luis R. S., fue rechazada por el Tribunal *a quo* al entender que al decidir la Resolución de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Cartagena de 13 abril 1987, la anulabilidad del nombramiento de don Luis R. S. como Letrado Consistorial, sin perjuicio de que proceda la convalidación de tal acto, no acogió la petición de nulidad de dicho nombramiento postulada por el Colegio de Abogados de Cartagena en el suplico del recurso de reposición que contra el mismo había interpuesto, encontrando esta decisión de la Comisión de Gobierno

del Ayuntamiento de Cartagena, declarando la anulabilidad y no la nulidad del nombramiento del señor R. S., cauce hábil en el recurso contencioso-administrativo para discernir su posible ilicitud, es decir, su infracción del Ordenamiento jurídico; razonamiento el que contiene al respecto la sentencia apelada para rechazar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo formulado por la representación del Colegio de Abogados de Cartagena, contra el nombramiento hecho por el señor Alcalde del Ayuntamiento de Cartagena de Letrado Consistorial a favor de don Luis R. S., que esta Sala asume, abstracción hecha de la validez o nulidad de la posterior convalidación de dicho nombramiento por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Cartagena, extremo sobre el que no se pronuncia la sentencia apelada, al no ser decidido por el acto del Ayuntamiento de Cartagena que se recurre en el recurso administrativo en que la misma se dicta; no siendo de recibo la argumentación de los apelantes, en cuanto a la inadmisibilidad por los mismos alegada, de resultar irrelevante que la Resolución recurrida en reposición estimase la anulabilidad del acto administrativo recurrido, en vez de la nulidad del mismo solicitada, ya que se dejó sin efecto el nombramiento de Letrado Consistorial a favor del señor R. S., aserto que es cierto, pero las consecuencias de dejar sin efecto dicho nombramiento serían distintas si se declarara su nulidad que las que se producen habiendo declarado su anulabilidad." "TERCERO.—De recordar es antes de entrar en el enjuiciamiento de los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia objeto del recurso de apelación que nos ocupa, que ésta transmitió al Tribunal *ad quem* la plenitud de competencias para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia que no fueron objeto de un pronunciamiento recogido en el fallo de la sentencia apelada. Sentado lo anterior, de tener presente es que la sentencia apelada, estimando parcialmente el recurso formulado por la representación del Ilustre Colegio de Abogados de Cartagena, en cuyo suplico de la demanda rectora del recurso se instaba, entre otras declaraciones, la nulidad del Decreto de la Alcaldía de Cartagena de 24 noviembre 1986, por el que se nombró Letrado Consistorial a don Luis R. S., o la anulación de dicho nombramiento por apreciar en él la existencia de fraude de Ley y desviación de poder, y del Acuerdo de la Comisión de Gobierno de dicho Ayuntamiento de 13 abril 1987, que desestimó en parte el recurso de reposición contra él formulado, anuló el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena de 24 noviembre 1986, éste en cuanto nombró Letrado Consistorial del Ayuntamiento de Cartagena a don Luis R. S., aquél en cuanto resolviendo el recurso de reposición deducido frente al precitado Ayuntamiento no lo anuló, sino que declaró su anulabilidad. El Tribunal *a quo* llega a este pronunciamiento por estimar que la publicación de la convocatoria para la provisión en propiedad, por el sistema de concurso libre, de una plaza de Letrado Consistorial en el Ayuntamiento de Cartagena, convocatoria que según las Bases del Concurso 'deberá anunciarse en el Boletín Oficial de la Región de Murcia y en el Tablón de Edictos de la Corporación, publicándose un extracto de la misma en el Boletín Oficial del Estado. Las sucesivas publicaciones se efectuarán en el Boletín Oficial de la Región', adoleció de defectos que vulnerando la Base primera de la convocatoria produjo indefensión determinante de la nulidad del expediente administrativo, a partir del instante en que se incidió en tal defecto; el vicio o defecto de la publicación de la convocatoria del concurso para la provisión en propiedad de una plaza de Letrado Consistorial del Ayuntamiento de Cartagena, que el Tribunal de instancia estima produjo la nulidad de las actuaciones administrativas que condujeron a tal nombramiento, y por ende la nulidad de éste, viene dado por el hecho de que las Bases de la mencionada convocatoria si bien se insertaron en el Cuerpo del Boletín Oficial de la Región de Murcia, no figuraban en el sumario del Boletín Oficial que las publicó, tal como exige el artículo 8.º del Decreto 1583/1960 de aplicación a tales publicaciones, y el Decreto 57/1986 (LRM 1986, 2256) de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre el Acceso a la Función Pública, Promoción Interna, y provisión de puestos de la Administración Regional, siendo a tales efectos de tener presente que aun no siendo de

obligada observancia para la selección de Funcionarios de la Administración Local en la Región de Murcia las disposiciones contenidas en el precitado Decreto 57/1986, al no integrarse en la Función Pública Regional de la Comunidad Autónoma de Murcia el personal de las Corporaciones Locales de la Región de Murcia, según puede inducirse de la Ley 3/1986 de la Función Pública de la Región de Murcia, lo cierto es que el haber omitido en el sumario del Boletín Oficial de la Región de Murcia la publicación de la convocatoria del concurso libre de méritos para proveer una plaza de Letrado Consistorial en el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena, implicó una vulneración de lo dispuesto en la Base primera de la convocatoria de dicha plaza, en cuanto en ella se dispone que la convocatoria deberá anunciarse en el Boletín Oficial de la Región, cuya publicación implica la referencia en el sumario de dicho Boletín de su inserción en el cuerpo del mismo, al no haberse hecho así indudablemente se mermó el conocimiento de la convocatoria, produciéndose una desigualdad entre las personas que aspirando a tomar parte en el concurso de Letrado Consistorial del Ayuntamiento de Cartagena, anunciado en la oferta de empleo público por el Ayuntamiento de Cartagena, en Resolución de 14 marzo 1986, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 19 de mayo de 1986, tuvieron conocimiento de la fecha de la convocatoria para su provisión y los que desconocían ésta por no figurar en el sumario del Boletín Oficial de la Región de Murcia; siendo de destacar que cuando se publica la referencia a tal plaza de Letrado Consistorial en el periódico de Murcia 'La Verdad', el día 12 de octubre de 1986, había transcurrido con exceso el plazo para presentar las instancias para tomar parte en el concurso libre de méritos mediante el que se proveía. Hechos éstos que adquieren una mayor relevancia si se tiene en cuenta el excepcional medio de concurso libre a que el Ayuntamiento de Cartagena acude para proveer la plaza de Letrado Consistorial y que el único aspirante que presenta instancia para tomar parte en el meritado concurso, es don Luis R. S., Concejal del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena cuando se adoptó el Acuerdo de convocar la plaza de Letrado Consistorial de dicho Ayuntamiento por el sistema de concurso libre de méritos, cargo de Concejal del Ayuntamiento de Cartagena que el señor R. S. siguió ostentando durante el desarrollo del concurso y de las fases de sus pruebas selectivas, en que se calificaron y valoraron la Memoria de Trabajo en él exigida, calificación y valoración que se llevó a cabo e hizo por un Tribunal presidido por un miembro de la Corporación Municipal, de la que él formaba parte, y por cuatro vocales de los que tres eran funcionarios del Ayuntamiento, siendo de destacar en cuanto es sintomático para configurar la alegada desviación de poder en que incurrió el acto que nombró Letrado Consistorial a don Luis R. S., que en la segunda sesión celebrada por el Tribunal calificador que juzgaba el concurso libre para la provisión de la misma, presidiendo el acto el Ilmo. Sr. Alcalde Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena don Juan M. S., se llama a don Luis R. S. 'y comparecido éste, el Ilmo. Sr. Alcalde inicia el acto preguntándole al señor R., en su calidad de Concejal de este Excmo. Ayuntamiento si ha observado alguna irregularidad o ilegalidad en la tramitación de la presente convocatoria, a lo que el señor R. manifiesta que no', a continuación según se certifica por el Secretario del Tribunal, sin que conste si el Ilmo. Sr. Alcalde que presidía el acto se hubiera ausentado del mismo y abandonado su presidencia 'de acuerdo con lo previsto en la Base séptima de las que rigen la presente convocatoria se procede a hacer la defensa por parte del concursante de la Memoria de Trabajo por él confeccionada sobre el tema Organización de los Servicios Jurídicos del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena, toda vez que la exposición de la misma ya se hizo en la anterior sesión del Tribunal el día 31 de octubre de 1986. Interrogado y ante las sugerencias y aclaraciones planteadas por diversos miembros del Tribunal, el concursante responde y matiza las consideraciones por él vertidas en el trabajo presentado, y cuando no hay más intervenciones por parte del Tribunal se levanta el acto, retirándose el mismo a deliberar a puerta cerrada. La puntuación otorgada en esta fase primera de las pruebas selectivas, y de acuerdo con lo previsto en la Base séptima es de 4 puntos'. Siendo de poner de relieve que dicho Tribunal, al haberse retirado del mismo el representante

del Colegio de Abogados de la Ciudad de Cartagena, en cumplimiento del Acuerdo de su Junta de Gobierno, quedó formado por cuatro miembros con voto (el Secretario del Tribunal según las Bases de la convocatoria actuará con voz pero sin voto), lo cual en principio infringe lo dispuesto en el artículo 11 del Real Decreto 2223/1984, a cuyas disposiciones ha de ajustarse el procedimiento de selección de los Funcionarios de Administración Local, a tenor de lo prescrito en el artículo 133 del Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, e igualmente es de hacer notar que el señor Alcalde que presidió el acto en que el Tribunal calificador del concurso para proveer en propiedad, mediante concurso libre, una plaza de Letrado Consistorial en el Ayuntamiento de Cartagena se reunió para otorgar la puntuación correspondiente a la Memoria de Trabajo presentada por el señor R. S., y las respuestas por el mismo dadas a las sugerencias y aclaraciones planteadas por diversos miembros del Tribunal, y para valorar los méritos por él aportados, fue el que nombró a don Luis R. S. a medio de Decreto de fecha 24 noviembre 1986, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 26 de febrero de 1987, Letrado Consistorial, nombramiento que de conformidad a las Bases del Concurso correspondía hacerlo a la Comisión de Gobierno Municipal, según la propuesta del Tribunal calificador, nombramiento que se hizo, aunque después se dejase sin efecto por el Ilmo. Sr. Alcalde, antes de que se aceptase la renuncia de don Luis R. S. al cargo de Concejal del Ayuntamiento de Cartagena." "CUARTO.—Nuestra Ley Fundamental al declarar en su artículo 106 que los Tribunales controlarán la legalidad de las actuaciones administrativas, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, consagra a nivel constitucional como infracción del Ordenamiento jurídico la desviación de poder, que como tal ya venía considerada por la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que en el artículo 83.3 establece estará constituida por el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico, precepto que viene siendo aplicado con reiteración por los Tribunales de Justicia que en múltiples resoluciones precisan que la desviación de poder supone la existencia de un acto que aunque se ajuste a la legalidad extrínseca de la norma, no responde, en su motivación interna, al sentido teleológico que debe presidir el actuar administrativo, orientado al servicio del interés general con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; implicando por tanto una desviación del propósito que inspira la norma para satisfacer unos intereses extraños a los que persigue el Ordenamiento jurídico, discordancia entre los fines que persigue el Ordenamiento jurídico y el acto administrativo puesto en entredicho por incurrir en desviación de poder, que las más de las veces resulta difícil de probar, en cuanto supone adentrarse en las motivaciones internas de los gestores de la Administración, ahora bien, esta dificultad no puede conducir a afirmar que sin una constancia de una prueba plena de la existencia en el acto administrativo combatido, de una intención desviada de los fines que persigue el Ordenamiento jurídico, no pueda declararse la nulidad de éste por haber incurrido en desviación de poder, ya que con ello se quebrantaría el derecho fundamental a una efectiva tutela jurídica, y quedaría reducida a una mera declaración retórica la contenida en el número 1 del artículo 106 de la Constitución, y devendría en inaplicable el mandato contenido en el inciso final del número 2 del artículo 83 de la Ley Jurisdiccional, por ello, este Tribunal, que con reiteración viene declarando que no bastan meras conjeturas o sospechas para estimar la desviación de poder, admite que deba declararse ésta cuando de los datos obrantes en el expediente administrativo, y de los aportados a los Autos, el Tribunal llega a la convicción moral de su existencia, y esta convicción es la que los hechos y circunstancias de que antes ha hecho mérito, llevan al ánimo de este Tribunal en cuanto a que el nombramiento de Letrado Consistorial del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena, a favor de don Luis R. S., no fue guiado ni en su génesis ni en su culminación por los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad que inspiran la selección de personal de la Administración, sino por el deseo de atribuir esa plaza a don Luis R. S., cuyos méritos para de-

sempeñarla no por esto se ponen en duda, siendo de recordar que la teoría de la desviación de poder se basa, como tiene declarado este Tribunal, en que la Ley de donde arranca la facultad de decisión de la autoridad administrativa, tiene un fin determinado que cumplir, y si el acto en que se concreta su actuación no lo cumple, la decisión administrativa no expresará la voluntad de la Ley al desvincularse de su espíritu, por lo que faltará el obligado ligamen entre la idea de poder y la de fin de servicio, y en consecuencia el acto de la Administración, aun cuando tenga apariencia legal, deja de satisfacer la objetiva jurídica que motivó el nacimiento de la norma positiva."

Sólo resta añadir a esos razonamientos de la Sentencia de esta Sala de 16 mayo 1991, que en las alegaciones apelatorias hechas por el Ayuntamiento y por el señor R., en el Recurso acumulado número 2667/1988, uno y otro apelante insistieron en la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 82.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (falta de legitimación) al entender los apelantes que no tenía interés el recurrente en la instancia, al no haber participado en el concurso para la cobertura de la plaza de Letrado Consistorial, alegato que no puede ser acogido ya que, en síntesis, este Tribunal Supremo viene entendiendo por interés legítimo aquel que, de llegar a prosperar la acción entablada, origina un beneficio jurídico en favor del accionante y éste es el caso que se da aquí, pues fundado, entre otros motivos, la impugnación del acto recurrido, en ser nula la convocatoria, por falta de una adecuada publicidad, lo que a juicio del recurrente en la instancia le impidió conocerla y en consecuencia participar en el concurso, es obvio que, de prosperar el motivo, y retrotraerse el procedimiento al momento de la publicidad de la convocatoria, obtiene el recurrente en la instancia el beneficio de poder participar en el concurso.

Por último, en cuanto a las alegaciones apelatorias hechas por el apelante adherido, don Andrés José A. S., en el Recurso número 2667/1988, sobre concurrencia de desviación de poder, quedan acogidas, al haberse asumido en esta sentencia los fundamentos jurídicos de la Sentencia de 16 mayo 1991, que hemos transcrito anteriormente, en uno de los cuales se razona sobre la concurrencia del meritado vicio. Y respecto a la apelante adherida en el Recurso número 611/1989, doña M.^a Mercedes H. M., ninguna alegación apelatoria hizo, declarándose caducado su derecho a formularlas.» (*Sentencia de la Sala 3.^a Sección 7.^a, 7 noviembre 1994.*)

II. DERECHOS

1. *Retribuciones. Profesores universitarios. Legalidad del RD 1086/1989. Legalidad de la diversidad de tratamiento de los catedráticos y profesores titulares habida cuenta de sus distintas situaciones jurídicas.*

«El primer motivo del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las disposiciones del Real Decreto 1086 reseñado se basa, por tanto, en la ilegalidad de las normas impugnadas por infringir el principio de la jerarquía normativa al excederse de la habilitación conferida al Gobierno por la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública (art. 1.2) y por la Ley de Reforma Universitaria (art. 33.2) ya que señalar para los Catedráticos de Universidad un complemento específico por puesto de trabajo muy superior al de los Profesores Titulares de Universidad, no previsto en la norma legal cuando la autorización se delimita a un complemento específico que retribuye "las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo".

Este motivo no puede ser estimado: el Real Decreto recurrido se acoge a la autorización conferida al Gobierno en las disposiciones legales citadas dentro del marco

general retributivo de los funcionarios públicos que establece la Ley 30/1984, de 2 agosto, mencionada, precisamente teniendo en cuenta la especificidad del personal docente universitario y la conveniencia de incentivar su labor docente e investigadora individualizada por razones del cuerpo de pertenencia del profesorado —según se expresa en el preámbulo de la disposición recurrida—, en aras de una mejor formación del alumnado y de la función investigadora. En consecuencia, la ordenación de las carreras docentes se configura con caracteres propios, distintos de los demás funcionarios, por lo que la comparación de situaciones —que después será examinada— ha de hacerse teniendo en cuenta esta realidad.

Desde esta singularidad de la función docente la existencia en el sistema educativo de las categorías de Catedráticos y Profesores Titulares adscritos a cuerpos distintos con condiciones de acceso y actividades diferenciadas expresa ya la diversificación de situaciones jurídicas no obstante los caracteres comunes derivados del hecho de estar ambos integrados en una misma estructura de enseñantes e investigadores. De esas diferencias resulta que la categoría de Catedráticos representa la culminación de la carrera docente que requiere unas pruebas de ingreso y unos requisitos superiores, al margen obviamente de las condiciones personales y de los méritos docentes o de investigación del Profesor Titular, que trasciende necesariamente al desempeño del puesto docente a desempeñar y justificar objetiva y razonablemente la diferencia del contenido económico del complemento específico establecido en el Real Decreto impugnado sin estimarse que ello vulnera el artículo 23.3.a) de la Ley de Reforma de la Función Pública citada porque viene a retribuir la condición particular del puesto docente desempeñado por un Catedrático en relación con su desempeño por un Profesor.

En relación con la desigualdad del trato, invocada, entre ambos profesionales, esta Sala al resolver la cuestión de la vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 14 de la Constitución (en el procedimiento de la Ley 62/1978, de 26 diciembre) (Sentencias de 12 febrero, 2 marzo y 23 diciembre 1988 [RJ 1988, 1407, 2148 y 9655]) tiene declarado que “no puede desconocerse a la hora de fijar un complemento en función de las condiciones particulares de un puesto de trabajo, la distinta cualificación de quienes lo desempeñan acreditada por la superación de las respectivas pruebas selectivas y de los distintos requisitos exigidos para concurrir a los mismos artículos 37 y 38 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 agosto, citado”. En consecuencia, el Real Decreto recurrido al establecer una diversa cuantía del componente general del complemento específico en razón de los distintos cuerpos de profesores universitarios —art. 2.3.a)— “tiene en cuenta el dato diferencial de su distinta capacidad profesional en el desempeño de su función docente e investigadora”, “se trata en definitiva —como dijo la Sentencia de 12 febrero 1988— de una razón digna de ser ponderada, en cuanto viene a aceptar que aunque el puesto de trabajo sea de iguales características, en general es razonable predicar que se desempeña mejor por aquellos a quienes la Ley reconoce mejor preparación científica y académica” (Sentencia de 23 diciembre 1988 de la antigua Sala 5.ª), por lo que ha de desestimarse la alegación de la vulneración del derecho constitucional a la igualdad que reconoce el artículo 14 de la Constitución ya que —como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Constitucional, Sentencias 27/1981, de 20 julio (RTC 1981, 29), y 68/1989, de 19 abril (RTC 1989, 68)— “la diferencia de retribución no es arbitraria sino que tiene su justificación objetiva y razonable por tratarse de situaciones de hecho que no pueden considerarse iguales”.

Por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho segundo de esta sentencia, la singularidad de la función docente no permite invocar situaciones de hecho iguales para alegar diferencias de trato con otros funcionarios en la retribución de puestos de trabajo sin consideración a la trascendencia expuesta de las condiciones exigidas para acceder a la categoría de Catedráticos con el ejercicio del puesto docente que de manera excepcional se retribuye.

Tampoco se aprecia la disconformidad a Derecho de la norma del artículo 2.3.c) del Real Decreto recurrido que establece el criterio para determinar el componente

por méritos a docentes del profesorado universitario, no sólo los actores no fundamentan claramente su alegación, sino que la retribución complementaria que establece viene fundada en la autorización concedida al Gobierno en el artículo 1.º.2 de la Ley 30/1984, tan citada, sino que la diferencia entre el Profesorado según el nivel de complemento de destino, se justifica objetivamente por la razón expuesta en esta sentencia de la singularidad de la función docente e investigadora que requiere la incentiación de la mejor preparación del profesorado por el mejor tratamiento económico de la actividad docente realizado por los Catedráticos (nivel 29) en relación con el resto del profesorado universitario.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, 16 mayo 1994.*)

2. Trienios. Veterinarios titulares. Cuando desempeñan sus funciones en régimen de jornada reducida, los trienios, tanto a efectos activos como de haberes pasivos, han de computarse con igual reducción. Jurisprudencia reiterada en revisión.

«Como la cuestión de la cuantía en que deban abonarse los trienios de los Veterinarios Titulares ha sido objeto de una nutrida jurisprudencia de esta Sala y Sección, en sede de revisión, e incluso conociendo de recurso de apelación en interés de ley, tan sólo habremos de sintetizar los argumentos que respecto al fondo se contienen en dicha jurisprudencia consolidada, que invoca como contradicha, al amparo del artículo 192.1.b), el Abogado del Estado demandante en revisión, al dirigir este recurso frente a la Sentencia firme de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 18 noviembre 1991, que se pronunció en sentido divergente de dicha jurisprudencia.

El recurso se halla interpuesto dentro de plazo y no ofrece obstáculos para su admisión, concurriendo también el presupuesto básico de la contradicción entre la sentencia impugnada y las del Tribunal Supremo de 2 noviembre 1989 (RJ 1989, 8081), 5 marzo 1990 (RJ 1990, 1784) y 20 mayo 1991, invocadas por la Abogacía del Estado, la jurisprudencia aludida contenida en estas sentencias y en otras posteriores, de las que son manifestación más reciente las de 13 mayo y 22 septiembre 1993 (RJ 1993, 3666 y 7054) y de 14 y 15 diciembre 1993 (RJ 1993, 9667 y 9670), así como la de 30 octubre 1991 (RJ 1991, 7825), recaída en interés de la ley y que fija doctrina legal, puede sintetizarse diciendo que los trienios devengados por los referidos veterinarios cuando desempeñaban sus funciones en régimen de jornada reducida o "por equivalencia", es decir, con grado de actividad del 50% de la normal jornada de trabajo prestada por los funcionarios de la Administración Civil del Estado, han de ser computados, tanto a efectos activos como de haberes pasivos, con arreglo a dicho reducido porcentaje y no en la integridad del cien por cien de su importe, conforme a su peculiar régimen estatutario establecido en la Ley 116/1966, de 28 diciembre (art. 6.º), y en el Decreto 187/1967, de 2 febrero (art. 1.5), sin que la ulterior aplicación del Decreto 7 julio 1972 viniese a significar una alteración retroactiva del mencionado régimen y de los servicios prestados a su amparo, sino que este último Decreto ha de considerarse como "una verdadera y propia ampliación de sus funciones y cometidos que implicaba una sustancial alteración de su contenido estatutario de deberes". Se impone, en conclusión, la estimación del recurso de revisión en cuanto la sentencia aquí impugnada se aparta de dicha correcta doctrina jurisprudencial, lo que determina su íntegra rescisión y consiguiente desestimación del recurso contencioso en su día deducido por el señor E. P. y demás Veterinarios Titulares que fueron colitigantes en el mismo, confirmando los actos administrativos presuntos que les denegaron la reclamación de abono de dichos trienios al cien por cien de su importe.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 6 julio 1994.*)

3. *Funcionarios. Extinción, por renuncia, de la relación de servicio. Por tratarse de una manifestación de voluntad recepticia sólo será eficaz a partir de su aceptación. En tanto ésta no se haya producido y al no haber trascendido aún de la esfera jurídica de quien la realiza, continúa en éste la facultad de disponer de su manifestación de voluntad, de modo que puede ser dejada sin efecto por su autor, con la lógica salvedad de los intereses de terceros. La Comisión de Gobierno municipal carece de competencia para aceptar la renuncia.*

«El demandante en el proceso, apela la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 14 marzo 1992, que desestimó su recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Castro Urdiales, de 2 febrero 1987, que declaró vacante la plaza de aparejador municipal, y contra la desestimación por silencio del recurso de reposición interpuesto contra la anterior resolución.

El centro de la litis consiste en la determinación de si, cuando se dictó la resolución recurrida, se le podía considerar al demandante como renunciante al cargo de aparejador municipal, para el que había sido nombrado por Resolución de 13 noviembre 1986, tras superar las pruebas correspondientes, y del que se había posesionado, tras prórroga del plazo posesorio, el 27 de enero de 1987.

Los elementos en juego son los de la eficacia atribuible a los escritos del actor de 28 y 29 de enero de 1987, así como la actuación de la Comisión de Gobierno de fecha 27 de enero de 1987, teniéndole por renunciado al cargo.

Centrada la litis en los términos que se acaban de exponer, resultan totalmente marginales las vicisitudes en torno a la posesión del actor, a que se refiere el fundamento 6.º de la sentencia, una vez que el Ayuntamiento demandado le dio posesión efectivamente, como lo es asimismo la circunstancia de que el actor, al posesionarse, estuviera prestando servicios a otra Administración, con la eventual incompatibilidad entre ambos cargos (fundamentos de derecho 7.º y 8.º de la sentencia), que en modo alguno opera en la realidad y eficacia jurídica de la cuestionada renuncia.

Excluidos esos elementos por inoperantes, y centrándonos en los que se refieren al núcleo litigioso que se señaló, la sentencia, en síntesis, se apoya en las siguientes bases argumentales:

a) Aceptación como elementos probatorios de sendos escritos remitidos al Tribunal por el Secretario del Ayuntamiento y por el Alcalde, por propia iniciativa, al margen de la contestación de la demanda, y del trámite formal de proposición de prueba (Fundamento de Derecho 5.º).

b) Proclamación de la existencia de una renuncia verbal del actor manifestada al Secretario del Ayuntamiento, producida a la hora y media de la toma de posesión, y ratificada por escrito al siguiente día, y rechazo de la alegación del demandante de que la renuncia escrita supusiera un error, y que el escrito en cuestión tuviera la verdadera intención de aceptar el cargo (Fundamento de Derecho 5.º).

c) Eficacia de la renuncia verbal, y de su aceptación por la Comisión de Gobierno del día 27 de enero de 1987, así como de la ratificación escrita del siguiente día, e ineficacia del escrito rectificatorio del día 29 de enero, pues "Cuando la 'rectificación' —que no es tal— se produce, la declaración de voluntad recepticia ya había surtido efectos, al ser admitida por el Ayuntamiento"; por lo que, dice la sentencia, "no puede pretender el actor que sus dudas y anámalas conductas (un día sí, otro no) obliguen a la Corporación Local a someter sus propias decisiones al ritmo de las vacilaciones del funcionario".

Por la misma razón por la que en relación con la sentencia apelada marginamos, por no ser atinentes al núcleo real de la litis, las consideraciones sobre la irregulari-

dad del comportamiento del demandante previo a su toma de posesión, y sobre la posible incompatibilidad del cargo aquí cuestionado con su trabajo en otra Administración, debemos marginar correlativamente en nuestro análisis las alegaciones del apelante de crítica de los fundamentos de la sentencia, referidos a esos extremos de ella aquí marginados, centrándonos en las alusivas a lo que antes calificamos como verdadero núcleo de la litis, que podemos resumir en los siguientes términos:

a) Insistencia en las alegaciones de primera instancia sobre la anomalía de la decisión de la Comisión Permanente, al referirse, en actuación datada en 27 de enero, a una renuncia por escrito que se había presentado el día 28, lo que demuestra, en su criterio, que tal decisión se adoptó después de la fecha referida, y sin tener en cuenta el posterior escrito del demandante, de 29 de enero, en el que quedaba clara su intención de permanecer en el cargo de aparejador del Ayuntamiento de Castro Urdiales.

b) Que la sentencia incurre "en un error básico, como es el de entender que el acuerdo trascendental del Ayuntamiento de Castro Urdiales, es el supuestamente adoptado con fecha 27 de enero de 1987, por la Comisión de Gobierno", cuando el acuerdo que tiene trascendencia jurídica "es el adoptado con fecha 2 de febrero por la Alcaldía, que lo es en base al adoptado por la Comisión de Gobierno", acuerdo que se adopta "en fecha posterior a la presentación del último escrito por parte del hoy recurrente, en el que... manifiesta su intención de permanecer como Funcionario Titular del puesto de Aparejador del Ayuntamiento".

c) Que la renuncia del funcionario "no supone que deje automáticamente de tener tal carácter, sino que es preciso que la Administración resuelva de forma expresa a lo solicitado", y en su caso es claro que la última petición es la de permanecer en el Ayuntamiento.

Por su parte, las alegaciones del apelado se centran fundamentalmente: a) en destacar la existencia de la renuncia escrita del demandante, y la inconsistencia de su escrito ulterior y de las alegaciones en el juicio sobre el supuesto error de la misma y la eficacia de la rectificación del siguiente día; en la referencia al contradictorio comportamiento del demandante; y b) en la explicación expuesta en la sentencia de que la renuncia tenía su explicación por la simultánea prestación de servicios a otra Administración.

Expuestos los términos de la litis, hemos de decidir en primer lugar si la renuncia del funcionario determina de por sí, y sin necesidad de aceptación, la extinción de la relación funcional, o si, para que opere su eficacia extintiva, se precisa la aceptación. Ligada a esa cuestión va la de si producida una manifestación de renuncia, puede dejarse sin efecto por su autor antes de que sea aceptada por la Administración destinataria; y en caso positivo, si ésta puede resolver acerca de la renuncia, sin tener en cuenta el posterior acto de rectificación de su autor.

Finalmente, y ligado a los extremos anteriores, es preciso decidir si en este caso concreto la aceptación de la renuncia por la Comisión de Gobierno fue o no jurídicamente eficaz, de modo que, aceptada por ésta, ya viene predeterminada la ulterior resolución del Alcalde.

En cuanto al primer extremo, ni en el Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, ni en el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por D. 325/1964, de 7 febrero (de aplicación supletoria a los funcionarios de la Administración Local, según lo dispuesto en su artículo 2.º.3 y en el artículo 92 de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 abril) contienen elementos para decidir la cuestión, pues se limitan a consignar la renuncia como causa de pérdida de la condición de funcionario en los respectivos artículos 138.1.a) y 37.1.a), sin regular el régimen de la misma. Mas ello no obstante, habida cuenta que la renuncia supone en sí una declaración de voluntad recepticia, es lógico entender, en línea de principio, que para la eficacia de la renuncia es preciso la aceptación

por su destinatario. Confirma esta interpretación el artículo 376 del Código Penal, que tipifica como delito el abandono del destino por funcionario al que no se le haya admitido la renuncia al mismo, lo que no tendría sentido si el solo acto unilateral de la renuncia pudiera producir por sí solo, y sin su aceptación, la extinción de la relación funcional, en cuyo caso, mal podría hablarse de abandono.

Establecido que la renuncia a la condición de funcionario, para ser eficaz, precisa ser aceptada por la Administración, hay que entender que en tanto no se haya producido la aceptación, y al no haber trascendido aún de la esfera jurídica del que la realiza, continúa en éste la facultad de disponer de su manifestación de voluntad, de modo que puede ser dejada sin efecto por su autor, con la lógica salvedad de los intereses de terceros.

En el caso de autos es indudable que el escrito del recurrente de 29 de enero, tiene una clara intención desvirtuadora del escrito de renuncia del día anterior; y aunque deba rechazarse, como acertadamente se rechazó en la sentencia, la explicación, absolutamente inconveniente, del error del escrito de renuncia y de su corrección ulterior, explicación absurda en la que no se insiste en la apelación, no cabe duda que el sentido real del escrito final no es otro que el de dejar sin efecto el acto de renuncia precedente, y ello, antes de que el Ayuntamiento, a través de su órgano competente al efecto, hubiera aceptado la inicial renuncia.

Llegados a este punto en el análisis de los elementos del caso, es necesario enjuiciar la eficacia del acuerdo de la Comisión de Gobierno, referido en el del Alcalde de Castro Urdiales objeto de recurso.

Al respecto hemos de aceptar la crítica del demandante acerca de la anomalía de ese acuerdo, habida cuenta de la fecha que se le asigna y el dato de su referencia a una renuncia escrita del demandante posterior al acuerdo mismo, lo que demuestra que realmente el acuerdo se adoptó después del día 28 de enero, en fecha no concretada, lo que es en este caso determinante, pues sin la concreción exacta de su fecha real no puede admitirse su eventual eficacia, dada la existencia del escrito del demandante que dejaba sin efecto su renuncia.

La explicación, admitida en la sentencia, de que la Comisión Permanente había aceptado una previa renuncia verbal del propio día 27, el mismo de la toma de posesión, no es correcta ni en un plano procesal, ni extraprocesal sustantivo.

No es correcta en un plano procesal, porque la prueba de la existencia de esa renuncia verbal se toma en la sentencia de los escritos del Secretario del Ayuntamiento y del Alcalde, que no son sino unas alegaciones procesalmente anómalas, pues el Ayuntamiento como tal, compareció y contestó a la demanda, al margen de esos peculiares escritos, de iniciativa personal de sus firmantes, y que no respondían tampoco a una especial proposición de prueba.

En esas circunstancias, el reconocimiento de la fe del Secretario y de las reiteradas declaraciones del Alcalde (Fundamento de Derecho 5.º de la sentencia) como medio de prueba, no se adecua a las exigencias formales, ni de la auténtica prueba documental (arts. 1216 CC y 597 y ss. de la LECiv) ni de la testifical (arts. 637 y ss. de la LECiv).

El valor procesal atribuible a esas atípicas manifestaciones sería, a lo sumo, el de meras alegaciones, necesitadas a su vez de prueba, y no el de prueba de los hechos alegados en ellas.

Pero es que tampoco es correcto en un plano extraprocesal sustantivo atribuir eficacia a la aceptación de la renuncia verbal por la Comisión de Gobierno, aun en el hipotético caso de que la renuncia verbal se hubiera producido, en efecto, pues ni tal Comisión es el órgano competente para decidir sobre la renuncia de un funcionario, según se infiere del elenco de sus atribuciones establecido en el artículo 23.2 de la Ley 7/1985, correspondiéndole la competencia al Alcalde, según lo dispuesto en el artículo 21.1.g) del propio texto, ni, aunque lo fuera, habría podido adoptar válidamente decisión al respecto en el propio día de la renuncia verbal, dadas las exigencias formales para las deliberaciones de las mismas, establecidas a los artículos 47.2, 50 y 51 del Real Decreto Legislativo 781/1986; por lo que la aceptación de la

hipotética renuncia verbal del demandante en las circunstancias que se indican en las procesalmente anómalas alegaciones del Secretario y del Alcalde del Ayuntamiento de Castro Urdiales estaría viciada de una nulidad de pleno derecho, conforme a lo previsto en el artículo 47.1.a) y c) de la LPA (vigente en el momento de los hechos), nulidad apreciable de oficio. No cabe, pues, atribuir a la aceptación de la Comisión de Gobierno la eficacia determinante que la sentencia le ha reconocido.

Hemos de situarnos en la Resolución del Alcalde, de 2 febrero 1987, como con absoluta precisión técnica, y en oposición al planteamiento de la sentencia apelada, postula el apelante. Y en esas fechas, en trance de decidir, y dijera lo que dijese la Comisión de Gobierno, el Alcalde de Castro Urdiales debía tener en cuenta no sólo el escrito de 28 de enero, sino el de 29, por exigencias de lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley de Procedimiento Administrativo (vigente a la sazón), conforme al cual la renuncia había sido dejada sin efecto por su autor, y no podía ya ser aceptada, ni tenerse en cuenta como presupuesto determinante de la resolución a dictar. Sentado ese presupuesto, declarar vacante la plaza de la que era titular el demandante resulta contraria a derecho, pues la vacante no existía, incurriéndose en el motivo de anulación previsto en el artículo 48.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

No está de más señalar, aunque al principio se marginase el análisis de tal cuestión, que la simultaneidad de una relación de servicios del demandante con otra Administración, al margen del problema de incompatibilidad, que pudiera suscitar, no era traba para la constitución y subsistencia del nuevo cargo del actor en el Ayuntamiento demandado, pues con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 2.º, de la Ley 53/1984, la posesión del nuevo cargo determinaría, en su caso, la excedencia en el anterior; pero en modo alguno podía privar al demandante de su relación funcional con el Ayuntamiento demandado.

Por todo lo expuesto, se impone el éxito de la apelación, la revocación de la sentencia apelada, y en su lugar la estimación del recurso contencioso-administrativo que aquélla desestimó.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 26 septiembre 1994.*)

4. *Negociación colectiva. Funcionarios locales. Nulidad de convenio, tanto por ser improcedente en la fecha en que se estipuló como por incluirse en el mismo a los funcionarios y al personal laboral, sin que sea posible es-cindir la unidad de aquél.*

«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 a la Ley 9/1987, aludida en la sentencia; por lo que no puede extraerse de ésta el fundamento legitimador ni del acuerdo formal 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 en dicha Administración, mientras que en el artículo 31 referido el 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 este 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 acomodo en ella la proyección directa al ámbito de una Entidad Local de las condiciones de empleo con-

certadas desde un mecanismo de negociación diferente, con ambición de extensión a toda la Administración Local.

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 precisión 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 abría 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 su 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, hasta 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 RD-Leg 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 Vergara 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 labores 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.

Pero es que además, 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 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 reguladoras de esa materia, como ya tuvo ocasión de declarar la Sentencia de este Tribunal de 29 octubre 1985 (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, 2 noviembre 1994.*)

5. *Funcionarios Auxiliares de Sanidad con Diploma de la ENS. Improcedencia de asignar a todos los Auxiliares Sanitarios el mismo coeficiente retributivo e índice de proporcionalidad, dada la distinta titulación que ostentan. Recurso de revisión.*

«Como postula el Abogado del Estado, en el presente recurso de revisión, contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 12 diciembre 1990, la cuestión planteada ante ese Tribunal, Recurso 118/1990, sobre reclamación al Ministerio de Sanidad y Consumo, por unos Funcionarios Auxiliares Sanitarios en "Desinfectadores" en posesión del Diploma de la Escuela Nacional de Sanidad, del reconocimiento del coeficiente de retribución 3,3 y el de proporcionalidad 8 en base al Reglamento de Funcionarios de la Dirección General de Sanidad aprobado por el Decreto 30 marzo 1951, el Real Decreto-ley 30 marzo 1977 y el Real Decreto-ley 26 enero 1979; reclamación estimada por el Tribunal de instancia con anulación de la desestimación presunta de la Administración de esa petición, resulta coincidente a efectos de este recurso de revisión con las resueltas por este Tribunal Supremo en las Sentencias de 23 noviembre 1983 (RJ 1983, 5876), 14 julio 1986 (RJ 1986, 3912) y 1 octubre 1987 (RJ 1987, 6687), invocadas por el Abogado del Estado, ya que en todas ellas los demandantes acreditaron la condición de Funcionarios Auxiliares de Sanidad en posesión del mentado Diploma, y reclamaron el coeficiente retributivo e índice de proporcionalidad indicados en función de los mismos fundamentos y pretensiones en relación a su pertenencia a un colectivo de funcionarios; sin título idóneo para ello, como se declaró en dichas sentencias de este Tribunal, en las que por su pertenencia al colectivo de Auxiliares Sanitarios en posesión del citado Diploma debe incluirse a los Desinfectadores en el mismo grupo que los Celadores y Maquinistas y Auxiliares de Clínica y no en el de Practicantes, Matronas y Enfermeras, como se declaró en la Sentencia de este Tribunal de 15 junio 1991 (RJ 1991, 6308), Recurso extraordinario de revisión 37739/1989.

Dándose la identidad necesaria entre la sentencia impugnada y las invocadas como precedente contradictorio y cumplidos los requisitos formales exigibles por la Ley, artículo 102.2 y 3 en relación con los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil aplicables, según el meritado número 2 de dicho artículo, procede que por este Tribunal se resuelva cuál de la doctrina debe prevalecer entre la que sustenta el de instancia y las de esta Sala relacionadas, a cuyo efecto se reproducen los fundamentos quinto y sexto de la de 14 julio 1986:

"Para decidir qué sentencias han de estimarse conformes con el ordenamiento jurídico conviene hacer las siguientes precisiones: Que el artículo 40 del Decreto 30 marzo 1951 que aprueba el Reglamento por el que se rige al personal de la Dirección General de Sanidad, bajo el epígrafe 'Personal Técnico Auxiliar Sanitario' establece que con 'la denominación Personal Técnico Auxiliar Sanitario comprende a Practicantes, Instructores de Sanidad, Maquinistas y Celadores de Sanidad Exterior, Matronas, Enfermeras, Enfermeros, Maquinistas, Mecánicos, Desinfectadores y demás cargos semejantes que prestan servicios en plaza en plantillas consignadas en el presupuesto de la Dirección General de Sanidad' de cuyo encuadramiento global deducen las sentencias de las Audiencias de Oviedo, Cáceres y Valladolid que se aportan a los autos que en el mismo deben comprenderse los Auxiliares Sanitarios y que por el hecho de estas clasificados como Personal Técnico Auxiliar Sanitario de-

ben gozar de los mismos niveles retributivos, premisa que ha de declararse errónea porque como dicen las Sentencias de esta Sala de 23 noviembre 1983 (RJ 1983, 5876) y 14 julio 1986 (RJ 1986, 3912) referidas a otros supuestos de funcionarios sanitarios comprendidos en el citado artículo 40, el mismo Decreto 30 marzo 1951, establece en su artículo 1.º que 'todos los funcionarios que constituyen cuerpos especiales continúan en la misma forma, subsistiendo sus actuales escalafones', y el artículo 4.º, que 'los Cuerpos o Grupos de este personal que posean escalafones propios los conservaron acomodándolos a su estructura'; aún más, los recurrentes aportan Diploma de Auxiliar Sanitario que no es suficiente para incluirlos en Cuerpos Técnicos puesto que conforme al artículo 25 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 febrero 1964, el Diploma es acreditativo de su capacitación en determinadas funciones, ramas o disciplina de la Administración y únicamente habilita a su titular para acceder a las plazas expresamente reservadas a sus poseedores.

Tampoco puede admitirse la ampliación que las sentencias de las Audiencias citadas —Oviedo, Cáceres y Valladolid— realizan en favor de los Auxiliares Sanitarios incluyéndoles en el artículo 1.º del Real Decreto-ley 4/1979 con el argumento de que no les excluye expresamente, porque tal interpretación es contraria al epígrafe de la disposición 'Asignación de proporcionalidad a diversos Cuerpos Sanitarios' con lo que excluye a los restantes, y porque el artículo 1.º dice literalmente: 'por razón de su titulación a los Ayudantes Técnicos Sanitarios, Practicantes, Enfermeras y Matronas de la proporcionalidad 8 señalada en el artículo 3 del Real Decreto-ley 22/1977, de 30 marzo', de donde se desprende: que este nivel de proporcionalidad 8 se les atribuye por razón de titulación que el artículo 3 del Real Decreto-ley 22/1977 atribuye a quienes tengan Título de Educación Universitaria (Diplomados, Arquitectos Técnicos, Ingenieros Técnicos, Titulados de Formación Profesional de Tercer Grado y equivalentes) no pudiéndose incluir entre los Diplomados al personal auxiliar sanitario por las razones anteriormente expuestas y porque conforme al artículo 39.1 de la Ley 14/1970, de 4 agosto, General de Educación, Diplomados son los alumnos que hayan concluido estudios del primer ciclo de una Facultad o Escuela Técnica Superior y seguido las pertinentes Enseñanzas de Formación Profesional de tercer grado y aquellos otros que concluyan los estudios correspondientes a una Escuela Universitaria. En contra de lo sostenido por los recurrentes y parece aceptado por las sentencias que aquí se examinan, el artículo 1.º del Real Decreto-ley 4/1979 al decir 'a los Ayudantes Técnicos Sanitarios, Practicantes, Enfermeros y Matronas de la Administración del Estado' no relaciona a los Ayudantes Técnicos Sanitarios como concepto genérico que comprende a los cuerpos que a continuación cita y que incluye o pretende incluir a la totalidad del personal Técnico Auxiliar de Sanidad, porque los Ayudantes Técnicos Sanitarios constituyen un Cuerpo del Estado que para su ingreso necesitan estar en posesión de un título de ese nombre; el Decreto 4 diciembre 1953 que ordenó los estudios de distintas profesiones sanitarias auxiliares unificó en una sola enseñanza los estudios de Practicantes, Matronas y Enfermeros bajo el título único de Ayudante Técnico Sanitario, título que habilitaba para el ejercicio de una profesión mediante estudios que ya entonces estaban vinculados a la Universidad y requerían tres cursos académicos de duración y tener aprobado el Bachillerato Elemental o laboral, la carrera de Magisteria o el Grado pericial de la de comercio."

Con posterioridad a las sentencias aportadas como contradictorias por el Abogado del Estado, por este Tribunal en los Recursos extraordinarios de Revisión 190/1987, Sentencia de 5 julio 1990 (RJ 1990, 6355), Fundamento de Derecho Tercero, y 134/1989, Sentencia de 15 junio 1991, ya citada, se ha mantenido la misma doctrina que en las citadas por el Abogado del Estado, fijando la reiterada por esta Sala, manteniendo la unidad de doctrina y, conforme con lo expuesto acerca de la improcedencia de que todos los Auxiliares Sanitarios son acreedores al mismo coeficiente retributivo e índice de proporcionalidad que condiciona el anterior, dada la distinta titulación que ostentan los pertenecientes a este colectivo sanitario.

Por lo expuesto procede dar lugar al recurso de revisión interpuesto, rescindir la sentencia recurrida y desestimar la reclamación contencioso-administrativa formulada por los demandantes ante el Tribunal de instancia; sin que se aprecie temeridad o mala fe, al objeto de la imposición de costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 2 noviembre 1994.*)

6. *Negociación colectiva. Nulidad de Decreto autonómico sobre indemnización por prestación de servicios singulares del personal adscrito a la tarea de prevención, vigilancia y extinción de incendios, por tratarse de materia comprendida en el artículo 32 de la Ley 9/1987, que, por tanto, no podrá regularse sin la previa negociación, que tiene carácter estrictamente obligatorio. «Se alcance o no un resultado y requiera o no el acuerdo alcanzado el refrendo o la regulación por parte del órgano de gobierno de la Administración.»*

«El fallo de la sentencia recurrida, acorde con los pedimentos y la fundamentación jurídica de la demanda, declara la nulidad del Decreto 22/1991, de 21 febrero (LCAN 1991, 44), por el que se modifica el Decreto 124/1990, de 29 junio (LCAN 1990, 108), ambos de la Consejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias, sobre indemnizaciones por razón del servicio.

El motivo de la innovación legislativa operada a través del Decreto 22/1991 se debe, según explica el preámbulo, a que el precitado Decreto 124/1990 "... no contempla la indemnización por asistencia y servicios singulares que fuera del horario normal de trabajo e incluso fuera de todo horario formal realizan determinados funcionarios de la Comunidad Autónoma de Canarias en orden de policía, vigilancia y protección de la riqueza forestal del Archipiélago y preferentemente a la prevención y extinción de incendios en los bosques". Estos servicios —añade— se prestan durante la época de mayor peligro de incendio, que en parte coincide con la temporada estival, y se concretan en el deber de localización permanente del personal; (sin límite de horarios), en la prestación de turnos rotativos municipales por comarcas, fuera de los términos municipales propios; en servicios de guardia y retén de veinticuatro horas de duración y, por supuesto, en la existencia a las labores de extinción de incendios donde y cuando se produzcan. La importancia y especiales características de estas prestaciones hacen aconsejable incluirlas dentro de aquellos servicios que revisten la condición de singularmente indemnizables o compensables".

En consonancia con los criterios precedentemente expuestos, el texto de la Disposición Adicional 4.ª, incorporada al Decreto modificado por el que aquí es objeto de controversia, establece que "... dará origen a indemnización o compensación la prestación de asistencia y servicios singulares que realice el personal adscrito a las tareas de vigilancia y extinción de incendios durante la época de máximo peligro de incendios y que se concretan en labores de guardias y retén; de vigilancias por comarcas fuera de los términos municipales propios, de veinticuatro horas de duración; deber de localización permanente y asistencia a la extinción de incendios". Y, bajo el epígrafe de Anexo VI, se relacionan las cuantías de las indemnizaciones correspondientes a las diferentes variedades de servicios singulares del personal funcionario adscrito a las tareas de prevención, vigilancia y extinción durante la época de peligro de incendios.

Para el Tribunal sentenciador "resulta claro, por tanto, que dicho Decreto está regulando materias de índole económica (en cuanto que las indemnizaciones consti-

tuyen uno de los conceptos retributivos que corresponden a los funcionarios públicos) y, además, que afectan a las condiciones de trabajo; (en cuanto que establece determinados servicios con fijación incluso de horario hasta de veinticuatro horas de duración); materias que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32.k) de la Ley citada —alude a la Ley 9/1987, de 12 junio (RCL 1987, 1450)—, deben ser objeto de negociación, por lo que, como no consta que ésta se haya efectuado y ni siquiera se indica en la contestación a la demanda que haya tenido lugar, resulta clara la vulneración de dicho precepto en la elaboración del Decreto recurrido, lo que determina su nulidad y la estimación del recurso”.

El escrito de interposición del recurso de casación se ampara en el número 4.º (infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate) del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, invocando a este efecto el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, del que se destaca su carácter de norma básica del régimen estatutario y sirve para dos órdenes de consideraciones:

I) En primer lugar, a través de un análisis de los conceptos incorporados al citado artículo 23 de la Ley y de lo que denomina la recurrente “interpretación contextual” de sus apartados, se establecen las siguientes conclusiones: A) que no ostenta la condición de retribución, ni básica ni complementaria, las indemnizaciones por razón de servicio recogidas en el cuestionado Decreto 22/1991; B) que su naturaleza jurídica es identificable, por vía analógica, acudiendo al Decreto 2380/1973, de 17 agosto, sobre ordenación del salario, que regula las retribuciones del trabajo por cuenta ajena, en cuya disposición se excluyen del concepto legal de salario, en el artículo 3.a), las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubieran de ser realizados por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral; C) que tal como vienen definidas en el apartado 4 del artículo 23 de la repetida Ley son percepciones que no revisten carácter periódico, “... debiendo, por tanto, ser establecidas por la Administración, sin que se pueda exigir negociación alguna puesto que al quedar fuera el concepto de salario, consecuentemente no afecta a las condiciones de trabajo que en modo alguno se ven alteradas por las indemnizaciones establecidas en el Decreto...”.

II) En una segunda consideración, el recurrente mantiene la tesis de que “la materia objeto de la controversia ha de englobarse en el ámbito de las potestades organizativas (...) resultando en consecuencia expresamente vulnerado el artículo 34 en su ordinal primero de la Ley 9/1987, de 12 junio, en cuanto establece que quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación, en su caso, las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización al ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas”.

Toda la argumentación de la Comunidad Autónoma recurrente reconduce, en definitiva, a insistir en la no obligatoriedad de la negociación o la consulta sindical para la elaboración de la normativa cuestionada, habida cuenta del carácter no salarial de las indemnizaciones y compensaciones económicas a que se contrae su contenido y a que de dicha materia concierne al ámbito específico exclusivo de las potestades de organización de su Administración. A esta conclusión se llega, no obstante, en virtud de una exégesis excesivamente restrictiva, tanto del contenido de la normativa cuestionada como de los preceptos de la Ley 9/1987, que regulan la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo.

La participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, realizada por éstos a través de las organizaciones sindicales a las que legalmente se reconoce capacidad representativa, se realiza en la Ley a través de dos mo-

dalidades de la de negociación y la de consulta. La negociación es el instrumento principal y el repertorio de materias negociables, nominalmente muy extenso, se halla contenido en el artículo 32 de la Ley 9/1987, cuya forma imperativa ("*será objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública...*"), sugiere el carácter estrictamente obligatorio de la negociación previa, se alcance o no un resultado y requiera o no el acuerdo alcanzado el referendo o la regulación por parte del órgano de gobierno de la Administración (arts. 35, párr. 3.º, y 37.2 Ley); y, consiguientemente, la sanción de nulidad del acto o disposición en cuya elaboración se haya omitido este requisito formal, de carácter esencial para la correcta formación de voluntad del órgano autor de la norma (arts. 47 LPA y 51 Ley 30/1992).

El segundo instrumento de participación —el de consulta—, juega a partir del límite legal impuesto a la obligatoriedad de la *negociación* que excluye, "en su caso, las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus facultades de organización, al ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativos", si bien, "cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, procederá la consulta a las Organizaciones Sindicales y Sindicatos..." (art. 34 Ley 9/1987). La forma imperativa, igualmente utilizada para esta segunda modalidad ("procederá la consulta...") no obstante su menor intensidad participativa en relación con la "negociación", mantiene inalterable su condición de requisito esencial para la correcta elaboración de la decisión administrativa y su omisión comporta la nulidad de pleno derecho, tratándose de un requisito no susceptible de subsanación *a posteriori*.

Volviendo ahora a la norma cuestionada (Decreto Autonómico Canario 124/1990), parece evidente que la asunción por el funcionario del deber de estar localizable permanentemente en las veinticuatro horas del día; la imperatividad de prestación de turnos rotativos de vigilancia de mayor extensión que el de su ámbito funcional propio o de la adscripción a servicios de guardia y retén de veinticuatro horas de duración, suponen en todos los casos importantes complementaciones ampliatorias del contenido prestacional de los deberes funcionariales. Y es igualmente evidente que las cantidades percibidas por tales servicios, cualquiera que sea su denominación ("indemnizaciones", "compensaciones", etc.), ofrecen un esencial carácter remuneratorio por la mayor duración, dedicación o esfuerzo que tales servicios comportan respecto de las obligaciones de la jornada ordinaria. La alusión al Decreto 2380/1973, de ordenación de las retribuciones del trabajo por cuenta ajena en el sector laboral, está fuera de lugar y carece de base analógica.

No puede aceptarse, por tanto, la tesis de que la materia objeto de regulación en el repetido Decreto concierne al ámbito reservado de las potestades de organización de la Administración autonómica y, menos aún, que su validez puede fundarse en el artículo 37.2 de la Ley 9/1987, en cuanto atribuye a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas la facultad de establecer en sus respectivos ámbitos las condiciones de trabajo, tal como sostenía la Administración apelante en la contestación a la demanda.

En su sentido más amplio todo lo que afecta al nacimiento, desarrollo o extinción de la relación funcional se mueve en el ámbito de las potestades de organización de la Administración Pública correspondiente y, de hecho, el sistema imperante hasta la promulgación de la Ley 9/1987 podía repaldar esta interpretación. Sin embargo, una vez en vigor dicha Ley la definición de las referidas potestades tiene ya que establecerse segregando de su núcleo el catálogo de materias que, con arreglo a la Ley, serán objeto, obligatoriamente, de "negociación" o de "consulta". Por otra parte, la potestad reservada a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas en el artículo 37.2 que invocaba la representación procesal de la Administración demandada, queda sujeta a un doble condicionamiento: que no se haya pro-

ducido acuerdo en la negociación o que se denegase la aprobación expresa y formal del acuerdo alcanzado en el seno de la Mesa de Negociación.

En el caso aquí debatido, no cabe duda que el Decreto impugnado regula directamente extremos concretos de las condiciones de trabajo del personal funcionario a que se refiere el artículo 32.e) de la Ley 9/1987. Y que el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 37.2 de la misma Ley se ha realizado vulnerando los condicionamientos legales impuestos a dicho ejercicio, pues resulta obvio que cualquiera de los dos supuestos (que no se produzca acuerdo en la negociación o que el acuerdo alcanzado no sea refrendado por el órgano de gobierno de la correspondiente Administración), presupone por definición la existencia previa de una negociación, real o indebida, y no puede extenderse a la omisión deliberada de dicho trámite, en cuyo evento la norma en cuestión resulta afectada por la causa de nulidad anteriormente analizada.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 10 noviembre 1994.*)

7. Complemento de destino. Letrado que ejerce funciones de sustituto de Letrado del Estado en defensa del INEM. Inexistencia de derecho a la igualdad. Legalidad del acuerdo de Consejo de Ministros 21-11-1986.

«La pretensión ejercitada en este proceso es idéntica —salvo la persona del recurrente— a la que resolvimos en sentencia de 1 octubre 1991 (RJ 1991, 7566), sobre la impugnación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 noviembre 1986, en cuanto señalaba para los Letrados del Instituto Nacional de Empleo en el nivel de complemento de destino 19 y un complemento específico de 291.904 pesetas.

Reproduciendo, sustancialmente, lo que allí decíamos, señalaremos que se insta en el suplico de la demanda que se revoque parcialmente en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 noviembre 1986, y que se declare el derecho del demandante a ser retribuido de forma adecuada al impuesto de trabajo que desempeña, como Letrado, sustituto del Abogado del Estado en Valencia, asignándole las retribuciones correspondientes al nivel de complemento de destino 28, y su correspondiente complemento específico, igual al que corresponde al Letrado adjunto de la Abogacía del Estado, subsidiariamente se declare que debe ser retribuido con el complemento de destino que corresponde a los Jefes de Servicio del Instituto Nacional de Empleo, o sus equivalentes en una Dirección provincial, y en último término los complementos de destino y específico asignados a los Letrados de la Generalidad Valenciana, Diputación Provincial de Valencia o Letrado de la Tesorería de la Seguridad Social, porque, a su entender, los artículos 24.2 de la Ley 50/1984, 20.2 de la Ley 46/1985, 21.2 de la Ley 21/1986, 36.7 de la Ley 33/1987 y 28.2 de la Ley 37/1988, reconocen el derecho de que a igualdad de funciones y trabajo corresponda igualdad de retribuciones, que estima axioma de Derecho consagrado en el artículo 14 de la Constitución, argumentación del recurrente, que no puede llevar al éxito de su pretensión, toda vez que los preceptos citados resuelven el caso de adscripción de un Funcionario a un régimen retributivo distinto del correspondiente al puesto de trabajo al que se le adscribe, en cuyo caso percibirá las retribuciones básicas y complementarias correspondientes al puesto de trabajo que desempeña; ahora bien, al señor C. M. no se le adscribió en ningún momento a la Abogacía del Estado de Valencia y su provincia en el servicio de representación y defensa en juicio del Instituto Nacional de Empleo, en materia de desempleo, nombramiento de sustituto que es lo que autorizaba el artículo 30 del Real Decreto 920/1981 "la representación y defensa en juicios del Instituto Nacional de Empleo corresponde a los Abogados del Estado. No obstante para el desempeño de dicha representación y defensa en materia de prestaciones de desempleo el Ministerio de Trabajo y Sanidad y Seguridad Social podrá proponer la designación como Letrado sustituto de aquellos Funcionarios, Licen-

ciados en Derecho, adscritos a las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de Empleo" y el artículo 3.3 del Real Decreto 849/1985 "Cuando el servicio lo requiera el Director General del Servicio Jurídico del Estado podrá designar a Letrados de la localidad correspondiente para que realicen determinadas actuaciones o sustituyan al Letrado del Estado en caso de enfermedad, ausencia o coincidencia con otras actuaciones, prefiriendo si los hubiere a Funcionarios que sean Licenciados en Derecho". Siendo de precisar el distinto significado de la palabra "sustituto" y "adscrito", sustituto en el diccionario de la Academia de la Lengua, es la persona que hace las veces de otra en un empleo o servicio, adscrito equivale a agregar al servicio de un Cuerpo o destino a una persona, la concepción semántica de la primera palabra en relación con el desempeño de un puesto de trabajo, puede contener una limitación en cuanto al área de las obligaciones inherentes a la misma, limitación que no lleva consigo el concepto de adscripción, limitaciones en cuanto a las funciones que los Abogados del Estado tienen atribuidas que le son impuestas al recurrente.

Por otra parte, el complemento de destino es parte de las retribuciones complementarias de los Funcionarios correspondientes al nivel de puesto que se desempeña, puesto de trabajo que según se establece en el número 2.º del artículo 15 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública serán de adscripción indistinta para todos los Funcionarios incluidos en su ámbito, y únicamente podrán adscribirse con carácter exclusivo puestos de trabajo a Funcionarios de un determinado Cuerpo o Escala cuando la adscripción se derive necesariamente de la naturaleza y de la función a desempeñar en ellos, y en tal sentido lo determine el Gobierno. Por todo lo anterior es de entender que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 noviembre 1986, en el extremo que es impugnado por el recurrente, es coherente con el sistema retributivo establecido en la Ley 30/1984 y con el Real Decreto 2617/1985, que aprobó el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración del Estado, actualmente sustituido por el aprobado por el Real Decreto 28/1990.

Que los Letrados del Instituto Nacional de Empleo de Valencia se les asigne un nivel de complemento de destino y un complemento específico inferior al de los Jefes de Servicio de dicho Instituto, o al de los Letrados de otras Entidades, no puede estimarse vulnera el artículo 14 de la Constitución, ni que tal hecho genere el derecho del recurrente a que se le asigne un complemento de destino y específico superior al que se le señaló en el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado, complementos posteriormente modificados por Resolución de 26 julio 1989.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 11 noviembre 1994.*)

8. *Negociación colectiva. Suspensión de diversos preceptos del acuerdo que la aprueba. Procedencia porque, si bien se trata de cláusulas de escasa incidencia económica en el plano individual, su alcance real deriva de su incidencia en áreas estatutarias regidas de modo preminente por el ordenamiento jurídico general y que se extiende también en sentido horizontal por la capacidad potencial de coordinación de un Acuerdo de esta índole sobre un número indefinido de unidades negociadoras en las que intervienen las mismas siglas sindicales y con similares postulaciones reivindicativas.*

«Es necesario tener en cuenta para el enjuiciamiento de las materias debatidas en el presente recurso, el marco jurídico de la negociación colectiva en la función pública, particularmente lo que se refiere al perfeccionamiento y al efecto vinculante de los acuerdos y pactos alcanzados entre los agentes negociadores. A este respec-

to hay que recordar que, unido a las sustanciales limitaciones impuestas por la Ley al repertorio de materias negociables (cfr. art. 32 Ley 9/1987, de 12 junio), con primacía del régimen estatutario, rige el principio general que, para la validez y eficacia de los Acuerdos, será necesaria la aprobación expresa y formal de los órganos correspondientes de las Entidades Locales, caso de este recurso, o la del Consejo de Ministros o Consejos de Gobierno de Comunidades Autónomas en convenios de diferente ámbito (cfr. art. 35, párrafo 3.º, id). Consiguientemente, con independencia del deber general de todas las Administraciones Públicas de servir con objetividad los intereses generales y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), en tanto que los acuerdos alcanzados adquieren “validez y eficacia” en virtud de un acto decisorio del órgano administrativo (en el presente caso el Ayuntamiento de Valencia), y que dicho acto incide potencialmente en otras áreas institucionales, está sujeto al régimen especial de control de legalidad que respecto a infracciones del ordenamiento jurídico o extralimitación de competencias se halla establecido en la Ley (cfr. arts. 65 y 66 Ley 7/1985, de 2 abril). Ahora bien, el respeto a la autonomía municipal que para la gestión de los respectivos intereses impone la Constitución excluye que, salvo el supuesto excepcional que la Ley contempla (art. 67 id.), el órgano administrativo no puede ejercer las facultades de autotutela con el carácter suspensivo que le autorizaba la legislación preconstitucional, correspondiendo al órgano jurisdiccional ante el que demande la anulación de los acuerdos presuntamente ilegales acordar lo pertinente sobre la eventual suspensión cautelar.

En este caso, la tasa de ilegalidad opuesta en la instancia por el Abogado del Estado comprende un catálogo numeroso y circunstanciado de preceptos específicos del convenio, por lo que no puede afirmarse con fundamento que la solicitud de suspensión esté basada en una “genérica ilegalidad”. Se trata, por otra parte, de normas que aisladamente consideradas y desde el plano de su aplicación individual ofrecen efectivamente, en muchos casos, un contenido económico que inclusive es de modesta cuantía. Pero su alcance real deriva de ser cada una de las cláusulas parte integrante de un cuerpo normativo homogéneo, que jerárquicamente incide en áreas estatutarias regidas de modo preeminente por el ordenamiento jurídico general. Esta incidencia no queda reducida a dicho ámbito jerárquico, sino que se extiende también en sentido horizontal por la capacidad potencial de irradiación que un Acuerdo de esta naturaleza ejerce sobre un número indefinido de unidades negociadoras en las que intervienen las mismas siglas sindicales y con similares postulaciones reivindicativas concernientes a colectivos vinculados a idéntico régimen estatutario.

Finalmente, sin entrar ahora en el análisis de fondo acerca de la legalidad de las cláusulas cuestionadas, por ser materia que ha debido ser abordada y resuelta en la sentencia, debe destacarse que un cierto número de los preceptos a los que alcanza la impugnación mantenida por el Abogado del Estado han tenido ya tratamiento jurisprudencial (cfr. SSTS 3.º 7; de 15 julio 1993 [RJ 1993, 2112], 22 octubre 1993 [RJ 1993, 7544] y 5 mayo 1994 [RJ 1994, 4315]).

De todo ello se infiere que al acordar el Tribunal de instancia la suspensión parcial del acuerdo, reducido exclusivamente a los preceptos nominativamente relacionados con el escrito de interposición del Abogado del Estado —no obstante afectar a una parte esencial del Acuerdo—, ha hecho la aplicación restrictiva del artículo 122.2 LJCA que propone el Ayuntamiento de Valencia y desde el correcto sentido finalista atribuido a la medida cautelar. Y al suspender individualizadamente la ejecutividad de los preceptos que el auto impugnado relaciona, no lo hace exclusivamente en salvaguarda de intereses económicos que, aisladamente considerados, serían susceptibles de otra garantía de conservación distinta a la de suspensión acordada, sino que objetivamente asegura la preservación del interés general ligado a la intangibilidad del ordenamiento jurídico estatal en materia funcional.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 16 noviembre 1994.*)

9. *Profesores de Universidad. Retribuciones. El RD 1086/1989 no se opone a la autonomía investigadora de la Universidad.*

«La STS 3.^a 7 de 11 mayo 1992 (RJ 1992, 3822), a la que aluden en sus alegaciones tanto el recurrente como el Abogado del Estado, al rechazar los motivos de la impugnación directa de determinados preceptos del citado RD 1086/1989 fijó algunos criterios que, si bien desarrollados en el ámbito limitado del proceso de la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, sin duda son trasladables a la materia controvertida en este recurso acerca de la correlación entre las normas de dicho Real Decreto y el marco jurídico de la autonomía universitaria.

En esta sentencia se expresa que “son perfectamente visibles los tres niveles en los que la Constitución se ocupa de la actividad investigadora: el de la libertad científica de los profesores, a los que la Ley reconoce capacidad investigadora; el referente a la facultad que tiene cada una de las Universidades para elaborar y aprobar sus planes de investigación y, en fin, el tercero consistente en la promoción de la investigación, que compete a todos los poderes públicos, y el de su fomento y coordinación, que se encomienda al Estado en función del interés general. Nos indica la estructura reseñada que el concepto constitucional de autonomía universitaria en materia investigadora no es equivalente a exclusividad, sino que simplemente expresa el respeto a las decisiones que, en orden a sus propios planes tome cada Universidad. Centrada en estos términos la cuestión, observamos que así como el plan de investigación de una Universidad no afecta de por sí a la libertad investigadora de cada docente, de igual manera la adopción de determinadas medidas por el Estado dirigidas a favorecer aquellas líneas investigadoras que considere más ajustadas al interés general tampoco se opone a la autonomía investigadora de la Universidad siempre que estas medidas no supongan una coerción que, de hecho, imposibilite que las Universidades y los profesores puedan ejercer sus respectivos derechos a la autonomía y a la libertad en materia de investigación”.

Situado en el punto de vista de esta sentencia, entiende el recurrente que “una cosa es que el citado RD respete el derecho fundamental, y otra, que sea consecuencia y acate el mandato que le impone la Ley de Reforma Universitaria”. Desde esta vía de reflexión afirma que “si la Ley de Reforma Universitaria atribuye a las Universidades competencias en materia no sólo de investigación, lo que supone que dicha Universidad es la llamada a enjuiciar los resultados, sino también para fomentar o promocionar a su personal docente, es obvio que el RD 1086/1989 introduce una desviación en la correcta interpretación de la Ley que, incluso conscientemente, trata de justificar en su preámbulo”.

La escueta argumentación de este motivo nos fuerza a remitirnos a los criterios que acabamos de transcribir de la citada sentencia en donde se matizan los conceptos de autonomía y de exclusividad, aplicados al ámbito de la actividad investigadora. Pero aun reducido el juicio de contraste a la correlación existente entre las disposiciones del RD 1086/1989 de la impugnación y los preceptos de la Ley 11/1983 LRU, se llega a la misma conclusión de la falta de fundamento de la tacha de ilegalidad.

Son dos los preceptos de la LRU que se relacionan con la cuestión, el artículo 45.3 y el artículo 46.1.

El artículo 45.3 determina que “los Estatutos de la Universidad dispondrán los procedimientos para la evaluación periódica del rendimiento docente y científico del profesorado, que será tenido en cuenta en los concursos a que aluden los artículos 35 y 39, a efectos de su continuidad y promoción”. En cuanto al artículo 46.1 dispone que “el Gobierno establecerá el régimen retributivo del profesorado universitario, que tendrá carácter uniforme en todas las Universidades”.

Del artículo 45.3 LRU no puede deducirse que la evaluación periódica del rendimiento docente y científico del profesorado deba *preceptivamente* ser tenida en

cuenta para la fijación de los complementos de productividad del sistema retributivo de dicho profesorado. Y la operatividad del artículo 46.1 LRU que residencia en el Gobierno la facultad de fijación del régimen retributivo del profesorado con carácter uniforme es claro que queda mejor asegurada si se realiza con la intervención y a través de un órgano centralizado que aplique con criterios coherentes las pautas establecidas al efecto, como es la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora. Ello no es óbice a lo establecido en el apartado siguiente del artículo 46, en el que se indica que "no obstante lo dispuesto en el número anterior, el Consejo Social, a propuesta de la Junta de Gobierno, podrá acordar con carácter individual la asignación de otros conceptos retributivos, en atención a exigencias docentes e investigadoras o a méritos relevantes", cuyo carácter aleatorio, circunstancial e indeterminado no se corresponde con el concepto retributivo del RD 1086/1989 cuestionado en este recurso, que, como todos los demás que integran el sistema, se establece dentro del marco general retributivo de los funcionarios fijado en la Ley 30/1984, de 2 agosto (arts. 23 y 24), con las adaptaciones que autoriza el artículo 1.2 de la misma Ley.

Procede, pues, la desestimación del motivo de casación invocado.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 18 noviembre 1994.*)

10. *Complemento de plena dedicación. Cuerpo Nacional de Policía. Derecho al reconocerse a otros funcionarios en igual situación. Revisión.*

«Pretende la Abogacía del Estado, en el presente recurso extraordinario de revisión, la rescisión de la Sentencia dictada con fecha 7 octubre 1989 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por varios funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, les reconoció el derecho al percibo del complemento de plena dedicación desde el día 1 de julio de 1984 al 31 de diciembre de 1987, alegando como fundamento de su pretensión, formulada al amparo del apartado b) del número 1 del artículo 102 de la Ley Jurisdiccional que la sentencia impugnada está en contradicción con las dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres de 22 octubre 1987, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia de 13 diciembre 1988 y por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Oviedo de 21 abril 1989.

Por la representación procesal de los referidos funcionarios que han comparecido como parte demandada en el presente recurso y en el escrito de contestación a la demanda, se ha postulado se declare inadmisibile el recurso por no cumplir con el requisito establecido en el artículo 102.b) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, y ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 82.g) en relación con el artículo 69.1 de la citada Ley Jurisdiccional, ya que, a su juicio, no existe igualdad entre los hechos, fundamentos y pretensiones de la sentencia impugnada y las alegadas por el Abogado del Estado como contradictorias. Tal cuestión ya ha sido resuelta en sentido negativo en la Sentencia de este Tribunal de 3 julio 1992 (RJ 1992, 5675), que la propia representación procesal de los demandados ha aportado a los autos, y cuyas declaraciones se dan por reiteradas al ser perfectamente conocidas por tal parte.

Existiendo contradicción entre los pronunciamientos de la sentencia impugnada por el Abogado del Estado y la precedente dictada por la ya extinguida Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres, se está en trance de decidir qué doctrina ha de considerarse correcta. La Sentencia citada de 3 julio 1992, recaída en otro recurso de revisión interpuesto, también por la Abogacía del Estado, y cuyo contenido, naturalmente conoce el representante de la Administración General del Estado, declara el derecho de otros funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía a percibir el complemento de plena dedicación cuestionado, por los

razonamientos que allí se contienen y que se dan por reproducidos, y que han sido reiterados en numerosas sentencias dictadas en otros recursos extraordinarios de revisión. Y esta solución es la que una vez más ha de seguirse en virtud del principio de unidad de doctrina proclamado en múltiples Sentencias de esta Sala, como las de 25 febrero 1992 (RJ 1992, 1688), 14 abril 1993 (RJ 1993, 3113) y 15 febrero, 1 marzo y 7 julio 1994 (RJ 1994, 1481, 1867 y 5746).» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 21 noviembre 1994.*)

11. *Derechos. Casas Militares. Legalidad RD 1751/1990.*

«En relación al fondo del litigio la vulneración constitucional aducida se expone bajo un doble punto de vista. En primer término se imputa al Decreto 1751/1990, que produce una discriminación carente de justificación al vedar a unas personas unos derechos a acceder a una vivienda militar en régimen de arrendamiento especial que tenían reconocidos en Leyes anteriores en (las reguladas de los Patronatos de Casas Militares), y que en opinión de los actores, debían ser mantenidos por exigencia de la autorización de que deriva el Decreto (art. 80 y Disposición Final 7.ª de la Ley 4/1990, de 29 junio, de Presupuestos para 1991), porque en la antigua normativa se establecía una igualdad en la adjudicación y alquiler dentro del mismo empleo, tanto para los usuarios como para sus causahabientes, cualquiera que fuera su destino o situación, lo que ahora se desconoce estableciendo diferencias en favor de los en servicio activo. En segundo lugar, la discriminación se refiere a diferentes preceptos de la norma recurrida, en el sentido que luego se detallará, al dar la concreta respuesta a las diferentes alegaciones.

La primera de las vulneraciones constitucionales alegadas, que en su estructura argumental encierra un problema de legalidad ordinaria, al reprochar a la norma reglamentaria recurrida una discrepancia con la Ley autorizante, debe ser rechazada ya que según ha declarado este Tribunal en las Sentencias de 16 y 17 marzo 1992 (RJ 1992, 1592), y luego reiterada en otras muchas, salvo diferencias de matiz accidental, la finalidad perseguida por el Decreto 1751/1990, es sustancialmente igual a la de la normativa anterior, por lo que aparece cumplido el condicionamiento impuesto por el legislador al Gobierno para la realización de la tarea normativa que le encomienda en una materia previamente deslegalizada, tal como se argumenta en esas sentencias a cuyos razonamientos hay que remitirse. Y dado que no cabe decir que la nueva regulación que ahora se recurre carezca de una justificación objetiva y razonable al establecer las diferencias que produce respecto de la anteriormente existente, pues como se detalla en el informe de la Administración Militar evacuado al remitir el expediente, y resulta que el contenido del Decreto 1751/1990, entre las finalidades perseguidas por esta norma se encontraba la de poner fin a la situación de hecho a que se había llegado con la aplicación práctica de la anterior legislación de Patronato de Casas Militares, en la que las viviendas aparecían ocupadas por las personas que ya no tenían plena o parcialmente la condición militar, o la de contribuir a aumentar la operatividad de las fuerzas armadas, facilitando la movilidad geográfica de sus componentes, posibilitándose el apoyo logístico a los militares, dotándoles de viviendas en sus puntos de destino, y facilitando la recuperación de las que actualmente se hallan ocupadas por personas en que no concurre la condición de militar, y ello mediante un plan o sistema económicamente autosuficiente que regula la ayuda dineraria para evitar discriminaciones, en favor de quienes al ocupar nuevos destinos, no tengan a su disposición vivienda logística; estando incluso prevista mediante una razonable regulación transitoria la situación de aquellos que en el momento de la aparición de la nueva normativa se hallaban ocupando viviendas militares, y que por su situación personal podían sufrir un perjuicio particularmente intenso tales como viudas, retirados, o la de quienes se hallaron próximos al

pase al retiro, o situaciones similares. Siendo de destacar que el mayor énfasis que la actual regulación pone favoreciendo a los militares en situación de actividad, no es tan nueva como los recurrentes aducen, pues ya se encontraba establecida en las normas reglamentarias de desarrollo de la legislación del Patronato de Casas Militares, según se detalla en las sentencias de este Tribunal de anterior cita, al otorgarles la preferencia para la ocupación de las viviendas. Y que otra nota esencial a la que se anuda la misma existencia de la norma discutida, que es la de contribuir a la profesionalización de las Fuerzas Armadas, consagrada en la Ley 17/1989, sobre su Régimen Jurídico General, homogeneizando en lo posible su régimen funcional, cuando les corresponda, al de los demás funcionarios públicos, es asimismo razonable y objetiva porque se está fundando en consideraciones constitucionalmente legítimas, pues lo que se persigue es que las diferencias en percepciones respecto de esos otros funcionarios aunque lo sean mediante la facilitación del acceso al uso o propiedad de viviendas, encuentre su justificación en la significación y esencia de la actividad militar, ligando o relacionando ese acceso al uso de las viviendas a la finalidad del perfeccionamiento de la capacidad técnica del personal militar, a quien se facilita el cambio de destino, y consiguientemente la adquisición práctica de nuevos saberes militares, contribuyendo con ello a la mejora de la operatividad de las Fuerzas Armadas. Es decir, lo que se persigue con el Decreto 1751/1990 es evitar discriminaciones en el régimen funcional de las fuerzas armadas respecto de los demás funcionarios del Estado que no estén basadas en razones objetivas, constitucionalmente legítimas.

Corresponde ahora pasar a conocer del segundo grupo argumental que se refiere a concretos preceptos de la propia norma recurrida, a los que se imputa discriminación por las diferencias a derechos que concede en cuanto al posible uso de las viviendas militares, en relación a otros supuestos regulados dentro del mismo Decreto 1751/1990, y que se funda en que el elemento diferenciador introducido por el Gobierno en cada caso al dictar la norma según los actores, carece de relevancia justificadora de la diferenciación al no ser objetivo ni razonable.

En primer término, y bajo esa referencia genérica, se alega que la Disposición Adicional 12, al convertir en cesión de uso a cambio del pago de un canon lo que en la normativa derogada era un arrendamiento especial, discrimina a los arrendatarios de esas viviendas frente a los demás usuarios de viviendas sujetos al mismo régimen de arrendamiento, sea cual sea el propietario o arrendador, o, en cuanto al canon, respecto de los inquilinos o arrendatarios de viviendas no calificadas de logísticas, del artículo 44 del Decreto en cuestión. Pero esta alegación debe ser desestimada, ante todo porque es difícil encontrar el término de comparación aludido por los demandantes, dado que es dudoso que pueda subsistir, después del Decreto recurrido, otros usuarios de viviendas sujetos al mismo régimen de arrendamiento que establecía la derogada legislación del Patronato de Casas Militares, o que dependiendo de otro propietario que no fuera la Administración Militar se pudiera asimilar al régimen de dicha anterior regulación; y porque, en cualquier caso, la diferencia de regulación y trato a que alude el actor, incluso la referida a los actuales usuarios de viviendas militares no calificadas como logísticas —las del artículo 44 del Decreto 1751/1990— tiene la justificación objetiva y razonable a que se aludió en los anteriores fundamentos como base de la existencia de la norma recurrida.

En segundo lugar debe incluirse la imputación de vulneración constitucional que se ha a la Disposición Transitoria Primera, 1, reglas 2.^a, 3.^a y 4.^a, en relación con la regla 5.^a, y que se dice cometida respecto a los que hallándose en situación de reserva transitoria les faltan más de cinco años para pasar a la situación de retiro de la Ley 17/1989, o que estando en situación de actividad les faltan también más de cinco años para esa situación de retiro, comparándoles con los comprendidos en esas reglas —2.^a y 4.^a— que, por faltarles cinco o menos años para pase a retiro se les permite continuar de por vida con el uso de la vivienda militar, o entre sus respectivas viudas. Sobre este particular hay que decir que en términos parecidos fue planteado esa tesis en el recurso a que dio respuesta la antes nombrada Sentencia de 17

marzo 1992, y que, por tanto, si bien aunque la cuestión debe entenderse resuelta con plenitud de efectos por esa sentencia, que conoció del asunto sin las limitaciones que impone el cauce especial y sumario de la Ley 62/1978, elegido por los ahora demandantes, y no cabe la posibilidad de aplicar la institución de la cosa juzgada, por cuanto que no consta que las personas que entonces litigaron fueran las mismas que lo hacen en el actual proceso; ello no impide que se pase a reproducir la argumentación que se expuso en esa resolución judicial al resolver la cuestión, y que sintéticamente hacía referencia a que el criterio diferenciador respecto de los militares en servicio activo a los que faltan cinco o menos años a los que se concede el derecho de continuar en el uso de la vivienda que ocupan, es objetivo y razonable en relación con los que disponen de más prolongado tiempo en el servicio activo, por la mayor dificultad que tienen aquéllos para la previsora planificación de sus futuras necesidades de viviendas, en razón a la considerable merma de ingresos que supone el cese en el servicio activo. Y en relación a los que se hallan en situación de reserva transitoria, porque el pase a esa situación presupone el ejercicio de una opción voluntaria que prácticamente rompe la relación de servicio con las fuerzas armadas, a pesar de la conservación de la mayoría de las retribuciones, sin contraprestación de servicio y de una amplia posibilidad del ejercicio de otro empleo o profesión, con la consiguiente incidencia en los ingresos, aunque también se vean afectados en sus posibilidades futuras cuando, aun en esa situación de reserva transitoria, les falten cinco o menos años para el retiro.

Hay también en la demanda una alegación de infracción del principio constitucional de igualdad por establecer la norma impugnada diferencias en el régimen entre las viudas de militares, concretamente se parte de la Disposición Transitoria 1.ª, número 1, regla 5.ª, que reconoce el derecho a mantener el uso de las viviendas a las viudas del personal militar que actualmente las ocupan, así como del comprendido en las reglas 2.ª, 3.ª y 4.ª, es decir, en reserva, segunda reserva, retiro forzoso o a falta de cinco o menos años para pasar a la situación de retiro. Tampoco esa alegación es estimable, pues el planteamiento general del Decreto 1751/1990, a las viudas se les otorga el reconocimiento de los derechos al uso de la vivienda, exclusivamente en función del que correspondió a sus maridos militares, conforme al principio que informa esa normativa dictada, según se dijo, para cubrir preponderantemente las necesidades de los militares en servicio activo, y facilitar la operatividad de las Fuerzas Armadas. En cuanto a las viudas que actualmente ocupan viviendas, no se hace sino respetar los fines sociales que tradicionalmente se han seguido cumpliendo en la materia. En conclusión, en este punto, mal puede decirse que no se haya seguido un criterio racional y objetivo para el establecimiento de la diferenciación de régimen.

También se aduce, bajo la perspectiva unitaria ahora contemplada, que los recurrentes son tratados en forma desigual ante la ley, en relación a persona civil al servicio del Ministerio de Defensa que a la entrada en vigor del Real Decreto impugnado, según la Disposición Transitoria 3.ª.1 y 2, se les concede el derecho a mantenerse en la vivienda hasta el cambio de destino, o para los jubilados hasta su fallecimiento. Y que el canon establecido en la Disposición Transitoria 5.ª que alcanza a los actores y ocupantes de casas militares, crea una desigualdad frente a los demás inquilinos y arrendatarios de cualquier otra condición o profesión. Mas tampoco son relevantes esas alegaciones, ya que, en cuanto al personal civil aludido, porque la diferencia de régimen de uso de viviendas deriva de su propia especificidad en la Administración Militar, que los sitúa, por lo que hace a la justificación objetiva y razonada del régimen del uso de vivienda del que disfrutan, dentro de lo que se ha venido diciendo sobre una justificación general de la nueva regulación. Y porque la desigualdad de trato respecto de los otros arrendatarios en cuanto al pago de canon, se funda en la distinta naturaleza de la relación que se establece con el propietario de la vivienda, que aquí encuentra su apoyo en una normativa de legalidad jurisprudencialmente constatada por las razones que se han reiterado, en lo que responda a la compatibilidad con el artículo 14 de la CE.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 21 noviembre 1994.*)

III. INCOMPATIBILIDADES

1. *Incompatibilidades. Inexistencia de responsabilidad y consiguiente derecho a indemnización como consecuencia de la modificación de la legislación aplicable, de la que deriva la incompatibilidad para un segundo puesto de trabajo. Análisis y exposición de la doctrina reiterada del TC y del TS.*

«El objeto del recurso se centra en determinar la conformidad al ordenamiento jurídico de la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación formulada por el actor en solicitud de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a los recurrentes como consecuencia de la declaración de incompatibilidad para el ejercicio de su segundo puesto de trabajo en el sector público realizada al amparo de la Ley 53/1984, de 26 diciembre.

La alegación de prescripción formulada por el Abogado del Estado debe ser rechazada por reclamarse indemnización por unos perjuicios que se producen de forma ininterrumpida hasta que los recurrentes hubieran debido dejar de prestar sus servicios en el segundo puesto de trabajo por llegar a la edad de jubilación.

Planteado, en el caso que se examina, el problema derivado de la responsabilidad del Estado legislador, como consecuencia de la declaración de incompatibilidad del recurrente, lo que constituye el fondo de la cuestión, para rechazar las vulneraciones constitucionales referidas tanto a la Ley de Incompatibilidades como al acto aplicativo de la misma, la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo ha venido a resolver definitivamente la cuestión. En efecto, en la Sentencia, del Pleno, 178/1989, de 2 noviembre (RTC 1989, 178), el Tribunal Constitucional, en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 53/1984, de 26 diciembre, y en lo que afecta a la cuestión que nos ocupa, ha señalado que el régimen o sistema de incompatibilidades de los empleados públicos responde al principio constitucional de eficacia en el desempeño de la función pública (Fundamento 3), de acuerdo con el cual el legislador tiene libertad para regularlo, siempre que se respeten los principios constitucionales, pudiendo optar por muy variadas soluciones (Fundamento 5). Añade el Tribunal que el principio de reserva de ley no impide que se hagan las correspondientes remisiones a la potestad reglamentaria, sin que las que se efectúan en la ley impugnada impliquen en modo alguno deslegalización en la materia (Fundamento 7).

De particular importancia, a los fines de esta resolución, son algunos de los siguientes criterios recogidos en la referida sentencia constitucional:

a) El llamado principio “de incompatibilidad económica” o el principio, en cierto modo coincidente con él, de “dedicación a un solo puesto de trabajo” —al que expresamente alude el preámbulo de la Ley 53/1984— no vulneran en modo alguno la Constitución ya que no están vinculados, únicamente, ni tienen por qué estarlo, de modo exclusivo y excluyente, a la garantía de imparcialidad. Tales principios responden a otro principio constitucional, concretamente, al de eficacia, que es, además, un mandato para la Administración, en la medida en que ésta ha de actuar “de acuerdo” con él (art. 103.1 CE) (Fundamento 3.º, párrafo 7).

b) La Ley 53/1984 no afecta en modo alguno a los derechos constitucionales al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio recogidos en el artículo 35 de la Constitución: “el derecho al trabajo constitucionalmente protegido no garantiza en modo alguno el derecho a que dicho trabajo se desarrolle en determinadas condiciones, con ausencia de determinadas limitaciones, sino que garantiza, simplemente, que el legislador, en el ámbito de la función pública, no va a imponer requisitos o condiciones que no respondan a los intereses públicos a los que, con objetividad, ha de servir, como impone el artículo 103.2 de la Constitución, la organización —la Administración pública— en la que se encuentran los servidores o empleados públicos” (Fundamento 8.º, párrafo 9).

c) No existe tampoco violación de los artículos 9.3 ó 33 del Texto Constitucional, en la medida en que no se otorga eficacia retroactiva en perjuicio de terceros a una normativa ni se lesionan derechos adquiridos, ya que ni existe privación de derechos, sino, a lo sumo, de meras expectativas, ni, en su caso, dentro del estatuto funcional es posible hacer alegación alguna en tal sentido dada "la naturaleza estatutaria de la relación funcional y la libertad del legislador para modificar la misma, sin que de la citada modificación pueda esgrimirse por el funcionario que la regulación legal era distinta cuando entró al servicio de la Administración" (Fundamento 9.º, párrafo 8, y Fundamento 10).

d) La prohibición de "simultanear el desempeño de dos o más puestos de trabajo o de uno público y determinadas actividades profesionales privadas o la percepción, igualmente simultánea de haberes activos y pasivos, no constituye una "ablación de derechos", una expropiación de los mismos sin garantía indemnizatoria, sencillamente, porque los funcionarios y, en general, los empleados públicos, no tienen constitucionalmente derecho a mantener las condiciones en que realizan su función o tarea al servicio de la Administración en el mismo nivel de exigencia en que lo estuvieren cuando ingresaron en aquélla (Fundamento 9.º párrafo 12).

La doctrina contenida en esta sentencia ha sido reiterada posteriormente por el mismo Tribunal Constitucional en otras Sentencias, todas del Pleno: 41 y 42/1990, de 15 marzo (RTC 1990, 41 y 42), y, 65 a 68/1990, de 5 abril (RTC 1990, 65, 66, 67 y 68), y en todas el Tribunal Constitucional insiste en la plena adecuación de la Ley 53/1984 a los preceptos constitucionales.

Finalmente, en la Sentencia 41/1990 el Tribunal cita su propia doctrina sobre la relación funcional estatutaria contenida en las Sentencias, del Pleno: 108/1986, de 29 julio (RTC 1986, 108) —recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial 8375—, y 99/1987, de 11 junio (RTC 1987, 99) —recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley 30/1984, de 2 agosto—, y, se refiere expresamente a la Sentencia 178/1989, de 2 noviembre —recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley 53/1984—, insistiendo en que no existe privación de derechos por la alteración del régimen funcional y en que no cabe tampoco hablar de expropiación de derechos en cuanto presupuesto previo de la necesidad de indemnización.

También este Tribunal en reiterada jurisprudencia sobre incompatibilidades (entre otras, Sentencias de 9 marzo, 4 y 25 mayo, 14 y 17 diciembre 1992 [RJ 1992, 1135, 3669, 3804, 9962 y 10044]) ha rechazado los pretendidos vicios alegados por el actor.

Aplicando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, al caso que se examina, la modificación del sistema de incompatibilidades de los funcionarios, haciendo más estricta su vinculación con la Administración mediante la prohibición de simultanear el desempeño de dos o más puestos de trabajo de carácter público o uno público y otro privado, no es ni constituye expropiación alguna sin garantía indemnizatoria, por la razón esencial de que los funcionarios y, en general, los empleados públicos no ostentan un derecho constitucional a mantener esas condiciones en que se desarrolla su función al servicio de la Administración en el mismo nivel de exigencia que tuvieron a su ingreso en la misma y por consiguiente, ni existe un derecho patrimonial individual previo ni tampoco una expropiación en cuanto privación singular de derechos patrimoniales por la mera modificación de la legislación sobre incompatibilidades en el seno de la función pública, razones que determinan la desestimación de la pretensión instada ante el hecho de que expectativas fundadas en la permanencia de un determinado estatus funcional se frustren al modificarse tal estatuto.

Este mismo criterio desestimatorio, ha sido aplicado por esta Sala en el tema concerniente a la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, por anticipo de la edad de jubilación, y si bien aquí no se trata de un supuesto de jubilación (como reconocen las precedentes Sentencias de este Tribunal: Sala Tercera, Sección Séptima de 29 enero y 8 febrero 1993 [RJ 1993, 411 y 1419]), el caso es, en todo similar, pues, en uno y otro, se trata del perjuicio personal experimentado por el cese

en un puesto de trabajo y pérdida de la retribución hasta el momento percibida por el trabajo en que cesa, y ello por aplicación de una reforma legal sobrevenida cuando el funcionario público se encontraba en activo.

Es obligado, por exigencias de unidad de doctrina, remitirnos a las Sentencias del Pleno de esta Sala Tercera, de fechas 30 noviembre y 2 diciembre 1992 (RJ 1992, 8769 y 10284), entre otras resoluciones, cuya doctrina recogemos a continuación, por su incidencia en el caso que se examina:

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

Si se estimara, contrariamente a lo antes razonado, que el artículo 9.3 de la Constitución es de inmediata aplicación, la primera cuestión a resolver, a falta de desarrollo legislativo, sería fijar las normas aplicables para determinar en qué casos y cuáles habrían de ser los requisitos para exigir esa responsabilidad con las siguientes posibles soluciones: aplicación analógica de las normas que regulan la responsabilidad de la Administración —arts. 106.2 de la Constitución, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado—, que, quizá por admitir una amplia responsabilidad objetiva, es la que fundamentalmente se invoca en la demanda; la prevista en el artículo 121 de la Constitución y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; la extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, o la elaboración por la jurisprudencia de los casos y requisitos en que es exigible dicha responsabilidad. Con independencia de las dificultades y problemas que la analogía presenta, lo cierto es que la responsabilidad a que se refieren los artículos 106.2 de la Constitución, 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado está referida al funcionamiento de los servicios públicos prestados por la Administración, en cuyo concepto difícilmente tiene cabida la elaboración de leyes por los órganos legislativos o su aplicación en los estrictos térmi-

nos que en las mismas se establece; otro tanto puede decirse de la prevista en los artículos 121 de la Constitución y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, limitada a los casos de error judicial, al que, a lo sumo, podría equipararse el error o inconstitucionalidad de la Ley, que no se da en este caso, o anormal funcionamiento de los órganos a los que corresponde la aplicación de la Ley, que ni siquiera se ha invocado; la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil ha sido objeto de una amplia y progresiva interpretación jurisprudencial, tanto en el sentido de objetivarla cada vez más como en el abanico de los daños y perjuicios indemnizables —daño emergente, lucro cesante, daños morales—, pero sin llegar a prescindir del requisito de la culpa o negligencia que aquel precepto exige, que hace totalmente inviable su aplicación analógica al caso que examinamos; por último, a los Jueces y Tribunales incumben la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y, muy especialmente al Tribunal Supremo unificar criterios interpretativos, por lo que, al margen de casos puntuales en que se puedan suplir, aplicando la analogía o los principios generales del derecho, omisiones en aspectos concretos de la norma jurídica, resulta inadmisibles que, sustituyendo al legislador, sea los órganos del poder Judicial los que regulen la posible responsabilidad derivada de la aplicación de las leyes mediante una elaboración jurisprudencial que carece de cualquier antecedente legislativo.

Admitamos como hipótesis que los anteriores razonamientos son inaceptables y que, en consecuencia, debe resolverse sobre los casos en que es procedente la indemnización de daños y perjuicios por actos de aplicación de las leyes. A falta de antecedentes legislativos o jurisprudenciales que fijen criterios concretos y ante la disparidad de los propuestos por la doctrina, el derecho comparado nos ofrece dos soluciones: de una parte, países sin un órgano que controle la constitucionalidad de las leyes, como Francia, en que la responsabilidad del Estado legislador se ha venido elaborando con base en 'arrests' del Consejo de Estado que han contemplado casos concretos, muy individualizados en cuanto a las personas supuestamente afectadas por los daños y perjuicios y con la exigencia de que éstos sean de naturaleza especial, que no podría invocarse como soporte para generalizar la responsabilidad a los daños y perjuicios derivados de la aplicación de cualquier ley no expropiatoria ocasionados en meras expectativas de derechos, en los derechos no consolidados por estar pendientes para su perfeccionamiento del cumplimiento o incumplimiento de una condición, etc.; de otra, países con órganos que controlan la constitucionalidad de las leyes, en el que habría de incluirse el nuestro, en el que unos la limitan a los casos en que la ley hubiera sido declarada inconstitucional y otros exigen que sea la propia ley la que establezca dicha responsabilidad, en ninguno de cuyos casos se encuentra, por supuesto, el que aquí se examina, pues el Tribunal Constitucional ha declarado en las Sentencias ya citadas (las números 108/1986, de 29 julio, 99/1987, de 11 junio y 70/1988, de 19 abril [RTC 1988, 70]), la constitucionalidad de los preceptos de las leyes que adelantaron la edad de jubilación forzosa de los funcionarios públicos, Jueces y Magistrados y Profesores de EGB y en las mismas nada se establece en orden a la indemnización por daños y perjuicios derivados de su aplicación.

Supongamos que también las leyes que expresamente han sido declaradas ajustadas a la constitución pueden generar responsabilidad por actos de aplicación de las mismas, en cuyo caso sería necesario decidir si sólo los bienes y derechos lesionados deben ser indemnizados o deben extenderse a las expectativas de derechos, derechos sujetos a condición u otros similares. Sobre esta cuestión es de señalar que el artículo 405 de la Ley de Régimen Local de 1955 se refería a la lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos; en el mismo sentido se expresan el artículo 106.2 de la Constitución y 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, en todos los casos se hace expresa referencia a daños y perjuicios en bienes y derechos, categoría jurídica de la que carecen las expectativas de derechos, derechos condicionales y demás similares. Intencionadamente ha quedado para el final la invocación que se hace del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, al afirmarse que según dicho artículo, en relación con el 1.º de dicha ley, también serían indemnizables los intereses patrimoniales legislativos, a lo que debe objetarse que en sus artículos 3 y 4 se relacionan

como interesados a los propietarios, titulares de derechos reales o intereses económicos sobre la cosa expropiada y arrendatarios de la misma, por lo que, si en este caso no existen bienes o derechos que han sido objeto de expropiación, naturaleza expropiatoria de los preceptos legales que adelantan la edad de jubilación que ha sido negada por el Tribunal Constitucional, no parece que pueda ampararse en dichos preceptos la indemnización solicitada con base en la frustración de meras expectativas de derecho, además de que, admitir lo contrario conduciría a una petrificación legislativa para evitar las importantes consecuencias económicas de modificaciones que pretendan adaptar la legislación anterior, dentro del marco constitucional, a las nuevas circunstancias políticas, económicas y sociales, cuando, como ocurre con frecuencia, conllevan una privación de expectativas generadas por las leyes que se modifican —supresión o modificación en la ubicación geográfica de órganos administrativos o judiciales, modificaciones de plantillas o del régimen de ascensos, limitaciones en cuanto a las personas a las que la legislación anterior reconocía el derecho de subrogación arrendaticia, etc.—.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional números 108/1986, de 29 julio, 99/1987, de 11 junio, y 70/1988, de 19 abril, que examinaron la constitucionalidad de los preceptos de las Leyes que anticipaban la edad de jubilación de Jueces y Magistrados, funcionarios públicos y Profesores de EGB, después de negar que los mismos vulneren los artículos 9.3, 33.3 y 35 de la Constitución, afirmando que no hay privación de derechos, sino alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible, dice a continuación que 'esto no impide añadir que esa modificación legal origine una frustración de las expectativas existentes y en determinados casos perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación', siendo de señalar a este respecto que, de una parte, el modo verbal empleado no supone el reconocimiento de un derecho a ser recurrente, ya que más bien parece una reflexión dirigida al propio legislador; de otra, que las Leyes de Presupuestos para los años 1985 ya establecieron un sistema de indemnización para los funcionarios jubilados anticipadamente, cuya denominación y contenido no podemos examinar, ni tampoco se estima necesario plantear cuestión de inconstitucionalidad de las mismas, que de forma condicionada se pide en el otrosí de la súplica de la demanda, pues la conclusión a que se llega en el recurso, por las razones que se exponen, es que no procede la indemnización solicitada. Tampoco las que se citan del Tribunal Supremo en Pleno amparan la pretensión ejercitada, pues en las mismas se resolvió exclusivamente que la competencia en vía administrativa para decidir las reclamaciones efectuadas al Consejo General del Poder Judicial correspondía al Consejo de Ministros, sin que los razonamientos en que pudieran fundamentarse algunas de ellas vinculen en absoluto la decisión sobre la cuestión de fondo que ahora se resuelve. Por el contrario, además de otras Sentencias anticonstitucionales, como las de 22 mayo 1970 (RJ 1970, 2682), 1 febrero y 12 noviembre 1971 (RJ 1971, 465 y 4808), 30 septiembre 1972 (RJ 1972, 4140) y 29 enero 1974 (RJ 1974, 654), relativas a las medidas adoptadas respecto de las compañías aseguradoras de accidentes de trabajo en cumplimiento de lo dispuesto por el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de 21 abril 1966, después de la Constitución, las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 junio 1988 (RJ 1988, 4864), en relación con la Ley de Amnistía de 15 octubre 1977, y 11 octubre 1991 (RJ 1991, 7784), referente a leyes que modifican el régimen de publicidad e impositivo de bebidas alcohólicas hasta entonces vigente, desestimaron la reclamación de daños y perjuicios formulada por razón de supuestos perjuicios derivados de la aplicación de dichas leyes.

Por último, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, publicada en el 'BOE' de fecha 27 noviembre 1992, es orientativa de la voluntad del legislador al regular por vez primera esta materia, limita la indemnización a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos en un triple aspecto: 1.º que no tengan el deber jurídico de soportarlos; 2.º que se establezca en los propios actos legislativos, y 3.º que la indemnización tendrá lugar en los términos que se especifiquen en los propios actos,

requisitos exigidos por su artículo 139.3 que, de estar vigente, excluiría por supuesto la indemnización pretendida."

Procede, por tanto, el rechazo de las alegaciones formuladas por el recurrente y la desestimación del recurso, sin pronunciamiento especial en materia de costas, al no apreciarse la concurrencia de ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, 10 noviembre 1994.*)

2. Incompatibilidades. De farmacéutico titular interino con Alcalde de municipio en que radica la farmacia. Existencia, pues no se trata de velar por la imparcialidad del alcalde sino de la del farmacéutico titular.

«El demandante en el proceso apela la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, de 7 mayo 1991, que desestimó su recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Director General de la Función Pública del Gobierno de Canarias, por la que se declaró la incompatibilidad del recurrente como farmacéutico titular interino, dependiente de la Consejería de Sanidad, Trabajo y Servicios Sociales, con el puesto de Alcalde de Tazacorte.

El fundamento base de la sentencia, aceptando sobre el particular la fundamentación de la resolución administrativa recurrida, consiste en la previsión del artículo 1.º.3 de la Ley 53/1984, y la consideración de que, examinadas las funciones reguladas en los artículos 39 y siguientes del Reglamento de Personal Sanitario, aprobado por Decreto de 27 noviembre 1953, se crean interferencias entre ambos cargos, que permiten poner en duda la imparcialidad e independencia del farmacéutico, de modo que la dualidad, prevista en dicha norma entre dictamen y acto, se quiebra, destacando que "incluso en el ámbito sancionador a que se refiere el artículo 42 de dicho Decreto, se hace necesario antes de la sanción por el Alcalde de determinadas conductas infractoras, la dación de cuentas del farmacéutico titular, de tal manera que si los dos cargos están en una sola mano, la resolución que la autoridad municipal dicte podría estar mediatizada por su propia iniciativa, a la par que ésta podría estar preordenada a una futura sanción".

La apelación se concreta en tres motivos que examinaremos por su propio orden de exposición.

El primero es la desviación de poder, que se argumenta, diciendo que "aparece un acto administrativo formalmente perfecto, pero que incurre en un doble vicio: no es la Dirección General de la Función Pública Canaria el órgano competente, sino que lo es el Pleno de la Corporación Municipal (art. 9 Ley 53/1984) y, además, la regla de la imparcialidad como soporte de la incompatibilidad declarada se fundamenta en criterios indeterminados, abstractos y genéricos, y no en la propia actividad del funcionario".

Basta el enunciado de la alegación, para advertir que la misma nada tiene que ver con la desviación de poder, definida en el artículo 83.2 de nuestra Ley Jurisdiccional, pues ni tan siquiera se indica cuál es el fin desviado que se trata de obtener con el acto recurrido, por lo que la alegación debe rechazarse.

Resulta además internamente contradictoria e inexacta. Internamente contradictoria, porque no se puede proclamar que "aparece un acto administrativo formalmente perfecto", para, a renglón seguido, negar la competencia del órgano que lo dictó, lo que supondría, de ser aceptable esa negativa, una básica imperfección formal del acto.

E inexacta, porque ni es cierto que la competencia para el acto le correspondiera al Pleno de la Corporación Municipal, ni que los criterios expuestos en la sentencia

como vulneradores de la imparcialidad, soporte de la compatibilidad, sean "indeterminados, abstractos y genéricos", y que no se funden "en la propia actividad del funcionario".

Por lo que hace a la competencia del órgano, debe tenerse en cuenta que, según la propia declaración del demandante, obrante en el expediente administrativo, la actividad declarada como principal era la de farmacéutico titular, y a partir de esa determinación, es precisamente el artículo 9 de la Ley 53/1984, invocado por el actor, el que atribuye la competencia para decidir sobre la compatibilidad o incompatibilidad a la autoridad que en este caso dictó el acto recurrido.

Al Pleno del Ayuntamiento de Tazacorte, en el que el demandante ejercía la actividad pública, por él calificada como secundaria, sólo le correspondía emitir el informe previsto en el párrafo 2 del propio artículo 9.º citado, como en efecto hizo, sin que exista base en ese precepto, ni en otro alguno, para poder entender que el informa favorable de dicho Pleno deba ser vinculante para la autoridad que tiene la competencia legal para decidir.

Y en lo atinente a los cuestionados criterios sobre vulneración del principio de imparcialidad, la sentencia es absolutamente precisa, cuando se refiere a las actividades que competen al farmacéutico titular, con cita de las normas reglamentarias que las definen (arts. 39 y ss. del D. 27 noviembre 1953) y expresión detallada de la dualidad exigible entre dictamen del farmacéutico y acto del Alcalde.

El segundo motivo de apelación es la cita del artículo 5 de la Ley 53/1984 y la proposición respecto de su sentido de que "ésta es una regla que rompe el orden lógico de la norma; se trata de una excepción y como tal hay que aplicarla. La compatibilidad (se dice) la estudia y reconoce el Pleno de la Corporación Municipal".

Tal interpretación no es admisible, pues pugna con el contundente sentido de la expresión "en cualquier caso", con que se encabeza el mandato del apartado 3 del artículo 1.º, con virtualidad lógica para incluir en ese "cualquier caso", el que, como excepción a la regla general de la incompatibilidad del artículo 1.º.1, permite en general la compatibilidad de los casos a que se refiere el artículo 5.º y otros de la propia Ley.

En tal sentido la relación entre el artículo 1.º y el artículo 5.º de la Ley se explica perfectamente, entendiendo que frente a la norma general de incompatibilidad del artículo 1.º.1, "salvo los supuestos previstos en la misma", el artículo 5.º introduce la excepción posible, en el marco de la salvedad prevista en el propio artículo 1.º.1; pero que sobre esa relación norma-excepción opera "en cualquier caso", el riguroso principio especial de incompatibilidad expresado en el artículo 1.º.3 de la Ley 53/1984. En otros términos, que la excepción en que consiste el artículo 5.º lo es frente al apartado 1.º del artículo 1.º; pero no puede serlo frente al apartado 3.º.

Se impone por tanto el rechazo de esta alegación.

Finalmente, el motivo tercero de la apelación es mera reproducción de lo que antes se alegó en el primero, para fundar la desviación de poder; esto es, la pretendida inconcreción de las áreas de coincidencia entre la función de farmacéutico titular y la de Alcalde y la incompetencia de la Dirección General de la Función Pública Canaria, argumentos ambos que antes quedaron rechazados.

Todo el empeño de la parte radica en analizar lo que es una relación dual de función en conjunción desde el ángulo exclusivo de una de ellas, la de Alcalde, cuando son ambas, y su influencia recíproca, la que debe ser objeto de análisis, como lo ha sido tanto en la resolución administrativa recurrida, como en la sentencia de primera instancia, cuya argumentación no alcanza a desvirtuar la alegación apelatoria que analizamos.

No se trata sólo de "velar por imparcialidad del Alcalde", como se propone en dicha alegación, sino de velar también por la imparcialidad en el cargo de farmacéutico titular.

Y no es convincente que se afirme que "además se consigue un fin no querido por la Ley 53/1984: que el apelante no pueda ejercer de Alcalde de Tazacorte", pues la ley ni quiere, ni deja de querer, algo tan concreto, ni en ella se impide en modo

alguno el ejercicio de ese cargo, pues basta para ello con que el demandante cese en el ejercicio del otro cargo incompatible con él.

No es dialécticamente adecuado el convertir el propio deseo del funcionario en finalidad de la ley.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 29 noviembre 1994.*)

IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. Expediente disciplinario. Cuerpo Nacional de Policía. Suspensión provisional y suspensión firme: régimen jurídico y diferencia a efectos retributivos. Recurso extraordinario de apelación en interés de ley.

«El Abogado del Estado interpone recurso de apelación en interés de la ley contra la Sentencia de 29 noviembre 1991, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que estimando en parte el recurso interpuesto por un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía reconoce en su favor el derecho a percibir la totalidad del sueldo, exactamente, las retribuciones básicas y la ayuda familiar, a partir del cumplimiento del sexto mes en que fue decretada su suspensión provisional.

Hay que indicar que la resolución administrativa anulada, del Director General de la Policía, había denegado la petición del recurrente de que le fuera reconocido el derecho a la precepción de la totalidad de sus retribuciones sin detracción alguna y el abono de la parte detráida desde que se cumplieron los seis meses de suspensión de funciones, acordada con carácter provisional a raíz de la incoación contra el mismo de un expediente disciplinario para depurar las responsabilidades administrativas en que hubiera podido incurrir como consecuencia de la instrucción de un sumario por presunto delito de cohecho.

La sentencia recurrida en la fecha en que fue dictada no era susceptible de apelación ordinaria por referirse a materia de personal [art. 94.1.a) de la Ley Jurisdiccional, en su redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 abril y el recurso extraordinario deducido por el Abogado del Estado aparece interpuesto dentro de los tres meses siguientes a su notificación (art. 101.2 de la expresada Ley, en su redacción entonces aplicable), se cumplen, pues, los presupuestos procesales exigidos en el antiguo artículo 101 de la misma Ley. Procede, por tanto, examinar si efectivamente la resolución impugnada es gravemente dañosa para el interés general y errónea.

Conviene dejar claro, en primer lugar, que la suspensión, ya sea provisional o firme, es una situación administrativa en la que el funcionario suspenso queda temporalmente privado —*ministerio legis*— del ejercicio de sus funciones y de los derechos inherentes a su condición de funcionario (arts. 47 de la Ley de Funcionarios y 21 del Reglamento de Situaciones Administrativas, aprobado por Real Decreto 730/1986, de 11 abril. Sin embargo, la suspensión provisional, que puede acordarse preventivamente durante la tramitación de un procedimiento judicial o disciplinario, se singulariza frente a la suspensión firme —que es la impuesta en virtud de condena penal o de sanción disciplinaria— porque el funcionario suspenso tiene derecho a percibir, mientras permanece en la situación de suspensión provisional, el 75 por 100 de su sueldo, trienios y pagas extraordinarias (así como la totalidad de la ayuda familiar), con la garantía de que el tiempo de suspensión provisional, cuando es mera consecuencia de un expediente disciplinario, no puede exceder de seis meses, límite temporal que, en cambio, no es aplicable cuando el funcionario está sujeto a procedimiento penal, ya que entonces la autoridad administrativa puede prolongar la suspensión provisional mientras dure dicho procedimiento (arts. 48 y 49 de la Ley de Funcionarios y 22 del Reglamento de Situaciones Administrativas, en relación con el art. 24 del Reglamento de Régimen Disciplinario, aprobado por Real

Decreto 33/1986, de 10 enero, y con la Ley Orgánica 7/1988, de 28 diciembre, de modificación de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal).

Expuesto, a grandes rasgos, el régimen jurídico de la suspensión provisional en el ámbito de la legislación general de funcionarios, hay que indicar que coincide sustancialmente con el previsto en la legislación propia del Cuerpo Nacional de Policía. Así puede inferirse de lo dispuesto en el artículo 28.6 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el que se hace expresa remisión a aquélla. Ciertamente que en él se deja a salvo lo establecido en el artículo 8.3 de dicha Ley, pero la remisión a este precepto no tiene el significado que pretende darle la sentencia resudiada.

El artículo 8.3 de la Ley Orgánica 2/1986, que contempla precisamente el caso de autos —tramitación simultánea de expediente disciplinario y procedimiento penal por los mismos hechos—, permite que las medidas cautelares que se adopten puedan prolongarse hasta que recaiga resolución definitiva en el procedimiento, o lo que es igual, hasta que se produzca tal evento se puede mantener la situación de suspensión provisional (art. 34.4 del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por Real Decreto 884/1989, de 14 julio con sus efectos consiguientes. La salvedad que a continuación hace, respecto a la suspensión del sueldo, para decir “que se estará a lo dispuesto en la legislación general de funcionarios”, no lleva consigo la limitación temporal que propugna la sentencia recurrida. Lo que se pretende dejar a salvo es el régimen retributivo reducido del funcionario suspenso, aunque, se prolongue más de seis meses su suspensión provisional, en otras palabras, el artículo 8.3, a que nos venimos refiriendo, remite al apartado 1, no al apartado 2, del artículo 49 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aunque la posterior publicación del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía obliga a tener en cuenta el derecho del suspenso provisional a percibir, en su caso, las pensiones por condecoraciones y mutilación.

En definitiva, resumiendo cuanto se acaba de exponer, no es lícito disociar la situación de suspensión provisional de funciones de los efectos económicos derivados de esta situación administrativa, que no varían aunque se prolongue aquélla hasta la conclusión de la causa penal, razón por la cual no podemos compartir la doctrina contenida en la sentencia apelada, que reconoce al recurrente el derecho a percibir la totalidad del sueldo, trienios y pagas extraordinarias a partir del cumplimiento del sexto mes de suspensión provisional —no así las retribuciones complementarias—, como tampoco la tesis del Abogado del Estado cuando arguye que nada obsta a que la autoridad administrativa mantenga la medida cautelar en cuanto al empleo y la alce en cuanto al sueldo, afirmación difícil de coherencia con lo que sostiene respecto a la gravedad que entraña el reconocimiento del derecho al sueldo efectuado por el Tribunal *a quo*, que no hay que olvidar mantiene la suspensión provisional del recurrente.

De todo lo expuesto se desprende que la resolución judicial impugnada es errónea y al propio tiempo gravemente dañosa para el interés general, ante la eventualidad de que su doctrina pueda reiterarse en casos iguales o semejantes, con el consiguiente quebranto para el erario público y menoscabo para la disciplina y buen orden del Cuerpo Nacional de Policía, como acertadamente sostiene el Abogado del Estado.

Ahora bien, como no compartimos íntegramente la postura defendida por el Abogado del Estado y por otro lado de fijación de la doctrina legal debe hacerse al hilo del caso injuiciado por la sentencia recurrida, sin extenderla más allá de sus límites, procede estimar en parte el presente recurso en los términos que se precisarán en el fallo; sin que, finalmente, a efectos de costas, deba hacerse pronunciamiento condenatorio al no concurrir las circunstancias previstas en el artículo 131.1 de la Ley de esta Jurisdicción.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 19 julio 1994.*)

2. Régimen disciplinario. La precisión fáctica de los cargos es exigible en cualquier caso y en su omisión puede adquirir significado de vicio invalidantes. Adopción de acuerdos manifiestamente ilegales. Debe tratarse de: 1) actos positivos de contenido decisorio; 2) ilegalidad manifiesta, y 3) que causen perjuicios a la Administración o a los ciudadanos, que habrán de ser probados por la Administración.

«Las alegaciones apelatorias del demandante reproducen prácticamente los mismos argumentos de impugnación de la resolución recurrida utilizadas en la demanda, lo que en este caso está totalmente justificado, desde el momento en que, como se acaba de indicar, en la sentencia no se encuentra respuesta razonada a los mismos.

Tratando de sintetizar las líneas esenciales de esa impugnación, si bien en una sistematización no exactamente coincidente con su propio orden expositivo, podemos resumirlas en las siguientes:

a) Imprecisión del pliego de cargos, con su influencia en el plano de la defensa posible y en el de la presunción de inocencia.

b) Diferenciación dentro del tiempo total de servicios del actor al Ayuntamiento demandado entre el correspondiente a la etapa de contratación laboral, y el correspondiente a la etapa de régimen funcionarial, y limitación de la acción disciplinaria administrativa a la etapa final de relación funcionarial.

c) Adecuación del tipo de infracción aplicado a los hechos imputados.

d) Análisis del elemento culpa en las irregularidades imputadas, en relación con el que son datos a considerar: el mínimo rango funcionarial del demandante, el conocimiento por el Ayuntamiento de las irregularidades, la influencia determinante en ellas del desorden introducido en la gestión municipal por el anterior alcalde, la formal exoneración de responsabilidad del actor por su actuación como depositario.

e) La desviación de poder.

No será preciso, no obstante, que agotemos el enjuiciamiento exhaustivo de ese amplio temario, pues el éxito de la tesis del apelante en los primeros capítulos del mismo, hace que sea superfluo el análisis *in extenso* de los últimos.

Comenzando con la alegada imprecisión del pliego de cargos, es tacha de la que efectivamente adolece el que en su momento se le dirigió al actor, pese a su poco común extensión, pues fuera de los referidos a la falta de libros concretos (cargos 1.º a 7.º), los demás se refieren a conductas excesivamente difusas que más bien reflejan la imputación de distintos comportamientos contables irregulares; pero sin precisar los hechos que les sirven de soporte. Debe advertirse que desde el primer momento el demandante alegó la excesiva generalidad e inconcreción de los cargos, y la indefensión que con ello se le ocasionaba, sin que fuera atendido en su justo reproche, trasladándose en definitiva la propia configuración vagamente descriptiva de los hechos imputados a la propuesta de resolución, que fue simplemente aceptada por el Pleno, sin tan siquiera dar lugar a una resolución diferenciada de la propuesta.

Si en cualquier caso la precisión fáctica de los cargos es exigible, y su omisión puede adquirir el significado de vicio invalidante, trasladable a la resolución final, lo es más en este caso, en el que la cronología de los hechos imputados adquiere un significado trascendental, en razón de la diferenciación jurídica de los regímenes aplicables en cada una de las etapas de los servicios del actor, que pasamos a razonar.

Es un hecho documentalmente acreditado, y declarado probado en la sentencia apelada, que el actor empezó a trabajar para el Ayuntamiento demandado por un contrato de naturaleza laboral el 29 de marzo de 1983, y que no fue hasta el 27 de febrero de 1987 cuando se inició la relación funcionarial.

La diversa índole de la relación de servicios implica diversos ordenamientos jurídicos aplicables: el jurídico-laboral hasta el 27 de febrero de 1987, y el jurídico-administrativo a partir de esta fecha. Consecuentemente no es aceptable que este último ordenamiento se proyecte sobre un tiempo en el que no existía la relación susceptible de ser encuadrada en el mismo. Más en concreto, el Reglamento de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por RD 33/1986, del que se toma la infracción imputada al demandante, y con base en el cual se le sanciona, define inequívocamente su ámbito en el artículo 1.º de su texto, cuando dice que "será de aplicación al personal funcionario comprendido en el artículo 1.1 de la Ley 30/1984...", lo que *a sensu contrario* supone su inaplicabilidad a quienes no tengan la condición subjetiva indicada.

Es inaceptable la tesis de la Administración demandada, que, para salir al paso de la del actor en este punto, aduce que el expediente se le instruyó siendo funcionario, y que se trataba de una conducta continuada.

Frente a ello hemos de sostener que lo que cuenta no es la fecha de la instrucción del expediente, sino la de los hechos objeto del mismo, y que, dada la diversidad de los cargos imputados, resulta jurídicamente artificiosa la fusión de todos ellos en una sola conducta continuada que, como tal, pudiera subsistir en su misma identidad cuando la relación de servicios pasó, de ser regida por el ordenamiento laboral, a serlo por el administrativo. Esa pluralidad de cargos, implica una diversidad de conductas eventualmente sancionables, debiendo, en su caso, referirse la alegada continuidad a cada una de esas conductas; y es indudable que no existe base para poder afirmar la continuidad de todas ellas.

Proclamada la incorrección jurídica de que un ordenamiento jurídico-administrativo disciplinario se aplique a hechos realizados por quien en la fecha de los mismos no tiene la condición de funcionario, vuelve al primer plano de especial trascendencia a atribuir en este caso a la imprecisión de los cargos, al no concretar los hechos que le sirven de soporte y su data temporal.

Sólo con esa concreción, ausente, hubiera sido posible, en su caso, aislar del conjunto los hechos acaecidos en la etapa de relación funcional, para enjuiciarlas en el marco jurídico que se ha aplicado a todos.

Ello sólo es posible hacerlo respecto de los cargos atinentes a la falta de libros, donde la teoría de la acción continuada sería admisible; mas es indudable que precisamente en cuanto a estos cargos la inadecuación del tipo de infracción aplicado se muestra con absoluta claridad.

Lo expuesto hasta este momento es de por sí suficiente para evidenciar la disconformidad a derecho de la resolución administrativa impugnada, conforme a lo dispuesto en el artículo 48.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, lo que debió motivar el éxito del recurso contencioso-administrativo en la primera instancia, y lo que obliga a la estimación del recurso de apelación contra la sentencia, que así no lo estimó.

A mayor abundamiento, debemos aceptar también el planteamiento del demandante en lo referente a la inadecuación del tipo de infracción aplicado.

El del artículo 6.º.d) del RD 33/1986, referido a "la adopción de acuerdos", tiene que ver con actos positivos de contenido decisorio, y es claro que los hechos imputados al demandante, no tienen el sentido resolutorio del supuesto de este tipo.

Se precisan además en el tipo los elementos de ilegalidad manifiesta, que sería ciertamente el menos problemático en su eventual aplicación a los hechos imputados, y el de que se causen perjuicios graves a la Administración o a los ciudadanos, elemento este último cuya prueba en el expediente y con posterioridad en el proceso, ni tan siquiera se ha intentado, no bastando al efecto con la mera alegación, que no prueba, de que la conducta del demandante imposibilita reconstruir la documentación contable de todo su tiempo de servicios.

Finalmente las circunstancias en las que se produjeron los hechos, detallados con una cierta mayor precisión con la sentencia, inciden en el elemento culpa necesario en toda infracción administrativa, incluso con mayor intensidad que la apre-

ciada en la sentencia apelada, si bien a estas alturas del discurso, como se anunció al principio, resulta innecesario detenernos en el análisis de las alegaciones en él referidas, pues la concreción de los hechos encuadrables en el ordenamiento administrativo, unida a la obvia inaplicabilidad al caso del tipo de infracción aplicado, son de por sí determinantes para el éxito del recurso.

Sólo sobre la base de que los hechos imputados fueran encuadrables en el referido ordenamiento, y en el de que el tipo de infracción aplicado al caso fuera adecuado a ellos, es cuando debería enjuiciarse el elemento culpa, que ha sido el único objeto de atención en la primera instancia, por cierto con una sumariedad de análisis que explica, aunque no justifica, el recurso de apelación del Ayuntamiento de Albuquerque, que por tanto debe ser desestimado.

Por la misma razón resulta ocioso detenerse en el análisis de la alegada desviación de poder, cuya imputación a la actuación del Ayuntamiento no viene avalada por una adecuada prueba, cual es exigible en estos casos.

Se impone por todo lo expuesto el éxito del recurso de apelación interpuesto por el demandante, y la desestimación del Ayuntamiento demandado, con la revocación, consecuente al primero, de la sentencia apelada, y con la estimación en su lugar del recurso contencioso-administrativo que aquélla estimó sólo en parte, y anulación de la resolución recurrida.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 19 septiembre 1994.*)

3. *Faltas. Abandono de Servicio: características. Procedencia de sustituir la por la falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave.*

«El *abandono de servicio*, así enunciado genéricamente en el artículo 31.c) de la Ley 30/1984, y carente de cualquier otro elemento descriptivo complementario en el texto legal, requiere en su aplicación el contraste con otros tipos infractores existentes que afectando también a la funcionalidad del servicio definen modalidades específicas, tales como “la notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas” —falta muy grave del artículo 31.f) de la Ley 30/1984; “la falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave” y “el incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo...” o “la grave perturbación del servicio” (faltas graves conforme a aps. i, l y n, art. 7.1 RD 33/1986); y “el descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones” o “el incumplimiento de los deberes y obligaciones siempre que no deban ser calificados como falta muy grave o grave” —falta leve, en el art. 8, aps. d) y e) Reglamento, citado—.

De esta consideración conjunta claramente se infiere que el “abandono de servicio” comporta la manifestación extrema del apartamiento de los deberes de actividad profesional a que obliga el marco estatutario del servidor público y, a esa calificación se llega, en principio, por exclusión de los tipos infractores antes relacionados cuya característica común consiste en integrar cada uno de ellos en su núcleo activo formas de comportamiento de extensión más limitada o de menor gravedad que las que configuran el abandono de servicio. De ahí que ésta no sea asimilable al incumplimiento más o menos habitual de las obligaciones profesionales propias del cargo, o a las ausencias esporádicas no vinculadas a la omisión de deberes específicos que se está obligado a asumir en una concreta coyuntura y cuya inobservancia fuese determinante de riesgo o lesión para los intereses públicos o particulares a cargo del funcionario, de particular gravedad.

Los comportamientos que se imputan a la expedientada revelan, efectivamente, un consciente y continuado abandono en el diligente cumplimiento de las cotidianas obligaciones profesionales que, en su caso, sería tipificable con arreglo al apar-

tado f) —y no al ap. c)— del artículo 31 de la Ley 30/1984, en el que se define como infracción muy grave “la notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas”. Ciertamente, la diligencia y rectitud en el cumplimiento de las obligaciones profesionales por parte del Policía Municipal que presta servicio de calle deben considerarse siempre importantes para el servicio público por su proyección sobre los ciudadanos y la seguridad en general, lo cual sirve de soporte a la gravedad que debe atribuirse al incumplimiento o abandono de dichos deberes.

Ahora bien, en el caso que estamos analizando —aun trascendiendo del mero incumplimiento del deber como falta leve del artículo 8.c) del citado Reglamento, tesis alegada por la defensa de la expedientada en su escrito de 5 noviembre 1987—, creemos que la gravedad del incumplimiento en sí y la constatación de su habitualidad tiene que venir sopesada con otros elementos de conocimiento aportados al expediente. En particular hay que destacar que tanto el “Bar Julia” —hecho a)— como la Biblioteca municipal —hecho b)— se hallan en la zona de servicio asignada a la expedientada, quien tenía recibidas inclusive, instrucciones de sus superiores para dedicar especial cuidado y vigilancia a la citada biblioteca, si bien, al parecer, circunscrito al recinto exterior del edificio. Por otra parte, no se ha aportado prueba al expediente acerca de la proyección del citado comportamiento en el rendimiento laboral de la señora G. y sus eventuales repercusiones sociales, salvo la imputación inicial relacionada con la supuesta negativa o el retraso en acudir al lugar donde se había producido un accidente de tráfico, imputación que no ha sido incorporada a la resolución ni hay constancia de que tal retraso, si se produjo, excediera de quince minutos.

Valorando las antedichas circunstancias entendemos que el título de imputación debe ser incardinado como una sola infracción al escalón inmediatamente inferior constituido por “la falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave”, definida como falta grave en el artículo 7.1.i) del Reglamento Disciplinario aprobado por RD 33/1986, de 10 enero, sancionable de conformidad con el artículo 16 del mismo Real Decreto en relación con los artículos 147 y 148.3 del RD Leg. 781/1986, de 18 abril, con suspensión de funciones hasta el límite de tres años, por lo que ponderando las circunstancias concurrentes estima la Sala que procede la sanción de dos años de suspensión.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 20 octubre 1994.*)

4. *Régimen disciplinario. Legalidad del artículo 49 RRDFP, impugnado directamente en casación. La suspensión firme del artículo 50.1 LFCE no es la que ha adquirido firmeza, sino la que no es «provisional».*

«El objeto del proceso en el que ha recaído la sentencia recurrida en casación, está constituido por la Resolución del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, de 9 mayo 1989, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 29 septiembre 1988 que acordó el cumplimiento inmediato de la sanción disciplinaria de suspensión de funciones durante siete meses, impuesta al recurrente, funcionario del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado, por Resolución de dicho Ministerio de 9 septiembre 1988.

Se trata, por tanto, de una cuestión de personal que se hallaría excluida del recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.2.a) de la Ley de la Jurisdicción, si no fuera porque se ha articulado en la instancia, sin éxito, la impugnación indirecta del artículo 49 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 enero, en cuya aplicación se han adoptado las resoluciones administrativas recurridas, razón por la que cabe el recurso de casación con arreglo al ar-

título 93.3 de la citada Ley Jurisdiccional, como señaló correctamente el recurrente en el escrito de preparación del mismo y ha reiterado en el de interposición. Por consiguiente, contrariamente a lo que sostiene el Abogado del Estado, que se opone a la admisibilidad por tratarse de una cuestión de personal, el recurso de casación ha sido bien admitido.

Ahora bien, esta vía de acceso a la casación lleva aparejada, lógicamente, la limitación del conocimiento al análisis de la legalidad de la disposición impugnada indirectamente, lo que implica el rechazo de los motivos que no hagan referencia a dicha cuestión.

En el presente caso, aunque de los cuatro motivos que el recurrente invoca, sólo en el último se denuncia la indebida aplicación de la disposición impugnada indirectamente, no cabe ocultar que los motivos primero y segundo giran en torno a la interpretación que el recurrente atribuye al artículo 50.1 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 febrero 1964, de la que hace depender la pretendida ilegalidad del precepto reglamentario impugnado indirectamente, por lo que tales motivos se hallan directamente relacionados con el cuarto, del que son tributarios, debiendo ser examinados, por ello, conjuntamente con este último.

Por el contrario, el motivo tercero ninguna relación mantiene con la impugnación indirecta de la referida disposición general, pues lo que se combate en dicho motivo es la invocación que la Sentencia recurrida hace de la de este Tribunal Supremo de 7 abril 1986 (RJ 1986, 1731), según la cual la ejecutividad del acto administrativo sancionador no vulnera la tutela judicial efectiva ni la presunción de inocencia, ya que, afirma el recurrente, en la cuestión planteada no se había alegado la infracción de tales derechos fundamentales. Por tanto, el motivo tercero es inadmisibile al situarse fuera de los límites del ámbito objetivo del recurso, inadmisibilidad que, en este momento procesal, se traduce en causa de desestimación.

En el motivo primero el recurrente denuncia la "Vulneración por parte de la sentencia de la Audiencia Nacional, ahora recurrida, del artículo 3.1 del Código Civil, en orden a la interpretación del artículo 50.1 de la Ley de 7 febrero 1964, respecto del término "suspensión de funciones firme", al sustituirlo, rebajándolo en su categoría jurídica, por el de "definitivo" del artículo 37.1 de la LJCA de 27 diciembre 1956, prescindiendo del criterio promulgado por el legislador del "sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto".

En el motivo segundo se alega la "Vulneración por parte de la sentencia recurrida del artículo 4.1 del Código Civil, desde el momento en que excluye de su aplicación al caso controvertido los efectos previstos en el artículo 425.7 de la LOPJ de 1 julio 1985, poniéndolos en relación con el artículo 50 de la LAFCE de 7 febrero 1964, desde el momento en que, pese al posible silencio de este último, existe entre ambos supuestos legales previstos una identidad de razón que obliga a una aplicación analógica del artículo 425.7 de la LOPJ al supuesto idéntico contemplado para los funcionarios civiles del Estado".

Por último, el motivo cuarto se articula en los siguientes términos: "Amparado en el artículo 39.2 de la LJCA, por cuanto que la sentencia recurrida, al dar aplicación al artículo 49 del Decreto 33/1986, de 10 enero, por el que se impone, sin distinción, aplicar la ejecución de las sanciones disciplinarias en el plazo de un mes, como tal precepto reglamentario y en contra del recto sentido de la aplicación del artículo 50.1 de la LAFCE de 7 febrero 1964, hace que una disposición reglamentaria vulnera el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 de la CE) y en contra de lo establecido en los artículos 23 y 26 de la LRJAE de 26 julio 1957."

Por consiguiente, en estos tres motivos, íntimamente relacionados entre sí, que se amparan en el artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción, aunque se omita su cita, se viene a denunciar, bien sea de forma explícita (motivo 4.º) o implícitamente (motivos 1.º y 2.º), la indebida aplicación del artículo 49 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, por entender que este precepto reglamentario incurre en ilegalidad al entrar en colisión con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles

del Estado que, a juicio del recurrente, constituye una excepción a la inmediata ejecutividad del acto administrativo prevista en el artículo 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958, lo que habría de conducir a la nulidad de la resolución administrativa recurrida, que se apoya en dicha disposición reglamentaria.

La tesis del recurrente, articulada por medio de los tres motivos de casación que se examinan conjuntamente, no puede prosperar.

El artículo 49 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 enero, establece: "Las sanciones disciplinarias se ejecutarán según los términos de la resolución en que se imponga, y en el plazo máximo de un mes, salvo que, cuando por causas justificadas, se establezca otro distinto en dicha resolución."

Por su parte, el artículo 50.1 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado dispone: "La suspensión tendrá carácter firme cuando se imponga en virtud de condena criminal o de sanción disciplinaria."

Pues bien, contrariamente a lo que el recurrente sostiene, el referido precepto reglamentario no infringe el principio de jerarquía normativa, pues no es sino la aplicación al ámbito disciplinario del principio general de ejecutividad del acto administrativo del artículo 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958 (hoy arts. 56 y 94 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre), sin que el artículo 50.1 de la citada Ley de Funcionarios Civiles del Estado constituya excepción a dicho principio general de ejecutividad, pues tal precepto hay que entenderlo en relación con los artículos 47 y 48 de la misma Ley, que disponen, el primero de ellos, que "La suspensión puede ser provisional o firme", y el segundo que "La suspensión provisional podrá acordarse preventivamente durante la tramitación del procedimiento judicial o disciplinario...".

Por consiguiente, suspensión "firme" en la terminología legal, no es la que ha adquirido firmeza, sino la impuesta en virtud de condena criminal o como sanción disciplinaria, frente a la suspensión "provisional" que es la acordada preventivamente durante la tramitación del procedimiento judicial o disciplinario. Se trata, pues, de dos clases de suspensiones, pero ello no significa que al denominar "firme" a la impuesta en procedimiento penal o en expediente disciplinario, la Ley condicione su ejecutividad a la firmeza de la resolución en que se imponga, como sostiene el recurrente basándose en una interpretación literal del término (art. 3.1 CC) que tropieza abiertamente con la propia regulación legal. Y tampoco cabe aplicar analógicamente (art. 4.1 CC) a los funcionarios civiles del Estado lo dispuesto en el artículo 425.7 de la LOPJ al no existir identidad en razón entre aquéllos y los miembros de la Carrera Judicial, toda vez que la garantía de la inamovilidad e independencia de los Jueces y Magistrados, a que responde la excepción a la ejecutividad inmediata de las sanciones de suspensión, entre otras, prevista en dicho precepto de la LOPJ, no es predicable de los funcionarios de la Administración del Estado.

En conclusión, así como el citado artículo 425.7 de la LOPJ y el artículo 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre —sobre sanciones administrativas no disciplinarias—, constituyen excepciones al principio general de ejecutividad inmediata del acto administrativo, el artículo 50.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado no condiciona la ejecutividad de la suspensión "firme" a la firmeza de la resolución en que se imponga, careciendo, por tanto, de fundamento la pretendida ilegalidad del artículo 49 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, por lo que deben desestimarse también los motivos de casación primero, segundo y cuarto.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 26 octubre 1994.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

