

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. CUERPOS Y ESCALAS: 1. Ingreso en Cuerpos comprendidos en el Grupo B. Improcedencia de homologar a estos efectos el título de Técnico de Relaciones Públicas de la Escuela privada Superior de Relaciones Públicas, adscrita a la Universidad de Barcelona. 2. Funcionarios. Reserva de Ley. Artículo 103.3 CE. No excluye de forma absoluta toda intervención de la Administración a través de la potestad reglamentaria. Necesidad de predeterminación legislativa suficientemente explicitada en sus líneas fundamentales RD 1337/1990. Declaración a extinguir de la Escala de la Reserva Naval activa. Constitucionalidad.— II. SELECCIÓN: 1. Preferencia por el sistema de oposición, salvo cuando por la naturaleza de las funciones a desempeñar sea más adecuado el de concurso-oposición y, excepcionalmente, el de concurso. Cuando se sigue el sistema de concurso, por su carácter excepcional, su pretendida utilización ha de venir sólidamente justificada. Administración Local. 2. Administración Local. Funcionarios con habilitación de carácter nacional. Desviación de poder. Méritos específicos. «La absoluta coincidencia entre el baremo impugnado y las circunstancias de la persona que venía desempeñando interinamente el cargo de cuya provisión se trata, demuestra sin lugar a dudas que se identificaron las necesidades del Ayuntamiento con el deseo de no producir cambios en la titularidad de la Secretaría.» Desviación de poder. 3. Oposiciones. Desviación de poder, al tener el Tribunal la razonable convicción de que existe un claro deseo premeditado de aprobar al aspirante propuesto para ocupar la plaza a pesar de sus menores conocimientos y aptitudes demostrados, en perjuicio del recurrente. Suboficiales de la Policía Local. 4. Profesores Universitarios. El RD 1888/1984 no exige un informe razonado final para formular la propuesta de provisión de plaza, distinto del que, según el artículo 9.7, habrá de emitirse al final de cada una de las pruebas. Inexistencia de desviación de poder de la conducta de un vocal que tras votar a favor de un concursante en la segunda prueba lo hace a favor de otro al formular la propuesta de provisión de la plaza, dado que en este momento se efectúa una valoración global y, además, el primer ejercicio tenía doble valor que el segundo, que no era eliminatorio. 5. «Cualquiera que sea la materia sobre la que versen las pruebas solamente en los supuestos en que sea evidente el error padecido por la Comisión al calificar como correcta o incorrecta una respuesta, de modo que sea realmente inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica, admitir la tesis de la Comisión determinante de aquella valoración, resulta permisible que, con todas las cautelas y atendiendo a una casuística muy estricta, los Tribunales de Justicia puedan llegar a la conclusión de que los órganos administrativos no han tenido en cuenta manifiestas condiciones de mérito del participante en las oposiciones o concursos.» Estimación del recurso por haberse puntuado como incorrecta, en oposiciones a oficiales de Administración de Justicia, una respuesta que prácticamente coincidía con el tenor literal del artículo aplicable de la CEE. 6. Control por los Tribunales de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones y concursos. Límites. Apreciación de salida nula, en lugar de prueba física repetida.— III. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS: 1. Trienios. Artículo 1 L. 70/1978, de 26 de diciembre. No son computables los servicios prestados en empresas nacionales, hoy sociedades estatales mercantiles, pues no son el Estado ni Organismos autónomos, sino del Estado o de sus entes instrumentales con personificación pública. Revisión. 2. Funcionarios. Derechos adquiridos. Posibilidad de alteración del contenido del estatuto funcional por exigencias del servicio público siempre que se mantenga la retribución global de la función. No puede exigirse que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo del ingreso. Integración en el profesorado de Enseñanza secundaria de los Catedráticos numerarios de bachillerato y alteración de sus

funciones. Regularidad. 3. Retribuciones. Los complementos de destino, específico y de productividad en ningún caso constituyen un derecho adquirido que haya de subsistir en lo sucesivo con independencia del puesto de trabajo que en cada momento se desempeñe o de la actividad y rendimiento desplegada en el mismo. En el ordenamiento de la función pública el sistema de estructuración cerrado o corporativo fue sustituido, a partir de la Ley 30/84, por el sistema abierto o de puestos de trabajo, con su consiguiente dimensión corporativa. Aunque no puede incluirse entre los derechos adquiridos el mantenimiento de una determinada estructura de las retribuciones, sí merece aquella consideración el montante consolidado de las mismas, al que normalmente suele atenderse, en caso de que el nuevo régimen lo disminuya, mediante la técnica de los complementos personales y transitorios, absorbibles por futuros aumentos. 4. Complementos. Legalidad del RD 359/1989, sobre devengos militares, en cuanto asigna a los Subtenientes complementos de destino y específico superiores a los de los Tenientes. Jurisprudencia reiterada. 5. Funcionarios con habilitación de carácter nacional. Barcelona. Impugnación indirecta RD 1174/87, de 18 de diciembre, que establece su régimen jurídico. Posibilidad de delegación en las Secretarías de Distrito por el Secretario General del Ayuntamiento de las funciones de fe pública. Jurisprudencia reiterada. Importación a ésta de la actuación de aquéllos. Artículo 92.3.a) L. 7/85. 6. Secretarios de Administración Local. Posibilidad de delegación de sus funciones en otros funcionarios que carecen de habilitación de carácter nacional. Legalidad RD 1174/1987, que admite la delegación. 7. Grado Personal. Revisión. A efectos de adquisición de grado sólo son computables, según la L. 30/84, los servicios prestados en su Cuerpo o Escala, sin que puedan computarse los servicios en puestos que no son del funcionario, sino de designación política. 8. Funcionarios. Negociación colectiva. «Si bien en principio el derecho de libertad sindical de los trabajadores "strictu sensu" y de los funcionarios en general se somete a un régimen legal unitario, criterio unitario que continúa con el régimen de los respectivos sindicatos de unos y otros, la propia ley, con pleno ajuste a la Constitución (art. 28.1), prevé la posibilidad de un tratamiento diferencial en ciertos aspectos, como tuvo ocasión de resaltar la STC 98/1985, de 29 de julio.» Ni la CE ni la LOLS atribuyen a los sindicatos de funcionarios un derecho de negociación colectiva, ni tan siquiera se lo atribuye propiamente la L. 9/1987, aun en su versión reformada por la L. 7/1990, de 19 de julio, por lo que mal puede imputarse al derecho de libertad sindical el ejercicio de un derecho que ninguna de sus normas rectoras le atribuyen directamente a los Sindicatos en el ámbito de la Administración Pública. 9. Promoción interna. Aunque la ley estatal establece la exención de pruebas encaminadas a acreditar conocimientos ya exigidos en el Cuerpo o Escala, no existe derecho a tal exención en el ámbito autonómico cuando la ley de la Comunidad de que se trate no reconoce tal derecho. 10. Derecho a la inamovilidad. No tiene carácter absoluto. En ningún modo puede conducir a una patrimonialización del puesto de trabajo y consiguiente petrificación de la estructura organizativa en pugna con el principio general de eficacia que campea en la propia Constitución al definir el marco constitucional de la Administración Pública (art. 106.1 CE). 11. Funcionarios locales. Permisos y licencias. Derechos y obligaciones. Se establecen por la Ley autonómica o, subsidiariamente, por la estatal. No cabe, por analogía con el sistema de relaciones laborales, considerarlos como una «plataforma de mínimos». Carácter estatutario.—IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Régimen disciplinario. Administración local. La normativa aplicable es la específica de la LBRL de 1977, no el Reglamento disciplinario de funcionarios de la Administración del Estado, aunque sea posterior a aquélla y más favorable para el interesado. 2. La pena de inhabilitación absoluta no se contrae al tiempo de duración de la condena, sino que priva de la condición de funcionario con carácter definitivo.

I. CUERPOS Y ESCALAS

1. *Ingreso en Cuerpos comprendidos en el Grupo B. Improcedencia de homologar a estos efectos el título de Técnico de Relaciones Públicas de la Escuela privada Superior de Relaciones Públicas, adscrita a la Universidad de Barcelona.*

•En vía administrativa los hoy apelados solicitaron del Ministerio de Educación y Ciencia, la "homologación" de los Títulos de Técnico en Relaciones Públicas y Graduado Superior en Relaciones Públicas, obtenidos en la Escuela Superior de Relaciones Públicas de Barcelona, a efectos de dotarlos del plan de validez, para tomar parte en oposiciones y concursos, para el acceso a los Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías de Funcionarios integrados en el Grupo B del artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. En el mentado Grupo B, quedan clasificados por la indicada norma jurídica el "Título de Ingeniero Técnico, Diplomado Universitario, Arquitecto Técnico, Formación Profesional de Tercer Grado o equivalente". La mentada Administración, en las resoluciones objeto de impugnación en el recurso contencioso-administrativo donde la sentencia apelada se produjo denegó referidas pretensiones de homologación a los fines indicados. La sentencia apelada anuló dichas resoluciones administrativas declarándolas no ajustadas a derecho y, en su lugar, declaró que los Títulos expedidos por la Escuela Superior de Relaciones Públicas de Barcelona habilitan para concurrir a las Oposiciones y Concursos para el ingreso en Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías de Funcionarios Públicos, para las que se exija estar en posesión de un Título de los comprendidos en el Grupo B del artículo 25 de la citada Ley 30/1984, de 2 agosto.

La sentencia hoy apelada sustancialmente parte para hacer dicha declaración de la afirmación de que, aunque se trate de un Centro adscrito a la Universidad de Barcelona, los Títulos que aquél expida "no son Títulos Universitarios", pero que sin embargo "vienen a ser equivalentes a la Formación Profesional de Tercer Grado", por "asemejarse" a esta última. Siendo su razonamiento concluyente el de que el *quid* del presente litigio no es determinar si se está ante una enseñanza universitaria —que no lo es— o ante estudios de Formación Profesional de Tercer Grado —que tampoco lo son—, sino que, por el contrario, se está ante unos estudios que en su configuración nacieron antes de la Ley 14/1970, texto que marca en lo básico el punto de arranque de la actual organización docente, lo que implica que no se identifiquen los Estudios y Títulos de la Escuela Superior de referencia con otros nacidos posteriormente, pero que "a los exclusivos efectos de encasillarlos en algunos de los Grupos de clasificación del artículo 25 de la Ley 30/1984, es el Grupo B el más adecuado".

La cuestión que aquí se plantea, al igual que en la primera instancia, consiste en determinar, primero como antecedente, si procede la "homologación a efectos académicos" de los Títulos expedidos por la Escuela Superior de Relaciones Públicas de Barcelona con alguno de los relacionados en el Grupo B de la clasificación que de ellos efectúa el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en orden a dotar a aquellos Títulos de plena validez para tomar parte en Oposiciones y Concursos para los Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías de Funcionarios Públicos, para lo que se necesita estar clasificados en el mentado Grupo B de la citada norma jurídica.

A tal efecto y en principio se ha de considerar que, conforme al referido artículo 25, en su primer párrafo se dice literalmente que: "Los Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías de Funcionarios al Servicio de las Administraciones Públicas se agruparán, de acuerdo con la Titulación exigida para su ingreso en los siguientes grupos: ... Grupo B, Título de Ingeniero Técnico, Diplomado Universitario, Arquitecto Técnico, Formación Profesional de Tercer Grado o equivalente."

Es claro que la Escuela Superior de Relaciones Públicas de Barcelona es un Centro privado que, aunque se encuentre adscrito a la Universidad de Barcelona, no tiene la naturaleza ni la estructura de una Facultad o Escuela Universitaria, puesto que el artículo 1 de su Reglamento, aprobado por Orden Ministerial de 7 noviembre 1969, lo calificó como "Centro de Formación Profesional", lo que no encaja dentro de la naturaleza y estructura de los Centros Universitarios, a que se refieren tanto la Ley General de Educación 14/1970, de 4 agosto, ni la posterior Ley 11/1983, de 25 agosto, de Reforma Universitaria, y, más tarde, según certificación de Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Universidad de Barcelona, de fecha 8 de julio de 1986 —obrante en el expediente administrativo—, se "declaró extinguido el vínculo de adscripción de la Escuela de Relaciones Públicas con la Universidad de Barcelona, ya que los estudios que se imparten en dicha Escuela no corresponden a las enseñanzas universitarias de la actual ordenación académica, por tanto no es posible renovar su adscripción, de acuerdo con el artículo 247 de nuestros Estatutos".

Asimismo, es claro que la mera adscripción de referida Escuela, posteriormente revocada, a la Universidad de Barcelona no confiere por sí solo a los estudios en aquélla impartidos el carácter de estudios universitarios. Los Títulos por dicha Escuela expedidos, aun teniendo carácter de "oficiales", no significa que haya de reconocerse el del Título Académico de Nivel Universitario, sino que el propio apartado a) del artículo 2 de los Estatutos de la Escuela Superior de Relaciones Públicas de Barcelona principalmente señala como uno de sus fines los de "impartir las enseñanzas necesarias para capacitar a quienes hayan de ejercer profesionalmente las relaciones públicas"; y, en su apartado b), le confiere la facultad de "otorgar los títulos de capacitación para el ejercicio profesional de las relaciones públicas". Por último, no puede desconocerse el Informe del Vicerrectorado de Ordenación Académica a la Universidad de Barcelona, como Órgano de la misma que tiene encomendada la "tutela académica" de los Centros adscritos, cuando literalmente dice, refiriéndose a la Escuela de referencia, que "dicho Centro ofrece unos estudios de Nivel inferior al universitario".

Por último, también es claro que no existe norma jurídica alguna que permita o establezca la homologación, equivalencia o equiparación de los Títulos expedidos por la Escuela Superior de Relaciones Públicas de Barcelona con un Título Universitario o de Formación Profesional de Tercer Grado.

De todo lo anteriormente expuesto se infiere que —como acertadamente dice la resolución administrativa impugnada— "independientemente de los efectos y validez profesional de los 'Títulos de Técnicos en Relaciones Públicas y Graduado Superior en Relaciones Públicas' —que dicha Escuela expide—, no procede su equiparación a los Títulos Académicos de Diplomado Universitario, Ingeniero Técnico o Arquitecto Técnico, por tratarse aquéllos de Títulos Profesionales, de Nivel no Universitario, a que se refiere el Grupo B de la clasificación efectuada por el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, a los fines pretendidos por los solicitantes hoy apelados".

Estudio aparte merece la cuestión de determinar si referidos Títulos expedidos por la mentada Escuela Superior de Relaciones Públicas de Barcelona pueden ser homologados, a los efectos pretendidos por los hoy solicitantes-apelados, con el "Título de Formación Profesional de Tercer Grado o equivalente".

Previamente se ha de considerar que aquí no se trata de establecer quién es el competente para regular las condiciones de homologación de los Títulos Académicos en cuestión, sino que ha de partirse de la existencia de una norma legal —el art. 25 de la Ley 30/1984—, donde se clasifican los Grupos de Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías de Funcionarios al Servicio de las Administraciones Públicas, que después han de servir, de acuerdo con la Titulación a exigir en la convocatoria de Oposiciones o Concursos para el ingreso en referidos Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías de Funcionarios; lo cual precisa de una interpretación del alcance y contenido jurídico de dicha norma específica, a fin de determinar si los Títulos en cuestión expedidos por la mentada Escuela Superior son Títulos de Formación Profesional de Tercer Grado o equivalente, para los indicados fines.

En principio, la sentencia recurrida comete el error de generalizar en su parte dispositiva, al analizar las resoluciones administrativas impugnadas, con su declaración literal de que "los Títulos expedidos por esa Escuela habilitan para concurrir a las Oposiciones y Concursos para el ingreso en Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías de Funcionarios Públicos para los que se exija estar en posesión de Título Académico de los comprendidos en el Grupo B del artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 agosto"; y ello sin hacer acotación específica alguna.

Con dicha redacción de la mentada parte dispositiva de la sentencia apelada, la Sala de primera instancia que la produjo parece desconocer que el artículo 2.º del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado establece que "el acceso del personal a la Administración del Estado regirá por las Bases de la Convocatoria respectiva".

Pues bien, al remitirse dicha sentencia al artículo 25 de dicha Ley sin hacer acotamiento de clase alguna, se olvida que en esta norma no se contemplan los requisitos de acceso a la función pública, sino que establece una agrupación a fines de Clasificar los Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías de funcionarios que se incluyan en cada Grupo; pero ello no supone que, por pertenecer a un determinado Grupo de los que allí se clasifican, se puede ingresar en todos los Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías del citado Grupo. Si se mantuviera el criterio generalizador de la sentencia apelada con el Título de Técnico en Relaciones Públicas, tendrían que ser admitidos a las Oposiciones y Concursos, por ejemplo al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Básica, puesto que se trata de un Cuerpo incluido en el aludido Grupo B; no siendo ello posible porque las Bases de la Convocatoria han de limitar el acceso a dicho Cuerpo a los que poseen Título de Escuelas de Profesorado de EGB.

Asimismo, no se puede desconocer que, según el artículo 8.3 del Real Decreto 707/1976, de 5 marzo, en el que se establecen las condiciones de acceso a la Formación Profesional de Tercer Grado, cabe señalar que el Título de Formación Profesional de Segundo Grado, es el mínimo para el ingreso en aquellas enseñanzas después de la superación de otras enseñanzas complementarias previas a la efectividad real de dicho acceso, y si, por otra parte, en el apartado 2 de la indicada norma se determina que para acceder a la Formación Profesional de Segundo Grado es necesario poseer el Título de Bachiller, de todo ello se colige que para acceder a las enseñanzas de Técnico en Relaciones Públicas se exige el mismo Título de Bachiller, con lo que "existe la misma exigencia, del mismo Nivel Educativo, para acceder a la Formación Profesional de Segundo Grado y en las enseñanzas de Técnico en Relaciones Públicas", paralelismo y equivalencia que, sin embargo, no existe para el acceso a la Formación Profesional de Tercer Grado, para lo que se exige el Título de Formación Profesional de Segundo Grado, más las enseñanzas complementarias, o el Título mínimo de Diplomado Universitario.

Por último y resumiendo, no existe la semejanza entre unos y otros estudios que la sentencia apelada establece —como argumenta correctamente la representación de la Administración apelante—: A) Porque existe diferencia en el Nivel de estudios, lo que ya se reconoce en dicha sentencia, ya que los estudios que se imparten en la Escuela Superior de Relaciones Públicas de Barcelona, tienen un Nivel inferior a los estudios universitarios. B) Porque existen diferencias entre los sistemas de acceso a ambos estudios, ya que el acceso a la Formación Profesional de Tercer Grado ha de llevarse a cabo con un Título Superior al de Bachiller, que es el que, en cambio, permite el acceso a la Formación Profesional de Segundo Grado, en este equivalente al acceso a la Escuela Superior de Relaciones Públicas de Barcelona. C) Porque existen diferencias igualmente en la duración de los estudios y su carga lectiva, ya que en la Formación Profesional de Segundo Grado se lleva un estudio equivalente a 1.580 horas, frente a las 720 horas en que se descomponen los estudios de la Escuela de actual referencia, y ello contemplando la Formación Profesional de Segundo Grado, no pudiéndose encontrar semejanzas con la Formación Profesional de Tercer Grado, pues los requisitos básicos del Plan de Estudios fueron recogidos en el mentado Real Decreto 707/1976, pero no han sido estructurados ni en su duración

ni en su contenido, lo que impide establecer equivalencia alguna, ya que se desconoce el grado de formación que otorgan. Si existe diferencia en la cantidad de horas lectivas con respecto a la Formación Profesional de Segundo Grado, lógicamente también habrá de haber diferencias con la Formación Profesional de Tercer Grado, cuando ésta se desarrolle. D) Porque también existen diferencias en cuanto a la Titulación del Profesorado, pudiendo existir en la Escuela referida Profesorado de nivel no universitario, lo que racionalmente ha de repercutir en el nivel diferente de la enseñanza.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, 29 junio 1995.*)

2. Funcionarios. Reserva de Ley. Artículo 103.3 CE. No excluye de forma absoluta toda intervención de la Administración a través de la potestad reglamentaria. Necesidad de predeterminación legislativa suficientemente explicitada en sus líneas fundamentales RD 1337/1990. Declaración a extinguir de la Escala de la Reserva Naval activa. Constitucionalidad.

«Por lo que se refiere al razonamiento relativo a la titulación, su punto de partida legal es el artículo 11 de la Ley 17/1989, en el que se ordena que los militares de carrera se agrupen, dentro de cada Cuerpo, en Escalas superiores, medias y básicas, según el grado educativo exigido para el ingreso en ellas, estableciéndose, por otra parte, en la disposición adicional séptima, que el régimen de los militares de carrera de las Escalas declaradas a extinguir sería el regulado en la propia Ley, con las adaptaciones a determinar reglamentariamente.

Pues bien, deteniéndonos en primer lugar en el examen de si la disposición adicional séptima vulnera la reserva constitucional en favor de la Ley contenida en el artículo 103.3 de la Constitución, sobre el particular nos hemos pronunciado en numerosas sentencias, entre las que cabe citar, a título de ejemplo, la de 22 octubre 1993 (RJ 1993, 7541) y las de 13 y 25 octubre y 15 noviembre 1994 (RJ 1994, 8217 y RJ 1995, 554). Decíamos en ellas que al disponer el artículo 103.3 que "la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos", no excluye de forma absoluta toda intervención de la Administración, a través de la actividad reglamentaria, en la regulación de la función pública. Recordábamos, en este sentido, una Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 junio 1987 (RTC 1987, 99), en la que se dice que medidas de tal intensidad como la unificación y extinción de Cuerpos y Escalas requieren, para su posible adopción por el Gobierno, de una predeterminación legislativa suficiente, por medio de la cual se evite que resida en el Gobierno mismo, sin límites o con límites imprecisos, una potestad incondicional para alterar la estructura de Cuerpos y Escalas de la Administración Pública. Siguiendo el criterio con que entonces concluíamos para casos sustancialmente análogos, también diremos que en este caso la predeterminación legislativa está suficientemente explicitada en sus líneas fundamentales. En efecto, es la propia Ley la que declara a extinguir las Escalas de la Reserva Naval Activa. Es, también, la Ley la que prevé la opción voluntaria del personal de las Escalas declaradas a extinguir a las correspondientes de nueva creación. Por último, los parámetros que condicionan la facultad normativa otorgada a la Administración se trazan en el mencionado artículo 11 de la Ley 17/1989, que en definitiva es en el que han centrado el debate tanto los recurrentes como el representante procesal de la Administración, siendo de notar que de todas formas la situación estatutaria de los recurrentes no ha sido perjudicada por vía reglamentaria respecto a la que disfrutaban con anterioridad, puesto que su integración en la Escala Media es opcional respecto a permanecer en las de la Reserva Naval Activa.

Aceptada la constitucionalidad —en cuanto a la reserva de Ley— de la norma habilitante, el ámbito de nuestro examen debe producirse sobre el exclusivo aspecto de si la opción ofrecida respeta los límites queridos por la Ley.

Volviendo al problema del grado educativo, partiremos de la aceptación por el Abogado del Estado del hecho jurídico de que las normas impugnadas en ningún momento ponen la cuestión —ni menos niegan— que el título de Capitán de la Marina Mercante y el de Jefe de Máquinas sean de carácter superior. Desde esta perspectiva, por tanto, no se ofrece por la Administración obstáculo alguno a la calificación de los estudios civiles de los recurrentes en los términos por ellos pretendidos, desplazándose, sin embargo, la argumentación de aquélla, para fundar la legalidad de la solución adoptada, a la valoración del otro parámetro descrito en el citado artículo once, cual es el de las facultades profesionales que tengan asignadas las Escalas.

El razonamiento de la Administración consiste en afirmar el carácter auxiliar que las normas reglamentarias atribuyen a los servicios que debe prestar la Reserva Naval Activa y que por eso a sus componentes no les era reconocida la facultad o capacidad de acceder a todos los destinos propios del Cuerpo General, a lo que contestan los recurrentes afirmando que, cualesquiera que hayan dado a sus funciones, sin embargo de hecho han desempeñado los mismos destinos correspondientes a sus empleos que los ocupados por los oficiales del Cuerpo General, lo que acreditaría la identidad de sus facultades profesionales y las de aquéllos.

Sobre esta afirmación la prueba más importante es la constituida por las respuestas dadas por el Almirante Jefe de Personal y las objeciones documentadas que a las mismas opone la representación procesal de los demandantes. De su conjunto resulta que si bien es cierto que ha habido importantes desviaciones con relación a los criterios generales sobre destino expuestos por el Almirante, sin embargo ha permanecido la tendencia a no conceder determinados puestos a los Oficiales de la Reserva Naval Activa. Deteniéndonos en el caso más indicativo, examinaremos la afirmación del Almirante de que “en general la diferencia básica estriba en que en los barcos de la Flota tipo Corbetas, Fragatas, Portaaviones, etc., sólo embarca y los mandan Oficiales de la Escala Superior del Cuerpo General de la Armada”, señalando, además, que esta política de destino ha sido prácticamente la misma desde que existe la Reserva Naval Activa.

Pues bien, aunque de los pertinentes escalafones resulta que Alféreces y Tenientes de Navío aparecen embarcados en barcos del tipo mencionado, sin embargo lo que en ningún caso aparece desmentido es su inaccesibilidad al mando de los mismos, de modo que en este aspecto concreto se pone de manifiesto una innegable diferencia funcional, que no la desvirtúa que los miembros de la Reserva Naval Activa tengan acceso a las Segundas Comandancias de los buques mandados por Oficiales Superiores y Oficiales de la Escala Superior del Cuerpo General, porque si bien es cierto que en caso de muerte, incapacidad, ausencia o baja del Comandante, deberá aquél tomar el mando, por lo que se exige que su nombramiento recaiga en un Oficial capacitado para ejercerlo, esto no quiere decir que su aptitud y capacitación haya de ser idéntica a la de aquél, sino pura y simplemente que sea la adecuada para atender con el conocimiento necesario a la temporal emergencia determinante de su accidental acceso al mando en concepto de Comandante.

Por otra parte, en cuanto a la demostración de que en algunos destinos que la Administración asegura que no está previsto que ejerzan el mando, como es el caso de las Dependencias de la Armada, se acredita que esto no es cierto en cuatro casos, recogidos del escalafón de 1994, es insuficiente para probar que estos destinos se dieran indistintamente a unos u otros ni que realmente la entidad cualitativa de las Dependencias a las que se refieren los cuatro casos sea equiparable al conjunto de las cubiertas por los Oficiales del Cuerpo General.

Sobre la base de estos antecedentes, volvemos al tema del grado académico y a su proyección sobre la integración en las respectivas Escalas. El artículo 33 de la Ley 17/1989 relaciona los tres grados de la enseñanza militar con los tres tipos de Escala y, a su vez, la incorporación a cada una de éstas origina la obtención del título equivalente del sistema educativo general. Pero este sistema cerrado, en que el grado de la enseñanza militar determina la Escala y la titulación, solamente puede

tener plena operatividad en su proyección hacia el futuro (Sentencia de 25 octubre 1994), puesto que en la adaptación de las antiguas Escalas hay que partir del dato de que precisamente el nivel de la enseñanza militar tiene como componente fundamental las posibilidades de ascenso de cada Escala y por eso la formación militar que como complemento a su formación civil recibieron en su día los miembros de la Reserva Naval Activa se hizo sobre la base de sus posibilidades limitadas de ascenso, por lo que desde el punto de vista estrictamente militar no es formalmente equiparable su grado de enseñanza con la de aquellos que la recibieron pensando en su aptitud inicial para alcanzar hasta los más altos empleos. En este sentido, ya dijimos en Sentencia de 22 octubre 1993 que al disponer el artículo 33 que "cuando el sistema educativo general proporcione las titulaciones requeridas para el acceso a las Escalas Militares, la estructura docente del Ministerio de Defensa complementará la formación técnica acreditada con el título exigido para el ingreso con la específica necesaria para el ejercicio de los cometidos del Cuerpo y Escala correspondientes e impartirá la formación militar necesaria", viene a expresar que en el momento de llevarse a cabo la integración no podrán asimilarse los títulos civiles de grado superior, medio o básico con las correspondientes Escalas Militares, toda vez que la Enseñanza Militar tiene peculiaridades que obligan a no seguir los mismos parámetros que se establecen para los Cuerpos de la Administración Civil del Estado.

En definitiva, desde el punto de vista de su formación militar, debemos aceptar que ésta se materializó teniendo en cuenta la legalmente limitada aptitud para el ascenso de los Oficiales de la Reserva Naval Activa —que es, a su vez, la nota característica de las Escalas Medias— y que esto se tradujo en una limitación de sus facultades, proyectable muy especialmente al desempeño de empleos a los que no se había previsto que pudieran ascender.

Las razones expuestas son perfectamente aplicables a los Oficiales de la Reserva Naval Activa (Servicio de Máquinas). También en ellos se daba la concurrencia de una formación militar que tenía como presupuesto la limitación de los empleos militares alcanzables y su identificación funcional con los Oficiales de la Sección Transitoria del Cuerpo General se limitó a determinados tipos de buques, cuando aquéllos no fueron suficientes para atenderlos.

Finalmente, en cuanto a los Oficiales procedentes del Curso de Transformación, no ofrecen ni en cuanto a su origen ni en su regulación posterior a la integración llevada a efecto como consecuencia de la Ley 17/1989, analogía suficiente para determinar la ilegalidad de la opción aplicada por la Administración a los Oficiales de la Reserva Naval Activa.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 25 septiembre 1995.)

II. SELECCIÓN

1. *Preferencia por el sistema de oposición, salvo cuando por la naturaleza de las funciones a desempeñar sea más adecuado el de concurso-oposición y, excepcionalmente, el de concurso. Cuando se sigue el sistema de concurso, por su carácter excepcional, su pretendida utilización ha de venir sólidamente justificada. Administración Local.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Sentencia apelada)

«Mediante el presente recurso se impugna por el Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, el Acuerdo del Pleno de la Diputación Provincial de Pontevedra, de 26 junio 1987, desestimatorio del recurso de reposición formulado contra el Acuerdo de dicho Pleno, de 26 febrero 1987, de aprobación de la Convocatoria y Ba-

ses del Concurso libre de méritos para cubrir en propiedad una plaza de Ingeniero Técnico de Obras Públicas.

Entrando ya en las cuestiones de fondo, la primera que debe ser estudiada es la relativa al sistema de selección utilizado, estimando la demandante que en el presente caso se vulneró la normativa de aplicación al ser utilizado el sistema del concurso en vez de la oposición o del concurso-oposición. El artículo 171.2 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, establece que el ingreso en la Subescala Técnica de Administración Especial "se hará por oposición, concurso o concurso-oposición libre, según acuerde la Corporación respectiva...", entendiendo la demandada que este precepto otorga a la correspondiente Corporación la facultad de decidir libremente respecto a la aplicación de uno u otro sistema. Sin embargo, el citado artículo 171.2 dispone en su último inciso que las determinaciones previas en él recogidas se entienden "sin perjuicio de las normas que pueda dictar la Administración del Estado, en uso de la autorización contenida en el artículo 100.2 de la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las bases del Régimen Local", precepto este último que indica que corresponde a la Administración del Estado establecer reglamentariamente "las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección y formación" de los funcionarios a que se refiere el Capítulo IV del Título VII de dicha Ley. Por otra parte, el artículo 133 del citado Texto Refundido dispone que el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local se ajustará a la legislación básica del Estado sobre función pública, y se establecerá teniendo en cuenta la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que se hayan de desempeñar, y el artículo 134.2 del mismo Texto Legal ordena la aplicación de las normas que dicte el Estado en uso de la autorización contenida en el ya referido artículo 100.2 de la Ley 7/1985, y establece la aplicación supletoria del Real Decreto 2223/1984, de 19 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado. Tanto el citado artículo 133 como el artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, destacan la necesidad de que los procedimientos de selección cuidarán "especialmente" la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que se hayan de desempeñar, y así el artículo 4 del Real Decreto 2223/1984, antes señalado, recoge que el acceso a los Cuerpos o Escalas de funcionarios de la Administración del Estado será a través del sistema de oposición, salvo cuando, por la naturaleza de las funciones a desempeñar, sea más adecuada la utilización del sistema de concurso-oposición y, excepcionalmente, el del concurso. La interpretación conjunta de los preceptos hasta aquí mencionados lleva a la conclusión de que el carácter preferente del sistema de oposición opera también en el ámbito de la Administración Local precisamente porque correspondiendo a la Administración del Estado la fijación de las reglas básicas a que debe ajustarse el procedimiento de selección, debe entenderse como una de estas últimas la de la consideración prioritaria de la oposición a través de la que se pretende extremar en lo posible las garantías de un procedimiento selectivo respetuoso con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Naturalmente, estos principios no sólo pueden sino que deben ser escrupulosamente respetados en el concurso libre, pero también es claro que la Administración del Estado ha establecido como regla básica la de que con carácter general ha de acudir a los efectos selectivos, a la oposición, entendiéndose así que la naturaleza y características de ésta responden y se acomodan con mayor facilidad al respeto de los citados principios reservándose el concurso-oposición para los supuestos en los que sea más adecuado en atención a las funciones a desempeñar y otorgándose un carácter puramente excepcional al sistema de concurso. Aceptando, por lo tanto, la aplicación en el ámbito de la Administración Local del carácter preferente del sistema de ingreso por oposición, criterio acogido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 marzo 1990 (RJ 1990, 2514), en el presente caso se advierte que la demandada aplicó el sistema de concurso libre para cubrir una vacante de Ingeniero Técnico de

Obras Públicas del Servicio de Vías y Obras de la Diputación de Pontevedra, sin que conste más justificación para ello que la que se recoge en el informe emitido, una vez formulado el recurso de reposición, indicándose en aquél que el sistema de concurso fue el empleado por considerar que era el que permitía una más rápida cobertura de la vacante. Ciertamente, esta última no puede ser admitida como suficiente motivación para que se prescindiera no sólo del sistema de oposición, sino también del de concurso-oposición, debiendo tenerse en cuenta que la vacante se había producido, en el caso estudiado, como consecuencia de la jubilación del funcionario que servía la plaza, siendo por lo tanto originada por una circunstancia por completo previsible y que posibilitaba la preparación por la Corporación ahora demandada de las medidas oportunas para su provisión. En todo caso, no ha sido aportado elemento acreditativo alguno de que la naturaleza de las funciones a desarrollar aconseje acudir al sistema de concurso libre y prescindir no sólo del de oposición, sino también del de concurso-oposición, de tal manera que el acuerdo impugnado viene a desconocer el carácter prioritario del sistema de oposición, e incluso el preferente del concurso-oposición, frente al utilizado, debiéndose destacar, de acuerdo con todo lo expuesto, que la Corporación demandada puede optar, en atención al citado artículo 171.2, por la aplicación del sistema que considere más adecuado en cada caso de entre los que se recogen en dicho precepto, pero tal elección, revisable jurisdiccionalmente, ha de efectuarse respetando la normativa de aplicación, constituyendo una de las reglas básicas que en ésta se incluyen, la del carácter excepcional del concurso frente al concurso-oposición y oposición, con la consecuente necesidad de que su pretendida utilización ha de venir sólidamente justificada por la naturaleza de las funciones a desarrollar por el titular de la plaza, siendo necesario significar que la demostración de la cualificación de los aspirantes en el sentido referido en el informe de 27 de abril de 1987 obrante en el expediente, en relación con las funciones a desarrollar y con las necesidades de la corporación, podría ser perfectamente alcanzada mediante el concurso-oposición, sistema admisible si se tiene en cuenta el puesto de que se trata y el contenido de su labor, sin que haya sido mínimamente acreditada la existencia de razones que justifiquen la preterición de este último en favor del concurso libre, cuya aplicación sólo se permite de forma excepcional. Todo ello conduce a la estimación del recurso pero sin que pueda ser acogida la pretensión de que se declare como único sistema aplicable el de oposición, ya que corresponde a la Corporación demandada el ejercicio de la opción entre los dos sistemas que con arreglo a los datos recogidos en autos y en el expediente se deben considerar aplicables en el presente caso, como son el de oposición y el de concurso-oposición.

Por otra parte, el examen de la Base V de la convocatoria en la que se recogen los méritos calificables en el Concurso y el sistema aplicable de puntuación, permite comprobar que salvo el establecimiento de un límite máximo de puntuación, no se fija regla alguna para el cómputo y valoración de la especialización profesional —A.a)—, del desempeño de puestos de trabajo en la Administración Local —A.b)—, de la experiencia profesional en la Comunidad Autónoma de Galicia —A.c)—, ni tampoco, desde luego, de los denominados "otros méritos" —B—, suponiendo esta absoluta falta de objetivación la atribución al Tribunal del concurso de un arbitrio desmedido y al mismo tiempo una inadmisibile reducción de las garantías de objetividad e igualdad que los aspirantes tienen derecho a exigir.

Lo hasta aquí expuesto lleva a la necesaria estimación del recurso, con la salvedad que después se recogerá, pero cabe significar a mayor abundamiento que en el apartado C de la Base V se indica que: "El Tribunal podrá exigir de los concursantes contestación oral o por escrito, de temas relacionados con las funciones a desempeñar en la plaza a que se concursa", de tal manera que mediante esta determinación el sistema de selección empleado se viene a separar del concurso tal y como es entendido por el artículo 3.2 del Decreto 2223/1984, introduciéndose además un tipo de prueba —contestación de temas— que al no ir precedido de la publicación del correspondiente temario puede incidir también negativamente en la necesaria obje-

tividad que debe presidir todo procedimiento de selección. De acuerdo con todo lo razonado procede la estimación del recurso, con anulación del acuerdo impugnado por violar éste la normativa de aplicación al desconocer el carácter prioritario de la oposición, o en su caso, del concurso-oposición, sin justificar la concurrencia de elementos que permitieran la adopción del sistema excepcional de selección empleado, si bien, de acuerdo con lo expresado en el último párrafo del Fundamento Jurídico tercero, no cabe la expresa declaración pretendida por la demandante de que el sistema a emplear haya de ser obligatoriamente el de oposición.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Se aceptan los de la sentencia apelada, en lo esencial el tercero.»

La sentencia recurrida ha estimado en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas contra el Acuerdo del Pleno de la Diputación Provincial de Pontevedra, de 26 junio 1987, de desestimatorio del recurso de reposición formulado contra el Acuerdo de 26 febrero 1987, por el que se aprobaron la convocatoria y bases de concurso libre de méritos para cubrir en propiedad una plaza de Ingeniero Técnico de Obras Públicas.

Frente a los fundamentos de este fallo, que han quedado reproducidos en el antecedente de hecho primero de esta sentencia, alegan los apelantes, en síntesis: a) que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 171.2 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, la Corporación podía optar entre el sistema de oposición, el de concurso o el de concurso-oposición, y si bien el propio precepto establece que ello será sin perjuicio de las normas que pueda dictar la Administración del Estado en uso de la autorización contenida en el artículo 100.2 de la Ley 7/1985, de 2 abril, y, por otra parte, el artículo 133 del mismo Texto Refundido señala que el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local se ajustará a la legislación básica del Estado sobre función pública, lo cierto es que la legislación estatal básica —art. 19.1 Ley 30/1984— no establece ningún orden de prioridad entre dichos sistemas selectivos, apareciendo únicamente señalado el carácter prioritario de la oposición en el artículo 4 del Real Decreto 2223/1984, que no tiene la condición de norma básica, como erróneamente estima la sentencia apelada, sino de aplicación supletoria a los funcionarios de Administración Local, además de carecer de habilitación para alterar el criterio de la Ley sobre la libre elección entre aquellos sistemas, sin necesidad de justificar la elección efectuada, aun cuando en el caso de autos la propia especialidad de la función a desempeñar y la posibilidad de cubrir el puesto con mayor prontitud por el sistema de concurso, avalen el sistema empleado; b) que los méritos requeridos en la convocatoria son los adecuados, y los criterios de valoración, a aplicar “con la debida ponderación”, revisten cualquier examen objetivo; y c) que no se desvirtúa el sistema de concurso por el hecho de que se incluyera una prueba objetiva de conocimientos que, por otra parte, pudiera incluso resultar imprescindible para decidir en caso de empate en la puntuación de méritos.

No pueden prosperar las alegaciones de los apelantes sobre la elección del concurso como sistema selectivo, pues si bien es cierto que el Real Decreto 2223/1984 no tiene carácter de norma básica, ni puede entenderse que sus normas constituyan las reglas básicas que puede dictar la Administración del Estado en uso de la autorización que le confiere el artículo 100.2 de la Ley 7/1985, toda vez que dicha autorización se limita al procedimiento de selección y formación de los funcionarios de Administración Local que no tengan habilitación de carácter nacional, no cabe olvidar que la tesis de libre elección de sistema selectivo, tal y como se propugna por los apelantes, tropieza en primer lugar con lo dispuesto en los artículos 19 de la Ley 30/1984 y 133 del Real Decreto Legislativo 781/1986, a cuyo tenor el tipo de pruebas

a superar debe adecuarse a los puestos de trabajo que hayan de desempeñarse, y si a ello se añade que la aplicación supletoria del Real Decreto 2223/1984 al personal de la Administración Local no viene impuesta solamente por lo dispuesto en su artículo 1.º.1, sino que también lo establece así el propio Real Decreto Legislativo 781/1986 en su artículo 134.1, ha de concluirse que carece de fundamento la pretendida falta de habilitación legal del mencionado Decreto 2223/1984, cuya aplicación supletoria debió observar la Diputación Provincial a la hora de elegir el sistema selectivo, ajustándose para ello a las previsiones de su artículo 4, sin que, como con acierto señala la sentencia recurrida, aparezca justificada la elección del procedimiento excepcional de concurso.

Tampoco desvirtúan los apelantes las contundentes razones por las que la Sala de primera instancia considera a la convocatoria huérfana de las exigibles reglas para la valoración de los méritos, salvo el establecimiento de un límite máximo de puntuación, apreciación en la que hay que abundar a la vista del contenido de la Base V de la convocatoria.

Por último, es claro que frente a lo que los apelantes sostienen, la facultad que se atribuye al Tribunal calificador para exigir a los concursantes contestación oral o escrita de temas relacionados con las funciones a desempeñar en la plaza a la que se concursa, desvirtúa el sistema de concurso tal y como aparece configurado en el artículo 3.2 del tan repetido Real Decreto 2223/1984, como señala el fallo recurrido.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 18 abril 1995.)

2. Administración Local. Funcionarios con habilitación de carácter nacional. Desviación de poder. Méritos específicos. «La absoluta coincidencia entre el baremo impugnado y las circunstancias de la persona que venía desempeñando interinamente el cargo de cuya provisión se trata, demuestra sin lugar a dudas que se identificaron las necesidades del Ayuntamiento con el deseo de no producir cambios en la titularidad de la Secretaría.» Desviación de poder.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Sentencia apelada)

«Aunque el ejercicio de las funciones de Secretario Interventor sea sustancialmente igual en todas las Corporaciones Locales, no podemos desconocer que la facultad de éstas para el establecimiento de méritos específicos les viene reconocida en norma con rango de ley, el artículo 99.1 de la Ley 7/1985, de 2 abril, de Bases del Régimen Local, debiendo incluso excluirse la interpretación tan estricta de este precepto que deje al mismo sin contenido. Pero admitiendo este margen de discrecionalidad reconocido al Ayuntamiento demandado por la Ley citada, no se puede desconocer tampoco que el mismo tiene sus límites; de una parte, los genéricos del acto discrecional previstos en el artículo 83.3 de la Ley que regula esta Jurisdicción y el 48 de la de Procedimiento Administrativo, y de otra los señalados concretamente en la Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, de 4 marzo 1988, que desarrolla las previsiones legislativas sobre la materia, y entre las cuales destaca la necesidad de que los méritos específicos se relacionen objetiva y proporcionalmente con las características del puesto de trabajo.

La absoluta coincidencia entre el baremo impugnado y las circunstancias de la persona que venía desempeñando interinamente el cargo de cuya provisión se trata, demuestra sin lugar a dudas que se identificaron las necesidades del Ayuntamiento con el deseo de no producir cambios en la titularidad de la Secretaría, convirtiendo el concurso en una mera formalidad y dirigiéndolo a seleccionar a un candidato determinado y no al de mayores méritos. En efecto, no solamente los puntos atribuidos a

quienes han desempeñado plaza en municipios con normas subsidiarias de planeamiento, población superior a 1.500 habitantes y no 1.000 ni 2.000 (los de Alar del Rey eran 1.685) y entidades locales menores, se ajustan por completo a las características del municipio demandado, sino que la exigencia de que dicho desempeño se haya producido con un período mínimo de tres años, que es justamente el que acababa de cumplir don Silvano de la F. G., es signo evidente de la antijurídica reserva que le permitió obtener la máxima puntuación por méritos específicos y con ello la plaza.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Se aceptan los de la sentencia apelada que se han reproducido, y

La sentencia apelada ha estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local de Palencia, contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Alar del Rey, de 11 julio 1988, por el que se aprobó el baremo específico de méritos para la provisión de la plaza de Secretario-Interventor de la Corporación, por entender el Tribunal *a quo* que la resolución impugnada había incurrido en desviación de poder.

Frente a este fallo se alza el mencionado Ayuntamiento formulando dos alegaciones: la primera, limitada a citar los artículos 99 de la Ley 7/1985, de 2 abril, y 29 del Real Decreto 1174/1987, de 18 septiembre, así como la Resolución de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas de 4 marzo 1988, que reconocen la posibilidad de que las Corporaciones Locales establezcan baremos de méritos específicos para la provisión de las plazas de funcionarios con habilitación de carácter nacional; y la segunda expresada en los siguientes términos: «La discrepancia de esta parte con la sentencia apelada surge en la consideración de los méritos del baremo específico aprobados por el Ayuntamiento de Fuentes de Nava (*sic*), pues se entiende que no se ha sobrepasado el margen de libertad que tienen los Ayuntamientos creando una diferencia de trato irracional o arbitraria entre los concursantes.»

Tan escuetas alegaciones apelatorias, carentes de una mínima argumentación crítica de la sentencia apelada, no pueden desvirtuar el razonamiento del Tribunal *a quo* por el que, a través de una ponderada apreciación de los hechos concurrentes —coincidencia absoluta entre el baremo impugnado y las circunstancias del concursante que venía ocupando interinamente la plaza convocada—, llega a la convicción de que se ha perseguido seleccionar a un candidato determinado y no al de mayores méritos, incurriendo así en el vicio de desviación de poder, y en su consecuencia, abundando esta Sala en los fundamentos del fallo recurrido, debe desestimarse la presente apelación.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 22 mayo 1995.*)

3. *Oposiciones. Desviación de poder, al tener el Tribunal la razonable convicción de que existe un claro deseo premeditado de aprobar al aspirante propuesto para ocupar la plaza a pesar de sus menores conocimientos y aptitudes demostrados, en perjuicio del recurrente. Suboficiales de la Policía Local.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Sentencia apelada)

«Siguiendo el orden cronológico de las distintas fases del proceso selectivo previsto en la Base Cuarta, y una vez comprobado que la documentación aportada por el codemandado aspirante con su instancia está compulsada, sin que la falta de fir-

ma de la diligencia pueda ser estimada como defecto formal determinante de incumplimiento a los requisitos exigidos, comenzaremos por el examen de la Fase de Oposición, que a su vez comprende cuatro pruebas de carácter obligatorio y eliminatorio, de las cuales debe ser objeto de atención la denominada B) Aptitud intelectual y conocimientos específicos, pues consistente en tres ejercicios: a) capacidad de cálculo; b) nivel de información general; c) nivel de expresión o capacidad de síntesis, era necesario, de acuerdo con la Base Novena, alcanzar al menos 3,5 puntos en el primero y 5 puntos en los otros dos, para poder pasar a la siguiente prueba, dado el carácter eliminatorio antes referido; pues bien, a la vista de las actas de calificación del Tribunal, en el referido ejercicio de la puntuación otorgada a cada contestación el aspirante don Mario S. M. obtiene 4,37 puntos, y el aspirante don Emilio G. G., 5,51 puntos, figurando en recuadro como puntuación, respectivamente, 5 puntos y 6,41, que no coincide con el juicio valorativo puntuado a cada pregunta, sino de agregar 0,63 puntos a la obtenida de la suma total, con la consecuencia de que don Mario S. M. que habría de quedar eliminado al no haber obtenido la puntuación mínima exigida en la Base novena, para las pruebas siguientes hasta conseguir una de las plazas de la convocatoria; pasando el examen de la Fase de Concurso, y en cuanto a la aplicación del Baremo de Méritos, se puede observar que tampoco se cumplen las Bases por el Tribunal Calificador, pues al recurrente no se le valoran méritos acreditados, tales como "Curso de Especialización para Mandos de Policías Locales", ni se le tiene en cuenta el año de servicio efectivo de Sargento en prácticas, y, en cambio, al codemandado don Mario S. se valoran títulos y causas que no coinciden con las establecidas en el Baremo de Méritos, ni tienen relación alguna con la profesión a desempeñar.

Lo anteriormente expuesto y que resulta acreditado en el procedimiento, proporciona a este Tribunal una razonable convicción de que, aun cuando la Administración se haya acomodado externamente en su actuación a la legalidad formal, el fin perseguido de las actas impugnadas se aparta del interés público, Sentencias del Tribunal Supremo de 23 noviembre y 11 diciembre 1984 (RJ 1984, 5957 y 6093) y 7 abril 1986 (RJ 1986, 1820), al haberse utilizado potestades administrativas para fines distintos de los queridos por el Ordenamiento Jurídico, cometiéndose y evidenciándose desviación de poder en el procedimiento selectivo, al existir en el mismo un claro deseo premeditado de aprobar al aspirante don Mario S. a pesar de sus menores conocimientos y aptitudes demostrados, y todo en perjuicio del recurrente, lo cual al suponer infracción del Ordenamiento Jurídico vicia la propuesta y la hace anulable a través de lo dispuesto en los artículos 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 83.2 de la Ley Jurisdiccional, efectos que naturalmente se hacen extensivos a la resolución municipal nombrando funcionarios en prácticas.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Se aceptan los de la sentencia recurrida reproducidos en el antecedente primero de esta sentencia.

Las alegaciones de la parte apelada han sido tan detalladas que reprodujeron todas las calificaciones consignadas en el expediente para poder explicar las puntuaciones dadas y detallar cuidadosamente todas las cifras correspondientes a los concurrentes según las mismas anotaciones de los calificadores, de todo lo cual se desprende que las minuciosas enumeraciones hechas bajo los apartados A), B), C) y D) comparadas con las actas de calificación y con las argumentaciones de la demanda en cuanto se reflejan en los datos del voluminoso expediente y borran las convicciones alcanzadas por los miembros del Tribunal de la primera instancia.

Los fundamentos "cuarto" y "quinto" de la sentencia recurrida encajan en la definición de la desviación de poder del artículo 83.3 de la Ley de esta Jurisdicción, que no exige lo que llama en el fundamento quinto un *claro deseo premeditado*, bas-

tando un resultado que se aparte de los fines propios de los actos o disposiciones que pueden implicar objetivamente la desviación de poder. Esta convicción alcanza por la sentencia que nos ocupa la compartimos en esta instancia, de modo que han de ser desestimados los recursos de apelación interpuestos que se señalan en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 26 mayo 1995.*)

4. *Profesores Universitarios. El RD 1888/1984 no exige un informe razonado final para formular la propuesta de provisión de plaza, distinto del que, según el artículo 9.7, habrá de emitirse al final de cada una de las pruebas. Inexistencia de desviación de poder de la conducta de un vocal que tras votar a favor de un concursante en la segunda prueba lo hace a favor de otro al formular la propuesta de provisión de la plaza, dado que en este momento se efectúa una valoración global y, además, el primer ejercicio tenía doble valor que el segundo, que no era eliminatorio.*

«Reiterando las alegaciones que adujo en la primera instancia, insiste la apelante en que la Comisión no formuló el informe final razonado sobre la valoración de cada concursante y que el voto negativo del Vocal 2.º en la propuesta incurrió en desviación de poder.

En cuanto a la primera de estas alegaciones, aparece en el expediente administrativo que la Comisión emitió en cada una de las dos pruebas de que constaba el concurso un informe razonado sobre la valoración de ambas concursantes. La cuestión consiste, pues, en dilucidar si el citado Real Decreto 1888/1984 exige, además, un informe razonado final para formular la propuesta de provisión de plazas, como sostiene la apelante y entendió el voto particular formulado a la sentencia recurrida, tesis que no podemos compartir, toda vez que el artículo 9.7 del Decreto antes citado, situado bajo el epígrafe "III. De las pruebas", se refiere de modo inequívoco al informe razonado que preceptivamente debe emitirse una vez finalizadas las pruebas, como así se hizo, mientras que el artículo 11.1, bajo el epígrafe "IV. De la propuesta", dispone, según se ha indicado, que la propuesta de provisión de plaza o plazas se realizará por el sistema de votación, sin requerir la formulación de informe razonado alguno, informe que no puede venir impuesto por el artículo 9.7, que, por lo expuesto, no es aplicable a la fase de formulación de la propuesta de provisión de plazas.

Alega la apelante desviación de poder que residencia en el hecho de que el Vocal 2.º votara a favor de la señora F. C. en la propuesta de provisión de la plaza, a pesar de haber votado desfavorablemente la actuación de dicha concursante en el segundo ejercicio, mientras que fue positivo para la recurrente su voto en ambos ejercicios, cambio de parecer que, a su juicio, es inadmisibles por incoherente e incongruente, excediendo de toda comprensión racional, por lo que entiende que dicho Vocal utilizó las potestades que le habían sido conferidas por el ordenamiento jurídico para un fin distinto al mismo, incurriendo en indiscutible desviación de poder.

Tampoco puede prosperar este alegato, pues no cabe confundir la votación relativa a cada uno de los ejercicios con la emitida a la hora de formular la propuesta de provisión de la plaza, en la que juega una valoración global de los méritos de los concursantes, debiendo significarse en este sentido que el segundo ejercicio no tenía carácter eliminatorio; que la Comisión asignó al primer ejercicio un valor que suponía el doble del atribuido al segundo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.2.a) del citado Real Decreto 1888/1984, según la redacción dada por el Real Decreto 1427/1986; y, por último, que los informes emitidos por los miembros de la Comisión, con carácter previo a los ejercicios, sobre los méritos alegados por las

concurstantes, si bien favorables, contienen ciertas reticencias respecto de los méritos de la recurrente, que sin embargo no aparecen en los referidos a la señora F. C., adjudicataria de la plaza. No existe, pues, base para entender que el referido Vocal no haya hecho legítimo uso de su discrecionalidad técnica en la valoración de los méritos de las concursantes.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 5 junio 1995.*)

5. *«Cualquiera que sea la materia sobre la que versen las pruebas solamente en los supuestos en que sea evidente el error padecido por la Comisión al calificar como correcta o incorrecta una respuesta, de modo que sea realmente inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica, admitir la tesis de la Comisión determinante de aquella valoración, resulta permisible que, con todas las cautelas y atendiendo a una casuística muy estricta, los Tribunales de Justicia puedan llegar a la conclusión de que los órganos administrativos no han tenido en cuenta manifiestas condiciones de mérito del partícipe en las oposiciones o concursos.» Estimación del recurso por haberse puntuado como incorrecta, en oposiciones a oficiales de Administración de Justicia, una respuesta que prácticamente coincidía con el tenor literal del artículo aplicable de la CEE.*

«La recurrente, que participó por el turno libre en las pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia, convocadas por Orden 30 diciembre 1988, no fue incluida en la lista definitiva de aspirantes aprobados, por haber obtenido en el segundo ejercicio 4,93 puntos, correspondientes a 66 respuestas correctas, siendo así que para superarlo se requería haber contestado acertadamente a 67 preguntas. La Sala de primera instancia ha estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la interesada, al considerar que también debían valorarse como correctas las respuestas que había dado a las señaladas con los números 20 y 61.

La argumentación desarrollada por la Sala para fundamentar su decisión parte de una doctrina general —que se refiere a las matizaciones que, según ella, deben introducirse en la jurisprudencia que señala que las resoluciones de los Tribunales calificadoros de las pruebas de los concursos y oposiciones no son revisables por la jurisdicción contencioso-administrativa— y de otra específica, concretada al caso aquí debatido.

Por lo que se refiere a la tesis general, la Sala de primera instancia afirma que la doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido de que solamente es aplicable cuando falte una prueba pericial practicada por profesionales de igual o superior titulación académica que la de los componentes del Tribunal calificador, prueba pericial que no sería precisa cuando las preguntas sobre las que se debate versen sobre cuestiones jurídicas, por entrar éstas dentro del ámbito competencial de los órganos jurisdiccionales.

Tal como se plantea esta doctrina, la hemos rechazado en reciente Sentencia de 29 julio 1994 (RJ 1994, 6601). Decíamos en ella que, “por el contrario, cualquiera que sea la ciencia, saber o técnica que deban acreditar los partícipes en los concursos y oposiciones, sigue, en principio, con plena vigencia la reiterada jurisprudencia sobre el particular, que encomienda en exclusiva la valoración a las Comisiones administrativas constituidas al efecto, a las que no pueden sustituir en cuanto a sus conclusiones valorativas los Tribunales de Justicia”.

Sin embargo, esta doctrina no tiene un valor tan absoluto que excluya cualquier tipo de matización. En este sentido, esta Sala, en algunas Sentencias, como las de 28 enero 1992 (RJ 1992, 110) y 23 febrero 1993 (RJ 1993, 4956), ha tratado de preci-

sar hasta qué punto la tesis tradicional sobre la imposibilidad jurídica de los Tribunales de Justicia para entrar en el examen de las cuestiones relativas a los conocimientos y méritos de los candidatos no admite fisura alguna. En las sentencias citadas nos hacíamos eco de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 noviembre 1991 (RTC 1991, 215), que aunque referida a las facultades de unas Comisiones administrativas de reclamaciones previstas en el ámbito de las pruebas para el profesorado universitario, sin embargo llega a algunas conclusiones interesantes para resolver, con carácter de orientación general, el tema que nos ocupa. En dicha sentencia se parte de los principios de igualdad y de mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas, consagrados en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, para matizar las potestades revisoras de aquellas Comisiones, a partir del dato de no considerarlas como un órgano técnico, lo que lleva a la sentencia a esforzarse en distinguir entre "el núcleo material de la decisión técnica", reservado en exclusiva a las Comisiones juzgadoras, y sus aledaños, constituidos por la verificación de que se haya respetado 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, si bien señalábamos también en nuestras sentencias cómo el esfuerzo dialéctico del Tribunal Constitucional al establecer aquella diferenciación concluía a la postre en la jurídicamente más asequible afirmación de que la no ratificación de la propuesta de provisión de una plaza sólo puede producirse en aquellos supuestos en los que resulte manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidente el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad.

Es cierto, por otra parte, que la doctrina jurisprudencial sobre los límites de los órganos jurisdiccionales para criticar las decisiones administrativas sobre pruebas selectivas ha hecho frecuente referencia a la falta en aquéllos de conocimientos específicos. Pero este fundamento no quiere decir que cuando concorra la presunción de este conocimiento, como acontece en el caso de las materias jurídicas, la aptitud para invalidar las decisiones de los órganos administrativos sea superior, ya que en definitiva las Comisiones se constituyen normalmente con una multiplicidad de procedencias en sus componentes, dirigida a establecer no solamente la objetividad e imparcialidad del conjunto, sino también el valor circunstancial que debe darse a cada una de las pruebas o ejercicios en función de la finalidad de selección, de modo que, según las plazas que traten de cubrirse, la Comisión pueda considerar más o menos puntuales los diversos contenidos de las contestaciones, misión en la que no puede ser sustituida por ningún órgano ni administrativo ni jurisdiccional.

Todas estas consideraciones nos permiten aproximarnos a la idea de que —cualquiera que sea la materia sobre la que versen las pruebas— solamente en los supuestos en que sea evidente el error padecido por la Comisión al calificar como correcta o incorrecta una respuesta, de modo que sea realmente inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica, admitir la tesis de la Comisión determinante de aquella valoración, resulte permisible que con todas las cautelas y atendiendo a una casuística muy estricta, los Tribunales de Justicia puedan llegar a la conclusión de que los órganos administrativos no han tenido en cuenta manifiestas condiciones de mérito del partícipe en los concursos u oposiciones o bien que han computado favorablemente contestaciones manifiestamente equivocadas, siendo el caso más claro en este sentido el que se daría en el supuesto de operaciones matemáticas o de habilidades comprobables numéricamente, respecto a cuyo resultado quedase perfectamente acreditado la solución errónea tenida por buena por la Comisión o, a la inversa, la acertada que hubiese sido rechazada.

Continuábamos en la sentencia citada indicando que tenidos en cuenta los límites y precauciones reseñados, que en definitiva tratan de evitar los casos extremos, en los que la en principio inatacable discrecionalidad técnica en que se fundan las resoluciones de los órganos encargados de calificar las oposiciones y concursos para acceder a la función pública, pueda dar lugar a decisiones en que sea ineludible apreciar una vulneración del fin perseguido por aquéllas, en orden a determinar en quiénes concurren los mejores méritos y capacidad, por ser concluyente el error

técnico padecido por aquéllos, debemos entrar en el examen del caso concreto que aquí enjuiciamos.

Con relación al mismo, mantiene la sentencia apelada que si el tenor literal de las preguntas y respuestas ofrecidas permite una interpretación que razonablemente justifique la contestación, deberá aceptarse como correcta, aunque no sea coincidente con la del Tribunal calificador y que procederá actuar así, sobre todo, cuando la respuesta de éste no coincida plenamente con el texto del precepto legal que se invoca para decidir su corrección, en términos tales que el opositor pueda entender que la no coincidencia es deliberada y está realizada para que sea capaz de descubrirla, a fin de descartar esa concreta respuesta.

Tampoco en estos términos es plenamente aceptable el criterio de la Sala. Como hemos indicado, solamente situaciones extremas y puntuales permiten entrar en la en principio inaccesible discrecionalidad técnica de la Comisión juzgadora, siendo precisamente una de ellas la que acontece en el caso de la pregunta 20, en la que se constata no solamente la no coincidencia, sino una auténtica contradicción entre el texto ofrecido a los participantes en las pruebas y el expresado en el texto legal.

En efecto, preguntados sobre lo que puede hacerse si durante la tramitación del asunto principal en cualquiera de las instancias, se modificasen sustancialmente las circunstancias y condiciones que determinaron la estimación o desestimación de la demanda de justicia gratuita, la demandante optó por la contestación A (la parte privada a quien interesa podrá proponer nuevo incidente), mientras que el Tribunal dio por buena la D (siempre que asegure, a satisfacción del órgano jurisdiccional, el pago de las costas a que sería condenado si prosperase su petición), siendo así que el artículo 28 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se regula el supuesto, refiere el aseguramiento a la eventualidad de que no prospere la pretensión, expresándose con un sentido literal y absolutamente antitético al apreciado como correcto, lo que no tiene otra explicación razonable que el puro y simple error material padecido o bien al transcribir la opción D o bien al ser leída por el Tribunal para fijar su valoración como acertada o errónea, siendo la evidencia de este error material, unido a la coincidencia casi palabra por palabra de la respuesta dada por la opositora con la del artículo de la Ley procesal civil mencionado, la que nos permite aceptar la postura que sobre la misma ha patrocinado la Sala de Murcia, que determina, a su vez, que confirmemos su decisión estimatoria del recurso contencioso-administrativo, por ser suficiente una pregunta más acertada para que se entienda que la recurrente había superado la prueba. Esta aclaración la hacemos, porque la argumentación que desarrolla la sentencia apelada sobre la pregunta 61, aunque llena de razonabilidad, sin embargo se basa en afirmar una opción que más bien conduciría a invalidarla, pues su fundamento parte también de aseverar la existencia de una redacción materialmente errónea y, aceptado este presupuesto, determinar cuál sería una de las posibles respuestas adecuadas, introduciéndose así en el ámbito propio de una discrecionalidad técnica, con diversas posibilidades de decisión, reservadas en exclusiva a la Comisión juzgadora.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 5 junio 1995.*)

6. *Control por los Tribunales de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones y concursos. Límites. Apreciación de salida nula, en lugar de prueba física repetida.*

«La sentencia recurrida desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ahora apelante contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Avila de fecha 27 septiembre 1989, desestimatorio del recurso de alzada promovido por el mismo contra resolución del Tribunal calificador en las pruebas selectivas para la provisión de plaza de Oficial Jefe de la Policía Municipal.

El conflicto jurídico suscitado se sitúa en la práctica del primer ejercicio (prueba física y psíquica) constituido por un conjunto de pruebas, entre ellas la "carrera de velocidad", regida por el siguiente esquema normativo (Anexo IV de la Convocatoria): "Ejecución.—La propia de una carrera de velocidad. Intentos.—Un solo intento. Invalidaciones.—De acuerdo con el Reglamento de las FF.AA."

En el acta de ejecución de esta prueba por parte de don Andrés M. A., a quien finalmente le fue adjudicada la plaza, se hace constar: "al realizar la prueba de la carrera de velocidad, el aspirante don Andrés M. A. efectuó una salida en falso, al resbalar sobre la pista. El Técnico Asesor que dirigía las pruebas, dispuso la repetición de la salida, con la aquiescencia del Tribunal que se encontraba en las pistas".

Frente a la pretensión del recurrente —en el sentido de declarar la nulidad del acto administrativo impugnado, declarar no apto al concursante anteriormente nombrado, por no haber superado la prueba de carrera del primer ejercicio y declarar asimismo el derecho del recurrente a ser nombrado para la plaza objeto de la convocatoria—, desestima el Tribunal sentenciador dicha pretensión fundado, resumidamente, en los siguientes motivos: *a)* la prueba no es una carrera competitiva, pudiéndose celebrar individual o conjuntamente, constituyendo en este último caso un punto de referencia la posición de los demás concursantes en el momento de la realización de la prueba; *b)* "en la actualidad y en multitud de pruebas físicas o deportivas existen salidas nulas, no por ello se considera el inicio de las mismas como un segundo intento".

La valoración crítica de la sentencia cuya revocación se pide la efectúa el apelante desarrollando las tesis siguientes: *a)* no hubo salida nula alguna, sino repetición de la prueba por un concursante, que la superó en un segundo intento; *b)* la prueba de velocidad había que superarla en un intento, quedando eliminado el concursante que en ese único intento no efectuase un tiempo de carrera, razón por la que debió ser eliminado don Andrés M. A.; *c)* la facultad discrecional del Tribunal de la prueba se reduce a decidir lo que se crea más justo ante posibles soluciones igualmente legales, lo que parece claro no es el caso, pues en el supuesto no hay más que una única solución legal.

Ante todo es necesario recordar la doctrina consolidada tradicionalmente mantenida por esta Sala del Tribunal Supremo y corroborada por la jurisprudencia constitucional. Conforme a esta doctrina, "el Tribunal Constitucional, haciendo suya una consolidada doctrina jurisprudencial aplicada por los Tribunales ordinarios, ha tenido ocasión de manifestar que, aunque los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones o concursos, en modo alguno pueden sustituir a éstos en lo que de sus valoraciones tienen de apreciación técnica, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada Tribunal o Comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la conveniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no sólo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque éstos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más..." (STC 353/1993, de 22 noviembre [RTC 1993, 353], F. 3).

En el caso debatido, el núcleo conflictivo radica en la discrepancia entre "salida en falso" anulada, seguida de una segunda salida, con llegada a la meta en el tiempo límite, en que consiste la apreciación de la Comisión juzgadora, frente a la tesis de un primer intento fallido, por cada del concursante, al que siguió un segundo intento con realización de la carrera en el tiempo límite.

A la luz de la doctrina jurisprudencial anteriormente reseñada y de los elementos de conocimiento obrantes en el expediente administrativo y en los autos de instancia creemos que el informe emitido por el Asesor del Tribunal calificador, que constituye el principal soporte dialéctico del apelante, es inseparable del acta de realización de la prueba de la carrera, de 18 de julio de 1989, que aparece suscrita por los siete miembros del Tribunal y de la que cabe destacar dos datos importantes: que el

incidente que afectó al señor M. A. es calificado de "salida en falso" y que fue "el Técnico Asesor que dirigía las pruebas (quien) dispuso la repetición de la salida, con la aquiescencia del Tribunal".

Esta relación fáctica no es desmentida por el informe del Asesor Técnico, en donde se expone, sin mayor concreción, que el citado concursante "cayó en la línea de salida al comenzar la mencionada prueba, dándosele la oportunidad de repetir dicha prueba". Ha de presumirse, pues, que tal "caída" comportaba salida en falso o nula y que la oportunidad que se dice dada para repetir la prueba, si no confirma expresamente que esta oportunidad fue dada a iniciativa del Asesor Técnico, al menos no se hizo con su oposición, pues, en otro caso, debería haberlo manifestado habida cuenta de la trascendencia de una repetición de la prueba, entendida ésta en su sentido estricto, lo que habría supuesto con su connivencia, el quebrantamiento flagrante de la norma rectora del concurso-oposición.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 7 julio 1995.*)

III. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS

1. *Trienios. Artículo 1 L. 70/1978, de 26 de diciembre. No son computables los servicios prestados en empresas nacionales, hoy sociedades estatales mercantiles, pues no son el Estado ni Organismos autónomos, sino del Estado o de sus entes instrumentales con personificación pública. Revisión.*

«El Ayuntamiento de El Puerto de Santa María impugna en revisión (antiguo artículo 102 de la Ley Jurisdiccional), dentro de plazo y cumpliendo los presupuestos procesales, la Sentencia firme dictada, el 7 febrero 1991, por la Sala de Sevilla, que reconoció a don Emilio G. G., funcionario de la Policía Local, los servicios prestados a la "Empresa Nacional Bazán de Construcciones Navales Militares, S. A.", por entender que se halla encuadrada en la Administración Institucional. La tesis opuesta de no reconocimiento de trienios a efectos de la Ley 70/1978 a quienes prestaron servicios a dichas Empresas Nacionales fue sustentada por la Sentencia de la Sala de Madrid de 31 octubre 1989, que como sentencia de contraste y al amparo del motivo del apartado b) del artículo 102 citado esgrime el Ayuntamiento recurrente. La cuestión, pues, se delimita o acota en estos claros y estrictos términos jurídicos por el cauce de este recurso extraordinario.

No hay duda de que se produce la denunciada contradicción. En ambos procesos los recurrentes eran funcionarios de carrera de una Administración pública, y en ambos casos la normativa aplicable era la referida Ley 70/1978, de 26 diciembre, y el complementario Decreto 1461/1982, de 25 junio, en aplicación de aquélla. Se cuestionaba también en ambos recursos si las denominadas Empresas Nacionales ("Empresa Nacional Bazán" en un caso y "Empresa Nacional de Autocamiones, S. A." —ENASA— en otro) son a estos efectos Administración Institucional del artículo 1.º de la Ley 70/1978, siendo divergentes las respuestas jurisdiccionales en uno y otro caso: la ahora impugnada decide en sentido afirmativo y favorable al funcionario reclamante, mientras que la sentencia antecedente lo niega y confirma la denegación efectuada por la Administración estatal. Se hace preciso, pues, pasar al examen de fondo que consiste en determinar la doctrina jurídicamente más ajustada a Derecho y, en cuanto tal, prevalente.

Es claro que el artículo 1.º, apartados 1 y 2, de la mencionada Ley 70/1978 quiso reconocer a los funcionarios públicos de carrera de todas las Administraciones públicas los servicios prestados en otras distintas Administraciones y cualquiera fuese el régimen jurídico en que tales servicios se hubieran prestado (funcionario de empleo, contratado administrativo o laboral), pero siempre que el vínculo funcional

o la relación jurídico-laboral se efectuase al servicio de una esfera de la Administración pública, es decir, de Entes personificados de carácter público a los que pudieran vincularse tanto funcionarios bajo régimen estatutario como bajo régimen de contrato administrativo o laboral. Así quedaban incluidos el Estado, sus Organismos Autónomos (Administración Institucional) y la Administración de la Seguridad Social. Las empresas nacionales, hoy sociedades estatales mercantiles, no son en rigor Organismos Autónomos (el Organismo Autónomo es el Instituto Nacional de Industria —INI—, que las constituye y cuyo capital público las integra), sino entes de naturaleza privada que actúan en el tráfico jurídico equiparados a sujetos privados y regidos por el Derecho civil, mercantil y laboral. No hay personificación pública y no gozan, por tanto, del carácter de Administración pública ni en rigor pueden asimilarse a ninguna de las esferas administrativas a que alude el artículo 1.º de la Ley 70/1978. Así se desprende con claridad tanto del régimen de las empresas nacionales de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 diciembre 1958 (arts. 4, 91, 92 y 93) como del establecido por la Ley General Presupuestaria, en su versión inicial de 1977 y en la vigente, Texto Refundido de 23 septiembre 1988, pues en ambos textos legales las sociedades estatales, y más específicamente, las del apartado a) del artículo 6.1, es decir, las "sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades de derecho público", se hallan regidas *in totum* por el Derecho privado, pues que actúan en el ámbito mercantil o industrial que les es propio como uno más de los sujetos privados, al menos en lo que constituye su núcleo esencial de actuación, según dispone el apartado 2 de dicho artículo 6.º.

Dos notas aduce la sentencia impugnada, como más cualificadoras, para atribuir a la "Empresa Nacional Bazán, S. A.", a los efectos litigiosos, la condición de esfera de la Administración, encuadrándola en la Administración Institucional, a saber: a) el dato de que al ser su capital íntegramente público, el control financiero de la Empresa compete a las Instituciones estatales; y b) que la Ley de Incompatibilidades, Ley 53/1984, de 26 diciembre, en sus artículos 1 y 2.1.h) las menciona explícitamente como incluidas en su ámbito de aplicación. Ninguna de las referidas notas, con ser ciertas, tienen fuerza suasoria para desvirtuar la calificación de sujeto privado que hemos dejado establecida. Por lo que concierne al control de dichas empresas nacionales o sociedades estatales mercantiles, previstos tanto en la Ley General Presupuestaria como en la Ley de Entidades Estatales Autónomas (art. 93.1 para aquellas en que la participación del Estado exceda del 75 por 100 de su capital), ello no implica su encuadramiento en la Administración del Estado ni en sus Organismos autónomos, sino que simplemente dado el capital público en su totalidad (como es el caso de la "Empresa Nacional Bazán") o en participación mayoritaria, el control del gasto público se ejerce por régimen asimilable al público en este caso, o aspecto patrimonial, *pues no son el Estado* ni Organismo Autónomo *sino del Estado* o de sus Entes instrumentales con personificación pública. En lo que atañe al régimen de incompatibilidades, éste es más amplio que el de los servicios previos, pues en aquél lo que se tiene en cuenta no son concretas Administraciones públicas, sino más bien todo el "sector público" para evitar interpretaciones y colisión de intereses con éste, y así el artículo 1.1, párrafo 2.º, de la mencionada Ley de Incompatibilidades previene que "A los solos efectos de esta Ley se considerará actividad en el sector público...", incluyendo no sólo desempeño de puestos conectados con el sector público del Ejecutivo estatal o de los Ejecutivos de las Comunidades Autónomas y demás esferas, sino también por los integrados en Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y por los miembros electivos de las Corporaciones locales, extendiéndose también a los órganos constitucionales. La norma, pues, está presidida por un ámbito no conectado estrictamente a las diversas Administraciones públicas, como es el caso de la Ley 70/1978, sino a todo el sector público sin exclusión alguna, por lo que no son homologables a los efectos de la controversia.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 26 enero 1995.*)

2. *Funcionarios. Derechos adquiridos. Posibilidad de alteración del contenido del estatuto funcional por exigencias del servicio público siempre que se mantenga la retribución global de la función. No puede exigirse que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo del ingreso. Integración en el profesorado de Enseñanza secundaria de los Catedráticos numerarios de bachillerato y alteración de sus funciones. Regularidad.*

«Expuestas de modo sintético y globalizado las líneas de discusión del presente proceso, se impone con carácter previo la observación de que su clave se centra en la pretendida vulneración de los derechos adquiridos de los miembros del extinguido Cuerpo de Catedráticos de Bachillerato, que se estima producida por las disposiciones impugnadas, o, en su caso, por normas con rango de Ley (Disposición Adicional 15.ª de la Ley 30/1984; Ley 23/1988; Disposiciones Adicionales 10.ª y 14.ª de la LOGSE), en la medida en que se entendiera que las reglamentarias recurridas puedan ser derivación necesaria de aquéllas, para cuya hipótesis se solicita el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de dichas Leyes.

Centrándonos en la radicalidad de esa clave, es necesario examinar desde la superior perspectiva de la Constitución, y más en concreto desde la del principio de interdicción de la arbitrariedad, invocado por la recurrente, si existe alguna traba para que por norma con rango de Ley pueda alterarse el contenido concreto de la prestación exigible a los funcionarios, que deba operar como límite, a la hora de organizar los servicios públicos, en este caso el de la enseñanza.

Al respecto, tanto la jurisprudencia constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 [RTC 1987, 99]) como la de este Tribunal Supremo (Sentencias, entre otras, de 29 junio 1991 [RJ 1991, 5084], 5 octubre 1992 [RJ 1992, 7789], citadas por el Abogado del Estado, y de 18 octubre 1993 [RJ 1993, 8622]) ha venido negando la existencia de dicha traba, permitiendo que, por el contrario, siempre que se mantengan la retribución global y la función, puedan alterarse los contenidos del estatuto funcional por exigencias de la organización del servicio público, respetando naturalmente las de rango normativo precisas para la modificación de la normativa precedente.

Es oportuno traer una vez más a colación lo que dice el Fundamento de Derecho 6.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, según el cual:

“El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando [...] porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional (art. 103.3 CE).”

Siendo ello así, aunque en el cambio del sistema educativo introducido por la LOGSE se produjeran alteraciones importantes del contenido funcional del estatuto de los funcionarios docentes (probablemente a salvo los supuestos de irracionalidad ostensible, que no es el caso), en comparación con el que tenían asignado en el marco de la legislación derogada, no habría ningún reproche que oponer a la reforma legal desde el superior prisma constitucional del principio de interdicción de la arbitrariedad, ni podrían oponerse a esa reforma supuestos derechos adquiridos de los funcionarios.

No existe así base para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que la recurrente sugiere, por cierto con harta imprecisión, al referirse a las normas sobre la evolución del Cuerpo de Catedráticos de Bachillerato, si bien el reproche puede entenderse referido a la Disposición Adicional 10.ª de la LOGSE.

No apreciamos que la supresión del Cuerpo de Catedráticos Numerarios de Bachillerato por la LOGSE, y la integración del mismo junto con otros Cuerpos de menor entidad en su jerarquía científica, para constituir el nuevo Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, pueda vulnerar los artículos 9, 14, 23.2, 27 y 103 de la Constitución y la doctrina constitucional contenida en la Sentencia 99/1987 sobre unificación de cuerpos (Fundamento de Derecho VIII de demanda), que, según la alegación de la parte, "exige para ello los requisitos de igualdad de titulación y capacidad profesional de pruebas de selección de contenido equivalente con tribunales de composición similar y de asignación de funciones sustancialmente coincidentes en su contenido profesional y en su nivel técnico".

Sobre el particular se ha de advertir que esa pretendida doctrina general sobre las exigencias constitucionales y criterios materiales mínimos para la posible fusión de Cuerpos brilla por su ausencia en la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, aludida como fuente.

En esta Sentencia —F. 3.d)— se declara la inconstitucionalidad de los artículos 22.2 y 27.2 de la Ley 30/1984 exclusivamente por la vulneración del principio de reserva de Ley en cuanto al estatuto funcional, por las amplísimas facultades remitidas al Gobierno para la fusión de Cuerpos y unificación de éstos, al haberlo hecho sin precisar adecuadamente en la Ley los requisitos precisos para ello. Pretender extraer de esa sentencia una teoría general de requisitos de observación obligada por la Ley a la hora de realizarse en ésta integraciones o fusiones de cuerpo es pura audacia argumental, carente del más mínimo rigor, y como tal rechazable.

En el caso actual es directamente la LOGSE la que lleva a cabo la creación del nuevo Cuerpo e integración en él de otros Cuerpos precedentes, de ahí que nada tenga que ver en orden al cuestionamiento de su validez constitucional la proclamación de inconstitucionalidad de los preceptos de los artículos 22.2 y 27.2 de la Ley 30/1984, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987. Es más, esta misma sentencia aporta argumentos irrefutables en contra de la tesis de la recurrente, como son los referidos a la impugnación, rechazada, de otros preceptos de la Ley 30/1984, los apartados 1 y 2 del artículo 27 y decimoquinto (F. 3.º), y sobre todo los contenidos en el Fundamento Jurídico 4, alusivos a la impugnación de la Disposición Adicional 9.ª, también rechazada, y al matizado juego de la aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad al legislador.

Los términos en los que se regula en la LOGSE la creación del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, y la integración en él de otros precedentes son incluso más precisos y garantizadores para los miembros del anterior Cuerpo de Catedráticos de Bachillerato que los de la Disposición Adicional 15.ª de la Ley 30/1984, objeto de impugnación en el recurso de inconstitucionalidad, en que se dictó la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, por lo que, si en ella se rechazó la declaración de inconstitucionalidad, que entonces se pedía, con razón reforzada debe rechazarse el reproche de inconstitucionalidad, que ahora se opone a una disposición de la LOGSE en cierto sentido paralelizable a la enjuiciada en aquella sentencia.

Como se ha dicho, es la LOGSE directamente la que crea el nuevo Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria (Disposición Adicional 10.ª, apartado 1), integrando en él, entre otros, a los miembros del antiguo Cuerpo de Catedráticos de Bachillerato (Disposición Adicional 10.ª, apartado 4), con atribución a ellos de la condición adquirida de Catedráticos de Enseñanza Secundaria, con la antigüedad que tuvieran en el antiguo Cuerpo y respeto de los derechos económicos que vinieran disfrutando (Disposición Adicional 10.ª, apartado 5), habilitando al Gobierno (Disposición Adicional 10.ª.8) para que determine "la especialidad a los que deban ser adscritos los profesores a que se refiere esta disposición como consecuencia de las integraciones previstas en ella y de las necesidades derivadas de la nueva ordena-

ción académica, que incluirá las áreas y materias que deberán impartir [...] teniendo en cuenta las especialidades de las que los profesores sean titulares”.

La condición de Catedrático en el nuevo sistema de la LOGSE se regula en su Disposición Adicional 16.ª, como una situación cualificada en una especie de escalón superior dentro de los Cuerpos, o grado personal de sus integrantes, según se infiere de lo dispuesto en el apartado 3, que exige como requisito para adquirirla una antigüedad mínima de ocho años en el correspondiente Cuerpo y especialidad y ser seleccionado en las convocatorias que al efecto se realicen, al tiempo que limita al treinta por ciento de los funcionarios del Cuerpo el número de los que pueden adquirirla, y ordena que se valorará a todos los efectos como mérito docente específico.

Por su parte, la Disposición Adicional 9.ª de la LOGSE califica como bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos docentes, entre otras, las normas alusivas a la adquisición de la condición de Catedráticos y la provisión de puestos mediante concursos de traslado de ámbito nacional, al tiempo que ordena (Disposición Adicional 9.ª, apartado 4) a las Administraciones educativas convocar periódicamente concursos de traslado de ámbito nacional para la provisión de plazas vacantes, en las que podrán participar todos los funcionarios públicos docentes, cualquiera que sea la Administración educativa de la que dependan, cuyos concursos incluirán un único baremo de méritos, entre los que, aparte de otros, se deberá tener en cuenta la condición de catedrático, así como la antigüedad en ella.

De la relación entre las Disposiciones Adicionales referidas de la LOGSE resulta que en la nueva ordenación de Cuerpos docentes y en la integración en el nuevo de Profesores de Enseñanza Secundaria de otros Cuerpos precedentes de diferente entidad, entre los que en el marco de la legislación anterior es indudable que debe reconocerse la superior del de Catedráticos Numerarios de Bachillerato, los funcionarios de este extinguido Cuerpo se sitúan en el nuevo desde su inicio en una posición profesional especialmente cualificada, que los coloca por encima de los funcionarios procedentes de los otros Cuerpos integrados, y por supuesto de los que accedan en el futuro al nuevo Cuerpo.

No puede decirse, por tanto, que la fusión de Cuerpos de diferente entidad en el pasado produzca una degradación de los funcionarios del antiguo Cuerpo de Catedráticos Numerarios de Bachillerato en relación con los de los Cuerpos fusionados, en cuanto que la condición adquirida de catedráticos determina una posición jurídica, que en el momento del inicio del nuevo Cuerpo sólo a ellos les es reconocida, y que en el futuro sólo podrá obtenerse por los demás tras superar unas exigencias profesionales de especial rigor.

En otro orden de consideraciones, las áreas de conocimiento, a que se refiere la Disposición Adicional 10.ª.8, están preestablecidas en el artículo 20.2 de la LOGSE; por lo que es claro que existe una regulación suficiente en ésta, para que la habilitación al Gobierno, contenida en esa adicional, pueda considerarse respetuosa con el principio constitucional de reserva material de Ley en cuanto al estatuto de los funcionarios públicos.

Con esos elementos no cabe duda de la constitucionalidad de la LOGSE en el punto que nos ocupa, sea cual sea la repercusión que la misma haya podido producir en el contenido funcional de la relación de los miembros del antiguo Cuerpo de Catedráticos Numerarios de Bachillerato, al convertirse en miembros del nuevo Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria.

Por el contrario, desde esa sólida e incuestionable legalidad, con la legitimidad que la misma le presta, el Real Decreto impugnado no hace sino desarrollar el mandato del legislador en términos de irreprochable adecuación a sus directrices.

El elemento más delicado en el ajuste de los antiguos efectivos funcionariales al marco legal en el que deben desempeñar su función en el nuevo sistema se centra en torno a las especialidades de cada Cuerpo. Al respecto, el artículo 1.º del Real Decreto en relación con el Anexo I define con carácter general las correspondientes al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria; y el artículo 2.º en relación con el

Anexo II regula las adscripciones de los funcionarios de los antiguos Cuerpos, según sus especialidades de origen, a las del nuevo.

Sería en este segundo artículo en el que pudiera localizarse, de haberla, la lesión de la situación precedente, y ello para el caso, negado, de que tal hipotética lesión pudiera ser motivo para impugnar la norma reglamentaria por lesión de los derechos adquiridos. Ocurre, sin embargo, que ninguno de los dos artículos referidos son objeto de impugnación, siéndolo, por el contrario, el artículo 5.º, cuyo objeto es la regulación de la correspondencia especialidades-áreas de conocimiento y materias, que se sitúa ya en el régimen de los cometidos del nuevo Cuerpo, y en un momento lógico posterior al en que se pudiera suscitar el problema del tránsito de las antiguas a las nuevas especialidades.

Resulta forzado que, sin cuestionar los preceptos reglamentarios, en los que se asigna la especialidad en el nuevo Cuerpo en función de las especialidades que se tenían en el antiguo, y situados ya los funcionarios procedentes del antiguo Cuerpo de Catedráticos Numerarios de Bachillerato en las especialidades del nuevo Cuerpo, su especial condición de procedencia pueda ser elemento a tener en cuenta, para cuestionar un precepto que no se refiere a ellos específicamente, sino que, para todos los miembros del nuevo Cuerpo, iniciales y venideros, ordena la correspondencia especialidades-áreas de conocimiento y materias.

Conviene observar que cuando la Disposición Adicional 10.ª.8 de la LOGSE habilita al Gobierno para que determine "las especialidades a las que deban ser adscritos los profesores a que se refiere esta disposición como consecuencia de las integraciones previstas en ella y de las necesidades derivadas de la nueva ordenación académica, que incluirán las áreas y materias que deberán impartir [...] teniendo en cuenta las especialidades de las que los profesores sean titulares", está introduciendo una pauta referencial en la que no puede prescindirse (como parece hacer la recurrente en algunos pasajes de su demanda, que luego analizaremos) de esas "necesidades derivadas de la nueva ordenación académica, que incluirán las áreas y materias que deberán impartir"; y se prescindirá de ella, si se entendiera la norma de habilitación en el sentido de un rígido paralelismo de la asignatura, cuya docencia se impartía en el precedente sistema, cuando la misma idea de asignatura, como clave de ordenación docente, desaparece en el nuevo sistema legal, que en su lugar utiliza las ideas de "currículo" (art. 4.º), áreas de conocimiento (art. 20.1 y 2) y la de "organización en materias" (art. 20.3).

Por el contrario, los eventuales desajustes que puedan producirse, al no corresponder estrictamente la atribución de áreas y materias al nominalismo más restringido de la asignatura de partida, carecen de significación, y no pueden tacharse de arbitrarios, si se parte de la proximidad conceptual de la última con las primeras.

No se aprecia, pues, en el Real Decreto ninguna desviación respecto de su Ley Orgánica habilitante, lo que determina la necesaria desestimación del recurso que lo impugna, si bien debemos abordar previamente el estudio individualizado y más concreto de los diversos fundamentos de la demanda, a los que al principio hicimos mención. » (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 16 mayo 1995.)

3. *Retribuciones. Los complementos de destino, específico y de productividad en ningún caso constituyen un derecho adquirido que haya de subsistir en lo sucesivo con independencia del puesto de trabajo que en cada momento se desempeñe o de la actividad y rendimiento desplegada en el mismo. En el ordenamiento de la función pública el sistema de estructuración cerrado o corporativo fue sustituido, a partir de la Ley 30/84, por el sistema abierto o de puestos de trabajo, con su consiguiente dimensión corporativa. Aunque no puede incluirse entre los derechos adquiridos el mantenimiento de*

una determinada estructura de las retribuciones, sí merece aquella consideración el montante consolidado de las mismas, al que normalmente suele atenderse, en caso de que el nuevo régimen lo disminuya, mediante la técnica de los complementos personales y transitorios, absorbibles por futuros aumentos.

«El objeto del recurso se centra en determinar la conformidad al ordenamiento jurídico de la Sentencia recurrida, dictada con fecha 2 octubre 1991, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid. El proceso deriva de la impugnación indirecta del artículo 2.1, párrafo segundo, del Decreto 209/1988, de 10 noviembre, de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial de la Comunidad de Castilla y León, por el que se suprimió el concepto retributivo complementario que bajo la denominación de "dedicación exclusiva corporativa" venían percibiendo los recurrentes, los cuales consideran que han sufrido un menoscabo en los derechos adquiridos en relación a la percepción de aquel concepto retributivo que no ha sido sustituido por ningún otro, manteniéndose la situación de incompatibilidad que el mismo retribuía.

Decía la Sentencia de esta Sala de 3 julio 1990 (RJ 1990, 5958), recogiendo la evolución legislativa operada sobre el régimen retributivo de los funcionarios, que la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado reguló los derechos económicos de los funcionarios en sus artículos 96 a 100, distinguiendo, de una parte, el sueldo base, pagas extraordinarias y trienios, de otra, los complementos de destino, dedicación especial y familiar, estableciendo que el complemento de destino corresponde a aquellos puestos de trabajo que requieran particular preparación técnica o impliquen especial responsabilidad, y el de dedicación especial a los funcionarios a los que se exija una jornada de trabajo mayor que la normal o se acojan al régimen de dedicación exclusiva al servicio de la Administración. La Ley de Reforma de la Función Pública de 2 agosto 1984, en su artículo 23, que el artículo 1.º.3 enumera entre los que se consideran bases de régimen estatutario de los funcionarios públicos, con las consecuencias que señala el artículo 149, apartado 18, de la Constitución y las Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 julio 1981 (RTC 1981, 32) y 28 junio 1983 (RTC 1983, 56), incluye en dichas retribuciones el complemento de destino correspondiente al nivel del puesto de trabajo que se desempeñe; el complemento específico, destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad; y el complemento de productividad destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo, régimen retributivo que se mantuvo en los artículos 11 y 12 de la Ley 50/1984, de 30 diciembre, que aprobó los Presupuestos Generales del Estado para 1985, siendo posteriormente desarrollado por Orden Ministerial 2 enero 1985, de todo lo cual se deduce que los complementos referidos están en función del nivel del puesto de trabajo que en cada momento se desempeñe, de la dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, peligrosidad o penosidad del mismo y del rendimiento, actividad extraordinaria o interés con que se desempeñe el puesto de trabajo, sin que en ningún caso constituya un derecho adquirido que haya de subsistir en lo sucesivo con independencia del puesto de trabajo que en cada momento se desempeñe o de la actividad y rendimiento desplegado en el mismo.

De acuerdo con lo expuesto, y teniendo en cuenta las facultades discrecionales de las distintas Administraciones públicas para fijar los complementos retributivos, la Comunidad de Castilla y León aprobó el Decreto 209/1988, de 10 noviembre, por el que se desarrolla el régimen retributivo previsto en el Título V de la Ley 7/1985, de 27 diciembre, de ordenación de la función pública de dicha Comunidad Autónoma, cuyo artículo 2.1 al regular el nuevo complemento de productividad por mayor duración de jornada, establece en el párrafo segundo que los funcionarios que ve-

nían percibiendo el concepto retributivo de Dedicación Exclusiva Corporativa, podrán devengar y percibir el Complemento por Mayor Duración de Jornada, si solicitan acogerse a la jornada de cuarenta horas semanales y las realizan, siendo la cuantía de dicho complemento la fijada en el anexo IV de la norma, en función del nivel de destino del puesto de trabajo ocupado, y concluye este párrafo señalando que si no hicieran uso de esta opción, la retribución por Dedicación Exclusiva Corporativa se computará a efectos de determinación de un posible Complemento Personal y Transitorio.

En este sentido, hay que recordar que esta Sala, en Sentencia de 12 marzo 1992 (RJ 1992, 1579), y en sintonía con la evolución legislativa que recogíamos en el precedente Fundamento de Derecho, declaró que en el ordenamiento de la función pública, el sistema de estructuración cerrado o corporativo fue sustituido, a partir de la Ley 30/1984 citada, por el denominado sistema abierto o de puestos de trabajo, con su consiguiente dimensión retributiva, al ir aparejada al puesto de trabajo determinada retribución de carácter complementario, en este caso la que retribuye una especial dedicación.

Por otra parte, en la Sentencia de 12 julio 1991 (RJ 1991, 5662) decíamos que dentro del amplio campo que la noción estatutaria del régimen jurídico de los funcionarios ofrece a los poderes públicos para introducir innovaciones en dicho régimen, sin que frente a las mismas resulte eficaz invocar la intangibilidad característica de los derechos adquiridos, la jurisprudencia, acompañada en su doctrina por una usual práctica normativa, ha delimitado aquel campo al sostener que aunque no puede incluirse entre los derechos adquiridos el mantenimiento de una determinada estructura de las retribuciones, sin embargo sí merece aquella calificación el montante consolidado de las mismas, al que normalmente suele atenderse, en caso de que el nuevo régimen lo disminuya, mediante la técnica de los complementos personales y transitorios, absorbibles por futuros aumentos (Sentencias de 17 febrero y 11 julio 1988 [RJ 1988, 1425 y 5572]).

En el caso examinado, el cuestionado artículo 2.1, párrafo segundo, del Decreto 209/1988 permite a los funcionarios que percibían el concepto retributivo de Dedicación Exclusiva Corporativa optar por el devengo y percepción del Complemento por Mayor Duración de Jornada, siempre que realicen una jornada de cuarenta horas semanales, jornada de trabajo ésta que, como consta en la certificación que como prueba documental expidió la Consejería de Agricultura y Ganadería de la Junta de Castilla y León en fecha 16 de abril de 1991, es la misma que realizan los funcionarios afectados antes y después de la entrada en vigor de referido Decreto 209/1988; indicándose en dicha certificación que éstos no han sufrido reducción de sus retribuciones en la cuantía del complemento que ahora retribuye la mayor duración de jornada.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 29 mayo 1995.*)

4. Complementos. Legalidad del RD 359/1989, sobre devengos militares, en cuanto asigna a los Subtenientes complementos de destino y específico superiores a los de los Tenientes. Jurisprudencia reiterada.

«El objeto del recurso se centra en determinar la conformidad al ordenamiento jurídico de los apartados 2 y 3 del artículo 4.º del Real Decreto 359/1989, de 7 abril, sobre Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas.

El contenido argumental del presente recurso contencioso-administrativo, así como el suplico de la demanda, son sustancialmente coincidentes con otros ya resueltos por esta misma Sala en numerosas sentencias, las primeras de 26 abril 1991 (RJ 1991, 3331) y 29 abril 1991 (RJ 1991, 3345).» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 2 junio 1995.*)

5. *Funcionarios con habilitación de carácter nacional. Barcelona. Impugnación indirecta RD 1174/87, de 18 de diciembre, que establece su régimen jurídico. Posibilidad de delegación en las Secretarías de Distrito por el Secretario General del Ayuntamiento de las funciones de fe pública. Jurisprudencia reiterada. Importación a ésta de la actuación de aquéllos. Artículo 92.3.a) L. 7/85.*

«El proceso en el que ha recaído la sentencia apelada tuvo su origen en la impugnación de la Resolución de la Dirección General de la Función Pública del Ministerio para las Administraciones Públicas, de 16 marzo 1988, por la que se eleva a definitiva la clasificación de los puestos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, en cuanto, por lo que concierne al Ayuntamiento de Barcelona, no figura ninguna de las Secretarías de los diez Distritos de dicha Capital, cuya inclusión postula la recurrente, Secretaría del Distrito Municipal del Ensanche del mencionado Ayuntamiento.

Por Auto de esta Sala de 27 marzo 1991, estimatorio de recurso de queja, se admitió la apelación al amparo del artículo 94.2.b) de la Ley de la Jurisdicción, según redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 abril, habida cuenta de que la demandante, para fundamentar su pretensión de que fueran clasificadas las Secretarías de los Distritos del Ayuntamiento de Barcelona, en especial la del Distrito Municipal del Ensanche, como puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional, había alegado la nulidad de las normas municipales relativas a la organización de dichos Distritos y la del artículo 13.2 del Real Decreto 1174/1987, de 18 septiembre, sobre régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, puesto que sólo la impugnación indirecta de esas normas hacía apelable una sentencia sujeta, en principio, a la regla de única instancia del apartado 1.a) del citado precepto, por referirse a asunto de personal.

En consideración a lo expuesto, el objeto de la presente apelación queda limitado al examen de la legalidad de las disposiciones indirectamente impugnadas, cuestión que debe resolverse en sentido contrario a las pretensiones de la apelante, pues tanto las atribuciones que se conferían por las normas municipales organizatorias propias del Ayuntamiento de Barcelona, como las que habían de desempeñarse al amparo del artículo 13.2 del Real Decreto 1174/1987, debían realizarse por delegación del Secretario General del Ayuntamiento de Barcelona, que es cargo desempeñado por funcionario con habilitación de carácter nacional, de modo que, por los efectos propios de la delegación, las consecuencias jurídicas de la actuación del funcionario que ocupe la Secretaría del Distrito, en lo afectante a la responsabilidad, deberán entenderse producidas como si inmediatamente derivasen de la actuación del delegante, es decir, del Secretario General, según ha declarado esta Sala en Sentencias de 4 diciembre 1990 (RJ 1990, 10124) y 28 septiembre 1994 (RJ 1994, 7347), al conocer de la impugnación directa del mencionado Real Decreto 1174/1987, y en las de 24 noviembre 1992 (RJ 1992, 9184), 25 y 26 febrero 1993 (RJ 1993, 1191) y 15 abril 1994 (RJ 1994, 2825), relativas a la impugnación indirecta del mismo Real Decreto y de las aludidas normas municipales organizatorias, con lo que aparecen respetadas las prescripciones del artículo 92.3.a) de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, que únicamente reserva a los funcionarios con habilitación de carácter nacional la responsabilidad de las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, propias de la Secretaría de la Corporación local, pero sin prohibir la delegación.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 12 junio 1995.)

6. *Secretarios de Administración Local. Posibilidad de delegación de sus funciones en otros funcionarios que carecen de habilitación de carácter nacional. Legalidad RD 1174/1987, que admite la delegación.*

«La demandante en el proceso, que ya en reiteradas ocasiones ha formulado recursos de contenido similar al actual, en las que en gran parte las mismas cuestiones, que una vez más reitera, han sido resueltas en sentido contrario a sus tesis por este Tribunal (Sentencias de 17 julio 1985 [RJ 1985, 3583], de la extinguida Sala 5.ª; de 25 febrero 1995 —Rec. 10502/1990—, de esta Sección; y de 28 septiembre 1994 [RJ 1994, 7347] —Rec. 7468/1992—, de esta Sección), vuelve de nuevo sobre los mismos temas en el presente recurso de apelación contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 11 noviembre 1991, que desestimó su recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra la desestimación tácita del de reposición contra acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona de 15 mayo 1987, por el que se aprobó el Catálogo de Puestos de Trabajo de Funcionarios de la Corporación, en el que, en su criterio, no se incluía, debiendo ser incluido, el puesto de la recurrente, como Secretario del Distrito del Ensanche del Ayuntamiento de Barcelona.

A efectos de concretar el objeto de la cuestión a decidir en este recurso, es conveniente partir de la observación, contenida en el fundamento de derecho segundo de la sentencia apelada, acerca de la desviación procesal operada en la demanda, respecto al escrito de interposición del recurso, en cuanto instrumento definidor del objeto del proceso, con objeto de que, si se comparte tal criterio, como es el caso, pueda marginarse el análisis del contenido desviado. Sobre el particular basta comparar la identificación del objeto del proceso en el escrito de interposición del recurso y el suplico de demanda, para llegar a la conclusión de que la segunda parte del mismo (la alusiva a las declaraciones de nulidad de las normas definidoras de la estructura orgánica de distritos, y la del párrafo 2.º del artículo 13 RD 1174/1987) se desvía del objeto definido en el escrito citado en primer lugar, lo que justifica el razonamiento de la sentencia de instancia en este particular, y lo que justifica igualmente por nuestra parte el que debamos rechazar, sin necesidad de emplear tiempo en su análisis, las alegaciones de la actora en esta apelación, alusivas a la nulidad de las disposiciones y a la falta de pronunciamiento sobre ella de la sentencia apelada.

En todo caso conviene dejar sentado que la legalidad del artículo 13.2 del RD 1174/1987, cuya negación es la base de toda la tesis jurídica de la apelante, insistente negación ya rechazada, como en su momento se dijo, está declarada en la Sentencia de este Tribunal de 4 diciembre 1990 (RJ 1990, 10124), en recurso directo interpuesto contra dicho precepto por la Asociación Sindical de Secretarios, Interventores y Depositarios de la Administración Local, reiterándose esa declaración en la de 25 febrero 1993 (RJ 1993, 1191) en recurso indirecto 10502/1990, interpuesto por la misma actora, y en la de 28 septiembre 1994, recurso 7468/1992 de la misma actora, por lo que es ocioso que una vez más debamos volver sobre la misma cuestión a instancia de la apelante.

Sólo la fecha de la apelación, anterior a las dos últimas sentencias, y por tanto sin conocimiento por la apelante de las mismas (si bien en la fecha de formulación de las alegaciones apelatorias, 22 de diciembre de 1994, no es ya sostenible el desconocimiento, al menos, de las Sentencias de 1990 y 1993, pudiéndose dudar del de la de 1994), libra la insistencia de la actora en el planteamiento, reiteradamente rechazado, del calificativo de temeridad, que la haría acreedora de una expresa condena en costas.

El resto de las alegaciones apelatorias parten de la condición de la apelante como Secretaria del Distrito del Ensanche del Ayuntamiento de Barcelona, condición negada en las Sentencias de este Tribunal de 25 febrero 1993 y 28 septiembre 1994, antes citadas, a cuyos argumentos procede remitirse, dándolos aquí por reiterados, sin necesidad de ocupar nuestro tiempo en dar respuesta a la tenacidad impugnatoria de la demandante, empeñada en reiterar constantemente lo que ya le ha sido rechazado.

Negada su condición de Secretaria del Distrito aludido, carece de viabilidad toda pretensión impugnatoria de la omisión de un puesto inexistente en el catálogo de los del Ayuntamiento, lo que conduce inevitablemente al rechazo de la apelación, al estimar perfectamente ajustados al caso los fundamentos de la sentencia apelada, y no desvirtuados en las alegaciones apelatorias.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 24 junio 1995.*)

7. Grado Personal. Revisión. A efectos de adquisición de grado sólo son computables, según la L. 30/84, los servicios prestados en su Cuerpo o Escala, sin que puedan computarse los servicios en puestos que no son del funcionario, sino de designación política.

«Es objeto de impugnación en el presente recurso extraordinario de revisión, la Sentencia dictada el 21 noviembre 1991 por la Sala de este orden jurisdiccional de Sevilla, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente contra la denegación por la Subsecretaría del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de su petición de revisión del grado personal 24 que le había sido asignado por dicha Subsecretaría como funcionario del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado, solicitándose por aquél que el grado que le correspondía era el 29, impugnación de la citada sentencia que se fundamenta en el motivo de revisión que venía establecido en el apartado *b)* del artículo 102.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 abril, al alegarse por el recurrente que la sentencia impugnada es contradictoria con lo declarado en la Sentencia de 3 marzo 1989 dictada por la Sala de esta jurisdicción de la antigua Audiencia Territorial de Valencia, que ante una pretensión esgrimida igualmente por un funcionario del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado, al que también se le había asignado un grado personal 24 —aquí por la Dirección General de Personal del Ministerio de Educación y Ciencia—, accedió a lo interesado por dicho funcionario de que se le asignara el nivel 28, que era el nivel medio de los puestos desempeñados por aquél, que como primera pretensión había solicitado el reconocimiento del grado 29, lo que no se estimó jurídicamente conforme en la sentencia opuesta como contradictoria.

Resulta, por consiguiente, que las dos sentencias opuestas resuelven en relación con pretensiones similares accionadas por funcionarios del mismo Cuerpo, y tratándose en las mismas, en lo sustancial, iguales preceptos —art. 21.1.d) y número 2 de la Disposición Transitoria Séptima de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública—, llegan, sin embargo, a soluciones divergentes, por cuanto la opuesta como contradictoria —dictada, como hemos dicho, por la Sala de esta jurisdicción de Valencia— llega a la conclusión de que los aproximadamente doce años desempeñados por el allí recurrente como Secretario de la Delegación Provincial del Ministerio de Educación y Ciencia, y también como Delegado Provincial y representante del indicado Ministerio en diversas provincias de la Comunidad Autónoma de Valencia —sin que conste el período de tiempo en cada uno de dichos destinos—, habiendo percibido en los mismos los grados 26, 28 y 29, justificaban la asignación del grado 28 —como nivel medio de los grados de los puestos desempeñados—. Por el contrario, la sentencia ahora impugnada denegó la petición de reconocimiento del grado 29 interesada por el allí y ahora recurrente, con alusión a que el grado personal está en función de la especial preparación técnica que, en razón de la función ejercida, y atendiendo a la valoración específica del puesto de trabajo y en cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley 30/1984 —señalando al efecto los preceptos de dicha Ley anteriormente mencionados—, corresponde a cada funcionario, lo que en la precitada sentencia no se entiende que corresponda al fun-

cionario recurrente para alcanzar el pretendido grado 29, que fundamentó su solicitud de obtención de dicho grado, única y exclusivamente, en el desempeño del cargo de Delegado Provincial en Sevilla del Ministerio de Educación y Ciencia desde el 31 de agosto de 1977 al 25 de noviembre de 1981, que tenía el nivel 29, cargo para el que había sido nombrado por Decreto del Consejo de Ministros.

Concurriendo por lo anteriormente expuesto los requisitos o presupuestos que configuraban el motivo de revisión del apartado *b)* del antiguo artículo 102.1, debemos determinar ahora, por consiguiente, la doctrina prevalente de las dos establecidas en las sentencias opuestas, y aunque pudiera existir alguna duda en cuanto a la exacta identidad de las situaciones de los funcionarios accionantes en los procesos donde se dictaron aquéllas, al no constar el modo en que se designó al funcionario recurrente en la sentencia opuesta como contradictoria, para ocupar los puestos por aquél desempeñados, y a que anteriormente hemos aludido, aunque obviamente el de Delegado Provincial en Alicante del Ministerio de Educación y Ciencia tendría el mismo origen que el del hoy recurrente, no debe ofrecer dudas que la doctrina sentada en la sentencia objeto de este recurso de revisión ha de ser confirmada, toda vez que, como bien se dice en la misma, la Ley 30/1984 establecía unos requisitos para que pudiera prosperar la revisión por un funcionario del grado personal que le hubiere sido asignado por la Administración, entre los que, según el número 2 de la Disposición Transitoria Séptima de dicha Ley, se encuentra el de que el tiempo señalado en el artículo 21.1.d) de la misma para el desempeño durante dos años continuados o durante tres con interrupción de uno o más puestos del nivel que se estima como procedente, debe estar basado en el "de servicios efectivos prestados en su Cuerpo o Escala y en el nivel de los puestos desempeñados", por lo que es necesario, insistimos, que aquel tiempo de dos o tres años sea prestado en el Cuerpo o Escala a que pertenezca el funcionario que solicite la revisión del grado personal asignado por la Administración, sin que pueda computarse a esos efectos los servicios prestados en puestos que no eran de funcionarios, sino de designación política con nombramiento por Decreto del Consejo de Ministros, y que, por ello, no se encontraban dentro del Cuerpo o Escala del funcionario en cuestión. Es evidente que con el desempeño de un puesto o cargo de libre designación, en el que, incluso, puede ser ajena la condición de funcionario del que lo desempeña, y el Cuerpo o Escala a que, en su caso, el mismo pudiera pertenecer, no se consolidan los "servicios efectivos" exigidos en la Ley 30/1984, para adquirir el grado personal a que se refiere el artículo 21 de la misma.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 24 junio 1995.*)

8. *Funcionarios. Negociación colectiva.* «Si bien en principio el derecho de libertad sindical de los trabajadores "strictu sensu" y de los funcionarios en general se somete a un régimen legal unitario, criterio unitario que continúa con el régimen de los respectivos sindicatos de unos y otros, la propia ley, con pleno ajuste a la Constitución (art. 28.1), prevé la posibilidad de un tratamiento diferencial en ciertos aspectos, como tuvo ocasión de resaltar la STC 98/1985, de 29 de julio.» Ni la CE ni la LOLS atribuyen a los sindicatos de funcionarios un derecho de negociación colectiva, ni tan siquiera se lo atribuye propiamente la L. 9/1987, aun en su versión reformada por la L. 7/1990, de 19 de julio, por lo que mal puede imputarse al derecho de libertad sindical el ejercicio de un derecho que ninguna de sus normas rectoras le atribuyen directamente a los Sindicatos en el ámbito de la Administración Pública.

«El presente recurso de casación interpuesto por el Sindicato "Confederación de Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios" (CSI-CSIF), contra la

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 15 julio 1992, que declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, interpuesto por dicho sindicato, por el cauce especial de la Ley 62/1978, contra el Decreto número 27/1992 ("BOCAN" de 23 de marzo de 1992, núm. 38) del Gobierno Autónomo de Canarias, por el que se modificaba la relación de puestos de trabajo de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, que el recurrente estimaba dictado con vulneración del artículo 28.1 de la Constitución española, es idéntico en su temática y fundamentación a otros decididos por esta misma Sala, interpuestos por el mismo Sindicato hoy recurrente contra sentencias del mismo Tribunal, sin más diferencia que la identidad de los Decretos impugnados en los casos precedentes y en el actual, siendo también exactamente coincidente con los de los casos precedentes el escrito de impugnación, por lo que una exigencia de unidad de doctrina obliga a decidir el actual en los mismos términos en que nos hemos pronunciado en los precedentes.

Es así aconsejable que nos limitemos a la transcripción literal de los fundamentos de derecho de las sentencias referidas.

"La sentencia recurrida, tomando base en la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1983 (RTC 1983, 118), parte del dato de la no inclusión del artículo 37.1 de la Constitución en la protección reforzada del artículo 53, razonando a continuación que la negociación colectiva no se encuentra dentro del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, definido en el artículo 2 de la LO 11/1985, aduciendo como refuerzo argumental de la tesis la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1985, de 29 julio (RTC 1985, 98), de la que transcribe la expresión de que 'la negociación colectiva es un medio necesario para el ejercicio de la actividad sindical, pero este hecho cierto no la transforma en uno de los derechos fundamentales y libertades públicas en el sentido y con las consecuencias que da a este concepto la Constitución'."

El escrito de interposición del recurso de casación invoca como motivo del recurso el del núm. 4 del artículo 95 de nuestra Ley Jurisdiccional, pero, en vez de tomar como objeto de crítica la sentencia recurrida, para referir a ella las infracciones que entienda imputables a la sentencia, lo que hace es reproducir casi en su literalidad el escrito de demanda, en el que las infracciones lógicamente están referidas a la disposición administrativa recurrida.

A la postre, la vulneración imputada a la sentencia, es mera consecuencia de no haber apreciado en ella las vulneraciones referidas a la disposición recurrida. No existe, por tanto, precisa relación entre el motivo invocado y eventuales concretas infracciones en la fundamentación de la sentencia, alejándose la formalización del recurso de la que corresponde a uno extraordinario, cual el de casación, hasta el punto de que no se diferencia en realidad tal formalización de la que sería propia de un recurso ordinario de apelación, llegándose a suscitar si formalmente es admisible el recurso. Mas, sin perjuicio de que en relación con una hipotética sentencia de otro contenido, pudieran existir razones justificadoras de un fallo de inadmisión, habida cuenta de que en este caso la sentencia recaída declara la inadmisión del recurso sobre la base de la inadecuación del procedimiento, y que, por adoptar ese enfoque argumental, no se examinó en ella la mayor parte de la fundamentación reproducida en este acto, resulta tolerable la técnica adoptada por el Sindicato recurrente, y aconsejable el sacrificio del estricto rigor formal a un superior principio de tutela judicial.

Tratando de resumir el planteamiento del sindicato recurrente se puede expresar éste en los siguientes términos sintéticos:

A) En primer lugar se parte de la unificación del régimen de los sindicatos de funcionarios y trabajadores, a cuyo objeto se traen a colación:

— El párrafo sexto de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS en adelante).

— Artículo 1.2 LOLS.

B) Se pasa a continuación a exponer el contenido de la libertad sindical, la inclusión en ella del derecho a la negociación colectiva, la especial significación de la mayor representatividad sindical y la definición de los sindicatos que ostentan tal condición, con cita de los artículos 2.1.d), 2.2.d), 6.1, 6.3 y 7.2 de la LOLS, completando esa exposición con la referencia al título V LOLS, artículos 12, 13, 14 y 15.

C) Se pasa de esa normativa sindical genérica a la específicamente referida a los funcionarios públicos, con cita de la Disposición Adicional 2.ª, ap. 2, de la LOLS, como base de la Ley 9/1987, y su modificación por la Ley 7/1990, centrándose en la exposición del preámbulo de ésta y en el Capítulo III de la primera, artículos 30, 31, 32, 34.1 y 2, 35 y 37.2.

D) Al amplísimo exordio expositivo que queda referido, sigue ya un expresado intento de concreción de cómo entiende la parte vulnerado su derecho de libertad sindical, capítulo argumental que no es en realidad sino reiteración, sin la referencia de los artículos, de lo que ya antes se había expuesto, que, en suma, consiste en la vulneración de la libertad sindical por la vulneración del derecho de negociación colectiva integrado en su contenido.

E) Culmina por fin la parte su discurso con una referencia crítica a la sentencia, si bien es destacable una parcial incoherencia argumental del contenido que se anuncia en la "Consideración fáctica y jurídica III" (a ese extremo de imprecisión se llega en la exposición, sin diferenciar cuáles sean unas y otras) pues sólo una breve parte de esa "consideración" III (la contenida en un ap. 1.º) se refiere a la sentencia (el único elemento nuevo del escrito de formalización del recurso en comparación con el de demanda), siendo la restante, y más extensa, una transcripción de la demanda que se dice referida al fondo del asunto, y que tiene por objeto salir al paso de una posible alegación de contrario de que la impugnada modificación de la relación de puestos de trabajo fuera una materia excluida de la obligatoriedad de negociación, en cuanto afectante a las potestades de organización de la Administración. En la parte referida a la sentencia recurrida, tras indicar que no ha entrado en el fondo, y aludir a la cita de la que en aquélla se hace de la STC 98/1985, se aduce que "salta a la vista que la sentencia del Tribunal Constitucional invocada como de aplicación al caso es anterior a la entrada en vigor de la LOLS, por lo que ignora una Ley, que todavía no existía, pues la LO es de 2 de agosto". Dicha apreciación le lleva a resaltar la contundencia expresiva de los términos "en todo caso" del artículo 2.1.d) de la LOLS, como exponente de la esencialidad del derecho de negociación colectiva como contenido de la libertad sindical.

La Administración demandada en su escrito de impugnación destaca el hecho de que el extenso alegato de su contraria no constituye propiamente una censura de la sentencia del Tribunal Superior sino una reproducción de la demanda, lo que, a su juicio, le relevaría de tener que formular una contraargumentación detallada, bastándole, dice, con remitirse a la contestación a la demanda y a expresar su adhesión a la argumentación de la sentencia, si bien "pasa a compendiar las cuestiones a que se contrae el asunto discutido", en los siguientes términos, que por su precisa concreción procede reproducir en su literalidad:

"a) De entre los distintos sistemas de regulación de las relaciones entre la Administración y los funcionarios, la Constitución ha optado por un régimen estatutario y no contractual, como ha proclamado la STC 99/1987, de 11 junio (RTC 1987, 99).

b) Del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no se deriva como consecuencia necesaria en el plano constitucional la negociación colectiva vinculante. Tampoco existe en este ámbito una igualdad de tratamiento sindical entre trabajadores y funcionarios, STC 57/1982, de 27 julio (RTC 1982, 57).

c) Los derechos de participación o negociación que se atribuyan a los funcionarios nacen de su reconocimiento legal como parte del Estatuto Funcionario *ex* artículo 103.3 CE, tal cual se infiere de la Disposición Adicional Segunda, 2, de la LOLS (Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto). No se trata pues propiamente de un desarrollo del artículo 28.1 ó 37 CE.

d) A diferencia de los convenios, expresión de una propia autonomía colectiva, los acuerdos a que se refiere la Ley 9/1987, no tendrán validez ni eficacia más que a través de su asunción por los actos aprobatorios adoptados por las autoridades y órganos competentes. De ahí que la 'negociación' sea *sui generis* y presente notable diferencia funcional con el papel que tiene atribuido en el ámbito laboral privado, pues aquí constituye tan sólo el soporte o presupuesto de una actividad ulterior formalmente unilateral. De ahí que en suma la negociación en el ámbito público sea un modo de participación institucional cuya creación legal tiene asiento en el artículo 129.1 CE (STC 184/1987 [RTC 1987, 184]).

e) Las relaciones de puestos de trabajo son un instrumento de racionalización y ordenación de la función pública, traducción de una potestad de autoorganización propia de la Administración, ajena a la posibilidad de negociación colectiva.

No se puede dar al concepto 'condiciones de trabajo' que utiliza la Ley para enmarcar el fenómeno de participación colaborativa de los funcionarios una interpretación extensiva que lo haga coincidente con el estatuto funcional integralmente entendido.

f) En todo caso, se ha dado un fenómeno participativo en la elaboración del Decreto en cuestión, si bien a través de la Comisión de la Función Pública, en cuyo seno estaba representado el sindicato recurrente."

Tales razonamientos le llevan a concluir que "concorre en el supuesto controvertido la inadmisibilidad del recurso planteado, en tanto en cuanto el cauce elegido regulado en la Ley 62/1978..., se revela inadecuado para acoger cuestiones de relevancia legal y no estrictamente constitucional".

El Ministerio Fiscal, tras hacer una exposición, a modo de antecedentes, de los términos del recurso contencioso-administrativo interpuesto y del contenido de la sentencia, y de razonar que en el caso objeto del proceso no hubo negociación previa, define por su parte cuál es la cuestión jurídica a decidir, que es la de "si con la falta de negociación colectiva, en el sentido del artículo 37.1 de la Constitución, se ha incurrido, con ocasión de la promulgación del Decreto impugnado, en lesión del derecho fundamental de Libertad Sindical del artículo 28.1 de la Constitución", razonando sobre la pertinencia actual del derecho de libertad sindical a los funcionarios públicos, para suscitar como problema fundamental a decidir (alegación 4.ª) el de "si ese derecho conlleva el derecho a la negociación colectiva, dentro, por supuesto, de una específica configuración legal cuando se trate del ejercicio de ese derecho por los funcionarios públicos".

Ello sentado, sostiene que ese problema está resuelto por la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional, afirmando al respecto: "La negociación colectiva se erige en un medio para el ejercicio de la acción sindical que reconocen los artículos 7 y 28.1 de la CE. Por tanto (continúa), negar, obstaculizar o desvirtuar el ejercicio de dicha facultad negociadora por los sindicatos ha de entenderse, no sólo como una práctica vulneradora del artículo 37.1 CE, sino también como una violación del derecho a la libertad sindical (Sentencia Tribunal Constitucional 105/1992, de 1 julio [RTC 1992, 105], F. 5, BJC 135). (En el mismo sentido la Sentencia 208/1993, de 28 junio [RTC 1993, 208], F. 2)".

La argumentación destaca la afirmación precedente de que en este caso concreto "estuvo ausente todo atisbo de negociación", y resalta la trascendencia de la relación de puestos de trabajo, que, se dice, "lleva consigo una repercusión o contenido en materias, como retribuciones y condiciones de trabajo, comprendidas en el artículo 32 de la Ley 9/1987, y el artículo 12 de la Ley 30/1984".

Concluye sus alegaciones el Ministerio Fiscal expresando su posición favorable a

la estimación del recurso de casación, y a que, entrando en el fondo del asunto, se estime el recurso contencioso-administrativo.

Expuestos los términos de la litis, con la extensión precisa para la mejor comprensión del ulterior discurso, debe comenzarse haciendo la observación de que nos hallamos en el marco de un proceso especial de la Ley 62/1978, de *cognitio* limitada a las vulneraciones de los derechos fundamentales, y al que son ajenas las cuestiones de legalidad ordinaria, que es el adecuado punto de partida de la sentencia.

Ahora bien, ello sentado, la decisión sobre si en un determinado conflicto está implicado o no un derecho fundamental, puede exigir un estudio no siempre fácil, que supone de por sí un verdadero enjuiciamiento de fondo, siendo sólo al final del mismo, cuando puede llegarse a la solución correcta. Y si ello es necesariamente así, no resulta lógico que ese juicio complejo se sitúe en el momento procesal de la admisión del procedimiento (momento en sentido lógico, que no cronológico, lo que es compatible con el hecho de que el estudio de la admisibilidad se realice en la sentencia), y no en el del fallo de fondo en el proceso especial.

Aunque no existe inconveniente para que se pronuncie una decisión de inadmisión, incluso en sentencia, cuando es evidente sin más complejos análisis que un determinado conflicto no afecta a un derecho fundamental, tutelable por el cauce especial de la Ley 62/1978, en los casos, como el presente, en el que esa no afectación sólo puede proclamarse tras un verdadero juicio de fondo, la solución correcta no es la de la declaración de la inidoneidad del procedimiento, que ha sido la de la sentencia recurrida, sino la de desestimación de la demanda.

En sentencia reciente, cuya doctrina debe servir de pauta en esta ocasión (Sentencia de 27 mayo 1994 [RJ 1994, 4455]. Recurso de casación núm. 292/1992) y en asunto similar al actual, en el que otro sindicato impugnaba por el mismo cauce especial una disposición de otra Comunidad Autónoma, aduciendo también vulneración de su derecho de libertad sindical por vulneración del artículo 32 de la Ley 9/1987, y en cuyo recurso la sentencia de instancia desestimó la demanda, después de declarar la inadecuación del procedimiento, por entender (como ha entendido la sentencia ahora recurrida), que la vulneración del artículo citado era cuestión de legalidad ordinaria, nuestra sentencia del recurso de casación estimó éste, revocó la sentencia, y ordenó la retroacción de las actuaciones al momento de dictar sentencia, aceptando la idoneidad del proceso especial de la Ley 62/1978, sobre la base de que la sentencia recurrida no había analizado, en realidad, la cuestión objeto del recurso, y que “los problemas afectantes a la aplicabilidad del artículo 32 de esta Ley 9/1987, que marca el ámbito de la materia posible objeto de negociación por los órganos de representación de funcionarios y empleados estatutarios, están lo suficientemente relacionados con el artículo 28.1 de la CE, para que puedan ser objeto de conocimiento por el cauce especial de protección de derechos fundamentales de la Ley 62/1978, elegido por el demandante”. Y si bien acto seguido de las frases que quedan transcritas se añade que “... en definitiva, el precepto cuestionado —art. 32 de la Ley 9/1987— a los efectos ahora contemplados, ha de considerarse integrado en el bloque de legalidad que define los contornos de la libertad sindical de negociación, que forma parte del artículo 28.1 de la Constitución”, lo que pudiera inducir a entender que el sentido de nuestro actual fallo debiera ser no sólo el de admitir la idoneidad del proceso especial, frente al criterio de la sentencia recurrida, sino el de proclamar la existencia de un derecho de negociación colectiva, como contenido de la libertad sindical de los sindicatos de funcionarios, con las consecuencias a extraer de tal afirmación en orden al éxito del recurso contencioso-administrativo, debe significarse que aquellas expresiones reproducidas de nuestra anterior sentencia se explican en el marco del proceso en que se dictó, y desde la perspectiva de la decisión adoptada en ella, que fue la de la retroacción de actuaciones para que el Tribunal *a quo* se pronunciase, sin que, dada la circunstancialidad de ese fallo, puedan extrapolarse a un supuesto diferente, como intento de definición genérica de si en el contenido esencial de la libertad sindical de los sindicatos de funcionarios se integra el derecho de negociación colectiva, que es, cabalmente, la cuestión nuclear

a decidir en este caso. En definitiva en el precedente se trataba más bien de afirmar una posible relación entre el artículo 32 de la Ley 9/1987 y el 28.1 CE, desde la perspectiva de la idoneidad del proceso especial de la Ley 62/1978 para definir esa relación, y de ahí el signo del fallo que se adoptó; pero ello no permite entender que entonces se dejara proclamado ese otro contenido sustantivo, cuya negación razonaremos de inmediato.

Como en el presente caso la sentencia recurrida, coherentemente con su negación de la idoneidad del proceso especial de la Ley 62/1978, ha declarado la inadmisibilidad del recurso, y según acabamos de razonar tal solución de inadmisibilidad no la estimamos correcta, pese a que la sentencia en sí no incurre en el quebrantamiento de forma del núm. 3 del artículo 95 LJCA que en nuestra sentencia anterior de reiterada cita apreciábamos respecto de la sentencia entonces recurrida, no es la solución aplicable la del artículo 102.1.2.º LJCA, que se aplicó allí, sino la del núm. 3.º del propio artículo, debiéndonos adentrar de este modo (una vez proclamada la idoneidad del proceso para encauzar en él el del conflicto sometido a la decisión jurisdiccional), en el enjuiciamiento de fondo conducente a la estimación o desestimación del recurso contencioso-administrativo.

Esto supone de entrada, aceptar el éxito del recurso de casación, revocando la sentencia recurrida, en cuanto declaró la inadmisibilidad de recurso contencioso-administrativo, para, acto seguido, acometer el enjuiciamiento de fondo de este recurso.

La anómala construcción formal del escrito de interposición del recurso de casación, que antes se destacó, explica que en esta ocasión no sea aconsejable una estricta y minuciosa correlación en la respuesta judicial al harto difuso planteamiento de la parte, sino que más bien deba centrarse desde el principio la cuestión esencial, globalizándola, en términos similares a como lo hacen la Administración recurrida y el Ministerio Fiscal, que no es otra que la de si los sindicatos de funcionarios tienen como contenido esencial de su libertad sindical el derecho de negociación colectiva, respondida la cual, y toda vez que aceptamos con el Ministerio Fiscal que no ha habido previa negociación con el sindicato recurrente sobre la relación de puestos de trabajo, establecida en el Decreto recurrido, estaremos en condiciones de estimar o desestimar el recurso.

Hemos de partir del dato de que si bien en principio el derecho de libertad sindical de los trabajadores *stricto sensu* y de los funcionarios en general se somete a un régimen legal unitario, criterio unitario que se continúa en el régimen de los respectivos sindicatos de unos y otros, pues tal fue la opción elegida por el legislador en la Ley Orgánica de Libertad Sindical (Exposición de Motivos, párrafo Sexto y artículo primero.dos), la propia Ley, con pleno ajuste a la Constitución (art. 28.1 CE), que habla de las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, prevé la posibilidad de un tratamiento diferencial en ciertos aspectos, como tuvo ocasión de resaltar la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1985, de 29 julio (F. 1.º).

En cuanto a la significación de esta sentencia en orden a establecer el contenido de la libertad sindical de los funcionarios, o de los sindicatos de funcionarios, se debe rechazar la errónea apreciación de la recurrente, que en su momento quedó relatada, según la cual "salta a la vista que la sentencia del Tribunal Constitucional invocada como de aplicación al caso es anterior a la entrada en vigor de la LOLS, por lo que ignora una Ley que todavía no existía, pues la LO es de 2 de agosto". Evidentemente la parte no tiene en cuenta que precisamente el objeto de esa sentencia constitucional era la propia LOLS, a la sazón en trámite de proyecto de Ley, contra el que se interpuso el recurso previo de inconstitucionalidad entonces posible, y cuya desestimación dio lugar a que el proyecto pasase a convertirse en la actual Ley. Precisamente por ello la doctrina contenida en esta sentencia, lúcidamente aludida en la ahora recurrida, es base esencial para la solución del problema que se somete a nuestra decisión.

Uno de los aspectos diferenciables del tratamiento del régimen del derecho de li-

bertad sindical de los funcionarios es precisamente el de la negociación colectiva, que no se atribuye a los sindicatos de funcionarios en los mismos términos en que se atribuye a los de los trabajadores, siendo al respecto significativo el contenido de los artículos Segundo.2.d) y Sexto.3.b) y c) de la LOLS.

Es apreciable una cierta distorsión argumental del recurrente, cuando, al referirse al artículo Segundo.2.d) citado, atribuye una especial relevancia normativa a los términos “en todo caso”, para deducir de ellos la consideración en abstracto del derecho de negociación colectiva, como parte del contenido esencial de la libertad sindical, y la consecuente atribución de ese derecho y la caracterización como fundamental en el ámbito de la Administración Pública.

Al razonar así, la parte extrae los términos seleccionados (“en todo caso”) de la oración gramatical de la que forman parte, que se refiere al “ejercicio de la actividad sindical en la empresa, o fuera de ella...”, estando suficientemente claro que es el ámbito de las relaciones laborales *stricto sensu* el concernido por ese precepto, y no el de las relaciones funcionariales encuadradas en la Administración pública.

Se aclara definitivamente la cuestión en el artículo Sexto.3.b) y c), cuando, al definir la capacidad representativa de los sindicatos más representativos, se refiere con separación a “la negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores” —apartado b)—, y a la de “participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación” —apartado c)—. No puede así sostenerse la tesis, mantenida en este recurso tanto por la parte recurrente, como por el Ministerio Fiscal, de que de la LOLS se infiera que los sindicatos de funcionarios deban tener como parte del contenido esencial de su derecho fundamental de libertad sindical el de negociación colectiva, pues es lo cierto que ese derecho no les está directamente atribuido en la LOLS, a diferencia de lo que ocurre respecto a la negociación colectiva en el ámbito empresarial, dependiendo de lo que al respecto se establezca en la normativa ulterior.

Con anterioridad a la Sentencia 98/1985, el mismo Tribunal Constitucional, en su Sentencia 57/1982, tuvo oportunidad de examinar la distinta posición de los trabajadores y de los funcionarios en el marco de la Constitución y en orden a la aplicación a unos y otros del artículo 37.1 CE, diciendo al respecto (F. 4.º *in fine*) que “... en la actualidad la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal vinculado a cualquiera de las Administraciones públicas sólo es posible legalmente cuando se trate de personal sometido a Derecho laboral, pero no, en cualquiera de sus modalidades —de carrera o de empleo— o asimilado, por tener una relación funcional sometida a esta última rama del Derecho, donde no está admitido tal sistema por ausencia de aceptación y regulación y por contradecir el régimen legalmente establecido”; y que (F. 5.º) “... aparece una tendencia favorable a propiciar la intervención representativa de los funcionarios públicos en la determinación de la prestación de servicios o de condiciones de empleo como mera participación en el sistema de consulta o información, sin vinculación alguna para los poderes públicos, que no alteran ni podían hacerlo el significado y alcance que tienen la regulación de la función pública y que no suponen una verdadera negociación colectiva para esa función pública estatal o para la función pública local, tal y como está prevista en el artículo 37.1 de la Constitución y regulada en el Título III del Estatuto de los Trabajadores de 10 marzo 1980, como facultad de concertar convenios entre los trabajadores y los empresarios sobre la regulación de condiciones de empleo, con fuerza vinculante de lo acordado en tales instrumentos”.

Esta misma sentencia (F. 9.º) proclama que “del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva, y menos todavía con efectos vinculantes...” y “... tampoco surge el derecho de negociación colectiva de las condiciones de empleo, de la igualdad de tratamiento de los trabajadores y los funcionarios deducida de la Constitución y desde la perspectiva del derecho de sindicación... toda vez que prueba lo contrario el expresivo contenido de los artículos 28.1 y 37.1 de la Constitución y la propia dicción de sus

artículos 35.2 y 103.3, que remiten respectivamente a la Ley para la regulación, por un lado del 'Estatuto de los Trabajadores' y por otro, al 'Estatuto de los Funcionarios Públicos', pues sin duda la carta fundamental parte del hecho de tratarse de situaciones diversas por su contenido, alcance y ámbito diferente de función y actuación, y por eso independiza y diversifica su regulación legislativa, sometiénolas a regulaciones diferenciadoras...".

Complementando esa argumentación del Tribunal Constitucional, debemos observar que el artículo 37.1 CE, título constitucional de la negociación colectiva, refiere ésta a la que se desarrolla "entre los representantes de los trabajadores y empresarios", círculo subjetivo en el que no está incluida la Administración, no existiendo por tanto base constitucional para un derecho de negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública, ni para que en sede constitucional pueda sostenerse de principio la integración de la negociación colectiva en el contenido esencial del derecho de libertad sindical en la Administración Pública.

Que el derecho de negociación colectiva no es en sí un derecho fundamental, lo afirma la Sentencia 98/1985 (reproducida en este punto por la recurrida) cuando dice que su significación desde el punto de vista de la libertad sindical "no transforma la negociación colectiva en uno de los derechos fundamentales y libertades públicas, en el sentido y con las consecuencias que da a este concepto la Constitución, y tanto la Sala Primera (continúa la sentencia) como la Segunda de este Tribunal, se han pronunciado con claridad al respecto, entre otras, en las Sentencias núms. 118/1983, de 13 diciembre (Boletín Oficial del Estado de 11 de enero) y 45/1986, de 27 marzo (RTC 1986, 45) (Boletín Oficial del Estado de 25 de abril)".

Al propio tiempo, se ha de observar que, según consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la posible consideración de ese derecho como contenido esencial de la libertad sindical, que es la base para su tutela en el proceso de amparo constitucional, depende de que se ejercite por un sindicato, que tenga establecido tal derecho como medio de acción, o por un sujeto distinto, como los que integran los órganos de representación legal de los trabajadores, de creación legal; pero cuya existencia no deriva del artículo 28.1 CE (por todas la STC 118/1983, F. 4.º).

La lectura comparada de los apartados *b)* y *c)* del artículo Sexto de la LOLS evidencia que en el apartado *c)*, y a diferencia del *b)*, no se atribuye de modo inequívoco un derecho de negociación colectiva, sino un simple derecho de participar como interlocutores a través de procedimientos que no determina, lo que demuestra que es en definitiva una pura opción legal la que queda abierta, y que será la ley ordinaria la que con plena libertad determinará las facultades del sindicato.

En este caso lo importante es considerar que ni la CE, ni la LOLS atribuyen a los sindicatos un derecho de negociación colectiva, según hemos visto, ni tan siquiera, según veremos de inmediato, se lo atribuye propiamente la Ley 9/1987, aun en su versión reformada por la Ley 7/1990, de 19 julio; por lo que mal puede imputarse al derecho de libertad sindical el ejercicio de un derecho, que ninguna de sus normas rectoras le atribuyen directamente a los Sindicatos en el ámbito de la Administración Pública.

El que no exista en sede constitucional, ni en el bloque de la constitucionalidad, un derecho de negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública, no impide que en un plano de mera legalidad pueda existir, y eso es precisamente lo que ocurre en las dos últimas leyes citadas, la 9/1987, de 12 junio, reformada por la 7/1990, de 19 julio. Ello conduce a la consecuencia, correctamente expresada en la sentencia recurrida, de que lo concerniente a la dinámica del ejercicio de ese derecho, o a las vulneraciones del mismo, no es problema afectante al derecho fundamental de libertad sindical, sino materia de pura legalidad ordinaria, de donde no puede existir vulneración de ese derecho fundamental por las hipotéticas infracciones de la normativa rectora del de negociación colectiva en la Administración Pública.

Es fundamental observar que el derecho de negociación colectiva regulado en la ley de última cita se deposita en órganos estables de creación legal, como son las Mesas de negociación, sin que por tanto se atribuya de modo directo a los sindica-

tos. Estos carecen de una legitimación propia para la negociación, siendo sólo la Mesa correspondiente la que puede reclamar ésta, o la que, en su caso, puede reclamar si se omite. La posición de los sindicatos debe limitarse a reclamar su participación en ese órgano, pero las eventualidades de la negociación o de la no negociación se sitúan en el plano de la actuación de ese órgano de creación legal, y no propiamente en el contenido esencial de la libertad sindical.

No cabría por ello entender aquí que la distinción de la doctrina del Tribunal Constitucional entre el contenido mínimo del derecho de libertad sindical de los sindicatos, definido en las normas constitucionales, y su contenido adicional, como ampliación de aquél por vía infraconstitucional, de Ley o incluso de Convenio Colectivo, mediante una política de apoyo al Sindicato (SSTC 39/1986 [RTC 1986, 39], 106/1987 [RTC 1987, 106], 184/1987 [RTC 1987, 184], 9/1988 [RTC 1988, 9], 127/1989 [RTC 1989, 127], 75/1992 [RTC 1992, 75] y 164/1993 [RTC 1993, 164]), y la consecuente ulterior integración y tratamiento del contenido adicional como propio del derecho de libertad sindical, tutelable procesalmente por los mismos medios de defensa de ese derecho, sea aplicable a este caso. De serlo, pudiera entenderse que, dado que es un sindicato el que está accionando, y puesto que, aunque ni la Constitución, ni la LOLS le conceden un derecho de negociación colectiva, ese derecho se establece en la Ley 7/1990, de reforma de la Ley 9/1987, el sindicato afectado podría defender su derecho, como contenido adicional del de libertad sindical, y reaccionar frente a las violaciones del mismo, por el medio procesal especial de la Ley 62/1978, que es lo que el recurrente pretende en este proceso.

Tal planteamiento no es sin embargo correcto, pues, según se ha indicado, las citadas leyes no atribuyen directamente el derecho de negociación a los sindicatos, sino que más bien ese derecho se deposita en unos órganos institucionales estables: las Mesas de negociación (y no en una comisión negociadora, *ad hoc*, a diferencia de lo que ocurre en la negociación colectiva laboral), que son propiamente los que ostentan la titularidad del mismo.

Negada así la existencia de un derecho de negociación colectiva del sindicato accionante, integrable en el derecho fundamental de libertad sindical, que es el derecho cuya tutela se reclama en este proceso especial, es visto que la lesión alegada por el recurrente y, en su caso, tutelable en él, no se ha producido, lo que conduce a la desestimación del recurso contencioso-administrativo, sin que podamos entrar en las demás cuestiones de legalidad ordinaria planteadas por el recurrente, y cuestionadas en el proceso, acerca de si las relaciones de puestos de trabajo son, o no, materia que pueda ser objeto de negociación colectiva, porque se trata de cuestiones situadas fuera del objeto posible de este proceso especial de la Ley 62/1978.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 30 junio 1995.*)

9. Promoción interna. Aunque la ley estatal establece la exención de pruebas encaminadas a acreditar conocimientos ya exigidos en el Cuerpo o Escala, no existe derecho a tal exención en el ámbito autonómico cuando la ley de la Comunidad de que se trate no reconoce tal derecho.

«Sobre la cuestión referida, de acuerdo con el voto particular, es preciso señalar la diferente regulación que la promoción interna tiene en la Ley estatal y en la canaria, pues la primera establece la exención de las pruebas encaminadas a acreditar conocimientos ya exigidos para el ingreso en el Cuerpo o Escala de origen y la Ley canaria las pruebas que han de superarse, para lo que no tiene en cuenta las materias ya superadas al ingresar en el Cuerpo o Escala de origen sino las que son propias de la especialidad del Cuerpo o Escala al que se pretende acceder, que es también una solución razonable que tiene en cuenta la especial importancia que una o

determinadas materias pueden tener para el ejercicio de la función a la que se pretende acceder o que concede distinto valor a las pruebas prácticas o teóricas, siendo la Administración la que, a falta de fijación en las normas legales, debe decidir, sin perjuicio de su revisión jurisdiccional, las materias que por ser propias de la especialidad han de ser superadas en todo caso, como lo son en este caso el Derecho Constitucional, Derecho Comunitario y Derecho de Canarias para el desempeño de las funciones que son propias de los Letrados de la Comunidad Autónoma, ajustándose por tanto a la Ley de la Función Pública de Canarias la exigencia de conocimientos prácticos y teóricos referidos a dichas materias, lo que determina la procedencia de estimar el recurso, revocar la sentencia recurrida y en su lugar desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el señor A. V. contra la Orden de la Consejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias de fecha 9 noviembre 1989, que convocó pruebas selectivas para cubrir seis plazas de Letrados de la Comunidad Autónoma de Canarias.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 30 junio 1995.*)

10. *Derecho a la inamovilidad. No tiene carácter absoluto. En ningún modo puede conducir a una patrimonialización del puesto de trabajo y consiguiente petrificación de la estructura organizativa en pugna con el principio general de eficacia que campea en la propia Constitución al definir el marco constitucional de la Administración Pública (art. 106.1 CE).*

«Insisten los recurrentes en que la referida normativa supone un ataque a la inamovilidad de los funcionarios afectados reconocida en la legislación vigente. Ahora bien, el derecho a la inamovilidad no tiene el carácter absoluto que esta tesis le atribuye. Supone, eso sí, que el funcionario no puede ser removido del puesto que ocupa sino por las causas y con arreglo al procedimiento que la ley establece y que la reestructuración o supresión de dicho puesto está igualmente sujeta a los condicionamientos de tipo legal respecto a la elaboración y alteración de las relaciones de puestos de trabajo. Pero de ningún modo puede conducir a una patrimonialización del puesto de trabajo y consiguiente petrificación de la estructura administrativa, en pugna con el principio general de eficacia que campea en la propia Constitución al definir el marco institucional de la Administración Pública (art. 106.1 de la Constitución Española).

Reafirmandonos, pues, en lo dicho en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 10 noviembre 1994, declaramos que "el que esa disposición adicional autorice al Ministerio de Justicia a suprimir esos puestos de trabajo o a transformarlos en puestos de trabajo de médico forense no adscrito exclusivamente al Registro Civil, responde a la potestad administrativa de autoorganización de los servicios que, en modo alguno, implica (...) un ataque a la inamovilidad del funcionario en su puesto de trabajo".» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 14 julio 1995.*)

11. *Funcionarios locales. Permisos y licencias. Derechos y obligaciones. Se establecen por la Ley autonómica o, subsidiariamente, por la estatal. No cabe, por analogía con el sistema de relaciones laborales, considerarlos como una «plataforma de mínimos». Carácter estatutario.*

«La Abogacía del Estado opone como único motivo de casación, al amparo del artículo 95.1.4.º de la Ley de esta Jurisdicción la infracción del artículo 142 del Texto

Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, en relación con los artículos 32, 34 y 35 de la Ley 9/1987, en la redacción de la Ley 7/1990, y artículo 149.1.18 de la Constitución; ya que el acuerdo del Ayuntamiento de Consuegra, aprobatorio del Acuerdo Marco para el personal funcionario de dicho Municipio, en sus artículos 25 y 38, cuya validez se mantiene por la sentencia impugnada, y que son los extremos de la misma contra los que se dirige esta casación, establecen licencias y permisos retribuidos no contemplados en la legislación estatal o con duración superior, cuando según los preceptos citados, no pueden ser objeto de negociación las materias reservadas constitucionalmente a la Ley, o regulados por Ley, tanto del Estado como de la Comunidad Autónoma. Sin que, en contra de lo que se dice en la sentencia impugnada sea aplicable a esta materia la teoría laboral de las normas más favorables, dado el carácter legal y estatutario de la relación de servicio y el principio de irrenunciabilidad de la competencia y de las potestades públicas.

El recurso debe prosperar al ser de aplicación al oponerse las consideraciones y el fallo de la sentencia impugnada a la doctrina legal sentada en la Sentencia de este Tribunal Supremo, de 18 noviembre 1994, que recoge la mantenida en las anteriores de 5 mayo 1994 (RJ 1994, 4315) y 22 octubre 1993 (RJ 1993, 7544), en las que en concordancia con la fundamentación esgrimida por el recurrente, viene a afirmarse que el régimen de permiso de los funcionarios no está atribuido a la autonomía contractual del Ayuntamiento, sino establecido por la legislación autonómica —que en este caso no existe—, o supletoriamente por la Ley Estatal —aquí arts. 68 a 75 de la Ley de la Función Pública, Texto Articulado D. 7 febrero 1964—, careciendo así la Corporación municipal de competencia para acordarlo con los representantes sindicales de los funcionarios. A lo que ha de añadirse que las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario de los funcionarios emanado de la legislación del Estado o, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, no permiten que, por analogía con el sistema de relaciones laborales tal bloque sea identificable como “plataforma de mínimos”, sobre la que puedan actuar una constelación diferenciada de plataformas negociadoras, pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la Ley está permitido y puede ser objeto de regulación a criterio de la Mesa negociadora, refrendado por la Corporación Municipal.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 30 octubre 1995.*)

IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Régimen disciplinario. Administración local. La normativa aplicable es la específica de la LBRL de 1977, no el Reglamento disciplinario de funcionarios de la Administración del Estado, aunque sea posterior a aquella y más favorable para el interesado.*

•El Ayuntamiento de Cocentaina (Alicante) recurre en casación la Sentencia de fecha 6 julio 1992, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en la que se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un guardia municipal, de plantilla, del referido Ayuntamiento, contra resolución del Pleno de este último, en la que se acordó imponer a dicho funcionario, tras haberse seguido el oportuno expediente disciplinario, la sanción de separación de servicio, por comisión de la falta muy grave de haber incurrido en “... conducta constitutiva de delito doloso”, al haber sido condenado el referido guardia municipal en Sentencia firme de fecha 16 octubre 1987, de la Audiencia Provincial de Alicante, por un delito de tenencia ilícita de armas, por hechos ocurridos en 1984.

La sentencia recurrida estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo, al degradarse la calificación de falta muy grave a la calificación de grave, y rebajarse la sanción impuesta de separación de servicio a la de suspensión de funciones por tiempo de dieciocho meses. Todo ello por entender la Sala de Instancia que la normativa aplicable al caso de autos es el Real Decreto 33/1986, de 10 enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, al ser esta norma, posterior a la comisión de los hechos, más favorable, por haber desaparecido de la relación de conductas constitutivas de faltas muy graves, contenida en el artículo 6.º de dicho Real Decreto "las conductas constitutivas de delitos dolosos...", que pasaron a integrarse en la relación de faltas graves contenida en el artículo 7.º del precitado Real Decreto, en cuyo artículo, apartado c), subsume la Sala de instancia la conducta del sancionado.

Aunque en el recurso que interpone la Corporación Municipal, no se hace expresa mención al apartado del artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que amparan los motivos del mismo, no existe duda sobre que los motivos de dicho recurso se desarrollan al amparo del número 4 de dicho precepto —"infracción de normas del ordenamiento jurídico"— pues en tales motivos lo que se denuncia es que la sentencia infringe normas del ordenamiento jurídico, al haber aplicado indebidamente el Real Decreto 33/1986, de 10 enero, por el que se aprueba el Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado, y haber dejado de aplicar la normativa que, a juicio de la Corporación recurrente, es la aplicable, constituida por el Real Decreto Legislativo 3046/1977, de 6 octubre, por el que se aprobó el Texto Articulado Parcial de la Ley de Bases del Régimen Local y la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de las Policías de las Comunidades Autónomas y de las Policías Locales.

Y tales motivos deben ser estimados porque tratándose, en el caso de autos, de un guardia municipal, de plantilla, la normativa que era de aplicación, al tiempo de ocurrir los hechos (año 1984) era el Real Decreto Legislativo 3046/1977, de 6 octubre, en cuyo artículo 52.b), se tipifica como falta muy grave "... cualquier conducta constitutiva de delito doloso", y cuya infracción es susceptible de ser sancionada con "separación definitiva del servicio", según el artículo 54.5 de dicha Norma, conducta aquella que continuó con la misma calificación de falta muy grave en el artículo 27.3.b) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, susceptible de ser sancionada con separación de servicio, según el artículo 28.1.1.1.a) de dicha Ley, y que era la normativa que regía en la fecha en la que se declaró la firmeza de la sentencia que condenó al sancionado por delito doloso y en la fecha en que el Pleno del Ayuntamiento recurrente acordó sancionar con separación de servicio al guardia municipal recurrido.

Ante esa normativa, de específica aplicación al guardia municipal sancionado, es evidente que la sentencia recurrida aplicó indebidamente el Real Decreto 33/1986, de 10 enero, por el que se aprobó el Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, pues aunque éste, haya hecho desaparecer de la relación de faltas muy graves las conductas constitutivas de delitos dolosos —art. 6.º—, para configurarlas como faltas graves —art. 7.º—, tal norma, aunque más favorable, no es de aplicación al caso de autos, por cuanto el ámbito de aplicación de dicho Real Decreto, está determinado en el artículo 1.º del mismo, que lo extiende a los funcionarios comprendidos en el artículo 1.1 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, entre las que no figuran los funcionarios de la Administración Local, que se rigen por su normativa específica.

Frente a esto no pueden prevalecer las alegaciones vertidas por el recurrido en su escrito de oposición al recurso, en las que, de un lado, sostiene la inaplicabilidad del Real Decreto Legislativo 3046/1977, por entender que las faltas previstas en él, quedaron sin vigencia una vez promulgada la Constitución en 1978, por no ajustarse las mismas a la exigencia de la reserva de ley, del artículo 25.1 de la Constitución Española, alegación ésta de todo punto rechazable, porque, precisamente, por tra-

tarse de norma preconstitucional, no está sujeta la misma a la exigencia del artículo 25.1 de la Constitución Española, como con reiteración tiene declarado el Tribunal Constitucional, en supuestos similares de normas sancionadoras preconstitucionales. Por otro lado la oposición al recurso se funda en no ser aplicable la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, a unos hechos ocurridos en 1984, porque ello comportaría la aplicación retroactiva de norma más perjudicial, alegación ésta que también merece ser rechazada porque tanto en el Real Decreto Legislativo 3046/1977 —aplicable en el momento de ocurrir los hechos (1984)— como en la Ley 2/1986 —vigente en el momento de dictarse la Sentencia penal (1987)— la “conducta constitutiva de delito doloso”, tiene idéntica calificación (falta muy grave), y es acreedora de igual sanción (separación de servicio).

El resto de las alegaciones de la parte recurrida, más que razones de oposición al recurso, son de oposición al acto recurrido, lo que no se conjuga con la técnica casacional. Y así vuelve el recurrido a plantear la cuestión de la que la resolución administrativa sancionadora infringe el principio del *non bis in idem*, por haber sido objeto el sancionado de doble sanción (pena y sanción administrativa), por unos mismos hechos, infracción que obviamente no se da, pues aquel principio supone que no recaiga duplicidad de sanciones (administrativa y penal) en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, *sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración* —relación de funcionarios, servicio público, concesionario, etc.— que justifique el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y, a su vez, la potestad sancionadora de la Administración; y en el caso de autos concurre, precisamente, aquella relación de supremacía especial, por ser el sancionado funcionario de la Administración Local (guardia municipal de plantilla).

Por último, también plantea el recurrido otra cuestión, que más que de oposición al recurso, es de oposición al acto recurrido: la falta de proporcionalidad de la sanción, al haberse impuesto la mayor de las posibles; alegación ésta que tampoco resulta atendible, si se tiene en cuenta que en la propia resolución administrativa sancionadora se valoraron, para justificar la sanción de separación, circunstancias tales como haber sido ya objeto de sanciones anteriores el funcionario sancionado.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 18 septiembre 1995.*)

2. *La pena de inhabilitación absoluta no se contrae al tiempo de duración de la condena, sino que priva de la condición de funcionario con carácter definitivo.*

«El Abogado del Estado en el escrito de oposición al recurso alega, en primer lugar, la inadmisibilidad del mismo, por entender que nos encontramos ante una cuestión de personal, en la que lo que pretende el recurrente es “recuperar” su condición de funcionario, perdida como consecuencia de la condena a pena de inhabilitación absoluta, lo que sitúa el debate en una cuestión que no afecta estrictamente a la extinción de la relación de servicios.

Tal alegación no puede prosperar porque siendo uno de los antecedentes tenidos en cuenta en la desestimación del recurso de reposición, la Resolución que en fecha 13 septiembre 1993, había dictado el Presidente de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, acordando, en base a lo dispuesto en el artículo 37.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, la pérdida de la condición de funcionario del recurrente, el debate está centrado, precisamente, en si la condena a pena de inhabilitación absoluta lleva o no a la pérdida automática de la condición de funcionario, siendo por tanto el objeto del debate una cuestión de personal perfectamente susceptible en la contraexcepción prevista en el artículo 93.2.a) de la LJCA.

También alega el Abogado del Estado la inadmisibilidad del recurso, por la deficiente formulación de cada uno de los motivos desarrollados en el mismo; pero aun-

que, efectivamente, el recurso no es precisamente un modelo de construcción casacional, como después veremos, tampoco hay base suficiente como para inadmitir cada uno de los tres motivos desarrollados por razones estrictamente formales.

En el recurso se desarrollan tres motivos, todos ellos amparados en el artículo 95.1.4 de la LJCA.

En el primero de ellos denuncia infracción de “normas legales y jurisprudencia sobre lo dispuesto en el Código Penal sobre imposición y cumplimiento de penas; disposiciones reguladoras del régimen disciplinario de los funcionarios públicos; normas reguladoras de la concesión y efectos de indultos; sobre retroactividad de la norma más favorable y sobre el principio de *non bis in idem*” (sic).

No cita el recurrente, a continuación de ese enunciado, con precisión, las normas de Ordenamiento Jurídico o jurisprudencia que, a su juicio, la sentencia haya infringido. Por el contrario, transcribe literalmente, a continuación de aquel enunciado, los hechos que alegó en la demanda jurisdiccional, para después ir haciendo unos prolijos comentarios sobre diversos preceptos del ordenamiento jurídico, refiriéndolos a su vez, a alguno de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia.

Y así, en relación con el Fundamento Jurídico tercero de la sentencia, discrepa el recurrente de la interpretación que la sentencia hace del artículo 35 del CP, precepto éste que el recurrente relaciona con el artículo 75.3, del mismo Código, para llegar a la conclusión de que la pena de inhabilitación absoluta no priva definitivamente de la condición de funcionario, sino que esa privación ha de entender con carácter temporal, y durante el tiempo de duración de la condena.

Tal interpretación que postula el recurrente no puede prosperar. El artículo 35 del CP al fijar cuáles son los efectos de la pena de inhabilitación es claro y preciso. En el número 1 de dicho artículo se señala como efecto “la privación de todos los empleos y cargos públicos que tuviere el penado, aunque fueren electivos”, privación ésta que es de carácter definitivo, al no establecerse en dicho apartado límite temporal alguno. Los límites temporales al “tiempo de duración de la condena”, los refiere el precepto sólo a los otros dos efectos que se fijan en el artículo 35 del CP: privación del derecho a elegir y ser elegido para cargo público (núm. 2) e incapacidad para obtener los honores, cargos y derechos mencionados en el número 1.º (núm. 3). Por otro lado, en contra del parecer del recurrente, el artículo 75.3 del CP ningún significado relevante tiene a estos efectos, pues se limita a fijar el término máximo de la pena de inhabilitación absoluta.

En relación con el Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia, considera el recurrente indebidamente aplicado el artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado —Texto Articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 febrero— en el que se establece que la condición de funcionario se pierde por “pena principal o accesoria e inhabilitación absoluta o especial para cargo público” por entender que es de aplicación el artículo 50.4 de la misma Ley, en el que se establece que “la imposición de la pena de inhabilitación... absoluta para el ejercicio de las funciones públicas... si fuera de carácter perpetuo determinará la baja definitiva del funcionario en el servicio sin otra reserva de derechos que los consolidados a efectos pasivos”, argumentando en defensa de la aplicación de este precepto que al no existir penas a perpetuidad actualmente y haberse condenado a pena de inhabilitación absoluta “durante el tiempo de la condena”, cumplida la pena privativa de libertad tiene derecho a incorporarse al servicio activo, como funcionario.

Tampoco esa motivación puede prosperar, pues como ya tiene dicho esta Sala —entre otras en Sentencia de 14 febrero 1992 (RJ 1992, 948)— de los dos preceptos conjugados por el recurrente, resulta de aplicación el artículo 37.1.d), por ser el específico, al estar comprendido sistemáticamente en el C. III, del T. III de la Ley que regula la “Adquisición y Pérdida de la condición de funcionario”, precepto aquél que determina de modo expreso y concluyente las causas que dan lugar a la pérdida de tal condición sin distinción ni matización alguna. En cambio el artículo 50.4 está incluido en el C. IV del mismo Título, que regula las “situaciones” en que se pueden encontrar los funcionarios, aludiendo el número 4 de dicho artículo a una situación

de suspensión motivada por una pena de inhabilitación "con carácter perpetuo", carácter éste de la pena abolido desde hace tiempo en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Argumenta a continuación el recurrente sobre el principio de *retroactividad de norma más favorable*, destacando que cuando se produjeron los hechos castigados en la sentencia penal, estaba en vigor el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos aprobado por Decreto 2088/1969, de 16 agosto, en cuyo artículo 6.b) se calificaban las conductas constitutivas de delitos dolosos como falta muy grave, mientras que en el nuevo Reglamento Disciplinario aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 enero, tales conductas merecen la calificación de falta grave, según su artículo 7.1.c), y que siendo la sanción de separación del servicio, sólo aplicable a las faltas muy graves, según el artículo 15, al recurrente, debió aplicársele sólo la sanción de suspensión, conforme al artículo 16.

Tal argumentación no merece acogida favorable, en razón a que no estamos aquí ante un expediente disciplinario, sino ante la aplicación de una causa de pérdida de la condición de funcionario que tiene lugar en el marco de una situación jurídica objetiva y legalmente contemplada, que opera en función de unos intereses específicos, ajenos a los fines de la pena y de la sanción, y cuyo fundamento hemos de encontrarlo en un prolongado paréntesis de inactividad en el desempeño de la función pública, que el legislador la considera suficiente para justificar la ruptura del vínculo funcional. Y por estas mismas razones tampoco es posible acoger la denuncia que, más adelante, hace el recurrente, en el mismo motivo, sobre infracción del principio de *non bis in idem*. Esto es, al no encontrarnos ante una sanción disciplinaria, no cabe apreciar infracción de tal principio.

Por último, denuncia el recurrente en el mismo motivo, la indebida aplicación del artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles de 1964, en razón al indulto que le fue otorgado. Pero tal razonamiento está condenado al fracaso, a la vista del tenor literal del RD 1599/1990, de 7 diciembre (BOE de 14 de diciembre), por el que se concedió el indulto al recurrente. En dicho Real Decreto se conmuta al recurrente la pena privativa de libertad que le fue impuesta por la inferior de 6 años de prisión menor, sin que en dicho Real Decreto se aluda a la pena de inhabilitación absoluta, que ha de entenderse por tanto exceptuada del indulto, a tenor de lo que prevé el artículo 6 de la Ley 18 junio 1870, reguladora de la concesión de indultos, que exceptúa de éstos las de inhabilitación para cargos públicos.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 25 octubre 1995.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

