CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. SELECCIÓN: 1. *Exigencia de conocimiento del euskera para acceder a cuatro de once plazas de auxiliares de Administración general convocadas por el Ayuntamiento de Bilbao. Evolución de la doctrina jurisprudencial. Legalidad.* 2. *Anulabilidad de acuerdo que acepta la renuncia de un Catedrático y nombra a una Profesora Titular como miembro de un Tribunal de oposiciones. No comporta la de los actos posteriores de las pruebas de selección, que no fueron impugnados. Lo contrario lesionaría los principios de congruencia y del derecho a la tutela efectiva de los opositores aprobados.* 3. *Selección. Oferta de empleo público de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Inexistencia de violación del artículo 23.2 CE.* 4. *Selección. Legalidad del RD 364/95, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado.*—II. DERECHOS: 1. *Funcionarios contratados. Administración Local. Obligación de alta en la Seguridad Social salvo Ley especial. Evolución.* 2. *Derecho al cargo. Funcionario de libre designación. Su nombramiento y cese se basan en la confianza, por lo que el mero hecho de efectuarlos implica la existencia o desaparición de ésta, lo que excluye la necesidad de motivación. Subdirector Técnico del Departamento de la Sección de Fiscalización del Tribunal de Cuentas. Desviación de poder del acuerdo de cese porque con él no se «trató de liberar a las entonces superiores del actor de un dependiente público que había perdido su confianza, por mantener con ellos continuas discrepancias sobre los criterios técnicos relativos al desempeño de la actividad que desempeñaba, ni actuó por otras motivaciones públicas, sino movido por la finalidad extrajurídica de liberar a esos superiores de quien... actuando en el ejercicio legítimo de sus funciones... había constatado... patentes irregularidades de trascendencia incluso penal, susceptibles de perjudicar los intereses personales de tales superiores».* 3. *Retribuciones. Militares. Legalidad del artículo 3.2 RR.DD. 359/1989 y 1494/1991, que clasifican a los Brigadas a efectos de sueldo en el Grupo C y a los Subtenientes en el B. 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 ellas. No hay forma alguna en virtud de la cual todas las categorías de funcionarios con igual retribución hayan de tener asignado un mismo coeficiente multiplicador.* 4. *Derecho de opción de los funcionarios afectados por la creación de AENA. Constitucionalidad del RD 1508/91.* 5. *Retribuciones. Licencia para estudios. Cataluña. Ante el silencio de la Ley 17/85 de Cataluña, se aplicará supletoriamente la ley estatal. Derecho a percepciones básicas y complemento familiar.* 6. *Administración Local. Negociación colectiva. Las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado no permiten que, por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de mínimos.*—III. INCOMPATIBILIDADES: *Incompatibilidades. Pase a la situación de excedencia. Puede acordarse sin vista cuando no figuran en el expediente ni son tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.*—IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. *El denunciante, según reiterada jurisprudencia, que reconsidera posturas anteriores «se encuentra legitimado, con arreglo a lo que establece el artículo 28.1.a) de la LJCA en relación con el artículo 24 CE para obtener una respuesta en sede jurisdiccional sobre la legalidad de los acuerdos plenarios del CGPJ que declaran la inadmisión de los recursos de alzada deducidos contra decisiones de órganos inferiores sobre archivo de denuncias». Pero «de nuevo hay que recordar lo que reiteradamente se ha dicho en casos similares, que quien denuncia hechos relacionados con la actuación de un Juez o Magistrado, a su entender merecedores de corrección disciplinaria, carece de legitimación para recurrir en vía administrativa la resolución que pone fin al procedimiento, o que, como en este caso, acuerda el ar-*

chivo de la denuncia formulada». La Ley reserva la condición de interesado al Juez o Magistrado implicado en el procedimiento (arts. 423 a 425 LOPJ). 2. Sanciones. Los Tribunales tienen facultades para graduar la sanción, sin que al hacerlo incurran en exceso de jurisdicción. Toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un principio de proporcionalidad atento a las circunstancias del hecho. Infracción del principio «non bis in idem» al imponer a un funcionario la sanción de separación por haber sido condenado por un delito de falsedad, en cuanto la condición de funcionario es elemento integrante del tipo del delito por el que se impuso la condena. 3. El denunciante de titulares de órganos jurisdiccionales carece de legitimación para impugnar en vía administrativa o jurisdiccional el acuerdo sobre archivo de actuaciones. El interés legítimo equivale a una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa de prosperar ésta. Y la revocación del acuerdo ningún beneficio comportaría para el denunciante. No cabe invocar de contrario el artículo 13.2 del Reglamento de 4 de agosto de 1993 sobre ejercicio de la potestad sancionadora, pues si bien exige que el acuerdo de iniciación del procedimiento se notifique al denunciante, en cambio no establece que la resolución se notifique a aquél, sino a los interesados.

I. SELECCIÓN

1. *Exigencia de conocimiento del euskera para acceder a cuatro de once plazas de auxiliares de Administración general convocadas por el Ayuntamiento de Bilbao. Evolución de la doctrina jurisprudencial. Legalidad.*

«La impugnación de fondo del Abogado del Estado, como quedó reflejado antes, se sustenta en una doble fundamentación.

La primera consiste en la vulneración de los artículos 14 y 23.2 de la CE en la exigencia de conocimiento del euskera para cuatro plazas de las once convocadas por discriminación de los aspirantes que no conozcan dicha lengua.

La tesis no es aceptable.

La jurisprudencia más reciente de este Tribunal, en una marcada evolución, al compás de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, contenida en sus Sentencias de 26 junio 1986 (RTC 1986, 82) y 28 febrero 1991 (RTC 1991, 46), ha llegado a aceptar, con determinadas limitaciones, la exigencia del conocimiento del idioma propio de las Comunidades Autónomas, que lo tienen, como tal, distinto del castellano, en las pruebas de acceso a sus respectivas administraciones. Se pueden citar, como expresión de esa jurisprudencia, nuestras Sentencias de 16 abril y 20 noviembre 1990 (RJ 1990, 4978 y 8723), 22 enero, 17 mayo y 8 julio 1991 (RJ 1991, 329, 3312, 4113 y 5452), 8 julio 1994 (RJ 1994, 6013) y 18 abril 1995 (RJ 1995, 3177).

La doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 febrero 1991 supone una evolución marcada respecto de su doctrina anterior, en la que, para admitir la exigencia con carácter preceptivo del conocimiento del idioma vernáculo de las Comunidades Autónomas, se partía de una previa singularización de los puestos de que se tratase, lo que implicaba todavía la posibilidad de rechazo de una exigencia generalizada para todos los puestos de las administraciones de dichas Comunidades.

El fundamento jurídico 3 de esa sentencia prescinde de anteriores cautelas frente a la exigencia generalizada del conocimiento del idioma propio de la Comunidad, oficial en ella, junto con el castellano, insertando ese conocimiento en el marco del principio de mérito y capacidad del artículo 103.3 de la CE, y negando el carácter discriminatorio de tal exigencia en relación con los que no conozcan dicho idioma. Sobre el particular, aunque en relación con el idioma catalán, se lee en dicha sentencia:

"... el inciso impugnado del artículo 34 de la Ley catalana 17/1985, al establecer la exigencia de conocimiento del catalán, parte de lo dispuesto en el inciso precedente, en el que se recogen los principios constitucionales del mérito y capacidad para el acceso a la función pública (art. 103.3 de la CE). Y dentro de esos principios

es donde se sitúa el requisito del conocimiento del catalán. No resulta aceptable el argumento del Abogado del Estado de que esa exigencia puede suponer un obstáculo para acceder a la función pública para quien carezca del conocimiento del catalán. El propio principio de mérito y capacidad supone la carga para quien quiera acceder a una determinada función pública de acreditar las capacidades, conocimientos e idoneidad exigibles para la función a la que aspira. Por lo que la exigencia del conocimiento del idioma que es oficial en el territorio donde actúa la Administración a la que se aspira a servir es perfectamente incluible dentro de los méritos y capacidades requeridos. No debe entenderse la exigencia de conocimiento del catalán un requisito *ad extra*, independiente del mérito y capacidad acreditados, sino, al igual que cualquier otro conocimiento o condición exigida para el acceso a la función pública, una exigencia con cuya acreditación se da satisfacción a dichos principios constitucionales, en la medida en que se trata de una capacidad y un mérito que, según el artículo 34 de la Ley catalana 17/1985, ha de acreditarse y valorarse en relación con la función a desempeñar, y por tanto guarda la debida relación con el mérito y capacidad, tal como impone el artículo 103 de la CE (STC 27/1991 [RTC 1991, 27], fundamento jurídico 4.º)".

La única cautela de dicha sentencia en relación con el principio de igualdad del artículo 23.2 se refiere, no a una limitativa singularización de puestos, sino a la proporcionalidad de la valoración del mérito "sin relación alguna con la capacidad requerida para desempeñar la función de que se trate".

La traslación de esa doctrina al área lingüística del euskera resuelve, en sentido contrario a su tesis, la alegación del Abogado del Estado sobre vulneración de los artículos 14 y 23.2 de la CE por la exigencia del conocimiento del euskera para acceder a cuatro de las once plazas de auxiliares de administración general, convocadas por el Ayuntamiento de Bilbao. Debe observarse, además, que el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 26 junio 1986 ha reconocido la constitucionalidad del artículo 14 de la Ley 10/1982 de la Comunidad Autónoma Vasca, sobre normalización del uso del euskera, siendo en definitiva la convocatoria que nos ocupa una simple aplicación del apartado 1 del mismo, como manifestación de la progresiva euskaldunización del personal afecto a la Administración Pública en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Sobre la base de este precepto, que en un Ayuntamiento como el de Bilbao se establezca la exigencia del conocimiento del euskera para parte de las plazas (4 de 11) convocadas, resulta totalmente razonable, como medio para poder satisfacer en el ámbito de esa concreta Administración el derecho reconocido a todos los ciudadanos en el artículo 6.1 de la propia Ley.

En la impugnación del Abogado del Estado no se cuestiona la valoración del conocimiento del idioma, a los efectos de poder tachar, en su caso, de discriminatoria la aplicación de la exigencia cuestionada, ello aparte de que en los términos de las bases no la hay para esta última concreta tacha posible.

Debe, pues, desestimarse ese primer motivo impugnatorio del Abogado del Estado.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 16 junio 1997.)*

2. *Anulabilidad de acuerdo que acepta la renuncia de un Catedrático y nombra a una Profesora Titular como miembro de un Tribunal de oposiciones. No comporta la de los actos posteriores de las pruebas de selección, que no fueron impugnados. Lo contrario lesionaría los principios de congruencia y del derecho a la tutela efectiva de los opositores aprobados.*

«En evitación de que puedan imputarse a la sentencia efectos no derivables de ella, es necesario advertir que la anulación del acto recurrido no comporta la de

otros actos posteriores de las pruebas de selección en que dicho acto se inserta, debiéndose aceptar en tal sentido la alegación del Abogado del Estado, que más atrás quedó transcrita.

Debe destacarse especialmente, por imperativo del principio de congruencia, establecido en los artículos 43 de nuestra Ley Jurisdiccional y 359 de la LECiv, que en el suplico de demanda, también transcrito en momento anterior, nada se expide en relación con otros actos diferentes del impugnado; por lo que extender la anulación más allá de lo pedido, refiriéndola a otros actos distintos del impugnado, posteriores a éste, vulneraría los preceptos citados. E incluso podría lesionar el derecho de tutela judicial efectiva (art. 24 CE) de los opositores aprobados en la oposición en la que se produjo el nombramiento anulado, que no pueden quedar afectados por un proceso en el que no han sido parte.

En modo alguno podríamos tener por ampliado el *petitum* de demanda por el del escrito de conclusiones, lo que veda el artículo 79.1 de nuestra Ley Jurisdiccional.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 20 junio 1997.)*

3. *Selección. Oferta de empleo público de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Inexistencia de violación del artículo 23.2 CE.*

«El motivo segundo, bajo la cobertura procesal del artículo 95.1.3.º de la Ley Jurisdiccional, alega la incongruencia de la sentencia, por la falta de respuesta en ella a los planteamientos referidos en el motivo anterior. La base del motivo es así la misma del precedente motivo, esta vez bajo el marco procesal que corresponde a la naturaleza de la alegación.

De los cuatro alegados silencios, referidos en el análisis del motivo anterior, sólo lo hay propiamente respecto de los aludidos en los apartados *b)* y *c)* del enunciado del precedente fundamento, pues los otros dos [*a)* y *d)*] sí que tienen respuesta, aunque de diferente signo respecto de su especificidad en la sentencia.

Por lo que hace al apartado *a)* de los citados (la participación en los concursos de personal distinto del personal estatutario), el fundamento de derecho 7.º de la sentencia, al referirse en términos críticos a la no concreción del plano del derecho de igualdad en el que se centra la impugnación de los recurrentes, y afirmar que parece que las alegaciones de los recurrentes aluden a la igualdad en la Ley, define los parámetros concretos de la alegada discriminación, y hace expresa referencia a la apertura de los concursos al personal laboral fijo y el funcionarial al servicio de las Instituciones Sanitarias del Servicio Vasco de la Salud junto al personal estatutario de esas instituciones. Se analiza después la constitucionalidad de esa apertura, unificando su estudio con el de la pretendida exigencia de que el sistema de provisión deba ser sólo el de la OM de 26 abril 1973, de concurso abierto y permanente (criterio de unificación que responde a una lógica indudable, y que aporta claridad al discurso), diciendo, en síntesis, sobre el particular: *a)* que aceptada la validez de la Disposición Adicional 12.ª y la Disposición Transitoria 12.ª de la Ley vasca 6/1989, no hay vulneración del artículo 23.2 CE porque la selección del personal y provisión de puestos de trabajo del personal sanitario no facultativo del Servicio Vasco de la Salud se rija por la normativa vasca, no aplicable a otras instituciones sanitarias del Estado o de otras Comunidades Autónomas; *b)* que el derecho a la igualdad no incluye el derecho a la diferenciación, con referencia a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 86/1985 (RTC 1985, 86); y *c)* que la desatención por los poderes públicos de la Comunidad Autónoma Vasca de un pretendido deber de singularización del personal sanitario podrá tener relevancia desde otros parámetros; pero no desde el de la igualdad.

Es indudable que tales argumentaciones dan cabal respuesta al planteamiento de los recurrentes, sin que el dato de que en ella no se haga alusión inmediata a las re-

soluciones impugnadas, aludiéndolas con sus respectivos números, permita dudar que toda la argumentación y la respuesta jurisdiccional que en ella se contiene es referible a las mismas. El Tribunal, con plausible criterio sistemático, que brilla, por lo demás, en toda la sentencia, tras una relación inicial de las disposiciones y resoluciones recurridas (F. 1.º) y una exposición de las tesis de las diversas partes (F. 2.º), en la que tiene reflejo preciso el problema que en esta casación se presenta como no abordado, selecciona en una visión global de conjunto los problemas jurídicos suscitados, y en concreto los que son susceptibles de encuadramiento en el tipo especial de proceso elegido, después de explicar los límites del mismo y de marginar de él (FF. 5.º y 6.º) los temas de pura legalidad ordinaria, abordándolos en su globalidad en los Fundamentos de Derecho 7.º y 8.º, según se ha dicho.

Con esos datos a la vista no puede decirse que en cuanto al problema concreto referido la sentencia haya guardado silencio, y que pueda ser incongruente.

En cuando al alegado silencio referido al apartado *d)* al principio indicado (ignorancia del propio baremo en la Resolución 764/1990 y la inclusión de un baremo derogado en la Resolución 763/1990), es referible al mismo la argumentación contenida en los Fundamentos de Derecho 5.º y 6.º de la sentencia, en los que se definen genéricamente los contenidos del litigio que pueden encauzarse en el especial proceso elegido, marginando de él los de pura legalidad ordinaria. En la medida en que en el concreto apartado a que nos estamos refiriendo no se plantean propiamente problemas de discriminación, sino de pura legalidad de las resoluciones en cuanto a sus respectivos baremos, es claro que no existe omisión de respuesta jurisdiccional constitutiva de incongruencia omisiva, sino que la respuesta, aunque globalizada con la correspondiente a otros problemas, está contenida en los fundamentos de derecho que se acaban de indicar.

Quedan así como únicos contenidos del planteamiento de los actores sin respuesta en la sentencia, según se ha indicado al principio, los apartados *b)* y *c)* citados antes; esto es, la alegada discriminación en las Resoluciones 711/1990 y 764/1990 respecto a la preferencia absoluta de quienes estén en posesión del título de ATS-DUE especialista en psiquiatría, y la ignorancia de los demás títulos de especialista, y la discriminación en las Resoluciones 763/1990 y 766/1990, en cuanto a la cobertura de Técnicos Especialistas únicamente con exclusión de los ATS-DUE.

Es cierto que dichos planteamientos no tienen respuesta discernible en la muy razonada sentencia, lo que *prima facie* y en un plano meramente formal pudiera dar cuerpo al motivo del artículo 95.1.3.º alegado. Mas hemos de traer aquí a colación la jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en nuestras Sentencias de 13 noviembre 1995 (RJ 1995, 8598) (Rec. núm. 4348/1993), 22 diciembre 1995 (RJ 1995, 9675) (Rec. núm. 7183/1993) y 7 febrero 1997 (RJ 1997, 931) (Rec. núm. 1041/1994), según la cual carecen de trascendencia casacional los motivos, cuya estimación no alteraría el signo de la sentencia, que es lo que ocurre en este caso, según pasamos a razonar de inmediato.

Conviene observar que las concretas alegaciones de discriminación, silenciadas en la respuesta de la sentencia son tan escuetas en su formulación que sólo por esto van conducidas al fracaso, pues para que la tesis de la discriminación pudiera tener acogida, hubiera sido preciso empezar justificando el porqué de que en las concretas convocatorias debiera existir el tratamiento igualitario entre títulos, cuya exigencia se da por supuesta, justificación que está por completo ausente en la extremadamente sumaria tesis de los recurrentes.

En lo que hace a las Resoluciones 711/1990 y 764/1990, ni tan siquiera es cierta la alegada "preferencia absoluta" de quienes estén en posesión del título de ATS-DUE especialistas en psiquiatría, pues la lectura de las convocatorias a que se refieren dichas dos resoluciones evidencia que la aludida preferencia no es "absoluta", son sólo para las "Plazas de ATS/DUE-Especialista en psiquiatría" (Resolución núm. 711/1990, Base 6.3 de la convocatoria, y Resolución 764/1990, Base 8.4).

La inexactitud sustancial de hablar de una preferencia absoluta que no es tal, bastaría para, sin necesidad de otras consideraciones, rechazar la alegada discrimi-

nación; pero es que, en todo caso, centrándonos en la concreta preferencia tan inexactamente alegada, queda fuera de toda duda que el dato objetivo de la especialidad hace perfectamente razonable y justificado el que se prefiera para las plazas de tal especialidad a los que poseen el título específico, siendo en tal caso el tratamiento diferencial totalmente proporcionado al fin de proveer las plazas con el personal más idóneo, lo que está en relación con el principio de mérito del artículo 23.2 CE. No existe, pues, el más leve atisbo de la alegada discriminación.

Las mismas consideraciones, *mutatis mutandis*, deben hacerse respecto a la censura, por discriminatorias, de las Resoluciones 713/1990 y 766/1990, habida cuenta de que las convocatorias de cada una de ellas se refieren a plazas de Técnicos Especialistas, lo que hace absolutamente lógico que el título exigido sea precisamente ése, y no otro.

La escueta alegación [F. II.6.*d)*] de que la "exclusión de los ATS-DUE (está) prohibida por el Ordenamiento Jurídico, según la interpretación realizada por el Tribunal Supremo, pudiéndose citar a este respecto su Sentencia de 27 abril 1988 (RJ 1988, 3241)", es absolutamente insuficiente, pues faltan la explicación razonada de esa alegada prohibición, que desde luego no es apreciable por el solo sumario planteamiento de la parte, debiéndose significar que ni tan siquiera se indica la Sala de procedencia de la citada sentencia, mínimo indispensable para su localización, y eventual aplicación de su doctrina al caso presente.

Debe, pues, concluirse que no se aprecia la existencia de las discriminaciones alegadas, a las que la sentencia recurrida no dio respuesta, lo que, pese a la formal tacha de incongruencia, determina la carencia de eficacia casacional del motivo, que debe ser desestimado.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 23 junio 1997.)*

4. *Selección. Legalidad del RD 364/95, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado.*

«Don Francisco de Asís C. H., actuando en su propio nombre, impugna determinados artículos del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 marzo (en lo sucesivo y abreviadamente, Reglamento General de Ingreso). El señor Abogado del Estado opone como causa de inadmisibilidad del recurso, al amparo del artículo 82.*b)* en relación con el 33 de la Ley de la Jurisdicción, que el recurrente actúa por sí mismo, sin valerse de Abogado y Procurador, o de Abogado con poder suficiente, no constituyendo el presente proceso un litigio en materia de personal. La excepción debe ser rechazada, ya que don Francisco de Asís C. H. ha aportado habilitación del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid para que pueda defenderse por sí mismo, expedida conforme a lo dispuesto por el artículo 20 del Estatuto General de la Abogacía Española.

La parte recurrente impugna los artículos 2.1, 44.1, 60 y 61.2 del Reglamento General de Ingreso, entendiendo que por medio de ellos, y con referencia a los Planes de Empleo, se dota a la Administración de poderes que hacen inviable el sistema instaurado por el artículo 103 de la Constitución, infringiéndose el principio de reserva de Ley y el de igualdad en el desarrollo o promoción de la carrera administrativa. En relación con la pretensión de inconstitucionalidad de los preceptos reglamentarios aludidos, el recurrente manifiesta que dichos preceptos reproducen lo dispuesto en los artículos 18.1 y 2 y 20.1.*g)* de la Ley 30/1984, de 2 agosto, sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública, redactados por Ley 22/1993, de 29 diciembre, reguladores de los Planes de Empleo, por lo que, trasladando el reproche de inconstitucionalidad a las normas de la Ley, pide a la Sala que plantee ante el

Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad de los mencionados artículos de la Ley 30/1984. No estimamos procedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad que se solicita, porque los preceptos de Ley que se trata de combatir de esta manera están dotados de las necesarias especificaciones sobre el alcance y contenido de los Planes de Empleo como para no dar lugar al planteamiento de la referida cuestión, en cuanto establecen las medidas y previsiones que los Planes de Empleo podrán contener, sin dejarlas a la voluntad de la Administración, que habrá de sujetar su actuación al modelo fijado legalmente, exigiéndose la justificación de las medidas que se acuerden mediante la correspondiente Memoria, así como regulando con las precisiones legales oportunas el procedimiento de reasignación de efectivos. No advertimos, pues, que las normas de la Ley 30/1984 que se intenta combatir infrinjan el principio de reserva de Ley contenido en el artículo 103.3 de la Constitución. La mención del principio de igualdad en el desarrollo y promoción de la carrera administrativa carece de significación frente a normas de carácter general, respecto a las cuales el recurrente no plantea términos de comparación que pudiesen llevar a la conclusión de que se establece un sistema discriminatorio contrario a la igualdad constitucional. No procede, pues, formular la cuestión de inconstitucionalidad que se solicita y, en consecuencia, la impugnación de los preceptos reglamentarios, que tienen la adecuada cobertura legal, debe ser desestimada. En relación con la regulación de los Planes de Empleo se impugna singularmente el artículo 2.1 del Reglamento General de Ingreso, manifestando que los Planes Operativos, que pueden ser aprobados con independencia de los Planes Integrales, son contrarios a la Ley, dado que no contienen todas las actuaciones que sea necesario adoptar para lograr una óptima utilización de los recursos humanos, de acuerdo con las directrices de la política de personal, como exige el artículo 18.1 de la Ley 30/1984. La impugnación no puede prosperar porque los Planes Operativos, cuando sean independientes de los Planes Integrales, no podrán exceder del alcance general que para los Planes de Empleo establece la Ley, ni el Reglamento previene otra cosa. Los Planes Operativos, como Planes de Empleo que son, habrán de ajustarse a las prescripciones legales y en especial al artículo 18 de la Ley 30/1984, en razón de la cual no se estima que la norma reglamentaria recurrida sea contraria a la Ley. La impugnación objeto de examen debe ser desestimada.

Constituye objeto del recurso el artículo 7 del Reglamento General de Ingreso, que determina el ámbito de la Oferta de Empleo Público, en la que se incluirán las plazas dotadas presupuestariamente que no puedan ser desempeñadas con los efectivos de personal existentes, añadiendo a esta regla la de que su cobertura se considere conveniente durante el ejercicio, disposición esta última que no se encuentra en el artículo 18.4 de la Ley 30/1984, por lo que el recurrente entiende que el precepto reglamentario es nulo de pleno derecho, porque atenta contra el principio de reserva de Ley que contiene el artículo 103.2 de la Constitución. El artículo 18.4 de la Ley 30/1984, que ha sido objeto de redacción por la Ley 22/1993, de 29 diciembre, no expresa que la Oferta de Empleo Público debe contener necesariamente todas las plazas dotadas presupuestariamente y que se hallen vacantes, como establecía el párrafo tercero de este artículo en su redacción originaria. La actual redacción del artículo 18.4 alude a las necesidades de recursos humanos que no puedan ser cubiertas con los efectos de personal existentes y estas necesidades, que no tienen por qué coincidir con las plazas vacantes, deben ser apreciadas en relación con la Administración del Estado por el Gobierno, a quien le corresponde aprobar la Oferta de Empleo Público [art. 3.2.*g)* de la Ley]. La facultad para determinar las necesidades de recursos humanos que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes se encuentra dentro de la potestad organizatoria (o de autoorganización) de que dispone la Administración para estructurar sus órganos y distribuir las funciones del modo que mejor puedan prestarse los servicios públicos que tiene encomendados, en todo lo que no esté sometido a reserva de Ley. En su virtud, la previsión reglamentaria que faculta al Gobierno, en relación con la Oferta de Empleo Público de la Administración del Estado, para apreciar las necesidades de recursos humanos

que es conveniente cubrir en cada ejercicio, según las circunstancias de la economía y las demás que deben tomarse en cuenta, no es contraria a la Ley ni infringe el principio de reserva legal, no constituyendo una extralimitación reglamentaria, sino una manifestación de la potestad de organización de la Administración. La imputación objeto de examen debe ser desestimada.

El artículo 19.2 de la Ley 30/1984 prescribe que el Gobierno regulará la composición y funcionamiento de los órganos de selección, según los principios que señala. El recurrente entiende que los artículos 11 (relativo a los Tribunales) y 12.3 (sobre las Comisiones Permanentes de Selección) del Reglamento General de Ingreso son contrarios a los artículos 19.2 de la Ley y 103.3 y 23.2 de la Constitución, ya que en cuanto a los Tribunales el citado artículo 11 remite su nombramiento a cada orden de convocatoria y el artículo 12.3 previene que los miembros de las Comisiones Permanentes de Selección serán designados libremente. La impugnación carece de un mínimo fundamento. El Reglamento regula la composición de los órganos de selección, especificando con reglas imperativas cómo deben estar constituidos los Tribunales y las Comisiones Permanentes de Selección. Basta para comprobarlo dar lectura a los artículos 11, 12.3 y 13 del Texto reglamentario, que cumplen estrictamente el precepto legal, sin infringir los artículos 103.3 y 23.2 de la Constitución, ya que cuentan con la procedente cobertura legal y en nada se aprecia que puedan vulnerar el principio de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, al constituir normas de general aplicación. La impugnación objeto de examen debe ser desestimada.

El artículo 27.1 del Reglamento General de Ingreso autoriza el nombramiento de funcionarios interinos con arreglo a los principios de mérito y capacidad. El artículo 35.1 faculta igualmente para la contratación de personal laboral no permanente conforme a los mismos principios. El artículo 19.1 de la Ley 30/1984, refiriéndose a la Oferta de Empleo Público, exige que la selección de personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, garantice en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, principio de igualdad que también viene exigido por el artículo 23.2 de la Constitución. Entiende el recurrente que los mencionados artículos del Reglamento, al omitir la referencia a los principios de igualdad y publicidad que se requieren para la selección de todo tipo de personal que la Administración pretenda incorporar a su servicio, son nulos de pleno derecho, por contradecir los artículos 23.2 de la Constitución y 19.1 de la Ley 30/1984. La impugnación carece de fundamento para prosperar. El hecho de que los artículos del Reglamento que se recurren no citen el principio de igualdad no significa que éste no sea aplicable a los supuestos que regulan en los términos que resultan de la Constitución. Respecto al principio de publicidad el artículo 19.1 de la Ley lo está circunscribiendo al personal funcionario o laboral seleccionado de acuerdo con la Oferta de Empleo Público, no citando el recurrente precepto que obligue a incluir en dicha Oferta a los funcionarios interinos y al personal laboral no permanente, que por definición están llamados a desempeñar sus puestos con carácter temporal. Por último, respecto a cada nombramiento de funcionarios interinos y contrato de personal laboral no permanente podrá comprobarse si cumple los requisitos exigidos por la Constitución y la Ley, instándose su anulación cuando no se produzca dicho cumplimiento, pero sin que el simple silencio de los preceptos reglamentarios afectados sobre los puntos que el recurrente destaca permita que los declaremos nulos de pleno derecho. La impugnación objeto de examen debe ser desestimada.

Impugna el recurrente el artículo 41.5 del Reglamento General de Ingreso, que establece: "Las condiciones de movilidad de los funcionarios pertenecientes a Cuerpos o Escalas adscritos a áreas funcionales o sectores de actividad se establecerán conjuntamente por los Ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, a fin de asegurar una adecuada planificación de personal y racionalizar el desarrollo profesional, y tendrán reflejo en las relaciones de puestos de trabajo." Ninguna de las alegaciones que en la demanda se hacen valer contra este precepto reglamentario tiene virtualidad suficiente para determinar su nulidad de

pleno derecho. Se afirma que el artículo 15.2 de la Ley 30/1984 permite la adscripción a funcionarios de un determinado Cuerpo o Escala de puestos de trabajo, no de "áreas funcionales o sectores de actividad", pero no se advierte en ello contradicción alguna entre el texto legal, que regula la adscripción con carácter exclusivo de puestos de trabajo, y el reglamentario, cuyo ámbito es fijar las condiciones de movilidad de los funcionarios pertenecientes a Cuerpos o Escalas de adscripción exclusiva, por lo que su objeto no es dictar normas sobre la aludida adscripción exclusiva, que habrá de hacerse a puestos de trabajo, como la Ley previene, sino regular la movilidad de los funcionarios afectados por la referida adscripción exclusiva, utilizando una terminología diferente a la del artículo 15.2 de la Ley, pero no conteniendo una normativa contraria a dicho artículo. Se añade que el artículo 41.5 del Reglamento restringe las condiciones de movilidad que prescribe el artículo 15.2, primer inciso, de la Ley, olvidando que el precepto combatido no es desarrollo de ese primer inciso, sino del segundo, que admite la posibilidad de la existencia de puestos de trabajo de adscripción exclusiva. Se insiste en que la restricción o reserva de concursos a determinado personal es una medida de dudosa constitucionalidad, citándose el artículo 23.2 de la Constitución, sin tomar en cuenta que la adscripción exclusiva a que pretende referir su crítica el actor no deriva de la norma reglamentaria a la que se opone, sino del artículo 15.2, inciso segundo, de la Ley. Finalmente opina que las condiciones de movilidad no pueden establecerlas los Ministerios que cita el artículo 45.1 del Reglamento, porque los artículos 15.2 y 26 de la Ley atribuyen dicha facultad al Gobierno, objeción que no toma en consideración el distinto ámbito de las normas y de las facultades que regulan: los preceptos legales se aplican a la adscripción exclusiva de puesto de trabajo (que compete al Gobierno) y el artículo 41.5 del Reglamento tiene por objeto la fijación de condiciones de movilidad para los funcionarios pertenecientes a Cuerpos o Escalas de adscripción exclusiva, ampliando así sus posibilidades de destino en el ejercicio de la potestad organizatoria de la Administración. La impugnación objeto de examen debe ser desestimada.

El recurso se dirige contra los apartados *c)* y *d)* del artículo 44.1 del Reglamento General de Ingreso. El apartado *c)*, al señalar los méritos que deberán valorarse en los concursos para la provisión de puestos de trabajo, introduce como uno de ellos "la experiencia en el desempeño de puestos pertenecientes al área funcional o sectorial a que corresponda el convocado", lo que el recurrente entiende que viola el artículo 15.2 de la Ley 30/1984, que facilita al máximo la movilidad de los funcionarios, aludiendo a los principios de mérito y capacidad y al derecho a la igualdad. La objeción carece de una mínima justificación, ya que el artículo 20.1.*a)* del citado texto legal considera como un mérito a considerar en los concursos "la valoración del trabajo desarrollado", y un medio lógico para conseguir esta finalidad es la apreciación de la experiencia en el desempeño de puestos similares al convocado, con lo que la norma impugnada no constituye sino el legítimo desarrollo reglamentario de la Ley. Se opone también el actor a que en el mismo artículo del Reglamento [art. 44.1.*c)*] se valore el trabajo desarrollado atendiendo a "las aptitudes y rendimientos apreciados a los candidatos en los puestos anteriormente desempeñados", entendiendo que es un criterio absolutamente subjetivo contrario al artículo 103.3 de la Constitución, que se refiere a las garantías de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios públicos. Digamos solamente que el medio a que el Reglamento acude es esencial para valorar el trabajo desarrollado por el funcionario, por lo que se ajusta al artículo 20.1.*a)* de la Ley, sin que el principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas tenga una relación conceptual directa con la norma impugnada. Manifiesta el recurso que, como el apartado *d)* del artículo 44.1 del Reglamento únicamente permite valorar "los cursos de formación y perfeccionamiento expresamente incluidos en las convocatorias, que deberán versar sobre materias directamente relacionadas con las funciones propias de los puestos de trabajo", excluyendo los demás cursos que hayan realizado los concursantes, dicha exclusión es nula por infringir el artículo 23 en relación con el 103 de la Constitución, en cuanto al principio de mérito para acceder a los cargos públicos. Estima-

mos, frente al criterio del demandante, que la norma reglamentaria se ajusta estrictamente a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, ya que ordena tomar en cuenta los cursos sobre materiales afines con el puesto de trabajo a desempeñar, que son los que expresamente deben mencionarse en las convocatorias de los concursos, excluyendo aquellos cursos que ninguna relación tengan con dicho puesto de trabajo, a que se aspira, y que no justifican por tanto méritos para su desempeño. Las impugnaciones objeto de examen deben ser desestimadas, no teniendo ninguna de ellas una mínima justificación en derecho.

La demanda pretende que declaremos la nulidad de pleno derecho de los artículos 47.2 y 22.2 del Reglamento General de Ingreso porque, a juicio del recurrente, la motivación que estos preceptos exigen para la resolución de los concursos para la provisión de puestos de trabajo (art. 47.2) y para los actos que pongan fin a los procedimientos de selección (art. 22.2) no constituye una motivación suficiente, considerando que las normas reglamentarias aludidas infringen el artículo 54.1, letra *f)*, y 2 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Sin embargo, basta dar lectura a las normas que se invocan de la Ley 30/1992 para advertir que la motivación que se exige con carácter general por los artículos 47.2 y 22.2 del Reglamento recurrido es suficiente a los fines perseguidos por la Ley, no existiendo norma legal que requiera otra motivación más específica o referida a extremos distintos de aquellos a que los preceptos impugnados aluden, lo que conduce a la desestimación de las impugnaciones objeto de examen, carentes, como en el supuesto anterior, de una argumentación que pueda ampararlas.

El artículo 61.1 del Reglamento General de Ingreso dispone lo siguiente: "Los Departamentos Ministeriales, Organismos Autónomos y Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social podrán disponer la adscripción de los puestos de trabajo no singularizados y de los funcionarios titulares de los mismos a otras unidades o centros", aunque si la adscripción supusiera cambio de municipio solamente podrá llevarse a cabo con la conformidad de los titulares de los puestos de trabajo, sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional quinta de la Ley 22/1993, de 29 diciembre. Para la parte recurrente este precepto es contrario al artículo 20.1.*d)* de la Ley 30/1984, que permite a la Administración, por necesidades del servicio, adscribir a los funcionarios que ocupen puestos no singularizados a otros de la misma naturaleza, nivel y complemento específico dentro de la misma localidad. Entendemos que el indicado precepto reglamentario se acomoda al espíritu y finalidad de la transcrita norma legal, que le sirve de fundamento. Por una parte, la circunstancia de que el Reglamento no exija de una manera expresa que la medida se adopte por necesidades del servicio no significa que no deba cumplirse este requisito. El silencio del Reglamento debe interpretarse como remisión a la exigencia del requisito legal, no como derogación de dicho requisito. Por otra parte, la Ley regula la adscripción de los funcionarios que ocupen puestos no singularizados a otros equivalentes dentro de la misma localidad. El Reglamento permite la adscripción del puesto de trabajo no singularizado y del funcionario titular del mismo a otra unidad o centro, también dentro de la misma localidad. Para el funcionario se trata de una resolución análoga e incluso más favorable, puesto que no se le obliga a cambiar de puesto de trabajo, por lo que nada hallamos en el precepto reglamentario que sea contrario a la Ley y que no se justifique en la potestad de autoorganización de la Administración que el Reglamento desarrolla. La impugnación objeto de examen debe ser desestimada.

En relación con la regulación de las comisiones de servicios el recurrente postula la nulidad de los artículos 64.1 y 66 del Reglamento General de Ingreso, considerando que infringen el principio de reserva de Ley que para el Estatuto de los funcionarios públicos proclama el artículo 103.3 de la Constitución. Sin embargo, la primera de las normas impugnadas encuentra su cobertura legal en el artículo 41.1, apartado *c)*, del Texto Articulado de la Ley de los Funcionarios Civiles del Estado de 7 febrero 1964, según el cual los funcionarios se hallan en situación de servicio acti-

vo cuando les haya sido conferida una comisión de servicio de carácter temporal, bien en su propio Ministerio, bien en otro, si fueran autorizados por los correspondientes Departamentos que se señalan. Pues bien, el artículo 64.1 del Reglamento regula una comisión de servicio para cubrir un puesto de trabajo vacante en caso de urgente e inaplazable necesidad, con el consentimiento del interesado, que debe reunir los requisitos establecidos para el desempeño del puesto de que se trate. No encontramos contradicción con el precepto legal, sino desarrollo del mismo de acuerdo con la potestad organizatoria de la Administración. El segundo supuesto (art. 66) no constituye la atribución de un puesto de trabajo en comisión de servicios, sino una redistribución temporal del trabajo en el Departamento Ministerial de que se trate que, por causa de su mayor volumen temporal u otras razones coyunturales, no puede ser atendido con suficiencia por los funcionarios que desempeñen con carácter permanente los puestos de trabajo que tengan asignadas dichas tareas. En tales casos, que han de ser excepcionales, el artículo 66 del Reglamento apodera al Subsecretario para atribuir a los funcionarios el desempeño temporal en comisión de servicios de funciones singulares o la realización de tareas que no están asignadas específicamente a su puesto de trabajo. Constituye, como hemos indicado, una redistribución temporal de trabajo por motivos excepcionales, que forma parte de la potestad organizatoria de la Administración combinada con la necesidad de atender una situación coyuntural en beneficio del principio de eficacia en la prestación de los servicios, que el artículo 103.1 de la Constitución le exige. No existe, pues, en los casos examinados ni infracción legal por parte de los preceptos reglamentarios, ni infracción del principio de reserva de Ley que la Constitución establece para el Estatuto de los funcionarios, y que no puede llevarse al extremo de suprimir la potestad reglamentaria y de autoorganización de la Administración. En relación con la materia que analizamos la impugnación se pretende extender al artículo 70.6 del Reglamento General de Ingreso, en cuanto prescribe que el tiempo prestado en comisión de servicio será computable para consolidar el grado correspondiente al puesto desempeñado, siempre que se obtenga con carácter definitivo dicho puesto u otro de igual o superior nivel, regulación que el actor estima contraria a las normas que para la adquisición del grado personal se contienen en el artículo 21.1.*d)* de la Ley 30/1984. La impugnación debe ser rechazada, porque el precepto que se invoca de la Ley 30/1984 no impide que puedan computarse para consolidar el grado los puestos de trabajo desempeñados en comisión de servicios. Por ello es razonable que en los concursos para la provisión de puestos de trabajo se valoren los puestos así desempeñados, que se han servido efectivamente, sin que pueda entenderse violado el principio de igualdad en la regulación contenida en normas de carácter general, que obedecen a una finalidad razonable de valoración de los puestos ejercidos por el funcionario. Las impugnaciones objeto de examen también deben ser desestimadas.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 30 junio 1997.)*

II. DERECHOS

1. *Funcionarios contratados. Administración Local. Obligación de alta en la Seguridad Social salvo Ley especial. Evolución.*

«La sentencia apelada establece, como presupuesto para la calificación jurídica de la liquidación de cuotas impugnada, el carácter de la relación de empleo a la que la misma se refería y ante la posibilidad de que aquélla fuese una relación jurídico-laboral o jurídico-administrativa, decide la controversia en el sentido de considerar la existencia de un contrato administrativo, que gozaba de la cobertura legal, en el momento de su celebración, según el artículo 26.2 del Texto Articulado parcial de la Ley de Bases del Estatuto del Régimen Local, aprobada por Decreto 3046/1977, de 6

octubre, al prever la celebración de contratos administrativos para el personal técnico de los servicios municipales, cuando por la finalidad de su función debieran tener una vinculación de carácter temporal.

El Abogado del Estado apelante censura en su escrito de alegaciones esta calificación jurídica, pues, a su juicio, no se ajusta a las exigencias de la normativa habilitante, tanto en lo referente a las funciones a desarrollar por el contratado, como al tiempo de duración del contrato y asimismo considera que aun cuando se tratare de un contrato administrativo, ello no sería óbice para que la persona contratada en tal régimen hubiera de estar afiliada a la Seguridad Social, de conformidad con lo prevenido en el artículo 17 del Decreto núm. 1742/1966, de 30 junio; y por último alega que, al menos durante algún momento de la duración del contrato, estaba afectado por la prohibición contenida en la disposición adicional cuarta de la Ley de Reforma de la Función Pública de 2 agosto 1984.

Expuestos los términos del litigio, las alegaciones del Abogado del Estado evidencian la posible irregularidad de esa contratación administrativa; pero ello no es suficiente para transformar una relación administrativa irregular en una relación laboral, como ha declarado reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, debiéndose agregar los siguientes criterios legales de aplicación en la cuestión suscitada:

a) En la época a que corresponde el contrato que nos ocupa (1 de enero de 1981 a 6 de agosto de 1985), no puede olvidarse que para que pueda hablarse de trabajadores al servicio de la Administración se precisaba que hubieran sido contratados con ese carácter, según disponía el artículo 7 de la Ley de Funcionarios del Estado, de aplicación supletoria a las demás Administraciones conforme a lo dispuesto en su artículo 2.3.º; y según el artículo 353 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local, aprobado por Decreto de 24 junio 1955, la condición de empleados laborales en las Corporaciones Locales se refería a los trabajadores manuales, criterio que reitera el artículo 25 del RD 3046/1977, de 6 octubre.

b) Posteriormente, la Ley de Reforma de la Función Pública de 1984 admitió en el artículo 15 la posibilidad de optar por el régimen de contratación laboral y en la redacción de la Ley 23/1988 establece como puestos que desempeña el personal laboral, los de naturaleza no permanente, siendo la disposición adicional cuarta de la Ley, la que prohíbe la celebración con las Administraciones Públicas de contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo.

c) Finalmente, la Ley 7/1985, de 2 abril, señala en su artículo 103 que el personal laboral será seleccionado por la Corporación ateniéndose a lo dispuesto en el artículo 91, y el artículo 32 del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado establece que los contratos temporales se celebrarán ajustándose a las normas de general aplicación en la contratación de este tipo de personal laboral, lo que se reitera en el artículo 177 del TRRL, aprobado por Real Decreto Legislativo de 18 abril 1986.

En consecuencia, no resulta correcta la base argumental de la sentencia impugnada, al dar por sentado que sólo la condición jurídico-laboral del trabajador era la que justificaba la necesidad de afiliación y alta al Régimen General de la Seguridad Social, ya que según el artículo 61 de la Ley General de la Seguridad Social no existe una correlación estricta entre aquella condición y el ámbito de ese Régimen, como lo demuestra la alusión en su párrafo 2.*d)* a "El personal civil no funcionario al servicio de Organismos y Entidades de la Administración Local siempre que no estén incluidos en virtud de una Ley Especial en otro régimen obligatorio de previsión social", y es precisamente en este apartado en el que debe incluirse la relación enjuiciada, pues se trata de un contratado administrativo, y por tanto no es una relación funcionarial, y no está incluida en otro régimen obligatorio de previsión social en virtud de una Ley Especial.

Por ello no es aceptable la tesis de la sentencia apelada que a partir de la existen-

cia del contrato administrativo, declara por esa sola circunstancia, la nulidad de la liquidación impugnada, la no existencia de la obligación a la afiliación a la Seguridad Social, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 61 citado, sí que existía la obligación de alta y cotización a la Seguridad Social, y consecuentemente, existe así el descubierto reflejado en las actas de la Inspección, siendo por tanto ajustadas a derecho las mismas y las resoluciones impugnadas basadas en ellas, de conformidad con la doctrina jurisprudencial de este Tribunal que al interpretar el artículo 38 del Decreto 1860/1975, de 10 julio, viene señalando, en síntesis, que la presunción de veracidad atribuida a las Actas de Inspección se basa en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al Inspector actuante (Sentencias, entre otras, de 18 enero y 18 marzo 1991 [RJ 1991, 265 y 3183]), y que esa presunción de certeza perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), ya que el citado artículo 38 se limita a atribuir a tales actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 4.ª, 3 junio 1997.)*

2. *Derecho al cargo. Funcionario de libre designación. Su nombramiento y cese se basan en la confianza, por lo que el mero hecho de efectuarlos implica la existencia o desaparición de ésta, lo que excluye la necesidad de motivación. Subdirector Técnico del Departamento de la Sección de Fiscalización del Tribunal de Cuentas. Desviación de poder del acuerdo de cese porque con él no se «trató de liberar a las entonces superiores del actor de un dependiente público que había perdido su confianza, por mantener con ellos continuas discrepancias sobre los criterios técnicos relativos al desempeño de la actividad que desempeñaba, ni actuó por otras motivaciones públicas, sino movido por la finalidad extrajurídica de liberar a esos superiores de quien... actuando en el ejercicio legítimo de sus funciones... había constatado... patentes irregularidades de trascendencia incluso penal, susceptibles de perjudicar los intereses personales de tales superiores».*

«En relación a la falta de motivación y de previa audiencia, considera esta Sala que la omisión en el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Tribunal de Cuentas, de 17 febrero 1994, de cualquier referencia a los motivos determinantes del cese, y el hecho de que ese acuerdo no hubiese estado precedido de un expediente contradictorio en el que se diera audiencia al recurrente, no podían por sí y desde una perspectiva formal, ser determinantes de la invalidez del acuerdo en cuestión, pues como tiene declarado este Tribunal en las Sentencias de 10 y 11 enero 1997 (RJ 1997, 406 y 407), entre otras, el nombramiento para cargos de libre designación constituye un supuesto específico y singular dentro de la categoría general de los actos discrecionales, consistiendo la singularidad en que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza, que sólo puede ser apreciado por la autoridad que verifica el nombramiento, a la vista de las circunstancias que estime que concurren en el solicitante para llegar a ocupar el puesto, o para seguir desempeñándolo, si estima que ya han desaparecido, o se han perdido, a lo largo del desempeño, en cuyo caso libremente podrá decretar el cese. Y ello sin estar sometido al requisito formal de hacer una exposición expresa de los motivos en virtud de los cuales se ha preferido a una persona en lugar de otra, o por los que se ha perdido la confianza en la ya designada. De modo que las razones que llevaron a la Comisión a decretar el cese del actor en el puesto de libre designación que ocupaba, debían considerarse implícitas en la declaración de cese, aunque desde luego referidas a la pérdida de la confianza de la autoridad que lo decretaba, fundada en la creencia

de que aquél ya no mantenía las condiciones de idoneidad técnicas para el desempeño de las funciones de inspección y fiscalización. Según así vino a exteriorizarse por el Tribunal de Cuentas que habían determinado su nombramiento para el cargo, ahora sí expresamente, al resolverse la alzada, en la que reiteradamente se alude a la falta de idoneidad para el desempeño del puesto como motivo del cese. Otra cosa es que al examinar la alegación de desviación de poder, se pueda llegar a la conclusión de que quepa entender, a la vista del conjunto de las actuaciones, que la motivación última haya sido en realidad distinta de ésa, antes aludida.

En lo que respecta a la falta de previa audiencia eran atendibles las razones que sobre ese particular expuso la Administración, al afirmar que podía decidirse la remoción sin expediente contradictorio alguno, o previa audiencia al interesado, ya que la esencia misma del sistema de libre designación, es contraria a esa necesidad, dado que según se ha dicho, ni siquiera es necesario que las razones del cese se exterioricen cuando se decide éste. De ahí que mientras la remoción de puestos cubiertos por concurso exija expediente contradictorio, con audiencia del funcionario, según el inciso final del artículo 21.1.*e)* de la Ley 30/1984, redacción dada por la Ley 23/1988, no exista esa previsión, para la remoción de los nombrados por libre designación, en el primer inciso de ese precepto. Añádase a ello que en caso de autos difícilmente cabría hablar de indefensión material invalidante, cuando se ofrecía al actor, en el acto de cese, recurso de alzada ante el Tribunal de Cuentas, y hay constancia de que aquél hizo uso de tal posibilidad, defendiendo con amplitud su derecho a la permanencia en el cargo.

En cuanto a la alegación de desviación de poder, hay que partir de que, según constante jurisprudencia, aunque se impute a quien la aduce la carga de la prueba de su concurrencia, sin embargo esa carga se cumple y la presunción de validez de los actos administrativos se destruye a estos efectos, mediante presunciones, sin que se exija una prueba directa y plena. Siendo utilizables los indicios razonablemente fundados, y pudiendo modularse las reglas de la carga de la prueba aplicando el criterio de la facilidad de aportación, en virtud del principio de buena fe procesal. Bajo esta perspectiva resultan de las actuaciones los siguientes hechos: 1) El señor N. fue designado para el puesto de Subdirector Técnico (antes Jefe de División) del Departamento 4.º de Fiscalización del Tribunal de Cuentas por Resolución de 12 enero 1990, como consecuencia de una convocatoria para cubrir puestos por el sistema de libre designación. 2) Según la convocatoria, las funciones a desarrollar en el puesto eran las de "Dirección, coordinación y supervisión de las actividades fiscalizadoras de la división, formulación de informes y propuestas sobre el resultado de la actividad fiscalizadora"; sobre la calidad de los méritos a aportar, la convocatoria expresaba que para ese puesto, deberían acreditar "experiencia en desempeño en puestos de trabajo similares, especialización en auditoría y contabilidad pública"; méritos que debían acreditarse documentalmente con la solicitud de participación en el concurso, a través del *curriculum* profesional en el que constaran los títulos académicos, años de servicios en puestos de trabajo en el Tribunal de Cuentas o en la Administración Pública o en la Seguridad Social, estudios y cursos. 3) Que el actor aportó con su solicitud méritos relativos a su expediente académico, en el que, entre otros, alegó títulos de Profesor Mercantil, Licenciado y Doctor en Económicas, Censor Jurado de Cuentas, Técnico Superior Económico Financiero en el INI, y Técnico Administrativo por oposición de Administración Local, y como puestos desempeñados, en el INI, el de Técnico Superior Económico Financiero y Director de Auditoría, y en INTELHORCE este mismo cargo, así como Director Financiero de "Lactaria Española y Butano, S.A.", y en la Universidad, Gerente de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. 4) Que fue propuesto para el cargo junto a otros dos solicitantes, siendo él el preferido. 5) Que en 1990, don Andrés S., Consejero del Departamento núm. 4 de Fiscalización, hasta diciembre de 1991, le encomendó la dirección del grupo encargado de fiscalización de las cuentas de la RENFE, relativas al ejercicio de 1989; funciones que desempeñó a satisfacción de ese Consejero, mientras éste desempeñó su cargo (testifical del juicio). 6) Que a consecuencia de esa actividad el recurrente emitió un informe propuesta, terminado el 27 de julio de 1992. 7) En ese informe propuesta se

destacaba la existencia de diversas irregularidades concernientes a la adquisición de inmuebles por RENFE, contratos con una empresa denominada CATER TREN, encargada del servicio de restaurante durante los años investigados, y a una reducción de plantillas con falsedad en el contenido de los consiguientes actos de conciliación ante el IMAC, que por el alcance de la ilegalidad podían determinar, en principio, consecuencias incluso penales. 8) Que a partir de diciembre de 1991, fue nombrado nuevo Consejero del Departamento 4, don Eliseo F. C., y nuevo Secretario Técnico don Rafael I. L. (hechos admitidos). 9) El citado Secretario Técnico, en la fecha de los hechos, tenía un hermano que ocupaba un cargo directivo en RENFE y que mantuvo contactos con la empresa CENTER TREN, a la que se imputaba en el informe irregularidades contables y presuntas falsedades (hechos afirmados por el actor y no negados por la Administración). 10) Que las irregularidades descritas, no figuraron en el informe definitivo que se confeccionó sobre actividades de RENFE en el ejercicio 1989, bajo la dirección de esos nuevos cargos y que se elevó en 1994 a la aprobación del Pleno. 11) Que las citadas irregularidades fueron denunciadas a la Fiscalía del Tribunal de Cuentas, en fecha 5 de abril de 1994, la cual por entender que los hechos denunciados podían ser constitutivos de delito, los puso en conocimiento del Fiscal General del Estado, quien acusó recibo de la comunicación y ordenó a dicha Fiscalía del Tribunal de Cuentas la incoación de Diligencias Preliminares de investigación. Seguidas esas Diligencias y tomada declaración aclaratoria al denunciante, y con aportación y análisis de toda la documentación existente en el Tribunal de Cuentas relacionada con los hechos, se emitió por el Fiscal del Tribunal de Cuentas un resumen, que se elevó a la Fiscalía General. De tal resumen cabe destacar que en el mismo literalmente se dice, respecto de las adquisiciones de EQUIDESA: "... a pesar del sistema de adquisición seguido mediante tasaciones que posiblemente podrían considerarse demasiado simples, de la venta de los primitivos propietarios a precios bajos y de la adquisición inmediata sobreelevada por RENFE, todo podría considerarse una simple operación de compraventa, más o menos afortunada, ya que en estas diligencias preliminares penales sólo puede alcanzarse la visión formal de las operaciones comerciales, pero tampoco puede excluirse que todo constituya una concertación para defraudar a RENFE, por lo que dada la magnitud del dinero público desembolsado —unos mil millones de pesetas, hay que añadir— y la forma de aparición de unos terceros beneficiarios de importantes plusvalías, y el elevado coste de unos terrenos rústicos no urbanizables, parece que hay motivos para ahondar en la investigación instando del Juzgado competente la iniciación de la oportuna instrucción penal (...) además se declara en los contratos... que las fincas se encuentran arrendadas a... CEMSA... quien recibe de EQUIDESA cantidades superiores a doscientos millones de pesetas, por renuncias al presunto arrendamiento, especialmente al ejercicio del derecho de retracto... sin embargo ningún otro elemento, ni siquiera indicios autorizan confirmar la existencia de dichos arrendamientos (...) considera esta Fiscalía que en lo que se refiere a esos presuntos arrendamientos se debe darse a la denuncia, el mismo tratamiento anterior... instando el comienzo de un procedimiento penal...". Por lo que se refiere a los extremos de la denuncia relativos a contratos con CATER TREN y conciliaciones con el IMAC, propone el archivo de la denuncia al apreciar en las primeras alcance meramente civil, y no acreditarse perjuicio para la Administración de las segundas (documental del juicio). 12) Elevadas las Diligencias Preliminares al Fiscal General del Estado, y apreciada en esta Fiscalía indicios de conducta ilícita penal, en lo que respecta a las llamadas operaciones inmobiliarias de EQUIDESA y no en lo demás, y teniendo conocimiento de que guardaban relación con los hechos objeto de investigación en el Juzgado Central núm. 3, ordenó remitir las actuaciones a dicho Juzgado, al objeto de esclarecimiento de los hechos; constando que en el momento del pleito, en ese Juzgado de Instrucción, estaban en trámite las Diligencias Previas núm. 253/1991, por presuntos delitos de falsedad en documento y contra la Hacienda Pública, al que se incorporaron las anteriores de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas y General del Estado (documental del juicio). 13) Desde enero de 1994, en diversos medios de comunicación (periódicos "El País" y

"ABC"), se informaba sobre presuntos ocultamientos en la fiscalización por el Tribunal de Cuentas de las actividades de RENFE en el ejercicio 1989. 14) En el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 17 febrero 1994, no se exponen las razones del cese del actor en el puesto de Subdirector Técnico que a la sazón ocupaba. 15) En la resolución de la alzada, se alude genéricamente, como motivo del cese, a la falta de idoneidad para el desempeño del cargo, pero no se expresa en qué se funda ese juicio de falta de idoneidad, o sobre qué extremos de la actividad del actor se contrae el juicio que se emite.

Los hechos reseñados, entre los que destacan que una instancia tan relevante por su imparcialidad y fines, cual es el Ministerio Fiscal, haya visto en los hechos y calificaciones realizados por el actor en su informe propuesta, indicios suficientes para que se sigan actuaciones penales, cuyo curso se mantenía al tiempo de este proceso, y la presencia en los cargos superiores al del actor durante la confección del informe propuesta, de un hermano de uno de los posibles implicados en las irregularidades, así como el impacto público de los hechos, que es notorio determinaron la dimisión de alguna Autoridad del Gobierno, e incluso el propio contenido de los acuerdos sobre el cese (el de la Comisión de Gobierno y el resolutorio de la alzada), en los que en absoluto se expresa el alcance de los hechos acreditativos de la aducida falta de idoneidad, expuesta en la alzada, como causa del cese, unido al alcance de los méritos alegados por el actor al concursar y manifestación de quien (Consejero señor S.) le nombró inicialmente para dirigir el equipo fiscalizador de RENFE, llevan a este Tribunal a la convicción de que el Organismo demandado, al decretar el cese del actor en el puesto que desempeñaba como Subdirector Técnico en el Departamento 4, Fiscalización, y en contra de lo que se insinúa al resolver la alzada, no trató de liberar a los entonces superiores del actor, de un dependiente público que había perdido su confianza, por mantener con ellos continuas discrepancias sobre los criterios técnicos relativos al desempeño de la actividad que desempeñaba, ni actuó por otras motivaciones públicas, sino motivo por la finalidad extrajurídica de liberar a esos superiores de quien, desde un puesto de jerarquía inferior, pero actuando en el legítimo ejercicio de sus funciones —art. 12.2 Ley Orgánica 2/1982, que ordena al Tribunal de Cuentas hacer constar en la fiscalización cuantas infracciones, abusos o irregularidades hayan observado— había constatado al desarrollar la concreta actividad que se le había encomendado, patentes irregularidades, de trascendencia incluso penal, susceptibles de perjudicar los intereses personales de tales superiores. Lo que, desde luego, no cabía calificar de uso de las potestades organizatorias, concernientes al cese, de un modo concorde con el interés público, sino de desviación de poder.

En conclusión, al apreciarse la concurrencia del vicio de desviación de poder, procede la consiguiente anulación de los actos impugnados. Resultando también adecuado acceder a las demás pretensiones que se postulan en la demanda.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 13 junio 1997.)*

3. *Retribuciones. Militares. Legalidad del artículo 3.2 RR.DD. 359/1989 y 1494/1991, que clasifican a los Brigadas a efectos de sueldo en el Grupo C y a los Subtenientes en el B. 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 ellas. No hay forma alguna en virtud de la cual todas las categorías de funcionarios con igual retribución hayan de tener asignado un mismo coeficiente multiplicador.*

«Por lo que hace a la pretendida vulneración del artículo 14 de la Constitución y discriminación en el doble sentido que se indicó, es alegación rechazada en los re-

cursos precedentes, bastando con que reproduzcamos aquí lo que se dijo en la Sentencia de 25 noviembre 1991 (fundamento de derecho segundo), según la cual "no existe base para sostener que se ha producido una discriminación entre los miembros del Cuerpo de Suboficiales por la inclusión en el Grupo C de quienes ostentan, como los recurrentes, el empleo de Brigada. Tampoco respecto a los funcionarios de la Administración del Estado pertenecientes a un mismo Cuerpo, pues es evidente que el mandato dirigido al Gobierno por la Ley de Presupuestos de 1989 para adecuar el sistema retributivo de los miembros de las Fuerzas Armadas al previsto para aquéllos en la Ley 30/1984, exigía adaptar, no simplemente reproducir, el régimen retributivo de los funcionarios civiles al personal militar, siguiendo las directrices marcadas por el legislador". Si no existía discriminación en el Real Decreto 359/1989, por la razón expresada en la aludida sentencia, menos aún puede existir en el Real Decreto 1494/1991, pues la alegada diferencia no está ya en el Real Decreto, sino en la ley habilitante (disposición final tercera de la Ley 17/1989). Sin negar las diferencias que los recurrentes aducen, tienen la justificación normativa que se ha indicado, lo que excluye la posible discriminación. En todo caso, conviene que reiteremos aquí lo que se dijo en la Sentencia de 8 febrero 1994 (fundamento de derecho tercero), en el sentido de que se ha de "tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional que, desde la Sentencia 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 del 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 Constitución, 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 de título, por sí sola, no asegura la identidad de circunstancias ni es el único elemento que el legislador puede tomar consideración". En consecuencia, la identidad de titulación no es razón suficiente para exigir identidad de retribuciones, ya que la Administración, habilitada para ello por norma con rango de ley, puede tomar en consideración otras razones para establecer las correspondientes remuneraciones, como ocurrió en el supuesto enjuiciado, con la finalidad, expresada en la Resolución del Consejo de Ministros de 10 noviembre 1989, de elevar la retribución a los Suboficiales que tras una larga carrera profesional han obtenido el empleo de Subteniente. La justificación es suficiente para amparar la diferente clasificación que la norma realiza de los empleos de Subteniente y de Brigada, basada en la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas y en las peculiaridades de la carrera militar, por lo que no cabe la comparación con otros colectivos que tienen su estructura y sus funciones propias, distintas a las de los Suboficiales, como son los Oficiales de las Fuerzas Armadas y los funcionarios de la Administración Civil del Estado, lo que determina la aplicación de diferentes criterios para la fijación de sus retribuciones. Ha de rechazarse, pues, toda la argumentación de los recurrentes referida a una pretendida discriminación contraria al artículo 14 de la Constitución.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 16 junio 1997.)*

4. *Derecho de opción de los funcionarios afectados por la creación de AENA. Constitucionalidad del RD 1508/91.*

«Descartada, por lo hasta aquí expuesto, la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad del artículo 82 de la Ley 4/1990, resta únicamente por examinar la impugnación que, con carácter subsidiario, se formula en la demanda contra el artículo 8.º del Real Decreto recurrido.

Este precepto establece:

"1. Los funcionarios que, estando incluidos dentro del ámbito de aplicación de este Real Decreto, opten por no integrarse en las plantillas de personal laboral del Ente público, cesarán en sus puestos de trabajo, quedando a disposición del Subsecretario del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, atribuyéndoseles provisionalmente un puesto de trabajo correspondiente a su grupo de titulación e intervalo de niveles por el órgano competente al respecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21.2.*b)* de la Ley 30/1984.

2. A tal efecto, la Subsecretaría del Ministerio de Obras Públicas y Transportes elaborará la lista de plazas vacantes para aquellos funcionarios que opten por mantenerse en la Función Pública, que estará a disposición de los citados funcionarios antes de que finalice el período de ejercicio del derecho de opción a que se refiere el presente Real Decreto.

3. Las plazas que se oferten deberán respetar la localidad de residencia del funcionario, salvo que por inexistencia de estructuras organizativas no sea posible el cumplimiento de tal condición.

4. El Ministerio de Obras Públicas y Transportes formulará ante la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones las propuestas procedentes en orden a la solución de aquellos supuestos excepcionales en que no pueda asignarse puesto de trabajo a los funcionarios que opten por continuar en servicio activo en la Administración del Estado."

Alegan los demandantes que la mencionada norma reglamentaria vulnera el artículo 82.4.3 de la Ley 4/1990, según la cual los funcionarios que no opten por integrarse en las plantillas laborales del nuevo organismo no tienen que cesar en sus puestos de trabajo, de lo que se deduce que pueden seguir desempeñándolos como tales funcionarios, pues tal precepto sólo da derecho a ejercitar una opción potestativa pero no impone el cese en ningún puesto de trabajo en el caso de no optar, y es el artículo 8.º del Real Decreto el que, sin cobertura legal, ordena el cese de tales funcionarios en el desempeño de sus puestos de trabajo, quedando a disposición de la Subsecretaría que les atribuirá provisionalmente otro puesto correspondiente a su grupo de titulación e intervalo de niveles, cabiendo incluso el paso a otra localidad en caso de que no existan estructuras en que puedan desempeñar su puesto.

El razonamiento de los actores carece de fundamento, pues al mantenerse el funcionario en situación de servicio activo, por no ejercitar la opción, como quiera que se extingue el Organismo autónomo en el que servía, se produce la situación prevista en el artículo 21.2.*b)* de la Ley 30/1984, en el que se dispone que "Los funcionarios que cesen en un puesto de trabajo, sin obtener otro por los sistemas previstos en el artículo anterior, quedarán a disposición del Subsecretario, Director del Organismo, Delegado del Gobierno o Gobernador Civil u órganos análogos de las demás Administraciones, que les atribuirán puesto correspondiente a su Cuerpo o Escala, lo que presta la necesaria cobertura a la norma reglamentaria que se impugna".» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 25 junio 1997.)*

5. *Retribuciones. Licencia para estudios. Cataluña. Ante el silencio de la Ley 17/85 de Cataluña, se aplicará supletoriamente la ley estatal. Derecho a percepciones básicas y complemento familiar.*

«Para determinar si la doctrina contenida en la sentencia recurrida era o no errónea, hay que tener en cuenta que, en esencia, en ella se había establecido que en el artículo 84 de la Ley catalana 17/1985 no se contempla el régimen retributivo de la licencia por razón de estudios relacionados con el puesto de trabajo que desem-

peña el funcionario, pero que no se concede en interés propio de la Administración, y que el problema que se plantea sobre si esa omisión debe tomarse por un olvido del legislador autonómico, y, por tanto, subsanarse por vía de supletoriedad, conforme al artículo 149.3 de la Constitución, aplicando el artículo 72 de la normativa estatal, D. 315/1964, concediendo al funcionario el derecho al percibo de las retribuciones básicas y el complemento familiar, o si, por el contrario, ha de tenerse dicha omisión como una implícita decisión del legislador autonómico de excluir en ese caso cualquier retribución, debía resolverse, según la sentencia, conforme a la primera de las soluciones propuestas, o sea, en sentido favorable al funcionario.

Estima este Tribunal que ha de considerarse correcta la solución adoptada por el juzgador de la anterior instancia, y ello porque la conformidad a Derecho de la misma viene a inferirse del sentido lógico y de la literalidad de la normativa de inmediata aplicación, visto que el artículo 84 de la Ley catalana de la función pública, 17/1985, establece: "1. Se podrá conceder licencias para la realización de estudios sobre materias directamente relacionadas con el puesto de trabajo, siempre que exista informe favorable del Jefe de la unidad orgánica en que preste sus servicios el funcionario. Si dicha licencia se concediere por interés propio de la Administración tendrá derecho a percibir el funcionario todas sus retribuciones... 2. Podrán concederse licencias para asuntos propios sin retribución alguna, y su duración acumulada no podrá exceder en ningún caso de los tres meses cada dos años. La concesión de esta licencia se subordinará a las necesidades del servicio." Y en el artículo 72 del Decreto estatal 315/1964, que articula la regulación de los funcionarios civiles del Estado: "... podrán concederse licencias para realizar estudios sobre materias directamente relacionadas con la función pública, previo informe favorable del superior jerárquico correspondiente, y el funcionario tendrá derecho al percibo del sueldo y complemento familiar"; determinándose en el artículo 73 de esta normativa estatal que "podrán concederse licencias para asuntos propios. Dichas licencias se concederán sin retribución alguna...". De modo que del reseñado precepto autonómico se deduce que se prevén tres supuestos de licencias:

a) Licencia por razón de estudios sobre materias directamente relacionadas con el puesto de trabajo y concedida porque existe un interés propio de la Administración en que el funcionario realice los estudios. En este caso está expresamente prevista la percepción de todas las retribuciones.

b) Licencia para realización de estudios sobre materias relacionadas con el puesto de trabajo, pero sin que exista un interés de la Administración en que el funcionario realice los estudios. Para este caso no se prevé el régimen de las retribuciones.

c) Licencia para asuntos propios del interesado. Expresamente, se prevé que no darán derecho al percibo de retribuciones.

Es cierto que al tratarse de una materia, la regulación del régimen estatutario de los funcionarios, sobre la que la Generalidad ostenta una competencia compartida con el Estado, para el desarrollo legislativo, conforme al artículo 10.1 del Estatuto de Cataluña, en relación al artículo 149.1.18 de la Constitución, y de un aspecto, el de las licencias por estudios, que no se halla comprendido entre los que aparecen regulados por preceptos declarados especialmente básicos por el artículo 1.º.3 de la Ley estatal de la Función Pública 23/1988, la Generalidad de Cataluña podía regularla libremente, dentro de la competencia asumida, con la consecuencia de que, de apreciarse disconformidad entre las respectivas regulaciones, no habría por qué dar prevalencia a la normativa estatal, pero también es cierto que no se trata de un caso de aplicación del principio de prevalencia, del artículo 149.3 CE, sino de un problema a resolver por el juego de la supletoriedad, también previsto en ese precepto de la Suprema Norma, por cuanto que en contra de lo que sostiene la representación de la Generalidad, la regulación del artículo 84 de la Ley autonómica, en el extremo relativo a las licencias funcionariales por razón de estudios que se ha delimitado

como supuesto *b)* —licencia por razón de estudios relacionados con la materia del puesto de trabajo, pero que no se conduce por interés propio de la Administración—, ha de tomarse como una omisión o vacío de la legislación autonómica, según viene a inferirse de la materialidad de la regulación del precepto cuestionado, dado que cuando se refiere a las otras dos especies de licencias, expresamente refleja su régimen retributivo, sin que por el contrario lo haga al aludir a esa otra singular clase de licencia, que no puede sin más incluirse, en cuanto a su régimen retributivo, entre las licencias por asuntos propios, pues de ser así el legislador no tendría por qué haberla especificado, como un supuesto distinto de licencia por razón de estudios, frente a la que se concede en interés propio de la Administración. O porque, desde un punto de vista sustancialista, la interpretación que ahora se propugna es la más lógica, pues si, según el precepto en cuestión, en la licencia para asuntos propios se excluye todo tipo de retribución, y por la licencia por estudio sobre materias directamente relacionadas con el puesto de trabajo, concedidas por interés propio de la Administración, se reconoce el derecho a percibir todas las retribuciones, sería poco razonable que en las licencias por razón de estudios sobre materias relacionadas directamente con el puesto de trabajo, pero no concedidas por interés propio de la Administración, se excluyera cualquier tipo de retribución, siendo así que al exigirse también en este caso que los estudios estén relacionados con el puesto de trabajo, se percibe un interés público, que lo es de la Administración, en la realización de los estudios, ya que en cualquier caso habrá de redundar en la mejora del servicio, que éste se preste por funcionario mejor capacitado. Lo que, en definitiva, hace encajar el supuesto en la regulación del artículo 72 del Decreto Legislativo estatal, que comprende tanto las licencias por razón de estudios sobre materias directamente relacionadas con la función pública, concedidas por interés propio de la Administración, como aquellas cuya concesión no obedezca a ese interés.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 27 junio 1997.)*

6. *Administración Local. Negociación colectiva. Las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado no permiten que, por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de mínimos.*

«El Abogado del Estado interpuso recurso contencioso-administrativo, al amparo del artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, contra el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Cuenca en sesión de 9 marzo 1992 por el que se aprobó el Acuerdo-Marco regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios de dicho Ayuntamiento para 1992, solicitando se declare la nulidad de los artículos 19, 23.3, 28, 30, 37 y 38.5, en cuyo recurso recayó Sentencia de fecha 20 julio 1993, que anuló los artículos 23.3, 30, 37 y 38.5 del expresado Acuerdo-Marco, rechazando la pretensión de nulidad de los restantes preceptos impugnados, contra cuya sentencia se ha interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado y por la representación del Ayuntamiento de Cuenca.

En el primer motivo de casación, al amparo del número 4.º del artículo 95.1 de la LJCA, alega el Abogado del Estado infracción de los artículos 32, 34 y 35 de la Ley 9/1987, en la redacción dada a los mismos por la Ley 7/1990, en relación con el artículo 149.1.18.ª de la Constitución y con el artículo 69 de la Ley de Funcionarios Civiles de 1964, el artículo 155 de la Ley de Haciendas Locales y el artículo 20 del Real Decreto 236/1988, dictado en desarrollo de la Ley 30/1984, por entender que los artículos 19 y 28 del Acuerdo-Marco impugnado regulan las materias de indemnizaciones por razón del servicio y derechos en caso de enfermedad en contradic-

ción con lo establecido legalmente con carácter general en los preceptos citados, cuando, según los artículos 32 y concordantes de la Ley 9/1987, no pueden ser objeto de negociación las materias reservadas por la Constitución a la Ley, o reguladas por ley, tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas, a lo que añade el Abogado del Estado, con cita de las SSTS de 22 octubre 1993 (RJ 1993, 7544) y 5 mayo 1994 (RJ 1994, 4315), que no es aplicable al Derecho Administrativo la teoría de la norma más favorable, dado el carácter legal y estatutario de la relación de servicio y el principio de irrenunciabilidad de la competencia y de las potestades públicas.

El artículo 32 de la Ley 9/1987, de 12 junio, según la redacción dada por la Ley 7/1990, de 19 julio, enumera las materias que pueden ser objeto de negociación, pero añade "en relación con las competencias de cada Administración Pública", lo que reitera el párrafo segundo del artículo 35 cuando dispone que "los pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba", y el párrafo tercero del mismo artículo, en el que se establece que "los acuerdos versarán sobre materias competencia del Consejo de Ministros, Consejo de Gobierno de Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las Entidades Locales".

La cuestión radica, pues, en determinar si era o no competencia del Ayuntamiento la materia a que se refieren los artículos 19 y 28 del Acuerdo-Marco.

Pues bien, en cuanto al primero de dichos artículos, que se impugnó en la instancia en cuanto establece un único grupo para la fijación de las indemnizaciones y dietas de todos los funcionarios, debe señalarse que según dispone el artículo 157 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, las indemnizaciones por razón del servicio del personal de las Corporaciones Locales "serán las mismas que correspondan al personal al servicio de la Administración del Estado", lo que impone la aplicación a aquel personal de la legislación estatal en la materia, representada por el Real Decreto 236/1988, de 4 marzo, que, al amparo del artículo 23.4 de la Ley 30/1984, de carácter básico, regula las indemnizaciones por razón del servicio del personal, incluido en su ámbito de aplicación, en el que figura el personal al servicio de las Corporaciones Locales según dispone su artículo 2.1.*f)*, en coherencia con el citado artículo 157 del Real Decreto Legislativo 781/1986; regulación estatal ésta que al señalar cuatro grupos para la fijación de las indemnizaciones, pone de manifiesto la incompetencia del Ayuntamiento para establecer por vía contractual una regulación distinta en el artículo 19 del Acuerdo-Marco.

En cuanto a la licencia por enfermedad, que constituye el objeto de regulación del artículo 28 de dicho Acuerdo-Marco, tampoco es materia atribuida a la competencia del Ayuntamiento, pues como ya hemos declarado en Sentencia de 4 diciembre 1995 (RJ 1996, 1564), recaída en asunto similar, el régimen de licencias por enfermedad de los funcionarios de las Corporaciones Locales, según lo dispuesto por el artículo 92.1 de la Ley 7/1985, y más concretamente por el artículo 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986, es el establecido por la legislación autonómica —que en este caso no existe— o, supletoriamente, por la estatal, esto es, por el artículo 69 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, de cuya regulación difiere la pactada en el Acuerdo-Marco.

Por tanto, ha de concluirse que las materias sobre las que versan los artículos 19 y 28 del Acuerdo no están atribuidas a la autonomía contractual del Ayuntamiento, a lo que debe añadirse, como tiene declarado la Sala en las Sentencias que el Abogado del Estado cita y en las de 16 noviembre 1994 (RJ 1994, 9254) y 16 junio, 30 octubre y 4 diciembre 1995 (RJ 1995, 4994, 7907 y RJ 1996, 1564), que "las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de 'mínimos', sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras

pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la Ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación, refrendado por la respectiva Corporación Municipal".

El motivo, pues, debe ser estimado, haciendo ello innecesario el examen del segundo y último motivo que invoca el representante de la Administración del Estado.

El recurso de casación del Ayuntamiento de Cuenca se articula con único motivo, al amparo del número 4.º del artículo 95.1 de la LJCA, en el que se argumenta, en síntesis, que la tesis de la sentencia recurrida viene a impedir cualquier tipo de negociación, con infracción del artículo 32 de la Ley 9/1987, de 12 junio, que establece con amplitud la posibilidad de negociación, en unos términos que son "casi reproducción literal del artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores", lo que, a juicio de la Corporación recurrente, permite entender "que nos encontramos en un supuesto de remisión en bloque e incondicionada de las distintas materias al ámbito de la negociación, siempre que no va *(sic)* en contra de lo establecido en la Ley en cuanto a las condiciones mínimas garantizadas por las mismas a los funcionarios". Asimismo, se añade en el motivo que, al anular aspectos parciales del articulado del Acuerdo, la sentencia interfiere ostensiblemente "en lo que constituyen facultades sobradas de la Corporación reconocidas en la propia Constitución (art. 140)".

El motivo no puede prosperar, pues la significación y alcance que en el mismo se atribuyen al artículo 32 de la Ley 9/1987 para razonar su infracción, contradicen frontalmente la doctrina de esta Sala a la que se acaba de hacer referencia al estimar el recurso de casación del Abogado del Estado; y por lo que concierne a la alegada vulneración del artículo 140 de la Constitución, debe recordarse que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, al que se ha atenido correctamente la sentencia recurrida, toda vez que los artículos del Acuerdo que anula o bien suponen un incremento retributivo superior al permitido por la Ley de Presupuestos, como es el caso del artículo 23.3, o contradicen lo establecido en el artículo 29 de la Ley 30/1984, como sucede con el artículo 30, o son contrarios a la legislación de Clases Pasivas, según ocurre con los artículos 37 y 38.5.

Por lo expuesto, habiendo prosperado el primer motivo de casación invocado por el Abogado del Estado, procede revocar la sentencia recurrida en cuanto mantuvo la legalidad de los artículos 19 y 28 del Acuerdo-Marco impugnado, con estimación del inicial recurso contencioso-administrativo promovido por la representación de la Administración del Estado. Por el contrario, habiéndose desestimado el único motivo de casación alegado por la representación del Ayuntamiento de Cuenca, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por dicha Corporación municipal.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 30 junio 1997.)*

III. INCOMPATIBILIDADES

Incompatibilidades. Pase a la situación de excedencia. Puede acordarse sin vista cuando no figuran en el expediente ni son tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

«Los demandantes en el proceso apelan la Sentencia de 12 febrero 1990 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que desestimó los recursos por ellos interpuestos contra sendas Resoluciones de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 22 diciembre 1982, que declararon la excedencia de los recurrentes en los puestos de ATS en ellas indicados, negando la compatibilidad solicitada.

La sentencia apelada, en lo que interesa a efectos de esta apelación, rechaza la alegación de los demandantes sobre violación del artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, negando que la omisión de la audiencia en él prevista pueda vulnerar el artículo 24.1 CE, sobre la base de la inaplicabilidad de este precepto constitucional al procedimiento administrativo, fuera del caso del procedimiento sancionador, carácter que no es el que corresponde al procedimiento aquí cuestionado, negando que tampoco exista violación de simple legalidad ordinaria, pues "el apartado 3 del propio artículo 91 de la LPA citado permite prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que los aducidos por el interesado", destacando que "en este caso el expediente se limita a la solicitud presentada por el actor, en la cual figuran ya todos los elementos de hecho que se han tenido en cuenta en la resolución, y el informe de la Entidad Pública en la que se prestan los servicios que se pretenden compatibilizar como actividad secundaria, y en el que no se formulan hechos o alegaciones distintos de los ya aducidos por el interesado. Por lo tanto, la Administración podría prescindir legítimamente del trámite de audiencia previa a la resolución, sin que ello, por otra parte, haya originado indefensión alguna al actor".

La sentencia se extiende a continuación sobre la constitucionalidad de la Ley 53/1984, en la que se fundan las resoluciones recurridas, con base en la STC 272/1985 (RTC 1985, 272), rechazando las alegaciones al respecto de las recurrentes.

La sentencia omitió todo análisis de las alegaciones de demanda relacionadas con la responsabilidad del Estado legislador.

En sus alegaciones apelatorias los recurrentes anuncian que no van a entrar en los planteamientos constitucionales formulados en la instancia; pero que "se da la circunstancia de que existe una normativa que en su día se invocó en la demanda, que no tiene carácter constitucional y que no ha sido ni siquiera resuelta en la sentencia de instancia". En sucesivas alegaciones aducen los apelantes: *a)* la violación del artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que la sentencia desestimó, y la necesidad del trámite de audiencia por la demora de la resolución respecto al momento de la solicitud de la compatibilidad, con el cambio de circunstancias personales y normativas; *b)* que la sentencia no examinó el planteamiento de la responsabilidad del Estado legislador, y la fundamentación en ella de un derecho a indemnización por la privación de un puesto de trabajo obtenido legítimamente; *c)* que "no se ha contemplado tampoco en la sentencia recurrida la responsabilidad de la Administración en lo que se refiere a los derechos adquiridos en materia de derechos pasivos, por cuanto la misma, contrariamente a lo solicitado, no ha cuantificado la indemnización o montante económica *(sic)* que corresponde a (sus) representados y ello en función de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley 53/1984, de 26 diciembre".

De ese triple planteamiento apelatorio el referente a los derechos pasivos es una cuestión nueva, no planteada en la primera instancia jurisdiccional, lo que veda su planteamiento en la apelación, que ha de limitarse a la revisión crítica de lo decidido sobre las cuestiones planteadas en la primera instancia, y no a otras, por lo que se impone su rechazo sin entrar en su enjuiciamiento de fondo, quedando así limitado el elenco de cuestiones a examinar a las dos primeras.

Esas mismas alegaciones han sido reiteradamente formuladas en precedentes recursos (Sentencias, entre otras, de 9 marzo, 4 y 25 mayo, 14 y 17 diciembre 1992 [RJ 1992, 3669, 3804, 9963 y 10044], 21 julio 1993 [RJ 1993, 5710] y 16 diciembre 1994 [RJ 1994, 10481]) formulados contra sentencias de la misma Sala de la que procede la ahora apelada; por lo que es lógico que, por unidad de doctrina, reiteremos, una vez más, lo que ya tenemos dicho en ocasiones precedentes.

En cuanto a la pretendida vulneración del artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, la respuesta de la sentencia apelada es totalmente ajustada al caso, y compartida por esta Sala, que en sentencia de asunto similar al actual (re-

curso de apelación 5919/1990, Sentencia de 20 febrero 1992 [RJ 1992, 1135]), procedente de la misma Sala *a quo*, ante idéntica alegación apelatoria tiene dicho (Fundamento Jurídico Tercero): "La primera de las alegaciones no puede prosperar, pues aparte de por lo establecido en los artículos 48.2 y 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no cabe aquí declarar la nulidad del acto por la simple demora en resolver, ha de tenerse en cuenta que si bien es cierto que el trámite de audiencia, exigido en el artículo 91 de dicha Ley constituye, por lo general, un requisito esencial de validez del procedimiento, cuyo fundamento hay que buscar en el indeclinable principio de contradicción que debe presidir toda clase de actuaciones, cualesquiera sean la naturaleza procesal o administrativa de las mismas, no es menos cierto que su observancia es innecesaria, por exigencias de dicho principio; cuando su omisión no produce indefensión a los interesados, y de aquí que el propio artículo 91, en su apartado 3, autorice a prescindir del referido trámite 'cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado', lo que acontece justamente en el procedimiento administrativo seguido en los presentes autos..."

Ratificando esta doctrina, y aplicándola al caso actual, se impone el rechazo de la alegación.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 16 junio 1997.)*

IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *El denunciante, según reiterada jurisprudencia, que reconsidera posturas anteriores «se encuentra legitimado, con arreglo a lo que establece el artículo 28.1.a) de la LJCA en relación con el artículo 24 CE para obtener una respuesta en sede jurisdiccional sobre la legalidad de los acuerdos plenarios del CGPJ que declaran la inadmisión de los recursos de alzada deducidos contra decisiones de órganos inferiores sobre archivo de denuncias». Pero «de nuevo hay que recordar lo que reiteradamente se ha dicho en casos similares, que quien denuncia hechos relacionados con la actuación de un Juez o Magistrado, a su entender merecedores de corrección disciplinaria, carece de legitimación para recurrir en vía administrativa la resolución que pone fin al procedimiento, o que, como en este caso, acuerda el archivo de la denuncia formulada». La Ley reserva la condición de interesado al Juez o Magistrado implicado en el procedimiento (arts. 423 a 425 LOPJ).*

«El Abogado del Estado, al contestar a la demanda, sostiene, en primer lugar, que el recurso contencioso-administrativo es inadmisible por falta de legitimación de la parte actora.

Tal cuestión, que una vez más plantea el representante de la Administración con cita de la Sentencia de 15 marzo 1991, está resuelta en sentido contrario a la tesis patrocinada por éste. Son ya numerosas las resoluciones de la Sala (Sentencias de 21 julio 1995 [RJ 1995, 6667] y 13 diciembre 1996 [RJ 1996, 9470], entre otras) que han dicho, reconsiderando posturas anteriores, que el denunciante se encuentra legitimado, con arreglo a lo que establece el artículo 28.1.*a)* de la LJCA, en relación con el 24 de la CE, para obtener una respuesta en sede jurisdiccional sobre la legalidad de los acuerdos plenarios del Consejo General del Poder Judicial que declaran, como aquí acontece, la inadmisión de los recursos de alzada deducidos contra decisiones de órganos inferiores sobre archivo de denuncias. Y a ello hay que añadir que recientemente (así en la Sentencia de 25 octubre 1996 [RJ 1996, 7693]) se ha vuelto a insistir en la legitimación de quien es denunciante para residenciar en vía conten-

cioso-administrativa resoluciones de la Comisión Disciplinaria en este mismo sentido.

Por consiguiente, procede rechazar, en aras del principio de unidad de doctrina, el motivo de inadmisibilidad del recurso aducido por el Abogado del Estado.

Cuestión distinta —así lo viene entendiendo la Sala— es si el denunciante está legitimado para acudir al recurso de alzada, problema que atañe a la legalidad del Acuerdo plenario del Consejo General del Poder Judicial objeto de este recurso. De nuevo hay que recordar lo que reiteradamente se ha dicho en casos similares, que quien denuncia hechos relacionados con la actuación de un Juez o Magistrado, a su entender merecedores de corrección disciplinaria, carece de legitimación para recurri en vía administrativa la resolución que pone fin al procedimiento (Sentencias de 13 enero 1994 [RJ 1994, 524] y 22 junio 1995 [RJ 1995, 5078], por citar sólo dos de las más recientes) o que, como en este caso, acuerda el archivo de la denuncia formulada.

Y es que la condición de "parte" en el procedimiento disciplinario regulado en los artículos 423 a 425 de la LOPJ —en su primera versión por razones cronológicas— viene anudada a la de "interesado", cualidad que la Ley reserva al Juez o Magistrado implicado en el procedimiento, sin perjuicio de la necesaria participación del Ministerio Fiscal —parte en sentido formal, no material—, condición aquélla que no puede extenderse al denunciante, ni siquiera aunque fuere el presunto "agraviado" por los hechos denunciados.

Consecuentemente, el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, al declarar la inadmisibilidad del recurso de alzada, está ajustado a Derecho.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 7 mayo 1997.)*

2. *Sanciones. Los Tribunales tienen facultades para graduar la sanción, sin que al hacerlo incurran en exceso de jurisdicción. Toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un principio de proporcionalidad atento a las circunstancias del hecho. Infracción del principio «non bis in idem» al imponer a un funcionario la sanción de separación por haber sido condenado por un delito de falsedad, en cuanto la condición de funcionario es elemento integrante del tipo del delito por el que se impuso la condena.*

«Don Melquíades G. G., Policía del Cuerpo Nacional de Policía, hoy recurrido, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Dirección General de la Seguridad del Estado de 1 diciembre 1989, confirmada en reposición por Resolución de 19 octubre 1990, por la que se le impuso la sanción disciplinaria de separación del servicio como autor de una falta muy grave, prevista en el artículo 27.3.*b)* de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que tipifica como tal "cualquier conducta constitutiva de delito doloso", cuyo recurso, seguido ante la Sección 7.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, fue estimado en parte por Sentencia de fecha 7 diciembre 1994 que sancionó al demandante como autor de dicha falta a la sanción de suspensión de funciones por tres años, contra cuya sentencia recurre en casación el Abogado del Estado.

El recurrente en la instancia había sido condenado por Sentencia firme de la Audiencia de San Sebastián, de fecha 20 febrero 1988, por un delito de tenencia ilícita de armas de fuego y un delito continuado de falsedad de documento de identidad, a un mes y un día de arresto mayor por el primero y a seis meses de inhabilitación especial por el segundo, habiendo sido declarados como hechos probados que: "En día indeterminado de los primeros meses de 1986, el procesado Melquíades G. G., a

la sazón policía nacional destinado en esta ciudad, adquirió en la localidad francesa de Hendaya tres revólveres alemanes de fogueo, marca Arminius, calibre 22 y con número de fabricación 1284812, 1284606 y 1284753, cuya tenencia no requiere licencia, y, una vez en su domicilio de Lasarte, suprimió en dos el tetón deflector, que, al estar situado en el interior del cañón, imposibilita el disparo y los completó con tambores perforados con ocho recámaras aptas para alojar proyectiles del calibre 22, consiguiendo el funcionamiento de aquéllos como armas de fuego; al ser practicado un registro en el domicilio del procesado, el día 9 de abril de 1986, se le ocupó un documento nacional de identidad confeccionado por aquél con el nombre imaginario de Javier A. A. y otros datos inciertos, documento que usó repetidamente con posterioridad, habiéndosele ocupado 21 cartulinas originales en blanco utilizadas para la expedición del documento nacional de identidad, de que el procesado se había apoderado en una comisaría de San Sebastián donde estuvo destinado."

Para anular la sanción de separación del servicio y sustituirla por la de suspensión de funciones por tres años, la sentencia recurrida se funda, de un lado, en que al condenar por el delito de falsedad previsto en el artículo 308 del Código Penal, que es de los llamados "delitos propios", la Sala de lo Penal ha contemplado expresamente la condición de funcionario del condenado, en cuanto esa condición es elemento integrante del tipo del delito por el que se le condena, lo que determina que la imposición de sanción disciplinaria por tal motivo incurra en infracción del principio *non bis in idem;* y, de otro lado, entiende el Tribunal de instancia que la sanción de separación del servicio en función únicamente del delito de tenencia ilícita de armas de fuego, es desproporcionada, dadas las circunstancias que concurrieron en el mismo y que determinaron la imposición de la pena atenuada prevista en el artículo 256 del Código Penal, llegando así a la conclusión de que la sanción que procedía imponer era la de suspensión de funciones durante tres años.

En el primer motivo de casación, acogido al artículo 95.1.1.º de la LJCA, alega el Abogado del Estado exceso en el ejercicio de la jurisdicción, que infringe los artículos 106.1 de la Constitución, 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 y 84 de la Ley Jurisdiccional, por considerar que los Tribunales controlan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, pero no la ejercen directamente, invadiendo la esfera propia de la Administración, como aquí se ha hecho.

El motivo no puede prosperar, pues como tiene declarado la jurisprudencia de la Sala (cfr. por todas la Sentencia de 30 octubre 1990 [RJ 1990, 7558]), toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras, correspondiendo a la función jurisdiccional no sólo la calificación de la conducta para subsumirla en el tipo legal, sino también, por paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso se trata de la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita, inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son, en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción, resultando de todo ello que el Tribunal de instancia tenía facultades para graduar la sanción y, en consecuencia, no ha incurrido en el exceso de jurisdicción que se denuncia.

En el motivo segundo, al amparo del número 4.º del artículo 95.1 de la LJCA, se acusa infracción del artículo 27.3.*b)* de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en relación con la STC 234/1991, de 10 diciembre (RTC 1991, 234), y las SSTS de 18 diciembre 1991 (RJ 1991, 9750) y 16 diciembre 1994 (RJ 1994, 10480), argumentándose, en síntesis, que la sentencia recurrida interpreta erróneamente el principio *non bis in idem* al tomar en consideración que uno de los delitos dolosos por los que se condenó al sancionado disciplinariamente fue el delito de falsedad previsto en el artículo 308 del Código Penal, que tiene el carácter de delito propio de funcionarios, pues la sentencia del Tribunal Constitucional que se cita acepta la posibilidad de doble sanción —penal y disciplinaria— en

caso similar al de autos, y concluye en su fundamento 2: "La irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía gubernativa es un interés legítimo de la Administración que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no infringe en consecuencia el principio *non bis in idem*", doctrina ésta coincidente con la contenida en las sentencias del Tribunal Supremo igualmente citadas.

Tampoco puede ser estimado este motivo, pues si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional viene señalando que no opera el principio *non bis in idem*, implícito en el artículo 25.1 de la Constitución, en aquellos supuestos en que por la existencia de una relación de supremacía especial de la Administración esté justificado el ejercicio del *jus puniendi* por los Tribunales y a la vez la potestad sancionadora de la Administración, la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado (Sentencias de 13 septiembre 1989, 16 enero y 13 marzo 1991 [RJ 1991, 256 y 2275] y 7 julio 1992 [RJ 1992, 5971]) que el doble reproche, penal y disciplinario, no está justificado cuando, como aquí sucede, se trata de unos mismos hechos que se imputan a una misma persona y que son tratados por los Tribunales y la Administración teniendo en cuenta la cualidad funcionarial del sujeto responsable, lo que determina que las penas impuestas le afecten tanto en la esfera personal como en la de funcionario.

En el tercer y último motivo, al amparo del mismo ordinal 4.º del artículo 95.1 de la LJCA, se denuncia la infracción del artículo 28.1.1.*a)* de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en relación con la doctrina de las SSTS de 18 diciembre 1991 y 16 diciembre 1994, infracciones que el Abogado del Estado centra en la rebaja de sanción efectuada por la sentencia, decisión que, a su juicio, vulnera el citado artículo de la Ley Orgánica 2/1986 y la doctrina de la proporcionalidad y ponderación sostenida en las sentencias del Tribunal Supremo que cita, y ello por entender que: *a)* no puede mitigarse la sanción porque uno de los delitos sea propio de los funcionarios, pues esa circunstancia serviría para agravar la sanción, ya que se han cometido dos delitos y uno de ellos propio de los funcionarios, lo que justifica la sanción de separación elegida por la Administración; *b)* el delito del artículo 308 del Código Penal tiene que ver precisamente con una de las funciones del Cuerpo Nacional de Policía, la expedición del documento nacional de identidad; *c)* el cumplimiento de la sanción de suspensión por tres años impuesta por la sentencia recurrida podría quedar absorbida por la pena de inhabilitación especial de seis años y un día, pues la sanción administrativa es en principio inmediatamente ejecutiva, con lo que sólo la separación del servicio es la sanción adecuada para hacer visible el interés de la Administración en la irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía.

Combate, pues, el Abogado del Estado la apreciación llevada a cabo por el Tribunal de instancia acerca de la falta de proporcionalidad de la sanción impugnada, pero los razonamientos que se aducen para sustentar el motivo no pueden desvirtuar los fundamentos de la sentencia recurrida, ya que habiéndose declarado al rechazar el motivo anterior que el doble reproche, penal y disciplinario, por los hechos constitutivos de delito de falsedad infringe el principio *non bis in idem*, no pueden traerse a colación para cuestionar la proporcionalidad de la sanción de suspensión de funciones, consideraciones basadas en la comisión de dicho delito, pues ello supondría tanto como continuar incidiendo en la infracción de aquel principio, sin que la eventual absorción del cumplimiento de la sanción de suspensión por el de la pena de inhabilitación especial pueda erigirse en motivo determinante de la adecuación de la separación del servicio, orillando la fundada argumentación del fallo recurrido cuando considera que si bien la conducta constitutiva del delito de tenencia ilícita de armas daña a la Institución Policial a la que pertenece el señor G. G., no evidencia peligrosidad social significativa en las circunstancias en que el mismo se hallaba, lo que determinó que le fuera aplicada la atenuación prevista en el artículo 256 del Código Penal, razones éstas que ponen de manifiesto la ponderación del juicio valorativo efectuado en la instancia para considerar desproporciona-

da a la gravedad de la infracción la imposición de la sanción de separación del servicio y, por el contrario, adecuada la de suspensión por tres años, debiendo conducir todo ello a la desestimación del tercer y último motivo de casación.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 28 julio 1997.)*

3. *El denunciante de titulares de órganos jurisdiccionales carece de legitimación para impugnar en vía administrativa o jurisdiccional el acuerdo sobre archivo de actuaciones. El interés legítimo equivale a una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializa de prosperar ésta. Y la revocación del acuerdo ningún beneficio comportaría para el denunciante. No cabe invocar de contrario el artículo 13.2 del Reglamento de 4 de agosto de 1993 sobre ejercicio de la potestad sancionadora, pues si bien exige que el acuerdo de iniciación del procedimiento se notifique al denunciante, en cambio no establece que la resolución se notifique a aquél, sino a los interesados.*

«La Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en reunión celebrada el 15 de septiembre de 1994, acordó archivar el escrito de queja de don Julián R. B., en relación con el Expediente núm. 327/1988, seguido en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Salamanca, al considerar que no se aprecia dilación en la tramitación del mismo y al tratarse de un tema de carácter jurisdiccional ajeno a la competencia de la Sala de Gobierno. Disconforme con el referido acuerdo, don Julián R. B. interpuso recurso de alzada ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que en 25 de enero de 1995, tomando en cuenta la condición de denunciante del señor R. B., decidió inadmitir el indicado recurso, estimando en esencia que el denunciante carece legalmente de la facultad de recurrir en vía administrativa la resolución que pone fin al procedimiento disciplinario judicial. Frente a dicho acuerdo, don Julián R. B. ha promovido el presente recurso contencioso-administrativo, solicitando en el escrito de demanda que se declare su derecho a interponer el recurso administrativo de alzada ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial contra el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, acordando haber lugar a la admisión del señalado recurso, y debiendo continuar el procedimiento hasta su resolución final, y declarando asimismo que el órgano con competencia para ello incoe procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuya iniciación deberá serle notificada a los efectos oportunos.

La primera cuestión que el recurso plantea es decidir si el denunciante de una supuesta falta disciplinaria, que atribuye la misma al titular o titulares de un órgano jurisdiccional, tiene legitimación para recurrir en vía administrativa, mediante un recurso de alzada (como se le denomina en el procedimiento que examinamos), la resolución por la que se acuerda el archivo del escrito de denuncia, por estimar que no se ha incurrido en falta disciplinaria alguna que sancionar. El tema ha sido ya objeto de resolución por Sentencia de esta Sala de 23 junio 1997 (RJ 1997, 5267) que, tomando en cuenta que el problema de la legitimación en supuestos como el presente ha de tener una misma solución en la vía administrativa y en la jurisdiccional, y advirtiendo que sobre la materia no ha existido una doctrina jurisprudencial uniforme, se decanta por la solución de estimar que el denunciante carece de legitimación para impugnar en la vía administrativa y en la jurisdiccional (como ya se había resuelto respecto a esta última por Sentencias de 19 mayo y 2 y 6 junio

1997 [RJ 1997, 3961, 4915 y 5083]) los acuerdos sobre archivo de expedientes disciplinarios o escritos de denuncia presentados contra titulares de órganos jurisdiccionales por actuaciones realizadas en el ejercicio de su función.

La pretensión formulada por don Julián R. B. de que se revoque el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 25 enero 1995 y se reconozca su legitimación para impugnar en vía administrativa la Resolución de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 15 septiembre 1994, que decidió archivar su escrito de queja en relación con el Expediente núm. 327/1988 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Salamanca, debe ser desestimada. El concepto de legitimación y su atribución a un sujeto determinado responden a una misma idea en la vía administrativa y en la contencioso-administrativa: la titularidad por parte del legitimado de un derecho o de un interés legítimo en que prospere su pretensión, como se desprende fundamentalmente del artículo 24.1 de la Constitución y se recoge en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. No existiendo en el supuesto examinado la titularidad de un derecho subjetivo, que en ningún caso puede atribuirse al denunciante de una infracción disciplinaria en relación con la sanción de la misma, no se advierte que don Julián R. B. tenga un interés legítimo en la impugnación ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de la resolución dictada por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León sobre archivo de su escrito de denuncia. El interés legítimo equivale a una titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta. Es decir, la relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, con la que se define la legitimación activa, comporta el que la anulación del acto que se recurre, sea en vía administrativa o jurisdiccional, produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro para el legitimado, pero cierto (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 octubre 1990 [RJ 1990, 1454]). Pues bien, en el presente caso no se aprecia que la revocación en vía administrativa de la Resolución de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 15 septiembre 1994, ordenando archivar un escrito de denuncia, pueda determinar un beneficio o evitar un perjuicio al denunciante don Julián R. B., cuya situación en las actuaciones procesales en las que es o ha sido parte no se vería alterada por la apertura, acuerdo de sanción o archivo de un expediente disciplinario contra el titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Salamanca. La exigencia de responsabilidad disciplinaria a un Juez o Magistrado es totalmente independiente de la posibilidad de intentar contra él una demanda de responsabilidad civil o de exigir al Estado una responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como lo demuestra el que estas acciones puedan plantearse sin necesidad de previo expediente disciplinario o aunque éste haya concluido sin establecer una responsabilidad de tal clase. Tampoco la declaración de responsabilidad disciplinaria puede conducir a una resolución de nulidad de actuaciones procesales, que sólo puede hacerse valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales (art. 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), entre los que no se encuentra desde luego la instrucción de un expediente disciplinario que concluya con resolución sancionadora. El artículo 423.2 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción verificada por Ley Orgánica 16/1994, de 8 noviembre, aunque no de directa aplicación al caso, por razón de su fecha de promulgación, expresa la voluntad del legislador a este respecto, disponiendo (párrafo tercero) que las resoluciones que se dicten en expedientes disciplinarios se notificarán al denunciante, que no podrá recurrir en vía administrativa la decisión de dichos expedientes, sin perjuicio de la legitimación que ostente como interesado en la vía jurisdiccional (problema no planteado en el presente recurso, pero resuelto en sentido negativo por las ya mencionadas Sentencias de 19 mayo y 2 y 6 junio 1997). En consecuencia, procede desestimar el re-

curso contra el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial que niega al actor legitimación para recurrir en vía administrativa la decisión de archivo de un escrito de denuncia, inadmitiendo el recurso de alzada.

Las razones que se exponen en la demanda para tratar de fundamentar la pretensión ejercitada no pueden ser estimadas por los motivos siguientes:

a) Se invoca en primer lugar vulneración del artículo 35.*g)* de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LRJ-PAC). Este precepto no es de aplicación al supuesto enjuiciado, ya que se refiere al detecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que los ciudadanos se propongan realizar. La norma no permite al ciudadano solicitar y obtener información de la Administración para interponer un recurso contra el acto dictado por dicha Administración, que ha cumplido el ordenamiento resolviendo la petición (en este caso la denuncia) de don Julián R. B., correspondiendo a éste fundamentar, si lo estima procedente, su recurso en vía administrativa, pero sin que el precepto en cuestión le conceda o le niegue legitimación para promover dicho recurso. Tampoco podemos estimar que el acto impugnado ha infringido los artículos 42.1 y 89.4 de la LRJ-PAC, ya que el Consejo General del Poder Judicial ha dictado la resolución procedente sobre el recurso formulado por el señor R. B., siendo pertinente declarar la inadmisión de un recurso administrativo cuando concurre causa para ello debidamente motivada.

b) Alega la demanda que el acto impugnado conculca el artículo 31.1.*a)*, en relación con el 107.1, de la LRJ-PAC, al negarse al recurrente la condición de titular de un interés legítimo para recurrir en vía administrativa el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de archivo de su escrito de denuncia. La cuestión ha sido examinada en el anterior fundamento de derecho de la presente resolución, llegándose a la conclusión de la falta del mencionado interés legítimo.

c) El recurrente apoya su pretensión en el Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que establece en su artículo 11.1 la denuncia como forma de iniciación del procedimiento, y recoge en su artículo 20, apartados 4 y 5, la obligación de que la resolución sea notificada a los interesados, debiendo contener los elementos previstos en el artículo 89.3 de la LRJ-PAC. A este respecto conviene poner de manifiesto que el artículo 13.2 del Reglamento de 4 agosto 1993 ordena que el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador se comunique al "denunciante", pero en cambio no establece que la resolución del procedimiento se notifique al "denunciante", sino a los "interesados", permitiendo que en cada caso, según las circunstancias concurrentes, se determine si el denunciante tiene o no la condición de "interesado", por resultar afectados sus derechos o intereses legítimos. El Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora no ha resuelto el problema de si los denunciantes deben o no tener la condición de interesados a efectos de poder interponer contra la resolución que se dicte el procedente recurso en vía administrativa o jurisdiccional. En el caso enjuiciado debemos aplicar los preceptos específicos que sobre legitimación en los expedientes disciplinarios se contienen en la Ley Orgánica del Poder Judicial. El artículo 425.6 (anterior a la reforma efectuada por la Ley Orgánica 16/1994) sólo legitimaba para recurrir la resolución de tales expedientes al interesado, es decir, a la persona contra la que el expediente disciplinario se había dirigido, y al Ministerio Fiscal, como órgano encargado de velar por la legalidad, pero no mencionaba la legitimación para recurrir en vía administrativa del denunciante, falta de legitimación que ha sido confirmada por el artículo 423.2 de la propia Ley, después de la reforma verificada por la Ley Orgánica 16/1994, norma a la que ya hemos aludido anteriormente.

d) Finalmente, el derecho al recurso previsto en el artículo 2.1 del Protocolo número 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como en los artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no afecta o concierne a los denunciantes, sino que se concede a las personas declaradas culpables de un delito o de una infracción penal.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 12 septiembre 1997.)*

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA