

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## B) PERSONAL

**SUMARIO:** I. CONCEPTO: Ministros. Naturaleza jurídica: Son empleados públicos, pero no funcionarios públicos. Por ello, una Sentencia que declara que la pensión que por tal concepto se les reconoce no está sujeta a la limitación de pensiones no afecta a cuestión de personal y es susceptible de recurso de casación.—II. SELECCIÓN: 1. Jefatura de Sección de Inmunología. Improcedente exclusión de una Doctora en Farmacia, pese a que ni en las bases ni en la legislación aplicable estaba previsto que estos titulados pudieran acceder a la especialidad de inmunología, dado que la Administración, reiteradamente, le había asignado funciones que implicaban tal especialización. 2. Eliminación de concursantes en base a criterios del Tribunal que no se ajustan a las bases. Anulación de la resolución de declararse desierta la plaza, sin que quepa acceder a la pretensión de que el recurrente sea nombrado para la plaza objeto del concurso «por no ser el órgano jurisdiccional el competente para sustituir con su criterio la discrecionalidad técnica del órgano administrativo encargado de la selección». Retroacción de actuaciones. 3. Ingreso en la función pública docente al amparo de la DT 5.ª LOGSE. Sistema excepcional y transitorio al que no son aplicables los principios o reglas propios de pruebas selectivas normales. Legalidad RD 574/91 que la desarrolla. 4. Selección. «Es carga del partícipe en las pruebas aportar la documentación sobre los méritos a tener en cuenta al resolver el concurso». La nota media de los estudios universitarios es concepto distinto que la calificación en licenciatura. 5. Selección. Nulidad, por desviación de poder, que se deduce de los autos, de nombramiento de Concejal como Letrado del Ayuntamiento, habiendo publicado el concurso en el cuerpo del «BO de Murcia», pero sin figurar la convocatoria en el sumario del mismo. 6. Nulidad de propuesta de Tribunal calificador por prescindir total y absolutamente del procedimiento aplicable, al permitir que un concursante superase el tiempo máximo de exposición fijado en las bases y consentir a otro que leyese parcialmente su Memoria en contra de lo establecido en aquéllas. 7. Infracción de los principios de igualdad, mérito y capacidad por Tribunal calificador que exige menos aciertos para superar un ejercicio a los aspirantes de promoción interna que a los de turno libre. 8. Profesores de Enseñanza Secundaria. Legalidad RD 1774/1994, que regula los concursos de traslado de quienes han adquirido la condición de Catedráticos en virtud de la DA 10.ª LOGSE. 9. Artículo 23.2 CE. Vulneración del derecho al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad por convocatoria de la Generalidad Valenciana que otorga más puntuación a los servicios prestados en la Administración regional que a los prestados en otras Administraciones públicas.—III. DERECHOS: 1. Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas. Legalidad del Reglamento aprobado por RD 1494/1991, de 11 octubre. Como señaló la STC 7/1984, la igualdad o desigualdad entre cuerpos de funcionarios, y en general entre estructuras que son creación del Derecho, es resultado de la definición que éste haga de ellos, es decir, de su configuración jurídica. «No hay norma jurídica alguna, ni siquiera el artículo 14 de la Constitución, en virtud de la cual todas las categorías de funcionarios con igual titulación hayan de tener asignado un mismo coeficiente multiplicador, porque la unidad de título, por sí sola, no asegura la identidad de circunstancias ni es el único elemento que el legislador puede tomar en consideración.» 2. Profesores. Consejo de Centro. El sistema de representación indirecta a través de representantes es un sistema tan democrático y participativo como el de la elección directa. 3. Haberes indebidamente dejados de percibir. El derecho al abono de intereses, conforme al artículo 921 LEC, no surge desde el momento en que debieron ser percibidos, sino desde que se dictó en primera instancia la sentencia condenatoria al pago de los haberes.—IV. RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: Relación de puestos de trabajo. Debe contener la indicación de las ca-

*racterísticas esenciales de cada puesto de trabajo, sin que los actos de convocatoria de concurso para cubrir tales puestos puedan incorporar un contenido que debió estar y no estuvo en los Decretos aprobatorios de aquéllas.—V. GRADO PERSONAL: Grado personal. No consolidación en un puesto de trabajo cuando se desempeña temporalmente el mismo, por necesidades perentorias del servicio, a no ser que se obtuviera, mediante el correspondiente mecanismo de provisión, destino definitivo en el puesto de trabajo desempeñado en comisión de servicio o en otro del mismo nivel. Casación en interés de ley.—VI. INCOMPATIBILIDADES: 1. La modificación del sistema de incompatibilidades no es ni constituye expropiación alguna sin garantía indemnizatoria, por la razón esencial de que los funcionarios no ostentan un derecho constitucional a mantener las condiciones en que se desarrolla su función al servicio de la Administración en el mismo nivel de exigencia que tuvieron a su ingreso en la misma. Doctrina reiterada. Inexistencia de responsabilidad del Estado legislador. 2. Interpretación del artículo 11.2 RD 1033/1985, de 19 de junio, sobre incompatibilidad de pensiones por hechos relacionados con la guerra civil. Casación en interés de ley. 3. Compatibilidad de trabajo a tiempo parcial como médico forense en el Juzgado de una localidad y otro de especialista de cupo en otra. Derecho transitorio de la Ley 53/84.*

## I. CONCEPTOS

*Ministros. Naturaleza jurídica: Son empleados públicos, pero no funcionarios públicos. Por ello, una Sentencia que declara que la pensión que por tal concepto se les reconoce no está sujeta a la limitación de pensiones no afecta a cuestión de personal y es susceptible de recurso de casación.*

«La Sentencia de fecha 15 abril 1996, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, de la Audiencia Nacional, declaró que la pensión vitalicia de ex Ministro, no está sometida a limitación y concurrencia de pensiones, ni ninguna otra limitación. Por ello, dicha sentencia condenó a la Administración General del Estado a abonar a don Francisco L. V., desde la fecha de su solicitud inicial en vía administrativa, las cantidades diferenciales que resulten a su favor respecto de las pensiones que tiene reconocidas; precisa dicha sentencia que el importe de las cantidades que resulten a favor de dicho señor, se calculará en ejecución de sentencia.

Razona el auto recurrido en queja que a la situación del recurrente don Francisco L. V. le es aplicable lo establecido en el artículo 93.2.a) de la Ley Jurisdiccional, razón por la cual —precisa el auto recurrido— no cabe recurso de casación contra la sentencia dictada. En consecuencia, el Tribunal de instancia, resolvió que no había lugar a tener por preparado el recurso de casación contra la sentencia dictada en el Recurso contencioso-administrativo número 3263/1994.

El Abogado del Estado, en el recurso de queja interpuesto contra el citado auto del Tribunal de instancia, alega que la cuestión debatida en la instancia no puede considerarse como una cuestión de personal.

Ante todo es necesario precisar que el recurso de queja interpuesto está en función directa de un acto procesal del Tribunal de instancia; del auto recurrido, que considera que el problema debatido en el proceso fue cuestión de personal. La tesis del Tribunal de instancia no puede ser aceptada, por las siguientes razones:

a) No es fácil definir en términos de incontestable precisión el concepto de funcionario público. Esta es la razón por la que la doctrina científica dé una definición amplia de funcionario público, considerando como tal a toda persona que desempeña un destino o empleo público, y dé una definición estricta de funcionario público. El funcionario público en sentido estricto es aquel cuyo *status* viene adornado por las siguientes características: la legalidad de su nombramiento; la perma-

nencia en el servicio, completada con la nota de la inamovilidad, y la retribución de sus servicios con cargo a los Presupuestos de la Administración.

b) Los Ministros del Gobierno, presentan una nota relevante de la que no se puede prescindir: son empleados públicos según la definición amplia de funcionario, y tienen carácter político y temporal. Por ello, la relación que existe entre los Ministros y la Administración General del Estado no es una relación *estatutaria* como la que tienen los funcionarios públicos en sentido estricto; ésta es la razón de que la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 febrero 1989 (RJ 1989, 1384), invocada por el Abogado del Estado y recogida por el Auto de esta Sala de fecha 11 noviembre 1996 (RJ 1996, 7966), considere a los Ministros del Gobierno como empleados públicos en los que no se da la idea de la profesionalidad que marca la diferencia entre los mismos y los funcionarios públicos en el sentido que se contempla en el artículo 1.º de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 febrero. Debe añadirse a ello, que a los Ministros del Gobierno tampoco acompaña la nota, también relevante, de la permanencia en el servicio.

Sentado, pues, que no estamos ante un asunto de los denominados "cuestiones de personal", la sentencia dictada en la instancia, no está exceptuada del recurso de casación, al no ser de aplicación el artículo 93.2.a) de la LJCA.

En la parte dispositiva de la sentencia dictada en la instancia se condenó a la Administración General del Estado a abonar a don Francisco L. V., desde la fecha de su solicitud inicial en vía administrativa, las cantidades diferenciales que resulten a su favor respecto de las pensiones que tiene reconocidas; precisa dicha sentencia que el importe de las cantidades que resulten a favor de dicho señor, se calculará en ejecución de sentencia. La Sala, deliberado este punto, llega a la conclusión, sin género de duda, de que aquellas cantidades superan los seis millones de pesetas, razón por la cual tampoco es aplicable el artículo 93.2.b) de la Ley Jurisdiccional.

Todo lo razonado conduce a la estimación del recurso de queja interpuesto por el Abogado del Estado, contra el Auto del Tribunal de instancia de fecha 12 junio 1996, con la consecuencia de declarar que es procedente tener por preparado por el Abogado del Estado el recurso de casación contra la Sentencia de fecha 15 abril 1996, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) de la Audiencia Nacional.» (*Auto de la Sala 3.º, Sección 3.º, 13 diciembre 1996.*)

## II. SELECCIÓN

1. *Jefatura de Sección de Inmunología. Improcedente exclusión de una Doctora en Farmacia, pese a que ni en las bases ni en la legislación aplicable estaba previsto que estos titulados pudieran acceder a la especialidad de inmunología, dado que la Administración, reiteradamente, le había asignado funciones que implicaban tal especialización.*

«Por Resolución de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria del INSALUD, de 14 julio 1989, se hizo pública una convocatoria de puestos de Jefe de Servicio y Sección de los servicios jerarquizados de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social en el ámbito de las Comunidades Autónomas y las bases comunes que debían de regir para la adjudicación de las plazas, entre las que se encontraba una de Jefe de Sección de Inmunología del Hospital Virgen de la Arrixaca, de Murcia, que fue declarada desierta porque la única aspirante que no renunció a participar en las pruebas fue la farmacéutica recurrente, a la que se excluyó, sin embargo, de dicha participación, por no poseer la titulación correspondiente, resolución administrativa que ha sido considerada ajustada a derecho en la sentencia apelada.

En esta segunda instancia el primer tema a resolver es el de la admisibilidad del recurso de apelación, visto el artículo 94.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, texto anterior a la Ley 10/1992, y que la demandante ya tenía plaza en propiedad en los Servicios Jerarquizados de la Seguridad Social. Pero frente a esto cabe observar que el acceso a las pruebas no excluía a quienes no tuvieran esta condición, por lo que procede que nos acojamos a la doctrina que hemos sostenido desde una Sentencia de 23 febrero 1993 (RJ 1993, 4956), en el sentido de que, con independencia de la condición funcional del apelante, en todo caso, si el concurso al que se refiere la pretensión es de naturaleza libre, de modo que superando las pruebas puede accederse *ex novo* a constituir un vínculo estatutario por parte de quien careciese de esta condición, se está en el supuesto de la extensión jurisprudencial de la apelabilidad de las sentencias relativas a cuestiones de personal, cuando se hubieren pronunciado sobre el nacimiento de un vínculo funcional.

Tanto la Administración demandada como la Sala de Murcia fundan su criterio de resolución en hechos realmente incontestables: la recurrente es Doctora en Farmacia y ni en las bases de la convocatoria estaba previsto que estos titulados pudieran acceder a la especialidad de Inmunología ni, por otra parte, en el régimen jurídico a la sazón vigente estaba permitido que los titulados de Farmacia obtuvieran esta especialidad, por lo que en principio resulta de plena racionalidad jurídica la conclusión de excluir a la demandante de la posibilidad de obtener una Jefatura de Sección de Inmunología.

Pero frente a esta correcta doctrina general, es necesario reconocer que en este caso nos encontramos ante una situación realmente peculiar. En efecto, de las actuaciones administrativas y procesales resulta acreditado que la apelante presta servicios en el Hospital Virgen de la Arrixaca desde el 15 de enero de 1973, figurando como Facultativo Especialista de plantilla de Área de Inmunología desde el 13 de febrero de 1986 hasta el 30 de septiembre del mismo año y como Jefe de Sección en funciones desde el siguiente día primero de octubre. Por otra parte, el montaje y puesta a punto del Laboratorio de Inmunología del Hospital se debió a su iniciativa y bajo su dirección, en concepto de especialista en Inmunología, fue reconocido por Orden Ministerial 8 noviembre 1982 como Laboratorio Asociado de Histocompatibilidad Inmunológica del Hospital Clínico de Barcelona, siendo más tarde, por Resolución de la Dirección General del INSALUD de 13 febrero 1986, cuando, conforme a lo dispuesto en Resolución de la Subsecretaría de Sanidad y Consumo de 22 enero 1985, cuyo fin era adecuar las situaciones anteriores a 1984 a la estructura hospitalaria que entonces se establecía, se modificó la denominación de la plaza que ocupaba la señora A. L. por la de Especialista en Inmunología. Finalmente, por Orden Ministerial 10 marzo 1987, se autorizó la renovación como Laboratorio Asociado de Histocompatibilidad Inmunológica del Hospital Clínico de Barcelona, expresando de nuevo que su dirección estaba encomendada a dicha señora, Especialista en Inmunología.

Las circunstancias descritas nos indican que ha habido una constante, reiterada y vinculante actuación administrativa, reconocedora de la condición de especialista en inmunología de la señora A. L., que ahora no es admisible que desconozca, siendo así que su pretensión se refiere al acceso a una Jefatura que venía desempeñando en funciones y de cuya especialidad ostentaba una plaza de plantilla, por lo que consideramos que en acatamiento al contenido sustancial de los propios actos de la Administración, a este caso le es aplicable la base IX-c) de la convocatoria, que ordena que los facultativos que desempeñan como tales plaza en propiedad en alguna de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, sólo vendrán obligados a presentar el título de especialista cuando la plaza que venían desempeñando no fuese de especialista o fuera de distinta especialidad. Hay en esta base elementos suficientes para entender que si la Administración ha asumido que alguien desempeñe en propiedad unas funciones que implican una determinada especialización, no puede exigirle después la prueba de lo que ya le tiene reconocido.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 5 septiembre 1996.*)

2. *Eliminación de concursantes en base a criterios del Tribunal que no se ajustan a las bases. Anulación de la resolución de declararse desierta la plaza, sin que quepa acceder a la pretensión de que el recurrente sea nombrado para la plaza objeto del concurso «por no ser el órgano jurisdiccional el competente para sustituir con su criterio la discrecionalidad técnica del órgano administrativo encargado de la selección». Retroacción de actuaciones.*

«Convocada, mediante concurso libre, la provisión de una plaza de Jefe del Servicio de Anestesiología y Reanimación del "Hospital de Santa Ana", de Motril, por lo que interesa a este proceso las bases de la convocatoria establecían, primero, que el concurso constaría de las fases de valoración de méritos, exposición pública ante el Tribunal y prueba práctica; segundo, que la fase de exposición pública se valoraría con un máximo de 15 puntos; tercero, que, igualmente, la prueba práctica podría alcanzar también un máximo de 15 puntos y cuarto, que el Tribunal no podría dejar sin cubrir la plaza, si los concursantes cumplían los requisitos señalados en la convocatoria y celebrada la prueba práctica, superaban el mínimo establecido por el Tribunal.

Habiendo concurrido a las pruebas solamente el actor, el Tribunal declaró desierta la plaza, por haber obtenido solamente 16 puntos, siendo así que había fijado, por unanimidad de sus miembros un mínimo global de 20 puntos para superar el conjunto de las dos últimas fases, es decir, la exposición pública y la prueba práctica.

Al establecer de la forma indicada el mínimo a obtener para considerar superado el concurso, el Tribunal no solamente incumplió lo ordenado en la base 8-2, sino que además hizo imposible la aplicación del criterio que se manifiesta en la misma, en el sentido de que en realidad se le reconociera exclusivamente carácter eliminatorio a la prueba práctica, pues al valorarla conjuntamente con la de exposición pública para fijar el límite mínimo de puntuación, implícitamente extendió a ésta una naturaleza más gravosa para los concursantes que la establecida en las bases, en las que su función se limitaba exclusivamente a servir para colaborar en la determinación final del orden de prelación de los concursantes, sin que por sí sola tuviese otro valor eliminatorio que el derivado de dicho orden de prelación y de no poder concederse más plazas que las sacadas a concurso, en el caso de que fuese mayor el número de participantes que hubieran superado el mínimo señalado para la prueba práctica.

Al haber sido eliminado el recurrente bajo las condiciones indicadas, en las que el Tribunal no se ajustó al mandato de las bases, se está en el caso de estimar el recurso, en cuanto al punto concreto de anular el Acuerdo del Tribunal de 30 junio 1989, en lo que se refiere a la valoración global en él establecida, así como a la resolución de que se declarase desierta la plaza, pero sin que debamos acceder a la pretensión de que el recurrente sea nombrado para cubrir el puesto de Jefe de Servicio a que concursaba, porque en este punto compartimos plenamente la argumentación que, a mayor abundamiento, se explicita en la sentencia apelada, en el sentido de que tal petición no podría en ningún caso aceptarse, por no ser el órgano jurisdiccional el competente para sustituir con su criterio la discrecionalidad técnica del órgano administrativo encargado de la selección, por lo que en definitiva la deficiencia que hemos apreciado en el acto administrativo que anulamos no tiene otro remedio que el de reponer las actuaciones para que se proceda con arreglo a lo dispuesto en la convocatoria, valorando separada e individualmente las fases de exposición pública y la prueba práctica y señalando para ésta la puntuación mínima a obtener para no ser excluido del concurso, sin que desde luego sea aplicable al caso la doctrina contenida en la singular Sentencia de 24 febrero 1984 (RJ 1984, 1114), en la que la sustancial *ratio decidendi* de haber asumido la Sala la decisión de designar directamente a la demandante para la plaza a la que aspiraba tenía su funda-

mento en que su capacidad técnica para cubrirla había sido declarada para otra plaza idéntica por otra Comisión de selección.

Finalmente, señalar que la situación de jubilado en que afirma la representación procesal del apelante que éste se encuentra no constituye problema a resolver ahora, sino que, en su caso, el tema habrá de incidir en una eventual cuestión de posibilidad de ejecución de la sentencia en sus propios términos.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 10 septiembre 1996.*)

3. *Ingreso en la función pública docente al amparo de la DT 5.ª LOGSE. Sistema excepcional y transitorio al que no son aplicables los principios o reglas propios de pruebas selectivas normales. Legalidad RD 574/91 que la desarrolla.*

«La sentencia recurrida, estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias de 31 agosto 1992, por la que se hacía pública la relación de aspirantes que habían superado las pruebas selectivas para el ingreso en determinados Cuerpos docentes, convocadas por Orden de la Consejería de Trabajo y Función Pública de 20 mayo 1992, ha declarado la nulidad de la base 6.9.2 de dicha convocatoria, en cuanto permite sumar a la valoración de la oposición los puntos obtenidos en los apartados 2 y 3 del baremo de méritos del Anexo III (expediente académico, cursos de formación y titulaciones) para obtener el aprobado, así como la nulidad de la asignación de seis puntos a la experiencia docente, prevista en el apartado 1 del mismo Anexo.

Antes de abordar el examen del recurso conviene recordar que los motivos de casación invocados sólo han sido admitidos en parte por Auto de 25 marzo 1996, al entender la Sala que, habiéndose admitido el recurso al amparo del artículo 93.3 de la LJCA, por haber considerado la sentencia recurrida ilegal el artículo 23.1 del Real Decreto 574/1991, de 22 abril, del que son aplicativos los actos recurridos, el Tribunal de casación ha de limitarse al análisis de la legalidad de la disposición impugnada indirectamente, lo que condujo a la admisión únicamente de los motivos relativos a dicha cuestión, alegados en los apartados 3.c) y 3.d) del escrito de normalización del recurso.

En el primero de los dos motivos a que ha quedado reducido el presente recurso de casación se denuncia la infracción del Real Decreto 574/1991, de 22 abril, concretamente la de su artículo 23.1, así como la de la Disposición Transitoria Quinta de la LOGSE, y en el segundo se alega la vulneración de la jurisprudencia relativa a dichas infracciones jurídicas, lo que permite y aconseja el examen conjunto de ambos motivos, para cuyo enjuiciamiento es conveniente partir de la argumentación en que la sentencia recurrida funda su fallo.

Comienza el Tribunal de instancia por analizar el contenido de la Disposición Transitoria 5.ª.2 de la LOGSE, de la que es desarrollo el Real Decreto 574/1991, y considera que el sistema seguido por el legislador para "las tres primeras convocatorias" a que se refiere dicha disposición transitoria, es el de concurso-oposición, "pues claramente se distingue entre la valoración de 'los conocimientos de los contenidos curriculares que deberán impartir los... seleccionados y su dominio de los recursos didácticos y pedagógicos', de un lado, y 'los méritos académicos', de otro, con la preferente valoración, en cuanto a estos últimos, de 'los servicios prestados en la enseñanza pública'", sistema que, según afirma la sentencia recurrida, exige que "se han de valorar los conocimientos, en fase de oposición, y los méritos, en fase de concurso", deduciendo de este planteamiento la improcedencia de la posibilidad prevista en la convocatoria, de conformidad con el artículo 23.1 del citado Real Decreto, de "sumar a la puntuación obtenida en la prueba de la fase de oposi-

ción las puntuaciones obtenidas en los apartados 2 y 3 de la fase de concurso para obtener un mínimo de cinco puntos y entender así superada la prueba"; y en cuanto a la valoración de los servicios prestados en la enseñanza pública —contemplada también por el artículo 23.1, en relación con el 21 del Real Decreto 574/1991, al que se ajusta la convocatoria—, entiende el fallo impugnado que "sólo si se tienen los conocimientos suficientes —y que efectivamente así ocurre se constata con la realización de las pruebas correspondientes a la fase de oposición— tendrá incidencia en el ejercicio de la función docente el 'mérito' —que sólo entonces será tal— consistente en la experiencia derivada de un ejercicio anterior de dicha función".

La razón del fallo judicial recurrido descansa, pues, en que, según la sentencia, el resultado de la prueba debe responder exclusivamente a la exposición oral, considerando contrario a la Disposición Transitoria 5.ª.2, de la LOGSE, la agregación en esta primera fase, o para la valoración de esa primera fase, de ciertos méritos académicos, tales como el expediente, cursos de formación y títulos; y estimando asimismo contrario a dicha disposición transitoria la inclusión en el baremo de la puntuación atribuida a los servicios docentes ya prestados, por entender el Tribunal de instancia que la experiencia docente sólo puede tomarse en consideración como mérito respecto de quienes hayan demostrado en la prueba oral que poseen los conocimientos suficientes para superarla.

Los motivos que conjuntamente se examinan deben ser estimados, pues carece de fundamento la ilegalidad del artículo 23.1 del Real Decreto 574/1991, que la sentencia reconocida aprecia para anular la convocatoria impugnada en unos extremos que son aplicación inmediata y reproducción sustancial de dicha norma reglamentaria.

En efecto, por lo que se refiere a los razonamientos de la sentencia acerca de que la puntuación de la primera fase o prueba debe contemplar sólo el examen realizado oralmente, se trata de una argumentación que, como ya hemos dicho en ocasión prácticamente idéntica —Sentencia de 6 marzo 1995 (RJ 1995, 2312)—, "responde a la consideración de la prueba selectiva en su conjunto como un concurso-oposición, y a dar a esa primera prueba el carácter de una oposición, lo que es incierto. En el sistema excepcional que se regula en el Decreto 574/1991 no hay un concurso-oposición normal, sino un sistema excepcional y específico. No lo califica la Ley —Disposición Transitoria 5.ª LOGSE— de concurso-oposición, ni lo es por su contenido y significación". Se trata, añadíamos en dicha sentencia, de "un sistema excepcional y transitorio, que ofrece en sí razones atendibles para que el legislador haya querido, a su través, liquidar situaciones de interinidad. Esa excepcionalidad impide que, como viene a hacerse en la sentencia impugnada, puedan traerse al procedimiento selectivo cuestionado, principios extraídos, o reglas propias de formas selectivas reguladas para situaciones de normalidad". Por consiguiente, concluíamos en la citada sentencia, la primera fase no es una oposición en el sentido estricto del término, "sino una prueba mixta en que los conocimientos se demuestran mediante los que se acreditan oralmente, en una exposición a la que ha precedido la posible consulta durante dos horas de material sobre el tema a exponer, y el añadido de otros previamente adquiridos y acreditados a través del expediente académico, cursos de formación permanente o títulos académicos, al modo que es frecuente en la adquisición de otras plazas docentes".

Por consiguiente, vistas las razones expuestas en la precitada sentencia, que se reiteran aquí en acatamiento del principio de unidad de doctrina, debe concluirse que el Real Decreto 574/1991 no infringe lo establecido en la Disposición Transitoria 5.ª.2, de la LOGSE, cuando para medir los conocimientos sobre los contenidos curriculares que deberán impartir los candidatos seleccionados, permite agregar a la puntuación obtenida en la prueba oral, la correspondiente a méritos académicos preexistentes, ya que los previstos a tal efecto, concernientes al expediente académico, títulos o cursos de perfeccionamiento, sirven también para acreditar la posesión de conocimientos.

Y en cuanto al fallo anulatorio de la inclusión en el baremo de méritos de los servicios ya prestados, también debe prosperar el recurso, no sólo porque carece de respaldo legal la concepción que la sentencia tiene de lo que debe ser la experiencia docente, sino especialmente porque este Alto Tribunal ha rechazado reiteradamente impugnaciones del Real Decreto 574/1991, fundamento de la convocatoria aquí recurrida, basadas en la supuesta ilegalidad e inconstitucionalidad de la valoración como mérito de dicha experiencia, llegando así, en Sentencias de 14 abril y 10 noviembre 1992 (RJ 1992, 2915 y 9112), citadas por el recurrente, así como en la de 15 diciembre 1993 (RJ 1993, 9517), a declarar la constitucionalidad de tal mérito y su conformidad a la LOGSE, debiendo señalarse que el juicio de constitucionalidad realizado en dichas sentencias ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en repetidas Sentencias que parten de la STC 185/1994, de 20 junio (RTC 1994, 185), que desestima un recurso de amparo formulado contra la de este Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992, todo lo cual conduce inevitablemente al éxito del recurso de casación.

Procede, por tanto, estimar los dos motivos de casación invocados al amparo del artículo 95.1.4.º de la LJCA y, declarando haber lugar al recurso, casar la sentencia recurrida para, en su lugar, desestimar el recurso contencioso-administrativo por ser conforme a Derecho la disposición reglamentaria impugnada indirectamente e inaplicada por el Tribunal de instancia.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 28 septiembre 1996.*)

4. *Selección.* «Es carga del partícipe en las pruebas aportar la documentación sobre los méritos a tener en cuenta al resolver el concurso». La nota media de los estudios universitarios es concepto distinto que la calificación en licenciatura.

«En el "Boletín Oficial de Cantabria" de 2 de marzo de 1989 se publicó la convocatoria, mediante concurso-oposición, de dos plazas de arquitectos vacantes en la plantilla de funcionarios del Ayuntamiento de Santander. En la base 8.ª se establecía la valoración de los méritos en la fase de concurso, señalándose, entre otras, las siguientes circunstancias: Cursos de especialización, seminarios, estudios de postgrado, etc.: De 30 a 100 horas lectivas, 2 puntos. Más de 100 horas lectivas, 3 puntos. El total de este apartado no podrá superar 5 puntos.

Terminadas las pruebas, fueron seleccionados los aspirantes señores N. y A. Contra esta resolución interpusieron recurso contencioso-administrativo, el mismo señor A. (que aunque había superado las pruebas no estaba conforme con la puntuación adjudicada en el concurso), y el señor M. B.

El señor M. alegó como motivo de su impugnación que en la fase de concurso el Tribunal de selección le había otorgado inicialmente tres puntos por cursos de especialización, pero sin embargo en un momento posterior había modificado su criterio y no había adjudicado puntuación alguna por aquel concepto. Entendía el recurrente que le correspondían por tal apartado cinco puntos, ya que había realizado dos cursos que por su duración merecían la concesión de tres y dos puntos, respectivamente.

Por su parte, el señor A. alegó que no habían sido debidamente valorados los méritos aportados en el concurso, puesto que el Tribunal le había concedido únicamente dos puntos por cursos de especialización, mientras que el recurrente consideraba que le correspondían nueve, ya que había aportado el título de arquitecto expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia en el que constaba la calificación de "sobresaliente", y además había realizado con aprovechamiento dos cursos de doctorado, que unidos a otros cursos, seminarios y jornadas a los que había asistido, merecían la concesión de cinco puntos.



Por lo que respecta a las alegaciones del señor M. B., la Sala de 1.ª Instancia señaló que la revisión de la valoración de sus méritos efectuada por el Tribunal de oposiciones había sido incorrecta e improcedente, puesto que las bases de la convocatoria no permitían efectuar tal revisión, razón ésta por la que había que mantener la inicial asignación de puntos en concepto de asistencia a cursos. Ahora bien, la Sala no aceptó la solicitud de que se le concedieran cinco puntos por dicho concepto, con el argumento de que ciertamente, en el proceso contencioso-administrativo había quedado acreditado que aquél había realizado cursos de especialización con una duración que merecía cinco puntos en el concurso, pero sin embargo no aparece probado que el recurrente aportase junto a la documentación necesaria para tomar parte en el concurso-oposición, la acreditación no ya de la participación en los cursos, sino la duración de éstos que, según las bases, es determinante de la puntuación del apartado.

En cuanto al señor A., la Sala señaló que incluso no aceptando las alegaciones formuladas, en todo caso no se vería desprovisto de su plaza, puesto que la puntuación del señor M. no era suficiente para alterar el resultado de las pruebas. Por esta razón, entendió que no era sostenible la pretensión de elevación de los puntos obtenidos, una vez resuelto que con ello no se alteraba el recurso del concurso-oposición, por lo que el recurso debía ser desestimado.

Examinado, en primer lugar, el contenido alegatorio en que la representación procesal del señor M. B. funda su pretensión revocatoria de la sentencia apelada, es de observar que sustancialmente se basa en los dos puntos que —según su criterio— le corresponderían por la asistencia a un curso de especialización en Gestión y Administración Urbanística, convocado por el Instituto de Estudios de Administración Local, con una carga horaria de setenta y seis horas lectivas. Como hemos dicho, la Sala de primera instancia admite que, efectivamente, esta carga horaria ha sido probada en el proceso mediante la pertinente certificación oficial, pero rechaza su virtualidad en el procedimiento administrativo de selección, al no haber sido aportado al mismo dicho dato, a pesar de ser evidente su trascendencia en orden a determinar si la asistencia al curso era puntuable y, en su caso, fijar la cuantía de la puntuación.

Aceptando ambas circunstancias —duración del curso entre treinta y cien horas y falta de prueba de este extremo en el expediente administrativo— no cabe tachar a la Administración de ilegalidad alguna al no computarlo, habida cuenta de que es carga del partícipe en las pruebas (en este caso impuesta por la base quinta de la convocatoria) aportar la documentación sobre los méritos que se puedan acreditar en relación con los que se deben tener en cuenta para resolver el concurso-oposición.

Incluso sin desechar una eventual obligación de diligencia de la Administración, en el supuesto de que en la documentación presentada apareciera alguna referencia de público conocimiento que permitiera comprobar el dato omitido, como sería en este caso la mención de que la Resolución de la convocatoria del Curso había sido publicada en el "Boletín Oficial del Estado" de 12 mayo 1987, no obstante la conclusión sería la misma, porque en este acto de publicidad no se hace alusión alguna al número de horas lectivas que lo compondrían.

Pero la posición procesal del mencionado recurrente no se agota en lo dicho. En efecto, en un recurso de aclaración a la sentencia puso de manifiesto que en ella se había cometido un error material, dado que se confirmaba la valoración inicial de "dos puntos" del Tribunal de exámenes, cuando en realidad esa valoración inicial no era de dos puntos, sino de tres, a lo que la Sala del Tribunal Superior contestó en Auto de 11 febrero 1991, indicando que si bien era cierta la existencia del error material cometido, no afectaba al resultado final de la decisión procesal, porque en todo caso la puntuación de tres no le permitiría desbancar de su condición de adjudicatario de la segunda plaza al señor A., por ser en cualquier supuesto la total de éste superior a la de aquél.

Obviamente, en este punto debemos aceptar la trascendencia de la corrección

material de la sentencia apelada, en el sentido de que la argumentación que en ella se desarrolla lleva con toda certeza a reconocerle al señor M. el derecho a que se le computen tres puntos por asistencia a cursos, en vez de los dos explicitados en la misma.

Pero es esta errónea apreciación la que a su vez dio origen a otro error en la argumentación, porque al partir de que los puntos a añadir eran dos en vez de tres, la sentencia concluyó que carecía de trascendencia real el recurso del señor A., ya que aun añadiendo aquellos dos puntos, de todas formas la puntuación final de éste resultaba más alta. Pero al ser lo correcto sumar tres puntos, la conclusión —antes de introducirnos en el estudio del recurso del señor A.— es que éste había obtenido 9,595 puntos, mientras que en vía jurisdiccional su contrincante ha alcanzado 10,450 puntos, lo que nos aboca a detenernos en las razones dadas por aquél para que en la misma vía se le mejore su puntuación.

La sentencia impugnada nos dice que, análogamente al caso del señor M. B., tampoco constaba en la justificación de los cursos aportada inicialmente por el señor A. la duración de los mismos, radicando la diferencia en que mientras el señor M. no aportó en vía administrativa la prueba de la circunstancia, en el caso de aquél el requisito fue subsanado con ocasión del recurso de reposición, de donde se destaca la asistencia a dos cursos de doctorado, por un total cada uno de cuarenta y dos horas, por lo que de haber resuelto el Ayuntamiento el recurso de reposición debería haberle reconocido por cada uno de ellos dos puntos (cuatro en total) por lo que al tenerle ya reconocido el Tribunal examina otros dos, es obligado que entre en juego la limitación a cinco por este concepto establecida en el apartado 1.c) de la base octava, lo que supone que su puntuación alcance a 12,595, superior a la de don Jesús M., al que aun en el supuesto de que se le admitiesen los otros dos puntos que sería posible darle, con arreglo a la misma limitación, quedaría unas décimas por debajo de aquél.

Finalmente, dos observaciones a sendas alegaciones hechas por la representación procesal de don Ramiro A.

Respecto a una de ellas, la sentencia que hemos examinado es accesible a la apelación porque la doctrina jurisprudencial, al interpretar el artículo 94.1.a) de la Ley de la Jurisdicción (texto anterior a la Ley 10/1992), ha considerado equiparables los procesos que versaren sobre la separación de empleados públicos inamovibles aquellos en que se debate sobre los procedimientos dirigidos a constituir vínculos funcionariales de carrera.

En cuanto a la otra, indicar que participamos de la interpretación que la Sala de Cantabria ha realizado del apartado 1.b) de la base octava, al referirlo a la nota media de los estudios universitarios, como concepto distinto al de la calificación obtenida en el examen de licenciatura, en el proyecto final de carrera o similares.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 1 octubre 1996.*)

5. *Selección. Nulidad, por desviación de poder, que se deduce de los autos, de nombramiento de Concejal como Letrado del Ayuntamiento, habiendo publicado el concurso en el cuerpo del «BO de Murcia», pero sin figurar la convocatoria en el sumario del mismo.*

«Son antecedentes de este recurso: primero, que el 13 de abril de 1987, el Ayuntamiento de Cartagena, al resolver varios recursos de reposición formulados contra el Decreto de la Alcaldía de 24 noviembre 1986, por el que se había nombrado Letrado Consistorial a don Luis R. S., declaró anulable el nombramiento, sin perjuicio de que en su caso procediese la convalidación, conservando aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiere permanecido el mismo, de no haber existido el vicio en

virtud del cual se anulaba el acto; segundo, que en la misma fecha —13 de abril de 1987— la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento procedió a convalidar el mencionado nombramiento, habida cuenta de que "si bien en el momento de ser nombrado el señor R. ostentaba el cargo de Concejal de este Excmo. Ayuntamiento, en la actualidad y por renuncia del mismo producida con fecha 25 de noviembre de 1986 que le fue aceptada en la misma fecha, dicho interesado no tiene ya ese carácter, por lo que cumple todos y cada uno de los requisitos de la convocatoria", siendo por otra parte el único aspirante a la plaza y propuesto por el Tribunal; tercero, que el Tribunal Supremo, en Sentencias de 16 mayo 1991 (RJ 1991, 4107) y 7 noviembre 1994 (RJ 1994, 9296), confirmó la nulidad de los dos actos primeramente citados, de 24 de noviembre de 1986 y 13 de abril de 1987, declarada por la Sala de primera instancia, al haber entendido ésta que no procedía que la Administración hubiera hecho un pronunciamiento de mera anulabilidad.

Decíamos en dichas sentencias que el Tribunal *a quo* había tomado esta decisión por estimar que la publicación de la convocatoria para la provisión en propiedad, por el sistema de concurso libre, de una plaza de Letrado Consistorial en el Ayuntamiento de Cartagena, convocatoria que según las Bases del Concurso "deberá anunciarse en el 'BO de la Región de Murcia' y en el Tablón de Edictos de la Corporación, publicándose un extracto de la misma en el 'BOE'. Las sucesivas publicaciones se efectuarán en el BO de la Región", adoleció de defectos que vulnerando la Base primera de la convocatoria produjo indefensión determinante de la nulidad del expediente administrativo, a partir del instante en que se incidió en tal defecto; el vicio o defecto de la publicación de la convocatoria del concurso para la provisión en propiedad de una plaza de Letrado Consistorial del Ayuntamiento de Cartagena, que el Tribunal de instancia estima produjo la nulidad de las actuaciones administrativas que condujeron a tal nombramiento, y por ende la nulidad de éste, viene dado por el hecho de que las Bases de la mencionada convocatoria si bien se insertaron en el cuerpo del "BO de la Región de Murcia", no figuraban en el sumario del BO que las publicó, tal como exige el artículo 8.º del Decreto 1583/1960 de aplicación a tales publicaciones, y el Decreto 57/1986 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre acceso a la Función Pública, Promoción Interna y provisión de puestos de la Administración Regional, siendo a tales efectos de tener presente que aun no siendo de obligada observancia para la selección de Funcionarios de la Administración Local en la Región de Murcia las disposiciones contenidas en el precitado Decreto 57/1986, al no integrarse en la Función Pública Regional de la Comunidad Autónoma de Murcia el personal de las Corporaciones Locales de la Región de Murcia, según puede inducirse de la Ley 3/1986 de la Función Pública de la Región de Murcia, lo cierto es que el haber omitido en el sumario del "BO de la Región de Murcia" la publicación de la convocatoria del concurso libre de méritos para proveer una plaza de Letrado Consistorial en el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena, implicó una vulneración de lo dispuesto en la Base primera de la convocatoria de dicha plaza, en cuanto en ella se dispone que la convocatoria deberá anunciarse en el BO de la Región, cuya publicación implica la referencia en el sumario de dicho Boletín de su inserción en el cuerpo del mismo, al no haberse hecho así indudablemente se menoscabó el conocimiento de la convocatoria, produciéndose una desigualdad entre las personas que aspirando a tomar parte en el concurso de Letrado Consistorial del Ayuntamiento de Cartagena, anunciado en la oferta de empleo público por el Ayuntamiento de Cartagena, en Resolución de 14 marzo 1986, publicada en el "BOE" de 19 de mayo de 1986, tuvieron conocimiento de la fecha de la convocatoria para su provisión y los que desconocían ésta por no figurar en el sumario del "BO de la Región de Murcia"; siendo de destacar que cuando se publica la referencia a tal plaza de Letrado Consistorial en el periódico de Murcia "La Verdad", el día 12 de octubre de 1986, había transcurrido con exceso el plazo para presentar las instancias para tomar parte en el concurso libre de méritos mediante el que se proveía, hechos éstos que adquieren una mayor relevancia si se tiene en cuenta el excepcional medio de concurso libre a que

el Ayuntamiento de Cartagena acude para proveer la plaza de Letrado Consistorial y que el único aspirante que presenta instancia para tomar parte en el meritado concurso, es don Luis R. S., Concejal del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena cuando se adoptó el acuerdo de convocar la plaza de Letrado Consistorial de dicho Ayuntamiento por el sistema de concurso libre de méritos, cargo de Concejal del Ayuntamiento de Cartagena que el señor R. S. siguió ostentando durante el desarrollo del concurso y de las fases de sus pruebas selectivas, en que se calificaron y valoraron la Memoria de Trabajo en él exigida, calificación y valoración que se llevó a cabo e hizo por un Tribunal presidido por un miembro de la Corporación Municipal, de la que él formaba parte, y por cuatro vocales de los que tres eran funcionarios del Ayuntamiento, siendo de destacar en cuanto es sintomático para configurar la alegada desviación de poder en que incurrió el acto que nombró Letrado Consistorial a don Luis R. S., que en la segunda sesión celebrada por el Tribunal calificador que juzgaba el concurso libre para la provisión de la misma, presidiendo el acto el Ilmo. señor Alcalde Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena, se llama a don Luis R. S. "y comparecido éste, el Ilmo. señor Alcalde inicia el acto preguntándole al señor R. en su calidad de Concejal de este Excmo. Ayuntamiento si ha observado alguna irregularidad o ilegalidad en la tramitación de la presente convocatoria, a lo que el señor R. manifiesta que no", a continuación, según se certifica por el Secretario del Tribunal, sin que conste si el Ilmo. señor Alcalde que presidía el acto se hubiera ausentado del mismo y abandonado su presidencia, "de acuerdo con lo previsto en la Base séptima de las que rigen la presente convocatoria se procede a hacer la defensa por parte del concursante de la Memoria de Trabajo por él confeccionada sobre el tema Organización de los Servicios Jurídicos del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena, toda vez que la exposición de la misma ya se hizo en la anterior sesión del Tribunal el día 31 de octubre de 1986. Interrogado y ante las sugerencias y aclaraciones planteadas por diversos miembros del Tribunal, el concursante responde y matiza las consideraciones por él vertidas en el trabajo presentado, y cuando no hay más intervenciones por parte del Tribunal se levanta el acto, retirándose el mismo a deliberar a puerta cerrada. La puntuación otorgada en esta fase primera de las pruebas selectivas, y de acuerdo con lo previsto en la Base séptima es de 4 puntos". Siendo de poner de relieve que dicho Tribunal, al haberse retirado del mismo el representante del Colegio de Abogados de la Ciudad de Cartagena, en cumplimiento del acuerdo de su Junta de Gobierno, quedó formado por cuatro miembros con voto (el Secretario del Tribunal según las Bases de la convocatoria actuará con voz pero sin voto), lo cual en principio infringe lo dispuesto en el artículo 11 del Real Decreto 2223/1984 a cuyas disposiciones ha de ajustarse el procedimiento de selección de los Funcionarios de Administración Local, a tenor de lo prescrito en el artículo 133 del Real Decreto Legislativo 781/1986 por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, e igualmente es de hacer notar que el señor Alcalde que presidió el acto en que el Tribunal calificador del concurso para proveer en propiedad, mediante concurso libre, una plaza de Letrado Consistorial en el Ayuntamiento de Cartagena se reunió para otorgar la puntuación correspondiente a la Memoria de Trabajo presentada por el señor R. S. y las respuestas por el mismo dadas a las sugerencias y aclaraciones planteadas por diversos miembros del Tribunal, y para valorar los méritos por él aportados, fue el que nombró a don Luis R. S. a medio de Decreto de fecha 24 febrero 1986, publicado en el "BOE" de 26 de febrero de 1987, Letrado Consistorial, nombramiento que de conformidad a las Bases del Concurso correspondía hacerlo a la Comisión de Gobierno Municipal, según la propuesta del Tribunal Calificador, nombramiento que se hizo, aunque después se dejase sin efecto por el Ilmo. señor Alcalde, antes de que se aceptase la renuncia de don Luis R. S. al cargo de Concejal del Ayuntamiento de Cartagena.

Concluimos, en las mencionadas sentencias, indicando que nuestra Ley Fundamental, al declarar en su artículo 106 que los Tribunales controlarán la legalidad de las actuaciones administrativas, así como el sometimiento de ésta a los fines que la

justifican, consagra a nivel constitucional como infracción del Ordenamiento jurídico la desviación de poder, que como tal ya venía considerada por la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que en su artículo 83.3 establece estará constituida por el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico, precepto que viene siendo aplicado con reiteración por los Tribunales de Justicia que en múltiples resoluciones precisan que la desviación de poder supone la existencia de un acto que aunque se ajuste a la legalidad extrínseca de la norma, no responde, en su motivación interna, al sentido teleológico que debe presidir el actuar administrativo, orientado al servicio del interés general con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; implicando por tanto una desviación del propósito que inspira la norma para satisfacer unos intereses extraños a los que persigue el Ordenamiento jurídico, discordancia entre los fines que persiguen el Ordenamiento jurídico y el acto administrativo puesto en entredicho para incurrir en desviación de poder, que las más de las veces resulta difícil de probar, en cuanto supone adentrarse en las motivaciones internas de los gestores de la Administración, ahora bien, esta dificultad no puede conducir a afirmar que sin una constancia de una prueba plena de la existencia en el acto administrativo combatido, de una intención desviada de los fines que persigue el Ordenamiento jurídico, no pueda declararse la nulidad de éste por haber incurrido en desviación de poder, ya que con ello se quebrantaría el derecho fundamental a una efectiva tutela jurídica, y quedaría reducida a una mera declaración retórica la contenida en el núm. 1 del artículo 106 de la Constitución, y devendría en inaplicable el mandato contenido en el inciso final del núm. 2 del artículo 83 de la Ley Jurisdiccional, por ello, este Tribunal, que con reiteración viene declarando que no bastan meras conjeturas o sospechas para estimar la desviación de poder, admite que deba declararse ésta cuando de los datos obrantes en el expediente administrativo, y de los aportados a los autos, el Tribunal llega a la convicción moral de su existencia, y esta convicción es la que los hechos y circunstancias de que antes se ha hecho mérito, llevan al ánimo de este Tribunal en cuanto a que el nombramiento de Letrado Consistorial del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena, a favor de don Luis R. S., no fue guiado ni en su génesis ni en su culminación por los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad que inspira la selección de personal de la Administración, sino por el deseo de atribuir esa plaza a don Luis R. S., cuyos méritos para desempeñarla no por esto se ponen en duda, siendo de recordar que la teoría de la desviación de poder se basa, como tiene declarado este Tribunal, en que la Ley de donde arranca la facultad de decisión de la autoridad administrativa, tiene un fin determinado que cumplir, y si el acto en que se concreta su actuación no lo cumple, la decisión administrativa no expresará la voluntad de la Ley al desvincularse de su espíritu, por lo que faltará el obligado ligamen entre la idea de poder y la de fin de servicio, y en consecuencia el acto de la Administración, aun cuando tenga apariencia legal, deja de satisfacer la objetividad jurídica que motivó el nacimiento de la norma positiva.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 7 octubre 1996.*)

6. *Nulidad de propuesta de Tribunal calificador por prescindir total y absolutamente del procedimiento aplicable, al permitir que un concursante superase el tiempo máximo de exposición fijado en las bases y consentir a otro que leyese parcialmente su Memoria en contra de lo establecido en aquéllas.*

«Las infracciones formales en que la sentencia apelada ha fundado la nulidad del Acuerdo 22 diciembre 1986, por el que el Tribunal Calificador declaró aprobado a don Miguel G. I. para ocupar la plaza de Médico Neurólogo del "Hospital Provin-

cial de Burgos”, convocada por la Diputación el 10 de abril del mismo año, ordenando retrotraer las actuaciones al momento anterior al primer ejercicio, consistieron en que el citado señor G. leyó de forma literal su Memoria al menos durante los primeros doce minutos y posteriormente algún momento más, hasta que siete minutos después fue reprochado por ello por el Tribunal y en que otro de los partícipes invirtió en su examen un tiempo de cuarenta y siete minutos, siendo así que las bases de las pruebas establecían que el primer ejercicio consistiese en la exposición oral y personal de una Memoria en el plazo máximo de media hora, no pudiendo los opositores hacer una lectura literal de la misma.

La Sala de primera instancia ha considerado que al permitir las actuaciones indicadas, no solamente no se guardó el obligado acatamiento a las bases de la convocatoria, sino que además clara y manifiestamente se faltó al principio de igualdad de las condiciones objetivas a que debía estar sometida la actuación de los partícipes en las pruebas, al haberse permitido a uno de ellos un exceso de tiempo en su intervención superior en más del 50 por 100 del fijado en las bases y a otro una forma de exposición distinta a la prevista, durante un tiempo también claramente sustancial respecto al total concedido de media hora.

La Sala de primera instancia ha calificado el caso acudiendo a uno de los supuestos de nulidad de pleno derecho descritos en el artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo el de prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Habida cuenta de los términos radicales a que el precepto citado remite la causa de nulidad de pleno derecho, consideramos que resulta excesiva su aplicación a unas pruebas en las que sin duda se han cometido irregularidades sustanciales, pero en las que la esencia del procedimiento regulado en las Bases aparece perfectamente reconocible, lo que imposibilita que admitamos la tesis de que la Administración haya prescindido total y absolutamente de él. Por eso, más que el artículo 47.1.c), el precepto aplicable al caso es el regulador de la anulabilidad consistente en que “el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin” (art. 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo), porque teniendo por finalidad el expediente de selección garantizar el derecho a acceder en condiciones de igualdad a la plaza de Médico Neurólogo convocada, garantizando su dotación conforme a los principios de méritos y capacidad (arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución) la consecución de esta finalidad se dificulta objetivamente si, apartándose el Tribunal de la estricta forma preestablecida para que los aspirantes acrediten sus conocimientos con igualdad de oportunidades, les permite a alguno de ellos formas o tiempos de exposición sustancialmente peculiares, que pongan en duda la garantía plena de aquella predicada igualdad.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 28 octubre 1996.*)

### *7. Infracción de los principios de igualdad, mérito y capacidad por Tribunal calificador que exige menos aciertos para superar un ejercicio a los aspirantes de promoción interna que a los de turno libre.*

«Por Orden 11 septiembre 1989, del Departamento de Presidencia y Relaciones institucionales de la Diputación General de Aragón, se convocaron pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo Ejecutivo de la Administración de la Comunidad Autónoma (Ejecutivos de Bibliotecas), anunciándose un total de nueve plazas (Grupo C), de las cuales cinco eran para turno libre y cuatro para promoción interna, si bien se preveía que las vacantes de promoción interna no cubiertas se acumularían a las del turno libre.

Las pruebas selectivas constaban de cuatro ejercicios, estando los aspirantes de promoción interna exentos del primero y de parte del segundo y señalando la

Base 2.4 que “el tercer ejercicio consistirá en la realización un test cultural que permita valorar los conocimientos relativos a los fondos y materiales existentes en la Biblioteca pública y en la ordenación de un grupo de fichas de catálogo alfabético y otro del catálogo sistemático”.

A su vez, la calificación del tercer ejercicio venía regulada en la Base 8.4, a tenor de la cual, “el tercer ejercicio se calificará, para los aspirantes del procedimiento general de 0 a 20 puntos, y para los de promoción interna de 0 a 30 puntos, siendo necesario para aprobarlo obtener como mínimo el 50 por 100 de estas puntuaciones, en cada caso, y no haber sido calificado con 0 puntos en ninguna de las dos partes del ejercicio”.

Finalmente, la Base 6.5 facultaba al Tribunal juzgador de las pruebas selectivas para resolver las cuestiones derivadas de la aplicación de las bases.

En sesión celebrada el día 14 de febrero de 1990, inmediatamente antes de la celebración del tercer ejercicio, el Tribunal estableció que el número mínimo de aciertos para no quedar eliminado en el test cultural sería de 30 sobre 60 en el turno libre, y de 20 sobre 60 para la promoción interna. De este modo, a pesar de ser dicho ejercicio idéntico para todos los aspirantes, y realizarse simultáneamente por unos y otros, se determinó que los aspirantes de turno libre que acertasen menos de treinta preguntas serían evaluados con un cero, mientras que para los del turno de promoción interna la calificación de “cero” y la consiguiente eliminación sólo procedería en caso de acertar menos de veinte respuestas.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo por uno de los aspirantes de turno libre contra las calificaciones del tercer ejercicio, la Sala de instancia concluyó que ese trato diferenciado infringía los principios de igualdad, mérito y capacidad establecidos en los artículos 23.2 y 103.3 CE, por lo que, con estimación parcial del recurso, anuló el Acuerdo 14 febrero 1990 del Tribunal calificador, ordenando la reposición del proceso selectivo al momento de adoptar criterio en cuanto al nivel mínimo para declarar la aptitud en cada parte del tercer ejercicio, y declarando que el nivel en dicho ejercicio debería ser absolutamente igual para los aspirantes de ambos turnos.

Las razones sobre las que la parte apelante discrepa de la decisión judicial de la Sala de primera instancia no alcanzan a desvirtuar la acertada argumentación en la que ésta se funda.

Se nos dice, en primer lugar, que las situaciones de ambas categorías de concurrentes justifican una diferencia de trato, puesta de manifiesto en la circunstancia de que a los de promoción interna se les eximía de la primera prueba y de parte de la segunda. No discutido ni impugnado este extremo, resulta, sin embargo, plenamente ajustada a derecho la delimitación de la identidad de circunstancias que concurren para ambos grupos de participantes en la prueba del test cultural, de modo que no se vislumbra elemento objetivo alguno de diferenciación que permita aceptar la constitucionalidad de la distinta valoración de la misma, según se haya realizado por unos u otros, en orden a la posibilidad de ser eliminados.

Por otra parte, la invocación del artículo 20 del Decreto 70/1987, de 9 junio, de la Diputación General de Aragón, a cuyo tenor los ejercicios de la fase de oposición, en el caso de pruebas selectivas para el ascenso por el sistema de promoción interna “serán similares en contenido y exigencia a los que deban superar los candidatos del procedimiento general, si bien podrá eximirse a los de promoción interna de alguno de aquéllos, en atención a la formación ya acreditada por la pertenencia a otro Cuerpo”, no avala la tesis patrocinada por la parte apelada, en primer lugar, porque el precepto se refiere solamente a la exención de determinadas pruebas, no a su diferente valoración en cuanto al mínimo exigido para superarlas, una vez que se establece la participación en ellas tanto de los del turno libre como de los del restringido y, en segundo lugar, porque, como hemos señalado con anterioridad, no se ha aportado elemento alguno que explique que la previa pertenencia al Cuerpo permita la mencionada diferencia de valoración, cuando es así que impuesta obligatoriamente la práctica de la prueba, ello acredita que la Administración no da por su-

puesto que en cuanto a la materia sobre la que versa deba presumirse la suficiente capacidad de los partícipes en el turno de promoción interna, que por eso, para evitar ser eliminados, deben ponerse en pie de igualdad con el resto de los concursantes, sin perjuicio de la ventaja material que pueda implicar para aquéllos los eventuales conocimientos que hubieren podido adquirir con anterioridad, en razón de los servicios previos prestados en el ejercicio de la función pública.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 4 noviembre 1996.*)

8. *Profesores de Enseñanza Secundaria. Legalidad RD 1774/1994, que regula los concursos de traslado de quienes han adquirido la condición de Catedráticos en virtud de la DA 10.ª LOGSE.*

«El presente proceso tiene como objeto la impugnación del RD 1774/1994, por el que se regulan los Concursos de traslados de ámbito nacional para la provisión de plazas correspondientes a cuerpos docentes que imparten las enseñanzas establecidas en la Ley Orgánica General del Sistema Educativo. Interponen el recurso varios funcionarios del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, creado por la Disposición Adicional 10.ª de la Ley Orgánica 1/1990, que han adquirido la condición de catedráticos.

La impugnación se plantea con un doble objetivo: el Decreto en su totalidad y la Disposición Adicional 4.ª del mismo.

La fundamentación del recurso en cuanto a la totalidad del Real Decreto alude a la inseguridad jurídica derivada de la técnica utilizada en la elaboración de la norma, buscando apoyo para sostener tal tesis en determinados pasajes críticos del informe del Consejo de Estado.

A ese planteamiento opone el Abogado del Estado, que el informe del Consejo de Estado, en las observaciones críticas argüidas de contrario, manifiesta reiteradamente (cita el Abogado del Estado los concretos pasajes en que así se hace) que sus observaciones sobre el particular no son de legalidad sino de técnica jurídica; que la jurisdicción contencioso-administrativa no es Juez del mayor acierto u oportunidad de las normas ni de su perfección técnica; que en definitiva no se concreta ninguna infracción del ordenamiento jurídico achacable a los preceptos del Real Decreto, sino que se trata de un lamento de la parte por no haberse seguido la técnica normativa que los recurrentes consideran preferible; y que la pretensión al respecto es ajena a la competencia del Tribunal.

Expuestos los términos del litigio en cuanto a la impugnación del Real Decreto en su totalidad, se impone su rechazo, debiéndose aceptar al respecto, el planteamiento del Abogado del Estado, con el solo matiz de que la pretensión impugnatoria no es ajena a la competencia del Tribunal, pues se pide la anulación del Real Decreto, independientemente de que el fundamento de aquélla no pueda ser aceptado por las propias razones alegadas por el Abogado del Estado.

La alegación de inseguridad jurídica que, en su caso, podría reclamar como vulneración jurídica la del artículo 9.3 CE (lo que sería un nuevo matiz de reserva respecto de la tesis del Abogado del Estado de que no se alega de contrario ninguna infracción del ordenamiento jurídico) es rechazable por su excesiva vaguedad, pues se trata simplemente de un juicio de valor difuso, en el que no se precisan, cual sería inexcusable, los elementos de inseguridad que achaca al Real Decreto.

Como única manifestación atendible del global reproche de inseguridad, se alude en el segundo de los contenidos de la impugnación a la que provoca la Disposición Adicional Cuarta, alegación a la que se dará respuesta al examinar la impugnación de ésta.

Debemos, pues, desestimar la impugnación global del Real Decreto.



El segundo de los contenidos de la impugnación, como ya se ha adelantado, se refiere a la de la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup>.1, apartado *b*), inciso final, del Real Decreto.

Se imputa al precepto impugnado que "la redacción contenida en el último párrafo, al establecer una reserva de derechos, sin delimitar el alcance y concreción de los mismos, puede lesionar los derechos de mis presentados (*sic*) que se encuentran en idéntica situación administrativa que la de los funcionarios a los que se refiere dicha disposición pero que se ven injustamente preteridos en la misma"; que la norma "no puede hacer distingo entre funcionarios que se encuentran en la misma situación administrativa con la única excepción de que la condición de catedrático la adquieran en uno u otro momento"; y que "ello supone dejar al albar de la Administración educativa posibles interpretaciones en desarrollo de esta norma, como de ello ya se ha venido haciendo (*sic*), consistente en que los que adquirieron la condición por pertenecer en su día al extinto Cuerpo de Catedráticos tengan mejor derecho a ocupar una vacante o prioridad en las elecciones de cursos referidos a otros aspectos en los que se establezcan prioridades por el mero hecho de haber adquirido la 'condición de catedráticos' mediante un procedimiento distinto"; que no existe ninguna razón de diferente trato entre unos y otros titulares de la "condición de catedrático", por el diferente procedimiento de adquisición de la misma: Adicional décima, punto 5, o Adicional decimosexta de la LOGSE, y que la distinción, tal y como viene establecida, es contraria a lo dispuesto en esta Ley y en el artículo 14 CE, en relación con el artículo 9.3 CE.

El Abogado del Estado, por su parte, sale al paso del planteamiento igualatorio, propuesto de contrario, alegando, en síntesis, la amplitud del margen del legislador y del Gobierno al ordenar las estructuras administrativas, sin riesgo de discriminación, con cita de las Sentencias del Tribunal Constitucional 7/1984 (RTC 1984, 7), 68/1989 (RTC 1989, 68), 77/1990 (RTC 1990, 77), 48/1992 (RTC 1992, 48) y 293/1993 (RTC 1993, 293); aduciendo que la Disposición Adicional Cuarta, impugnada, busca dar solución a supuestos límite en los que es forzoso suministrar criterios de preferencia; que el respeto de los derechos correspondientes a los Catedráticos que hubieran accedido a plaza con anterioridad a la entrada en vigor de la LOGSE no supone ninguna injustificada discriminación, pues se trata de posiciones o estructuras jurídicas inicialmente diferentes y homogeneizadas por el legislador con un objetivo bien preciso: la creación del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria (Disposición Adicional Décima de la Ley 1/1990); y que el criterio de preferencia establecido en la norma impugnada aparece, de este modo, como objetivo y general, no nacido del favoritismo o voluntarismo arbitrario del legislador y se ajusta plenamente al orden constitucional.

Centrada así la cuestión, debemos rechazar la tesis de los recurrentes, negando, por las razones que siguen, la existencia de las vulneraciones que aducen.

Tienen éstas una triple referencia: *a*) las disposiciones adicionales de la LOGSE aludidas (Adicional Décima, punto 5 y Adicional Decimosexta); *b*) el artículo 14 CE; y *c*) el artículo 9.3 CE.

En cuanto a la pretendida oposición entre las adicionales de la LOGSE referidas y la Adicional 4.<sup>a</sup>.1.*b*), inciso final, del Real Decreto impugnado, se trata de una mera afirmación no razonada de los recurrentes, sin que se alcance a comprender en dónde pueda encontrarse el elemento de contradicción.

En sentido estrictamente lógico es perfectamente compatible con las normas legales que regulan el diferente acceso a la condición de catedráticos, la existencia de una norma reglamentaria, como la recurrida, que nada tiene que ver con la definición de la condición, ni los medios de acceso a ella, sino que establecer una preferencia en razón de circunstancias individuales de determinados titulares de la citada condición a la hora de determinar los afectados por la posible pérdida provisional o definitiva del destino.

El que esa preferencia pueda ser legalmente adecuada o no, podrá tener que ver con la aplicación de los preceptos constitucionales que la parte invoca; pero en modo alguno con el sentido de las adicionales de la LOGSE aludidas.

En cuanto a la alegada discriminación, vedada por el artículo 14, se basa en una previa simplificación de los recurrentes, que debemos rechazar.

Se parte del dato de que es la "condición de catedrático" el elemento determinante de la preferencia impugnada, y que dentro de ella se establecen distinciones en razón del procedimiento por el que se obtuvo tal condición. Mas ese dato de partida no sólo no es aceptable, sino que además lo tenemos expresamente rechazado en precedente sentencia, en la que por otros recurrentes (en aquella ocasión la Asociación de Catedráticos de Bachillerato —ANCABA— Rec. 762/1994) se recurrió la misma disposición ahora impugnada, siendo rechazado el recurso por nuestra Sentencia de 24 noviembre 1994 (RJ 1995, 8634).

Ante la pretensión de la asociación recurrente en aquella ocasión de que la disposición adicional impugnada (la misma que lo es ahora) debía incluir como criterio de preferencia el de la condición de catedrático y la antigüedad en ella, no incluido en la norma a juicio de los recurrentes, se decía entonces y debe reiterarse aquí:

*"La omisión de ese criterio entra en colisión, a juicio de la recurrente, en las Disposiciones Adicionales de la LOGSE que antes se indicaran (Disps. Adics. 9.º.4, 10.º.5 y 16.º.3), con el artículo 9.3 CE y la jurisprudencia sobre derechos adquiridos de los funcionarios.*

*La impugnación no es aceptable, debiendo compartir la Sala sobre el particular la tesis de oposición del Abogado del Estado.*

*La clave de la cuestión radica en si de las Disposiciones Adicionales de la LOGSE invocadas y en la tesitura de decidir quién deba ser el afectado por la pérdida provisional o definitiva del destino que se venía desempeñando, se deduce la necesidad de que la condición de catedrático, creada en la LOGSE, como una especial cualificación de entre los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, deba operar como criterio de preferencia.*

*El significado de esa condición, que la Disposición Adicional Décima. 5 reconoce como adquirida por los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Catedráticos de Bachillerato, según lo previsto en la Disposición Adicional 16.º.3 in fine de la LOGSE, no es otro que el de 'un mérito docente específico'. Como tal mérito está previsto entre los de necesaria consideración en los baremos de méritos de los concursos de traslado de ámbito nacional, a las que se refiere la Disposición Novena. 4 de la LOGSE.*

*Pero no hay nada en las Disposiciones Adicionales referidas, que regule la pérdida provisional o definitiva de destinos, ni esta situación es equiparable a la de provisión de éstos mediante el concurso público anual, ni existe ninguna necesidad lógica, para que la situación de pérdida del destino y la selección del afectado deba ser una situación a resolver en función de méritos; consecuentemente, si tal situación no está regulada en esas disposiciones, mal puede entrar en colisión con ellas la del Real Decreto impugnado, ni, excluida esa colisión, puede entrar en juego el artículo 9.3 CE, referencia que ha de entenderse alude a la infracción del principio de jerarquía normativa."*

Y ante la alegación de discriminación entre antiguos catedráticos de bachillerato, según la época de la adquisición de la actual "condición de catedráticos", decíamos, y reproducimos aquí:

*"Está claro que lo que ésta pretende [y en tal intento se unifican los efectos de la crítica de los dos aspectos de la disp. adic. 4.º.1.b) del RD] es convertir la condición de catedrático en una cualificación subjetiva, que va más allá de su consideración como mérito docente, y que pretende opere a otros efectos orgánicos, y en concreto como criterio de preferencia para evitar la pérdida de destinos, frente a otros profesores de enseñanza secundaria. Desde esa perspectiva puramente subjetiva, y ya con referencia a la impugnación del párrafo final, la tesis de la recurrente implica prescindir de la consideración concreta de la plaza, como elemento clave del precepto, pues la reserva de derechos adquiridos, que en él se establece, despliega su eficacia sólo en relación a ciertas*

plazas, para sostener que la sola condición de catedrático, de carácter subjetivo, debe determinar una situación preferencial frente a la eventual pérdida de destino en cualquier plaza.

*Es sólo desde esta inadecuada perspectiva, que supone una autoatribución de derecho por parte de la recurrente, carente de fundamentación normativa, como puede decirse que (F. IV.B de demanda) 'con respecto a la salvaguarda de los derechos que correspondan a los funcionarios con la condición de catedrático siempre que hubieran accedido a su plaza con anterioridad a la LOGSE, hay que precisar que incurre en manifiesta contradicción, puesto que la condición de catedrático es una creación de la LOGSE, luego no hay ningún derecho adquirido a conservar para los funcionarios que han adquirido la condición de catedrático con posterioridad a la LOGSE', y que 'los únicos funcionarios con derechos adquiridos a conservar son los antiguos Catedráticos de Bachillerato'.*

*Sólo prescindiendo del dato de la concreta plaza, en relación con la cual se produce la salvaguarda de derechos adquiridos, puede explicarse el artificioso e inexacto planteamiento de la parte. La consideración del precepto en sus propios términos explica su lógica interna, sin ningún género de contradicción, y la inexistencia de trato discriminatorio alguno en él. El que a los antiguos Catedráticos de Bachillerato (que son los indudables destinatarios de la salvaguarda de derechos contenida en el precepto), no se les aluda en la norma por esa calificación, sino por la nueva adquirida (ex Disp. Adic. Novena.5 de la LOGSE) de 'funcionarios con la condición de catedráticos', es perfectamente explicable, si se advierte que se trata de regular una hipotética situación futura, y en esas condiciones nada tiene de particular que los beneficiarios de la salvaguarda de derecho sean designados por su nueva condición, y no por la antigua. Pero el contenido de los derechos que se salvaguardan es el de los que tenían aquellos a la concreta plaza que ocupan ('en el supuesto de que hubieran accedido a la plaza con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo'), derechos que naturalmente se debieron adquirir antes y no después de la nueva normativa. Y si se adquirieron antes, lo fue en tanto que Catedráticos de Bachillerato.*

*Resulta así, como precisa el Abogado del Estado, que los derechos que se salvaguardan son los que los antiguos Catedráticos adquirieron antes de la LOGSE en cuanto a la plaza, que siguen ocupando después de la vigencia de ésta, aunque la ocupen en ese nuevo marco legal con la nueva 'condición de catedráticos'. Naturalmente la norma no establece un derecho de preferencia de los antiguos Catedráticos de Bachillerato, en su nueva 'condición de catedráticos' dentro del 'Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria', relacionado con cualquier tipo de plazas ocupadas; esto es, tanto de las ocupadas en el pasado y mantenidas en el presente, como las ocupadas con posterioridad a la LOGSE, ya a partir de la condición de Profesores de Enseñanza Secundaria, y no de la de Catedráticos de Bachillerato, extinguida. Pero que la norma no tenga la amplitud que la recurrente desearía, no implica que en sí misma introduzca ningún género de discriminación."*

No se trata, pues, de que dentro de los titulares de una misma condición, ésta opere para atribuir a unos una preferencia que niega a otros, sino que la preferencia tiene más bien el sentido de una especie de garantía de un derecho adquirido antes de la entrada en vigor de la LOGSE, por los antiguos catedráticos, y relacionado con unas concretas plazas.

Sobre esa base, es claro que el término de comparación propuesto por los recurrentes es inidóneo, pues se distorsiona la función del elemento en torno al que se propone la comparación: la "condición de catedrático", cuando no es ese elemento la clave de la norma de preferencia, sino la titularidad de la plaza antes de la LOGSE, y en tal sentido las situaciones comparadas son desiguales, por lo que no existe ningún obstáculo para que su tratamiento en el Real Decreto sea diferente, pues en un caso existe un derecho adquirido ante la ley, que no se da en el otro.

Adviértase, como se indicó en la precedente sentencia, que si los miembros del

extinguido Cuerpo de Catedráticos de Bachillerato, que desde la LOGSE tiene la nueva "condición de catedráticos", no siguen ocupando la misma plaza que ocupaban cuando entró en vigor la LOGSE, en la hipótesis regulada en la Disposición Transitoria 4.ª del Real Decreto, se encontrarán en idéntica situación que el resto de los titulares de la misma condición.

Debe, pues, rechazarse la alegada vulneración de artículo 14 CE.

Y la misma suerte adversa merece la alegada vulneración del artículo 9.3 CE, que se alega por la parte de modo harto vago, pues ni tan siquiera se concreta cuál de sus contenidos pueda ser, en su caso, el concernido.

Es especialmente rechazable la alegación, transcrita antes, acerca de la inseguridad jurídica provocada por el precepto, por la falta de delimitación de su alcance e inconcreción, pues la lectura del mismo evidencia la absoluta precisión del mismo. La propia conducta procesal de los recurrentes que ven en el precepto un trato discriminatorio para ellos, evidencia que el precepto no adolece de la inconcreción que, inexplicablemente, le achacan, sino que es perfectamente preciso, aunque ellos lo consideren lesivo a su situación jurídica.

Por lo demás las alusiones en esa misma alegación a interpretaciones de la Administración sobre preferencias para ocupar vacantes, prioridad en las elecciones de cursos, etc., nada tienen que ver con el objeto del proceso.

Debe, pues, rechazarse la impugnación de la Disposición Adicional 4.ª del Real Decreto recurrido y por ende el recurso todo.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 14 noviembre 1996.*)

### 9. *Artículo 23.2 CE. Vulneración del derecho al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad por convocatoria de la Generalidad Valenciana que otorga más puntuación a los servicios prestados en la Administración regional que a los prestados en otras Administraciones públicas.*

«Por Orden 23 mayo 1991, de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, se convocó un concurso oposición para la provisión de diversos puestos de trabajo de Veterinarios de área, dependientes del Servicio Valenciano de Salud.

La Base 7.ª establecía el sistema de desarrollo de las pruebas selectivas y los criterios de calificación correspondientes, señalando que a los aspirantes que hubieran superado la fase de oposición les serían valorados —en fase de concurso— entre otros méritos: A) Servicios prestados en Servicios Regionales de Salud como Veterinario, alcanzándose la puntuación máxima con una prestación de dos años, y valorándose por cada mes 022 hasta un máximo de 52. B) Servicios prestados en el resto de la Administración Sanitaria como Veterinario, siendo el valor de un mes 005 hasta un máximo de 48.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo por el cauce especial de la Ley 62/1978 contra esta convocatoria, impugnando diversos aspectos de la misma, la Sala de primera instancia estimó parcialmente el recurso, rechazando las argumentaciones de los demandantes, salvo en lo relativo a la diferente valoración asignada a los servicios previos prestados para la Administración como veterinario.

La sentencia apelada considera discriminatoria la diferencia, porque entiende que es de difícil comprensión que se valore de forma tan desigual a quienes reúnen, *a priori*, condiciones objetivas semejantes, al ser todos ellos veterinarios contratados por una Administración Pública.

Por su parte, la Administración apelante argumenta, en contra de la citada tesis, que en realidad no se valoraban preferentemente los servicios prestados en el Servicio Valenciano de Salud, sino en los regionales de cualquier Comunidad Autónoma

y que es razonable y objetiva la diferente puntuación asignada, ya que lo que se trata de calificar es la experiencia previa en puestos de trabajo similares y que está claro que no en todos los puestos de trabajo de veterinarios al servicio de la Salud Pública se desempeñan cometidos profesionales similares.

El razonamiento no tiene entidad suficiente para enervar el que constituye fundamento de la sentencia impugnada, porque aun aceptando el sentido amplio que da la Administración a la expresión Servicios Regionales de Salud utilizada en el baremo, de todas formas los únicos elementos identificadores de una específica valoración de la experiencia previa continúan siendo la cualidad profesional de Veterinario y la prestación de servicios en tal concepto a una Administración Pública, sin que aparezca circunstancia alguna que permita una cualificación diferenciada, según la Administración a la que se haya servido, porque admitiendo, por supuesto, que no todos los puestos de trabajo a servir por Veterinarios tienen funciones asimilables, sin embargo lo que de ningún modo resulta probado es que la línea divisoria de las diversidades funcionales discurra por donde la ha trazado la cláusula del baremo impugnada, con relevancia bastante para justificar el distinto trato dado a la experiencia previa, según haya tenido lugar en una o en otra Administración.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 23 diciembre 1996.*)

### III. DERECHOS

1. *Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas. Legalidad del Reglamento aprobado por RD 1494/1991, de 11 octubre. Como señaló la STC 7/1984, la igualdad o desigualdad entre cuerpos de funcionarios, y en general entre estructuras que son creación del Derecho, es resultado de la definición que éste haga de ellos, es decir, de su configuración jurídica. «No hay norma jurídica alguna, ni siquiera el artículo 14 de la Constitución, en virtud de la cual todas las categorías de funcionarios con igual titulación hayan de tener asignado un mismo coeficiente multiplicador, porque la unidad de título, por sí sola, no asegura la identidad de circunstancias ni es el único elemento que el legislador puede tomar en consideración.»*

«El objeto del recurso se centra en determinar la conformidad al ordenamiento jurídico del apartado dos del artículo 3 del Real Decreto 1494/1991, de 11 octubre, que aprueba el Reglamento General de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, así como el artículo 9.a) del citado Texto Legal, relativo a los criterios para determinar las indemnizaciones por razón del servicio e indemnizaciones por razón de residencia. En concreto los recurrentes, todos ellos Suboficiales del Ejército del Aire, con empleos de Brigadas, Sargentos Primeros y Sargentos, solicitan la inclusión en la clasificación, a efectos de retribuciones básicas, en el Grupo "B", de los relacionados en el precepto impugnado, modificándose así su clasificación en el Grupo "C" que realiza dicha norma reglamentaria.

La pretensión del recurso que nos ocupa es la misma que fue objeto de estudio en los recursos 7461/1991 y 7032/1992, que fueron resueltos en las Sentencias de 7 y 8 febrero 1994 (RJ 1994, 985, 986 y 987). Dichos recursos trataron sustancialmente los mismos razonamientos que ahora se discuten.

Conviene dejar precisado que el artículo 3.2 del Reglamento cuestionado de 1991 es prácticamente coincidente con el texto del artículo 3.2 del Real Decreto 359/1989, de 7 abril, sobre cuya acomodación a Derecho se ha pronunciado reiteradamente esta Sala (SSTS 3.ª, Sección 7, 25 noviembre 1991 [RJ 1991, 8829] y 19 abril 1993 [RJ 1993, 2845]), teniendo en cuenta sobre todo la cobertura que a la norma regla-

mentaria citada le dispensa la Ley 37/1988, de 28 diciembre, de Presupuestos del Estado para 1989, la cual "autoriza al Gobierno para adecuar el sistema retributivo de los miembros de las Fuerzas Armadas al de los funcionarios civiles de la Administración del Estado incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 agosto, adaptándolo a la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, las peculiaridades de la carrera militar y la singularidad de los cometidos que tienen asignados" (Disp. Final 2.<sup>ª</sup>).

Sin embargo, a diferencia del Real Decreto 359/1989, la cobertura habilitante del Real Decreto 1494/1991, en el texto recurrido, le viene dada de modo inmediato y directo por el segundo párrafo de la disposición final tercera de la Ley 17/1989, de 19 julio, sobre Régimen del Personal Militar Profesional, la cual contiene un primer párrafo de contenido semejante a la transcrita de la Ley 37/1988.

El precepto cuestionado, pues, aunque reproducido en la norma reglamentaria objeto de impugnación tiene asiento formal explícito, en su estricta literalidad, en una Ley, por lo que su enjuiciamiento en esta sede jurisdiccional extravasaría los límites competenciales de la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo la hipótesis de planteamiento, en su caso, de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Esta hipótesis queda descartada, tanto en la concreta mención del artículo 3.2 del Reglamento como en lo que concierne al artículo 9 sobre régimen de indemnizaciones, también impugnado, dada la correlación existente entre las clasificaciones de grupos de uno y otro precepto. A mayor abundamiento, las razones expuestas en las sentencias de esta Sala anteriormente reseñadas, aunque referidas al Real Decreto 359/1989, son perfectamente trasladables al Real Decreto 1494/1991 en sus textos coincidentes.

De todos modos, es punto de partida obligado al enfrentarse con la globalidad de las cuestiones planteadas por los demandantes, el tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional que, desde la STC 7/1984 (RTC 1984, 7) ha venido sosteniendo que la igualdad o desigualdad entre Cuerpos de funcionarios y, en general, entre estructuras que son creación de Derecho, es resultado de la definición que éste haga de ellas, es decir, de su configuración jurídica. En suma, la simple constatación de la diferencia retributiva entre dos Cuerpos no puede servir de fundamento suficiente para la reclamación fundada en el artículo 14 de la CE, ya que no hay norma jurídica alguna, ni siquiera el artículo 14 de la Constitución, en virtud de la cual todas las categorías de funcionarios con igual titulación hayan de tener asignado un mismo coeficiente multiplicador, porque la unidad del título, por sí sola, no asegura la identidad de circunstancias ni es el único elemento que el legislador puede tomar en consideración. De manera que tampoco basta con que las tareas asignadas a dos Cuerpos distintos sean reglamentariamente definidas en términos análogos o casi idénticos, ya que es obvio que esa definición se hará siempre por referencia a las estructuras administrativas en que dichos funcionarios se inserten (STC 77/1990, de 26 abril [RTC 1990, 77], F. 3.<sup>ª</sup>).

De otra parte, es un postulado inherente a las potestades de autoorganización de la Administración que el funcionario que ingresa a su servicio 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 [STC 99/1987, de 11 junio (RTC 1987, 99), F. 6.<sup>ª</sup>a)].

Las argumentaciones de los demandantes, si bien con invocación del artículo 25 de la Ley 30/1984, no tratan de justificar por sí mismas el derecho a la inserción en el Grupo B de la clasificación, basándose en la posesión de los títulos idénticos o equivalentes a los relacionados en dicho precepto, sino que están exclusivamente conectadas a la comparación con los Subtenientes, invocando para ello la equiparación que han venido manteniendo en titulación profesional de origen, así como en retribuciones básicas, funciones y responsabilidades.

Salvo la mera referencia a las disposiciones legales que rigen el régimen estatutario del empleo de Subteniente, dentro de la Escala de Suboficiales, los demandantes no han aportado elementos de conocimiento de base real y actual, de donde pudiera inferirse la efectiva concurrencia de los factores de identidad invocados. Por el contrario, la sola referencia legislativa no corrobora la supuesta identidad o al menos no se traduce en el régimen retributivo, que ha estado marcado desde su origen por una clara diferenciación tanto en sueldos como en complementos (v. gr., Ley 113/1966, de 28 diciembre), sólo alterado, en parte, por la unificación del coeficiente multiplicador para ambos empleos (Subteniente y Brigada) durante el período en que dicho sistema estuvo vigente pero manteniendo siempre una neta diferenciación global de retribuciones, indicativa de la distinta valoración funcional reconocida al empleo de Subteniente respecto al empleo de Brigada, incluidas las indemnizaciones por residencia.

Tanto la disposición final 2.ª de la Ley 37/1988, cuya exégesis ha originado una nutrida jurisprudencia a través del Real Decreto 359/1989, como la disposición final 3.ª de la Ley 17/1989, a la que se incardina el Real Decreto 1494/1991 aquí cuestionado, contienen la autorización al Gobierno para adecuar el sistema retributivo de los miembros de las Fuerzas Armadas al de los funcionarios civiles de la Administración del Estado incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 agosto. Tal adecuación, por el propio significado intrínseco del vocablo, excluye una mimética reproducción, lo que sería tal vez inviable por la heterogeneidad de los respectivos roles académicos y profesionales de acceso y promoción o, en otro caso, superfluo, en cuanto bastaría remitirse a la Ley matriz. Es claro, pues, como hemos repetido en numerosas sentencias que la citada adecuación comporta una modalidad de aplicación singularizada para el personal de las Fuerzas Armadas que, al referirse genéricamente al sistema retributivo, concierne lo mismo a la adaptación de las retribuciones básicas que a todos los demás complementos retributivos y tienen señalados, como objetivo y límite, tres conceptos jurídicos indeterminados: la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, las peculiaridades de la carrera militar y la singularidad de los cometidos que tienen asignados los diferentes grupos de funcionarios. Cada uno de los tres factores mencionados puede ser relevante para diferenciar el grupo de clasificación asignado respectivamente a los Subtenientes y Brigadas, que no necesariamente tienen que estar integrados en un solo Grupo (tampoco tendría que ser forzosamente el "B"), basándose en la supeditación al criterio establecido para Oficiales Generales Jefes y Oficiales que se integran todos en el Grupo A.

Finalmente, la alegada infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española, consistente en que la aplicación del precepto que se recurre en los términos de su contenido supondría la no tutela de los derechos de los recurrentes, que se verían sujetos a una discriminación con respecto a los Suboficiales mayores y Subtenientes, carece de sentido y ha de rechazarse de plano, ya que lo que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución es el libre acceso de los ciudadanos a los Tribunales competentes para decidir su reclamación sin obstáculo alguno en cuanto a los medios de defensa de sus intereses, como es evidente que ocurre con la presente resolución jurisdiccional por lo que es claro que no ha sufrido lesión el citado precepto constitucional.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 15 julio 1996.)

2. *Profesores. Consejo de Centro. El sistema de representación indirecta a través de representantes es un sistema tan democrático y participativo como el de la elección directa.*

«El inciso c) del apartado 4.º del artículo 7 del Real Decreto impugnado establece "c) entre cuatro y ocho consejeros elegidos por representantes de los centros pú-

blicos y privados concertados, adscritos al mismo de acuerdo con las normas que se establezcan". Dejando a un lado el desarrollo reglamentario alegado por la parte, mediante OM de Educación y Ciencia de 28 abril 1992, que es materia objeto del recurso que contra dicha Orden se sigue ante la Audiencia Nacional, el actual recurso contencioso-administrativo se fundamenta por el recurrente en base a que el inciso c) del apartado 4.º del artículo 7 cercena el derecho a la participación democrática directa del profesorado para elegir a sus representantes en los Centros de Profesores y a la gestión democrática y participativa en los mismos, considerando que dicho inciso contradice el preámbulo del mismo Real Decreto que pretende fortalecer la estructura de los Centros de Profesores, con una gestión democrática y participativa en los mismos.

La tesis sostenida por la parte demandante, no puede ser aceptada por la Sala en cuanto se trata de una simple opinión subjetiva, respetable pero injustificada, dado que no explica por qué infringe el ordenamiento jurídico que alega, dado que el sistema de representación indirecta, a través de representantes, en nada entorpece ni dificulta la gestión democrática y participativa de los profesores, sistema tan democrático y participativo como el de elección directa, como lo demuestra que en nuestro sistema electoral, la elección de alcaldes y presidentes de Diputación se hace también a través de elección indirecta en la que los electores eligen a los concejales y diputados, los cuales eligen luego al alcalde y presidente, con lo cual no existe la menor duda que el sistema de elección indirecta es tan democrático y representativo como el de elección a través de representantes y la mejor prueba de que el procedimiento fijado en el Real Decreto impugnado, es democrático y participativo, está en que el texto de dicho Real Decreto fue negociado por todas las organizaciones sindicales representativas integrantes de la mesa sectorial de negociación, es decir, fue aprobado democráticamente y mayoritariamente por todos los interesados que participaban en la aprobación del texto impugnado. Por todo lo expuesto y porque no alega el recurrente ningún motivo legal de nulidad del mismo, procede la desestimación del recurso que examinamos.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, 27 septiembre 1996.*)

3. *Haberes indebidamente dejados de percibir. El derecho al abono de intereses, conforme al artículo 921 LEC, no surge desde el momento en que debieron ser percibidos, sino desde que se dictó en primera instancia la sentencia condenatoria al pago de los haberes.*

«Habiendo sido condenada la Administración al abono de los haberes correspondientes al tiempo en que los recurrentes habían sido dados legalmente de baja en nómina, por razón de incompatibilidad, como Puericultores del Estado, el estricto problema que ahora hemos de resolver es determinar si los correspondientes intereses deben calcularse desde la fecha de la sentencia condenatoria, según criterio patrocinado por la Generalidad de Cataluña, o si, por el contrario, es correcta la tesis que ha establecido la Sala de primera instancia en el auto apelado, al ordenar que se computen teniendo en cuanta la fecha en que los recurrentes debieron percibir cada una de las mensualidades de sus haberes, incluidas las anteriores a la data de la sentencia.

La parte apelada ha alegado que la cuestión ya ha sido resuelta definitivamente por la propia Sala de Cataluña, en los Autos de 25 octubre 1988 y 29 septiembre 1990.

En ninguna de estas dos resoluciones judiciales encontramos, sin embargo, que el tema haya sido abordado. El Auto de 25 octubre 1988 se limitó a pronunciarse sobre la fecha a partir de la cual debía entenderse cumplido el requisito exigido por el



artículo 45 de la Ley General Presupuestaria para devengar intereses, punto sobre el que mantuvo el criterio de que los tres meses impuestos en el precepto, se contarían desde que por el órgano jurisdiccional intimase el cumplimiento de la sentencia a la Administración, pero sin hacer declaración específica sobre la cuestión que ahora se debate, acerca de la cual tampoco hallamos referencia expresa alguna en el segundo de los autos mencionados.

Por eso, para resolver definitivamente el tema, habremos de partir de las dos pizas básicas que han de servirnos de orientación en el litigio: por un lado, el fallo de la sentencia de cuya ejecución tratamos y, de otro, el precepto contenido en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil supuesto que las especialidades previstas para la Hacienda Pública en la Ley General Presupuestaria no plantean debate entre las partes interesadas.

En cuanto al primero de los elementos reseñados, es de observar que en el fallo de la sentencia a ejecutar no se contiene condena alguna al pago de interés, a título indemnizatorio, sino que lo único que dispone es la orden de abonar los haberes correspondientes, a partir de la fecha en que los recurrentes habían sido dados ilegalmente de baja en nómina, sin que, por tanto, sea factible fundar de manera directa e inmediata en la parte dispositiva de la sentencia compensación indemnizatoria alguna en concepto de intereses.

Una vez establecido lo anterior, resulta que el único título para la percepción de intereses que tienen a su favor los ejecutantes es el derivado del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que *ope legis* impone el devengo de intereses desde que la sentencia condenatoria al pago de una cantidad líquida fuese dictada en primera instancia hasta que sea totalmente ejecutada, si bien preservando las especialidades previstas para la Hacienda Pública, lo que determina la conclusión de que es ajustada a derecho la pretensión revocatoria del auto apelado patrocinada por la Generalidad de Cataluña.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 2 diciembre 1996.*)

#### IV. RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

*Relación de puestos de trabajo. Debe contener la indicación de las características esenciales de cada puesto de trabajo, sin que los actos de convocatoria de concurso para cubrir tales puestos puedan incorporar un contenido que debió estar y no estuvo en los Decretos aprobatorios de aquéllas.*

«La sentencia de la Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, estima el recurso interpuesto por la Confederación Sindical de la Comisión Obrera de Andalucía y anula el epígrafe "Descripción" del puesto de trabajo que figura en el anexo II de la Orden 5 agosto 1991 del Consejero de Gobernación por la que se convoca concurso de méritos para la provisión de puestos de trabajo en la Administración de la Junta de Andalucía. Las normas que sirven de base a tal pronunciamiento son: los artículos 15 [núm. 1.a) en particular] y 16 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, aquél en la redacción posterior a la modificación introducida por la Ley 23/1988, de 28 julio, destacando el carácter básico del artículo 16, ex artículo 1.3 de la Ley 30/1984, de 2 agosto; los artículos 4 [núm. 2.g) en especial], 6, 12 (sobre todo sus apartados 1, 3 y 4) y 19 de la Ley 6/1985, de 28 noviembre, de Ordenación de la Función Pública Andaluza; los artículos 1, 2 y 4 del Decreto 390/1986, de 10 diciembre, por el que se regula la elaboración de la relación de puestos de trabajo; y la Jurisprudencia que invoca, contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 marzo 1993 y en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 99/1987, de 11 junio (RTC 1987, 99). Además, la sentencia

—también estimatoria— del propio Tribunal, recaída en los Recursos acumulados números 1392/1990 y 2003/1990, por la que fueron anuladas las modificaciones de las relaciones de puestos de trabajo aprobadas por Decretos 13/1990, 73/1990, 74/1990 y 75/1990 del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, por no contener referencia a la descripción de los puestos de trabajo a que afectaban.

En aplicación del Ordenamiento Jurídico que acaba de ser expuesto, la sentencia contra la que la Junta de Andalucía ha interpuesto el presente recurso de casación en interés de ley, llega al pronunciamiento anulatorio a través de unas consideraciones que contienen estas tres principales razones: *a)* la descripción de cada puesto de trabajo o, lo que es lo mismo, de sus características esenciales, ha de estar incluida en cada relación de puestos de trabajo o sus modificaciones, y aprobada por el Consejo de Gobierno; *b)* la omisión de dicho requisito en ningún caso puede suplirse por la vía de las Ordenes de convocatoria de los distintos concursos, que por su naturaleza jurídica son actos administrativos (a diferencia de los Decretos de relaciones de puestos de trabajo, que la tienen reglamentaria) y no exigen aprobación por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma andaluza; *c)* como la Orden recurrida en el presente caso, a la vez que procede a la provisión de puestos de trabajo, realiza la descripción omitida en los primeros (es decir, los Decretos mencionados en el anterior Fundamento de Derecho) es patente su nulidad, pues la Consejería de Gobernación, en este caso, se ha excedido en sus competencias regulando por simple Orden —acto administrativo— aspectos reservados a Reglamento.

Lo que anula la sentencia —no estará de más reiterarlo— es sólo el epígrafe "descripción" de cada uno de los puestos de concurso convocados. Pues bien, la Junta de Andalucía, en el escrito de interposición de este recurso sostiene que la sentencia de instancia tergiversa la función de la relación de puestos de trabajo, la hace irreconocible en relación con la voluntad legislativa, la práctica administrativa y la jurisprudencia recaída, originando así disfunciones en el normal desenvolvimiento de la función pública. El núcleo de su tesis —y de la doctrina legal que concluye proponiendo— se puede resumir así: el error de la sentencia radica en que identifica las características esenciales que los artículos 15 y 16 de la Ley 30/1984 reclaman como contenido de las relaciones de puestos de trabajo con la "descripción de los puestos de trabajo ofrecidos", que es propio y específico de las bases de las convocatorias de los concursos, según se desprende de los artículos 9 y 15.2 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo, aprobado por Real Decreto 28/1990, de 15 enero. El significado de la expresión "características esenciales" es, según la recurrente, más limitado que el de "descripción de los puestos de trabajo", y, por ello, para satisfacer sus exigencias basta identificar un puesto de trabajo de manera que sea reconocible y diferenciable de otros. Dado el carácter normativo y ordinal del acuerdo aprobatorio de la relación de puestos de trabajo, concluye, implicaría una rigidez excesiva y contraria a la eficacia administrativa reclamar para su contenido el más descriptivo o divulgativo característico del acto administrativo, no normativo, que es la orden de convocatoria de los concursos. Por todo lo cual, pretende que se dicte sentencia por la que se declare que "la doctrina correcta es la que sostiene que la expresión características esenciales de los puestos utilizada en los artículos 15 y 16 de la Ley 30/1984 es un concepto distinto y más restringido que el de descripción de los puestos de trabajo recogida en el artículo 9 del Real Decreto 28/1990, de 15 enero, siendo ésta una descripción que, con carácter de acto administrativo, debe realizar la Administración al convocar un concurso en ejecución de las relaciones de puestos de trabajo y demás normas orgánicas o de régimen interior que sean de aplicación".

Si el recurso de casación en interés de la ley fuera un recurso autónomo, por completo desconectado de un proceso concreto y de las normas que han servido de fundamento a la sentencia que en ese proceso ha recaído, si estuviera inserto en nuestro sistema de lo contencioso-administrativo en búsqueda de un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la correcta interpretación en abstracto de una

norma, habría que coincidir con la posición que la recurrente ha mantenido en este recurso y con la doctrina que propone. Mas sucede que el recurso de casación en interés de la ley está siempre en función de un proceso anterior, en el que ha recaído una sentencia que el recurrente —únicamente el Abogado del Estado y las Entidades y Corporaciones a que se refiere el art. 102.b) de la Ley Jurisdiccional— estima gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada. Antes, pues, de seguir adelante, forzoso resulta detenerse para verificar el carácter erróneo o ajustado a Derecho de la sentencia impugnada, pues sólo en el caso de ser errónea procedería estimar el recurso y fijar en el fallo la doctrina legal. Digamos sin más preámbulos que la doctrina de la sentencia combatida es conforme con el ordenamiento jurídico y, paradójicamente, no es sustancialmente diferente de la que en este recurso, no así en el proceso seguido ante el Tribunal de Instancia, propone la Junta de Andalucía.

En efecto, lo que la sentencia del Tribunal de Andalucía dice es que la orden de convocatoria de un concurso de méritos no es el instrumento jurídico previsto en el Ordenamiento Jurídico de la Función Pública andaluza para determinar las características esenciales de los puestos de trabajo ofrecidos, pues tal función está reservada al decreto aprobatorio de las relaciones de puestos de trabajo y sus modificaciones. Por ello, considera tan contrario a Derecho que los decretos aprobatorios de las relaciones de puestos de trabajo omitan en absoluto tal indicación de las características esenciales —pues ello va contra lo previsto por los arts. 15 y 16 de la Ley 30/1984, y 12 de la Ley 6/1985 de Andalucía— como que los actos administrativos de convocatoria de concursos incorporen un contenido que debió estar, y no estuvo, en aquellos Decretos. Tal doctrina no es errónea porque en el ordenamiento jurídico estatal y en el andaluz la función atribuida a las relaciones de puestos de trabajo mediante las cuales se racionaliza y ordena la Función Pública hace de ellas un instrumento esencial de la política general de personal, incluyendo en la misma la dimensión económica o presupuestaria. Tan esencial que la Ley 30/1984 —art. 15.1.g)— atribuye a los Ministros para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda la competencia para la aprobación conjunta de las relaciones de puestos de trabajo, competencias que, en la Ley andaluza (art. 4), están atribuidas al Consejo de Gobierno. Y por esta misma importancia ordenadora, en ambos sistemas jurídicos —estatal y autonómico— se impone a las relaciones de puestos de trabajo un contenido mínimo y obligatorio, de necesaria observancia, dentro del cual se halla la determinación de sus características esenciales, características que permitan identificar y distinguir las tareas asignadas a cada uno de ellos dentro del organigrama administrativo. Si algo de lo más importante de la reforma introducida por la Ley 30/1984 está en el hecho de cambiar el sistema de organización de la Función Pública basado en el principio del Cuerpo por el principio de puestos de trabajo, si el puesto de trabajo es la estructura básica de la Función Pública, ha de garantizarse su contenido objetivo y suficientemente determinado en las relaciones que los aprueban o modifican. Cuando el artículo 9 del Real Decreto 28/1990 encomienda a las convocatorias de los concursos la descripción de los puestos de trabajo, está queriendo decir que tales descripciones deben atenerse a las características esenciales que previamente hayan fijado las relaciones de puestos de trabajo. Y es que la primera y única determinación de las características esenciales de los puestos de trabajo no puede ser la que contengan las respectivas convocatorias. Con carácter previo, dichas características esenciales han de haber sido anticipadas por el acto normativo que aprueba o modifica los tan repetidos puestos de trabajo. De esta forma no sólo se satisfacen mejor los fines ordenadores a que las relaciones de puestos de trabajo responden, sino que también se protegen con mayor rigor y seguridad jurídica las diferentes expectativas de los funcionarios públicos.

*La doctrina de la sentencia impugnada tampoco es sustancialmente diferente de la que la Junta de Andalucía propone en este recurso. Puede considerarse correcta siempre que a su formulación —de la que ya hemos dejado constancia— se añada*

que la descripción de los puestos de trabajo que contengan las convocatorias de concursos deben atenerse a las características esenciales que previamente deben establecer los Decretos aprobatorios de las relaciones de puestos de trabajo o de sus modificaciones, con carácter suficientemente identificador de las tareas asignadas a los correspondientes puestos dentro del organigrama administrativo. Como quiera que ésta y no otra es la doctrina de la sentencia que se recurre, no cabe dar lugar al presente recurso de casación en interés de la ley.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 30 septiembre 1996.*)

## V. GRADO PERSONAL

*Grado personal. No consolidación en un puesto de trabajo cuando se desempeña temporalmente el mismo, por necesidades perentorias del servicio, a no ser que se obtuviera, mediante el correspondiente mecanismo de provisión, destino definitivo en el puesto de trabajo desempeñado en comisión de servicio o en otro del mismo nivel. Casación en interés de ley.*

«Los hechos de los que parte la sentencia ahora recurrida son los siguientes: 1.º) La Alcaldía del Ayuntamiento de Teruel "puso en conocimiento de los funcionarios pertenecientes a las subescalas de Administrativos y Auxiliares, la intención de cubrir, por libre designación, la vacante de administrativo de la Tesorería Municipal, con nivel de complemento de destino 15, con carácter provisional". 2.º) La Comisión Municipal de Gobierno de la citada Corporación acordó, en su reunión del día 7 de septiembre de 1989, adscribir al ahora recurrido, "a la referida plaza con carácter provisional". 3.º) El designado comenzó, el 12 de septiembre de 1989, el desempeño de la indicada función, si bien a partir del 7 de enero de 1990 "se le asignó un complemento de destino 18", y 4.º) "El complemento de destino personal del actor al tiempo de la adscripción al referido puesto de trabajo era del 12, y a partir del acuerdo antes citado pasó a ser del 14" —fundamento de derecho segundo de la sentencia impugnada—.

Sobre esta base, el funcionario interesado solicitó, al amparo del artículo 25.2 del Real Decreto 28/1990, de 15 enero, que aprueba el Reglamento General de Provisión de Puesto de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Públicos Civiles de la Administración del Estado, el reconocimiento del grado personal 18, por desempeñar, durante más de dos años continuados, un puesto de trabajo de dicho nivel. El silencio de la Administración provocó, una vez denunciada la mora, no con mejor resultado, el ejercicio de la pertinente pretensión jurisdiccional, que finalizó con éxito parcial, al declarar la sentencia ahora recurrida, el derecho del actor "a que se le reconozca como consolidado el grado personal correspondiente al nivel 16". La razón de no acceder al nivel solicitado se fundamenta en el propio precepto invocado por el recurrente —que no es sino desarrollo del art. 21.d) de la Ley 23/1988, de 28 julio, que modifica la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública— en cuanto limita en dos niveles la consolidación por desempeño de un puesto de trabajo superior a dicha cota, en relación al correspondiente al grado personal que posee el funcionario de que se trate.

Se recurre ahora en casación en interés de la ley por el Ayuntamiento de Teruel por entender gravemente dañosa para el interés público y errónea la doctrina expuesta, en cuanto permite la consolidación del grado personal por desempeño *provisional* de un puesto de trabajo. Dado que ninguna duda existe sobre el daño que el mantenimiento de esta doctrina puede producir en el interés público, obligado resulta examinar su conformidad o no al ordenamiento jurídico.

Conviene comenzar señalando que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Reforma de la Función Pública, la provisión de puestos de trabajo adscritos a funcionarios, deberá producirse de conformidad con alguno de los procedimientos en el mismo establecido, esto es, el concurso, que constituye el sistema normal de provisión, y la libre designación con convocatoria pública, prevista tan sólo para aquellos casos determinados en la relación de puestos de trabajo. Excepcionalmente, en el supuesto previsto en el artículo 4.2.a) del Reglamento de situaciones administrativas de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Decreto 730/1986, de 11 abril, cuando un puesto de trabajo queda vacante podrá ser cubierto, en caso de urgente e inaplazable necesidad en comisión de servicio, durante un plazo máximo de un año, con otro funcionario que reúna los requisitos establecidos para su desempeño en la relación de puestos de trabajo —art. 80 del citado Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo de 15 enero 1990—.

Dado que todo funcionario posee, según el artículo 21 de la Ley de Función Pública, un grado personal que corresponderá a alguno de los 30 niveles en que se clasifican los puestos de trabajo, su adquisición se obtiene, en lo que ahora importa, por el desempeño de uno o más puestos de nivel correspondiente durante dos años continuados o tres con interrupción, salvo que, según ya hemos visto, se obtenga un puesto de trabajo superior en más de dos niveles al correspondiente al grado personal de cada funcionario, en cuyo caso consolidará cada dos años de servicios continuados el grado superior en dos niveles al que poseyese, con el límite máximo, claro está, del correspondiente al del puesto desempeñado.

El sistema descrito responde a los puestos de trabajo cuya provisión se ha realizado de acuerdo con algunos de los procedimientos legales antes apuntados, es decir, por concurso o por libre designación con convocatoria pública, pero no sirve para aquellos obtenidos en comisión de servicio, en cuyo caso, el tiempo prestado en tal situación será tenido en cuenta, según el artículo 8.5 del citado Decreto 28/1990, a efectos de consolidación del grado personal correspondiente "al nivel del puesto desde el que se produce la comisión", a no ser que se obtuviera, mediante el correspondiente mecanismo de provisión, destino definitivo en el puesto de trabajo desempeñado en comisión de servicio o en otro del mismo nivel, en cuyo caso, sí será tenido en cuenta para la consolidación del grado correspondiente a este último, sin perjuicio, claro está, del límite, ya indicado, a que se refiere el artículo 25.2, párrafo segundo, del mismo Reglamento.

Se distingue, pues, a los efectos de consolidación de grado personal, entre el desempeño definitivo o "en posesión" de un puesto de trabajo "obtenido" mediante un mecanismo normal de provisión, que permite asegurar el grado, y el ejercicio provisional de un puesto de trabajo a través de la comisión de servicio, insuficiente para consolidar el grado personal, salvo la excepción antes apuntada, que ahora no concurre. En el presente caso, el funcionario en cuestión no obtuvo su puesto de trabajo en virtud de ninguno de los mecanismos legales antes citados, basados en los principios de publicidad y libertad de concurrencia, con los requisitos que señalan las disposiciones legales, sino en base, como ya hemos dicho, a un peculiar sistema de provisión temporal —"con carácter provisional", se dice en la sentencia recurrida— al que tan sólo tenían acceso unos determinados funcionarios de la Corporación Municipal ahora recurrente, que, de acuerdo con lo hasta ahora dicho, no sirve a los efectos de consolidar el grado personal, y ello por cuanto tal forma de provisión temporal no es sino consecuencia de tan singular concurso, realizado con evidente "error", como no tiene por menos que reconocer el propio Ayuntamiento en el escrito de interposición del presente recurso.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 28 septiembre 1996.*)

## VI. INCOMPATIBILIDADES

1. *La modificación del sistema de incompatibilidades no es ni constituye expropiación alguna sin garantía indemnizatoria, por la razón esencial de que los funcionarios no ostentan un derecho constitucional a mantener las condiciones en que se desarrolla su función al servicio de la Administración en el mismo nivel de exigencia que tuvieron a su ingreso en la misma. Doctrina reiterada. Inexistencia de responsabilidad del Estado legislador.*

«El problema de la responsabilidad del Estado Legislador por las normas que han establecido un régimen o sistema de incompatibilidades de los empleados públicos para el desempeño de un segundo puesto de trabajo en el sector público ha sido resuelto por esta Sala en muy variadas Sentencias, de las que son representativas las datadas en 27 y 30 noviembre y 2, 4 y 14 diciembre 1993 (RJ 1993, 8261, 8265, 9246 y 9249) y 18 enero 1994 (RJ 1994, 49), reiterándose en todas ellas el pronunciamiento desestimatorio de los recursos promovidos por la señalada causa respecto del personal al servicio de una Administración Pública acogido a un régimen estatutario.

Entendemos que, sin necesidad de reproducir íntegramente los argumentos que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto en tan repetidas ocasiones, basta con resumir a continuación las razones fundamentales que determinan la procedencia de desestimar la pretensión indemnizatoria ejercitada en el presente proceso.

La modificación del sistema de incompatibilidades de los funcionarios, haciendo más estricta su vinculación con la Administración mediante la prohibición de simultanear el desempeño de dos o más puestos de trabajo de carácter público o uno público y otro privado, no es ni constituye expropiación alguna sin garantía indemnizatoria, por la razón esencial de que los funcionarios y, en general, los empleados públicos no ostentan un derecho constitucional a mantener esas condiciones en que se desarrolla su función al servicio de la Administración en el mismo nivel de exigencia que tuvieron a su ingreso en la misma.

Por consiguiente, ni existe un derecho patrimonial individual previo consolidado, ni tampoco una expropiación en cuanto privación singular de derechos patrimoniales, por la mera modificación de la legislación sobre incompatibilidades en el seno de la función pública, razones que determinan la desestimación de la pretensión instada ante el hecho de que expectativas fundadas en la permanencia de un determinado *status* funcional se frustren al modificarse tal estatuto.

Los argumentos en que podría basarse la responsabilidad que se solicita han sido rechazados por la jurisprudencia, manteniendo, en síntesis, los criterios siguientes:

1) La garantía de la responsabilidad de los poderes públicos que establece el artículo 9.3 de la Constitución no determina la directa exigencia de una responsabilidad del Estado Legislador, sin un previo desarrollo por norma con rango de ley, como los artículos 106.2 y 121 de la Norma Fundamental requieren en relación con el funcionamiento de los servicios públicos que dependen del Gobierno y la Administración y con las actuaciones del Poder Judicial.

2) Los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (en la actualidad 139 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa) no son de aplicación al caso, tanto por lo expuesto en el anterior fundamento de derecho, como por referirse al funcionamiento de los servicios públicos prestados por la Administración, en cuyo concepto no tiene cabida la elaboración de las leyes por los órganos legislativos o su aplicación en los estrictos términos que en ellas se determina.

3) Resulta inadmisibles que, aplicando la analogía o los principios generales del derecho, sean los órganos del Poder Judicial los que, sustituyendo al legislador, regulen la posible responsabilidad derivada de la aplicación de las leyes, mediante una elaboración jurisprudencial que carece de cualquier antecedente legislativo.

4) Las Sentencias del Tribunal Constitucional números 178/1989, de 2 noviembre (RTC 1989, 178), 41 y 42/1990, de 15 marzo (RTC 1990, 41 y 42) y 65 a 68/1990, de 5 abril (RTC 1990, 65 a 68), insisten en la plena adecuación de la normativa sobre incompatibilidades a los preceptos constitucionales, en concreto a los artículos 9.3, 33 y 35 de la Constitución, sin que en modo alguno se vulneren éstos. A mayor abundamiento, señala esta jurisprudencia que los principios de incompatibilidad y de dedicación a un solo puesto de trabajo, además de no vulnerar en modo alguno la Constitución Española, no se encuentran vinculados únicamente a la garantía de imparcialidad, sino también al principio de eficacia, que inspiran el régimen de incompatibilidad y se eligen en presupuesto de la total actividad y organización administrativas (art. 103.1 y 2 de la Constitución).

No existe, pues, privación de derechos por la alteración del régimen funcional porque los funcionarios y, en general, los empleados públicos, no tienen constitucionalmente derecho a mantener las condiciones en que realizan su función o tarea al servicio de la Administración en el mismo nivel de exigencia en que lo estuvieran cuando ingresaron en aquélla.

5) No cabe entender que la declaración de incompatibilidad para el desempeño de un segundo puesto de trabajo en el sector público del personal al servicio de las Administraciones Públicas constituya una expropiación legislativa, ya que los mismos no se han visto privados de su derecho subjetivo o de su interés cierto, efectivo y actual existente en su patrimonio.

6) Por último, el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, orientativa de la voluntad del legislador al regular por primera vez esta materia, exige, para conceder una indemnización a los particulares por aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos, unos requisitos que excluirían desde luego la indemnización pretendida.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, 24 septiembre 1996.*)

## 2. Interpretación del artículo 11.2 RD 1033/1985, de 19 de junio, sobre incompatibilidad de pensiones por hechos relacionados con la guerra civil. Casación en interés de ley.

«La Abogacía del Estado interpone recurso de casación en interés de ley contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 13 junio 1994, que estimando el recurso contencioso-administrativo promovido por doña Humildad R. C. anuló la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 26 octubre 1990, sobre incompatibilidad del percibo simultáneo de pensiones de viudedad, declarando el derecho de la señora R. a percibir la pensión solicitada al amparo de la Ley 37/1984, en régimen de compatibilidad con la percibida como viuda de mutilado de guerra, ex combatiente del Ejército Republicano en la contienda de 1939 conforme a la Ley 35/1980; siendo a ese pronunciamiento de compatibilidad y a las razones que en la sentencia lo apoyan a lo que se circunscribe el presente recurso.

Constan cumplidos los presupuestos legales que hacen normalmente viable este recurso, pues aparece interpuesto dentro del plazo del artículo 102.b).3 de la LJCA, legitimada la Abogacía del Estado a quien corresponde la defensa de los intereses generales de la Administración Estatal a que afecta la doctrina que se reputa erró-

nea —los de la Hacienda Pública pagadora de las pensiones—, inimpugnabilidad de la sentencia por vía del recurso de casación ordinario al tratarse de un asunto de personal, artículo 93.2.a) de la LJCA, y fundamentación de aquélla en normas estatales. Igualmente no parece que pueda ponerse en duda que el pronunciamiento puesto en entredicho por la Abogacía del Estado, es susceptible de trascender con efectos de futuro, al caso definitivamente resuelto, con fuerza de cosa juzgada, por la sentencia recurrida, pues a ello se refiere, el grave daño al interés general, exigido por el artículo 102.b).1 de la LJCA, y esto es así porque la solución que se da al problema de la posibilidad de cobro simultáneo de pensiones de viudedad, supone una quiebra a los principios legales en que se asienta dicha simultaneidad de cobro, produciendo además un considerable daño económico al Tesoro, derivado no del montante del caso discutido, sino de la susceptibilidad de sucesiva generalización en el futuro a personas que se encuentren en similar situación.

Debe entrarse, pues, a decidir si la sentencia impugnada había establecido una doctrina errónea, en los aspectos denunciados por la Abogacía del Estado. La doctrina sostenida al respecto por la Audiencia Nacional se contiene sustancialmente en su fundamento de Derecho tercero, cuyo tenor es el siguiente: "El artículo 11.2 del RD 1033/1985, de 19 junio, en su párrafo primero, en la redacción dada por el RD 2559/1986, de 12 diciembre, establece: 'La percepción de la pensión será incompatible con la de otras pensiones abonadas con cargo a crédito de clases pasivas y que se hayan causado por hechos relacionados con la guerra civil 1936-1939 y al amparo de la legislación especial en la materia, sin perjuicio de las pensiones de mutilación concedidas al amparo de las Leyes 35/1980, de 26 junio, y 6/1982, de 29 marzo, y del Decreto 670/1976, de 5 marzo'. La Audiencia Nacional entiende, a la vista de la normativa aplicable, que la argumentación dada por la Administración demandada para denegar la pensión, que hacía referencia a que la que se reclamaba lo era de viudedad y no de mutilación, no es válida, pues la pensión de mutilación concedida al amparo de la Ley 35/1980, no pierde su carácter, por el hecho de que los derechos que de la misma se derivan, se transmitan a los familiares, en este caso a la viuda; y que tal transmisión debe realizarse con las mismas condiciones. Es decir, que si el causante obtiene una pensión de mutilación al amparo de la citada Ley y ésta es compatible con la que pudiera haberse otorgado al amparo del Título II de la Ley 37/1984, sigue poseyendo tal carácter de compatibilidad, en caso de transmisión de la misma a la viuda; y que si bien es cierto que ésta recibe el nombre de pensión de viudedad lo es por virtud de la Ley 35/1980, de 26 junio, que mejoró y amplió la reconocida inicialmente al amparo del Real Decreto-ley 43/1978, no habiendo motivo para diferenciar donde la Ley no lo hace". Frente a tal criterio la Abogacía del Estado sostiene la incompatibilidad del percibo simultáneo de las pensiones de viudedad reconocidas al amparo del Título II de la Ley 37/1984 y de la Ley 35/1980, partiendo de los principios que inspiran la legislación general de Pensiones del Estado en materia de compatibilidad de percepción de pensiones, del exacto significado de las normas específicas sobre compatibilidad establecidas en las leyes antes citadas 35/1980 y 37/1984, y reglamento que la desarrolla, y de la propia inconsistencia de las argumentaciones de la sentencia impugnada.

Para resolver la discrepancia hay que partir de que ciertamente es insuficiente la argumentación que se expresa en la sentencia recurrida, concerniente a que si la pensión de mutilación obtenida por el causante —el esposo fallecido— al amparo de la Ley 35/1980, era compatible según el artículo 11 del Decreto 1033/1985, con la que pudiera otorgarse conforme al Título II de la Ley 37/1984, sigue poseyendo esa pensión tal carácter de compatibilidad en caso de transmisión de la misma a la viuda, y a que esa pensión de la Ley 35/1980 aunque esta Ley la llame de viudedad, en realidad lo es de mutilación. La inconsistencia de la argumentación deriva de que, en contra de lo que se dice en la sentencia, no se recibe por la viuda, por vía de sucesión, la pensión de mutilación del marido, que es personal y vitalicia, sino una nueva que surge con el fallecimiento del causante y sujeta a su propio régimen jurídico, puesto que, por otro lado, no cabe decir que esa pensión de viudedad venga a



derivar como la de mutilación de las heridas que determinaron ésta, que obviamente sólo las sufrió el ex combatiente afectado. Además tampoco cabe sostener que esa pensión familiar sea una pensión de mutilación, porque se entienda que todas las percepciones del Decreto-ley 43/1978, artículo 3.º 2, párr. 2.º, y artículo 3.º 4, párr. 2.º, de la Ley 35/1980, en razón de su origen primario deban calificarse como pensiones de mutilación, según parece sostener la sentencia recurrida, pues tales percepciones tienen un doble componente, susceptibles de someterse a tratamiento jurídico diferente, de un lado la retribución básica, de otro la pensión de mutilación propiamente dicha, y es con aquel primer componente con el que expresamente se liga la pensión familiar o de viudedad a efectos de determinación; de modo que la incompatibilidad puede ser referida a uno de esos conceptos, permaneciendo el otro compatible, como dispone el artículo 11 del Decreto 1033/1985.

Contemplado el problema desde la panorámica de la legislación citada, es de observar que la Legislación General de Clases Pasivas, parte del principio de que nadie puede ser retribuido dos veces por la misma causa, sin perjuicio de la posibilidad de optar por la más conveniente que se ofrezca al afectado, artículo 25.2 del Texto Refundido de clases pasivas de 1987. De esta declaración de carácter general se infiere la incompatibilidad del percibo de dos pensiones de viudedad derivadas de un mismo causante salvo disposición en contrario. Esa norma en contrario no existe en la regulación específica de las percepciones ahora cuestionadas. En el artículo 11 de la Ley 35/1980, relativo a pensiones de ex combatientes de la zona republicana, se establece: "las pensiones reconocidas al amparo de esta Ley serán compatibles con cualesquiera otros haberes del Estado y demás Entes Territoriales, de la Seguridad Social o de otros Entes Públicos que tengan fundamento en causas distintas...". De este precepto se infiere la incompatibilidad de la pensión de viudedad que dimana de esa Ley 35/1980, con los que se confirió a la actora conforme al Título II de la Ley 37/1984, pues ambas derivan de una misma causa, cual era el fallecimiento del causante don José C. G. que generaba pensión familiar por su condición de ex combatiente, dado que según se dispone en el artículo 3.º de la Ley 35/1980, esas pensiones familiares, se calculan tomando como base reguladora exclusivamente la retribución básica reconocida al causante, y ésta lo es por los servicios prestados al Estado, y no por la mutilación; siendo ese mismo servicio al Estado el que se reconoce como causa de la pensión del Título II de la Ley 37/1984.

El artículo 11.2 del Decreto 1033/1985 que desarrolla la Ley últimamente citada, lleva a la misma conclusión, pues dice: "la percepción de la pensión será incompatible con la de otras pensiones abonadas con cargo al crédito de Clases Pasivas del Estado y que se hayan causado por hechos relacionados con la guerra civil 1936/1939, y al amparo de la legislación civil en la materia, sin perjuicio de las pensiones de mutilación concedidas al amparo de las Leyes 35/1980, de 26 junio, y 6/1982, de 29 marzo, y Decreto 670/1976, de 5 marzo". Todos los requisitos para la incompatibilidad se dan en el caso de autos, pues las pensiones se abonan con cargo a créditos de Clases Pasivas, se causaron por hechos relacionados con la guerra civil de 1936-1939 y se reconocieron por leyes especiales destinadas a paliar los efectos de esa guerra. Y dado que la excepción referida a las pensiones de mutilación establecida conforme a la Ley 35/1980, no es extensible a las pensiones familiares que los mutilados ex combatientes, incluso con grado militar alcanzado después del 18 de julio de 1936 (como es el caso) pueden causar, pues según se viene diciendo estas pensiones familiares no son de mutilación, sino por los servicios prestados al Estado por el causante fallecido, ya que su cálculo se vincula exclusivamente a las retribuciones básicas del causante que se reconocían por ese concepto.

En definitiva, la sentencia impugnada incurre en manifiesto error cuando desconoce que conforme a la legislación aplicable, no cabe compatibilizar las pensiones de viudedad nacidas al amparo de la Ley 35/1980 y la del Título II de la Ley 37/1984, por lo que procede dar lugar al recurso de casación en interés de ley suscitado por la Abogacía del Estado.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 27 septiembre 1996.*)

3. *Compatibilidad de trabajo a tiempo parcial como médico forense en el Juzgado de una localidad y otro de especialista de cupo en otra. Derecho transitorio de la Ley 53/84.*

«Se ha impugnado, en el recurso en que ha sido dictada la sentencia apelada, una resolución del Ministerio de Justicia por la que se denegaba la compatibilidad solicitada por el actor, el 31 de diciembre de 1985, para continuar desempeñando dos puestos de trabajo en el sector público, uno de Médico Forense en un Juzgado de Mérida y el otro de Especialista de cupo de Radiología en el Ambulatorio del INSALUD de Zafra. La denegación la fundó la Administración en que, a pesar de concurrir en ambos puestos de trabajo la nota de dedicación a tiempo parcial, sin embargo el artículo 34 del Decreto 2555/1968, de 10 octubre, por el que se aprobó el Reglamento Orgánico del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses, establecía la imposibilidad del abandono de la localidad donde éstos ejercieran sus funciones, salvo excepciones, entre las que no figuraba el desplazamiento a otra localidad para el desempeño de un segundo puesto o actividad pública.

La Sala de primera instancia estimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra esta decisión considerando que el deber de residencia que impone el citado Reglamento ha de interpretarse conforme a las normas constitucionales, de manera que no incida negativamente en la libertad del individuo, por lo que tal limitación únicamente puede estar justificada cuando así lo exija la eficacia en el desempeño del cargo y la singularidad de la función pública que se desempeñe. Por eso, el deber de residencia debe quedar reducido, cuando se proyecta como causa de incompatibilidad, a aquellos casos previstos en el artículo 1.3 de la Ley 53/1984, es decir, cuando la residencia en localidades distintas impida o menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes exigibles en el primer puesto de trabajo o comprometa la imparcialidad o independencia del funcionario. Sentado esto, la Sala tomó en consideración el informe emitido por el Magistrado titular del Juzgado donde prestaba servicios el recurrente, en el que se señalaba que el mismo realizaba a plena satisfacción y con absoluta competencia y puntualidad las funciones de su cargo, por lo que reconoció al interesado la compatibilidad solicitada.

Para localizar el ámbito normativo que debe regir la situación en que se hallaba el recurrente al pedir la compatibilidad para el ejercicio de las dos actividades públicas, tenemos que valorar el hecho de que su petición se acoge al derecho transitorio con el que la Ley 53/1984 hizo frente al peculiar régimen del personal sanitario en su disposición transitoria tercera, consagrando el principio de respeto a la situación existente —con algunas concretas limitaciones—, y cesación de la misma cuando uno de los puestos de trabajo quedase sometido al régimen de jornada ordinaria.

En aplicación del citado criterio legal, el artículo 24 del Real Decreto 598/1985, de 30 abril, hizo previsión de varios supuestos de derecho transitorio, entre los que se contiene el descrito en su apartado tercero, según el cual a partir del día 1 de octubre de 1985 sólo podrían compatibilizarse dos puestos de trabajo en el sector público sanitario si ambos se vinieran desempeñando a tiempo parcial, debiendo solicitarse en tales supuestos la correspondiente autorización de compatibilidad antes del día 1 de enero de 1986, si se deseara continuar en su desempeño hasta que tuviera lugar la reordenación de alguno de los puestos...

Dándose, en el apelante, los presupuestos de hecho de esta disposición reglamentaria, en principio hay que reconocerle el derecho a permanecer en el régimen de compatibilidad que venía disfrutando, hasta que se produzca la causa de extinción de la misma establecida en el precepto reglamentario.

Esta conclusión inicial no la altera la invocación de la obligación de residencia que imponía el Reglamento de 1986 a los Médicos Forenses.

Ciertamente, entendemos que quizás sea excesiva la alusión que se hace en la sentencia apelada a la posible lesión al derecho constitucional a la libertad indivi-

dual, como consecuencia del deber de residencia regulado en dicho Reglamento, pero sin embargo, habida cuenta de la situación de compatibilidad que tenía reconocida el actor anteriormente y del amparo jurídico que a ésta se otorga en la normativa transitoria invocada, cualquier restricción a este reconocimiento, derivado de la obligación reglamentaria de residencia, merece ser interpretada en los acertados términos en que lo ha hecho la sentencia de primera instancia, es decir, poniendo en relación este deber con la finalidad pública perseguida por el régimen jurídico de las incompatibilidades, consistente en el estricto cumplimiento de los deberes funcionariales, sin compromiso para su imparcialidad o independencia.

Por último, debemos indicar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 mayo 1992 (RJ 1992, 3799), alegada por el Abogado del Estado, no resuelve un caso asimilable al que aquí decidimos: su *ratio decidendi*, al aceptar los fundamentos de la sentencia que entonces se impugnaba, aparecía ubicada muy sustancialmente en el artículo 28.3 del Real Decreto 598/1985, de 30 abril, aplicable exclusivamente a los funcionarios de los Cuerpos Especiales al servicio de la Sanidad Local, a los que no pertenece el demandante y, por otra parte, en el caso sobre el que ahora nos pronunciamos se acepta la plena aplicabilidad al mismo del artículo 27.2 del mencionado Real Decreto, en cuanto establece que tendrá la consideración de actividad a tiempo parcial, a los solos efectos del régimen transitorio del propio Real Decreto, la desarrollada por los Médicos Forenses, en tanto se procede a la reestructuración de los servicios correspondientes, mientras que en el resuelto por la sentencia antes citada se dice expresamente que no cabía dilucidar la aplicabilidad de este precepto, por ser cuestión que no había sido planteada en la primera instancia.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 5 noviembre 1996.*)

Rafael ENTRENA CUESTA



# CRONICA ADMINISTRATIVA

