

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. CUERPOS DE FUNCIONARIOS: *Cuerpo de Mozos de Escuadra. Creación mediante Decreto del Consejo de Policía. Nulidad por conculcar el principio de reserva de ley.*—II. SELECCIÓN: 1. *Selección. Discrecionalidad técnica de la Comisión de Evaluación. Imposibilidad jurídica de los Tribunales de Justicia para entrar en las cuestiones relativas a los conocimientos y méritos de los candidatos. Tanto aquéllos como la Comisión de reclamaciones han de limitarse a verificar el respeto de la igualdad de condiciones y los principios de mérito y capacidad.* 2. *No es ilegal la fijación por el Tribunal de los criterios de puntuación una vez tuvo los ejercicios en su poder, por no estar previsto en las bases el momento en que debían fijarse y no existir base para dudar de la objetividad del Tribunal.*—III. PLANTILLAS Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: 1. *Provisión de puestos de trabajo. Movilidad funcional. Para el acceso de funcionarios de otras Administraciones es necesario que las relaciones de puestos de trabajo contengan expresa previsión al respecto. Comunidad Valenciana. Casación en interés de ley. Artículo 17 Ley 30/84.* 2. *Provisión de plazas de Magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales de Justicia.* 3. *Provisión de puestos de trabajo. Libre designación. Necesidad de motivación suficiente. Supuesto no justificado.* 4. *Administración local. La plantilla deberá comprender tanto los puestos de trabajo de carácter fijo como los de carácter temporal. Aplicación a la provisión de los puestos de trabajo de carácter temporal de los mismos principios y normas que los relativos a los de carácter fijo.*—IV. DERECHOS: 1. *Trienios. Militares. No es computable el tiempo del servicio militar obligatorio sin que ello comporte discriminación respecto de los funcionarios civiles.* 2. *Retribuciones complementarias. Infracción del derecho de igualdad por tratar a los Subinspectores de tributos adscritos «B» de forma discriminatoria respecto de los Subinspectores adscritos «A», al asignar a aquéllos el nivel 20 y a éstos el nivel 22, pese a la identidad de las funciones que desempeñan.* 3. *Complemento específico. Inspectora de Consumo encuadrada en el Grupo C que desempeña funciones idénticas a otros Inspectores encuadrados en Grupos A y B. Ilegalidad de relación de puestos de trabajo en que se asigna a aquélla un complemento específico inferior.* 4. *Profesorado universitario. Componente del complemento específico docente. Retroacción al 1-4-89 establecida en la DT 3.ª del RD 1086/89. Casación en interés de Ley.* 5. *Funcionarios locales. Complemento de destino. Se rige por el RD 861/86. Supletoriedad del RD 364/95. El principio de reserva de ley en cuanto a la función pública se refiere al núcleo esencial de los derechos y deberes de los funcionarios, pero no impide que las disposiciones reglamentarias puedan, cuando así lo requiera la ley, colaborar con ella para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada. La distinta regulación para los funcionarios estatales y locales no comporta una quiebra del principio de igualdad.* 6. *Cuerpo Nacional de Policía. Indemnización de pluses por concentraciones y retenes. Improcedencia.* 7. *Retribuciones. Profesora de Enseñanzas y Actividades Técnico-Profesionales. Derecho a percibir las retribuciones básicas con la proporcionalidad 8 y las complementarias con el coeficiente 3,6, en aplicación de los artículos 1, 2 y 3 Ley 8/1981. Unidad de doctrina.* 8. *Complemento de destino. Altos cargos de la Administración. Percepción de dicho complemento a partir de su reincorporación al servicio activo con el correspondiente a su grado personal incrementado hasta igualar el valor del complemento de destino de los Directores Generales, artículo 33.2 Ley 31/1990. Aplicación a funcionarios del Estado que hayan desempeñado Altos Cargos en las Comunidades Autónomas.* 9. *Negociación colectiva. Comunidades Autónomas. Derecho de sindicato que participó en la mesa sectorial que determinó el acuerdo sobre personal docente no universitario, aunque no lo firmó, a participar en las Comisiones Técnicas de Planificación Territoriales y de Perfeccionamiento y Euskaldunización*

en él establecidas. 10. *Funcionarios con habilitación de carácter nacional. Legalidad RD 1174/87, de 18 de septiembre.* 11. *Secretarios de la Administración de Justicia. Horario de trabajo. Legalidad del acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 20-7-94.*—V. INCOMPATIBILIDADES: 1. *Incompatibilidades. Jueces y Magistrados. Actuación como abogado en procedimientos penales en que era parte el padre de la sancionada. Infracción muy grave.* 2. *Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia y actividad privada de asesor contable realizada por cuenta propia fuera de horas de servicio. Inexistencia de incompatibilidad, por carecer de cobertura legal tanto el artículo 76.d) del Reglamento Orgánico aprobado por RD 2003/86 como el actual artículo 79.d) del nuevo Reglamento, aprobado por RD 249/96, de 16 de febrero.*—VI. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIOS: 1. *Jueces sustitutos. Cese por convertirse el Juzgado de Distrito en Juzgado de Paz. Procedencia.* 2. *Extinción de la relación de servicio. Renuncia a la condición jurídica de funcionario. Implica un acto voluntario de abandono de un derecho adquirido, en principio válido y eficaz, salvo que contrarie el interés o el orden público o perjudique a terceros, según el artículo 6.2 Cc, o cuando se realice en fraude de ley, a tenor del artículo 6.4 del mismo Código. Inexistencia de fraude de ley, por el hecho de estar sometido el renunciante a expediente disciplinario.*

I. CUERPOS DE FUNCIONARIOS

Cuerpo de Mozos de Escuadra. Creación mediante Decreto del Consejo de Policía. Nulidad por conculcar el principio de reserva de ley.

«En el único motivo de casación invocado, al amparo de lo dispuesto por el artículo 95.1.4.º de la Ley de esta Jurisdicción, la representación procesal de la Generalidad de Cataluña considera que la Sala de instancia ha infringido en su sentencia lo dispuesto por los artículos 103.3, 104.2 y 149.1.29 de la Constitución; 13.1, 2 y 3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; 1.5 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical, y 40 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, porque el Decreto impugnado 316/1990, de 4 diciembre, se limita a recoger lo dispuesto en esta Ley respecto del Consejo de Policía, al haberse optado, en uso de su autonomía, por seguir el derecho estatal vigente para desarrollo reglamentario mediante dicho Decreto, en el que se organiza el Consejo de Policía Autonómica de Cataluña, adaptándolo de manera racional a las características de la Policía autonómica, creada por Ley 19/1983, de 14 julio, del Parlamento catalán.

La cuestión jurídica que se somete a nuestro juicio, a través del presente recurso de casación, se centra exclusivamente en la posibilidad de desarrollar mediante Decreto autonómico la legislación estatal, relativa al Consejo de Policía, para acomodarla a las singularidades concretas de la Policía autonómica.

La Sala de instancia reconoce la competencia de la Comunidad Autónoma para establecer, conforme al artículo 40 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el régimen estatutario del Cuerpo de Policía Autonómica respetando los principios generales fijados en el título primero y capítulo tercero del título tercero de esta Ley, si bien mediante ley formal, como exigen concordadamente los artículos 28.1, 103.3, 104.2 y 149.1, 18 y 29 de la Constitución, por lo que no está facultada aquélla para crear un órgano de participación de carácter genuinamente sindical, como es el Consejo de Policía, mediante Decreto, y por ello declara esta norma suplementaria impugnada nula al conculcar el principio constitucional de reserva de ley.

Frente a tal planteamiento, la Administración autonómica recurrente invoca la aplicación directa de la legislación estatal, al no haber hecho uso de su autonomía para legislar sobre tal materia, y la posibilidad de desarrollar reglamentariamente aquélla ajustándola de forma racional a las necesidades o características de la ya creada Policía autonómica.

No cabe aceptar esta tesis de la Administración autonómica recurrente porque ello equivaldría a admitir la regulación de las peculiaridades del ejercicio del derecho a la

sindicación de los funcionarios públicos, y concretamente de los funcionarios policiales de la Comunidad Autónoma, a través de una norma de desarrollo reglamentario, en evidente contradicción con el principio de reserva de ley constitucionalmente previsto para dicha materia en los preceptos antes citados.

Sólo por ley puede hacer uso la Comunidad Autónoma de la competencia que ostenta para regular las peculiaridades del ejercicio del derecho a la sindicación de los funcionarios públicos, entre los que están los integrantes de la Policía autonómica, en este caso concreto del Cuerpo de Mozos de Escuadra.

Si, no obstante, la Comunidad Autónoma ha optado por abstenerse de legislar sobre dicha materia, resultando, por consiguiente, de aplicación directa el derecho estatal, habrá de respetar estrictamente los preceptos legales que la regulan en este ordenamiento, lo que, como reconoce al articular este recurso de casación, no ha cumplido el Decreto impugnado, en el que se adaptan o acomodan las normas estatales a las singularidades de la ya creada Policía autonómica, y por ello precisamente incurre aquél, como se declara por la Sala de instancia en la sentencia recurrida, en nulidad radical al infringir la reserva de ley exigida por los preceptos constitucionales citados para regular el ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, 15 noviembre 1997.*)

II. SELECCIÓN

1. *Selección. Discrecionalidad técnica de la Comisión de Evaluación. Imposibilidad jurídica de los Tribunales de Justicia para entrar en las cuestiones relativas a los conocimientos y méritos de los candidatos. Tanto aquéllos como la Comisión de reclamaciones han de limitarse a verificar el respeto de la igualdad de condiciones y los principios de mérito y capacidad.*

«El demandante en el proceso, don Luis A. A., apela la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 noviembre 1991, que desestimó su recurso, interpuesto contra la Resolución de la Comisión de Reclamaciones de la Universidad Complutense de Madrid de 7 julio 1987, por la que se desestimó la formulada contra la de la Comisión de Evaluación para el concurso de méritos, convocado para cubrir una plaza de Profesor Titular de Ciencias Políticas y de la Administración en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, por la que se acordó nombrar para la meritada plaza a don Víctor A. F., así como contra la desestimatoria del recurso de reposición formulado contra la primera.

La sentencia apelada (F. 2.º), frente a la alegación clave del recurrente de la superioridad de sus méritos sobre los de su contrincante en el concurso, razona que no se han transgredido los baremos fijados por la Comisión de Evaluación del concurso, y que no corresponde a la Sala, por tratarse de materia en que opera la discrecionalidad técnica, entrar a evaluar los méritos de uno y otro concursante.

Frente a la alegada vulneración del principio de igualdad, garantizado tanto por la Ley de Reforma Universitaria como por el RD 1888/1984, la sentencia (F. 3.º) razona que el examen de la documentación obrante en el proceso no permite entender que concurrían ambos aspirantes a la plaza en condiciones desiguales, y que en modo alguno cabe reconducir ese principio a la valoración de mérito.

Frente a la alegada violación del artículo 11 del RD 1888/1984 por haberse utilizado un sistema de doble voto, al votar todos los miembros de la Comisión, positiva o negativamente, a ambos candidatos, se razona (F. 4.º) que el tenor literal del citado artículo 11, cuyo texto transcribe, no impide ese sistema de votación, pues, en tesis de la sentencia, dicho precepto "únicamente persigue garantizar un cierto grado de unanimidad entre los integrantes de aquélla [la Comisión] al exigir el voto favorable para

el aspirante propuesto de al menos tres de sus miembros, sin que especifique otras limitaciones que, al no explicitarse ni derivarse necesariamente del espíritu de la norma, deben considerarse inexistentes”.

Rechaza la sentencia (F. 4.º) la alegada vulneración de los artículos 14, 23 y 103.1 CE, en razón a las argumentaciones anteriores añadiendo que “de forma reiterada ha declarado nuestro Tribunal Constitucional [que], para advertir la infracción del principio constitucional de no discriminación no basta su mera alegación, sino que es preciso justificar cumplidamente las circunstancias que evidencian la desigualdad, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, donde de las pruebas practicadas no puede desprenderse aquella conclusión, como tampoco, en los términos que interesa, que se haya infringido el artículo 103.1 también de la Constitución, al no concretar la actuación específica de la Comisión que se hubiese apartado del criterio de actuación objetiva en favor de los intereses generales a que dicho precepto obliga, resultando insuficiente la simple y genérica alegación de esos vicios”.

Finalmente (F. 5.º), la sentencia rechaza la alegada desviación de poder, al no elegir al más capacitado, al no nombrar al actor, pues “nuevamente las pretensiones del demandante se sostienen sobre sus propias y personales apreciaciones que le llevan a considerarse más capacitado que el candidato propuesto”.

Las alegaciones apelatorias del recurrente vienen a ser prácticamente reproducción de las de la primera instancia, rechazadas en la sentencia apelada, pudiendo sintetizarse en los siguientes términos:

— Crítica del resultado de la prueba, por la conducta de la Universidad, que, al haber devuelto la documentación del concurso, impide al Tribunal el conocimiento de la documentación acreditativa de los méritos de los candidatos.

— Análisis del alcance de la discrecionalidad técnica, sosteniendo la posibilidad de su revisión por el Tribunal, con extensa alusión a la tesis de un prestigioso catedrático, e invocación de diversas sentencias de este Tribunal, unas alegadas en la primera instancia con el complemento de otras posteriores.

— Vulneración de la normativa reguladora de los concursos para la provisión de plazas de cuerpos docentes universitarios, por el sistema del voto doble, alegando la violación del artículo 11 del RD 1888/1984.

— Vulneración de principios constitucionales, refiriéndose a la vulneración del principio de igualdad establecido en los artículos 1 y 41 de la LO 11/1983 y artículo 1.2 del RD 1888/1984, así como los artículos 14 y 23.2 CE, y el 103.1 de la Constitución española.

— Desviación de poder.

La Universidad demandada alega el carácter de cuestión de personal de la que es objeto del proceso, por lo que, a su juicio, sólo la desviación de poderes accesible a la apelación, diciendo de aquélla que no cabe su invocación cuando se alegan vicios de simple legalidad; que de la inexistencia de la documentación en la Universidad no puede extraerse ninguna consecuencia en cuanto a la desviación de poder, pues el dato de su inexistencia se explica por la lectura del artículo 12 del RD 1888/1984; que la comparación de méritos no puede hacerse con los criterios exclusivamente cuantitativos, utilizados por el actor, con olvido de los cualitativos, y que, de ser aceptable la tesis del actor, el problema sería de infracción del artículo 8.2 del RD 1888/1984, lo que, a criterio de esta parte, es incompatible con la desviación de poder, y cuestión impropia de la apelación con objeto limitado a aquélla, refiriéndose, por lo demás, en este punto a la discrecionalidad técnica de la Comisión evaluadora en la valoración de los méritos; finalmente se niega la existencia de desviación de poder.

Por último, la línea impugnatoria de la tesis de contrario del codemandado señor A. F. puede sintetizarse, en lo esencial, en los siguientes términos:

— Que la Comisión de Evaluación se atuvo a lo dispuesto en los artículos 8 y 9 del RD 1888/1984, fijando los criterios a que habían de someterse las pruebas, que repro-

duce, lo que el demandante aceptó, participando en las pruebas, e imputando parcialidad en la valoración, cuando no obtiene la plaza.

— Que el demandante pretende bien sustituir la valoración de méritos realizada por la Comisión evaluadora por la suya propia, bien que sea la jurisdicción la que realice la valoración de los méritos, sustituyendo a la Comisión, oponiendo al planteamiento del actor sobre el particular la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1983 (RTC 1983, 39) y la de este Tribunal Supremo de 14 octubre 1989.

— Que la interpretación del artículo 11 del RD 1888/1984 por la sentencia apelada en cuanto a la crítica del doble voto es correcta, y no se ha vulnerado dicho precepto.

— Que en cuanto a la alegada vulneración de principios constitucionales y desviación de poder, tan sólo se trata del intento del demandante de imponer sus propias valoraciones.

Sintetizados los términos del debate, tal y como se nos ofrecen en esta segunda instancia, es necesario abordar en primer lugar la alegación de la Universidad recurrida sobre los límites de la apelación, que entiende sólo referible a la desviación de poder, con la consecuente marginación de las demás cuestiones.

Tal tesis no es compartible, pues aun sobre la base incontrovertible de que la cuestión objeto del proceso es una cuestión de personal, debe partirse de la consolidada jurisprudencia de la Sala, de innecesaria cita individualizada por lo constante, que equiparaba las cuestiones sobre ingreso en la Administración con las de la extinción, partiendo del dato de que el éxito de la impugnación de un nombramiento suponía la extinción de la relación del nombrado, incluyéndose así en dicha jurisprudencia uno y otro casos en la salvedad del artículo 94.1.a) de la Ley Jurisdiccional, en su redacción anterior a la modificación de la Ley 10/1992; por lo que en este caso la apelación se mueve en los amplios términos de la salvedad de este precepto, y no en los reducidos del artículo 94.2.b), de contraexcepción a la excepción del 94.1.a), y jurisprudencia sobre el mismo, teniendo así cabida en la apelación todo el planteamiento del demandante.

En una valoración global de éste, independientemente de que se descienda después a un análisis más específico, se aprecia que todo él se asienta sobre un doble presupuesto: la alegada superioridad de sus méritos sobre los de su contrincante, y la infracción del sistema de votación, si bien el primero de dichos presupuestos es a su vez objeto de una múltiple consideración desde diversas perspectivas jurídicas; pero, en definitiva, la parte más esencial del planteamiento del recurrente consiste en un problema de discrecionalidad técnica, cuya solución predetermina la de las alegadas violaciones que tienen como presupuesto la alegada superioridad de los méritos del recurrente.

Es, pues, preciso detenerse en dicho problema de discrecionalidad técnica, ponderando la respuesta de la sentencia y la crítica que de ella hace el apelante.

Para la sentencia, como se indicó antes, la ponderación de los méritos de cada concursante es un mero problema técnico, de la competencia exclusiva de la Comisión de evaluación, no susceptible de un control jurisdiccional, limitado a un control de legalidad.

Frente a ese planteamiento el recurrente postula la posibilidad de un control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica, con cita al respecto de las Sentencias de este Tribunal de 15 febrero 1980 (RJ 1983, 545), 9 junio 1983 (RJ 1983, 3497) y 29 febrero 1984 (RJ 1984, 1103), invocadas en la primera instancia, cuya cita jurisprudencial se completa en esta segunda con la de las Sentencias de 1 marzo 1985 y 22 septiembre y 15 diciembre 1986 y la de la extinguida Sala 4.ª de 2 abril 1985 (RJ 1985, 2854), así como en el apoyo de autoridad de un prestigioso catedrático.

Debe observarse en cuanto a dicha cita jurisprudencial que las Sentencias de 1 marzo 1985 y 22 septiembre y 15 diciembre 1986, de las que no se indica la Sala de procedencia, no se han podido localizar en las colecciones jurisprudenciales de uso habitual, por lo que, al no haberse podido constatar ni su propia realidad ni su contenido concreto, resulta inoperante su cita para nuestra decisión del caso.

En las demás, lo que debe contar, en cuanto a datos de jurisprudencia, no son las frases seleccionadas por el recurrente, extraídas de su contexto, sino las circunstancias del caso, para evidenciar la *ratio decidendi*, lo que se omite en la cita del recurrente.

Su lectura y estudio muestra la diversidad de circunstancias de los respectivos casos en relación con el actual.

En el de la Sentencia de 15 febrero 1980 se trataba de un concurso de méritos, de diferente configuración al ahora cuestionado, en el que no existían pruebas en el procedimiento de selección, cuya importancia en el caso actual se señalará de inmediato.

En los de las Sentencias de 9 junio 1983, 29 febrero 1984 y 2 abril 1985 se trataba de selección de médicos, en cuyos respectivos concursos existía un baremo de méritos, y en los que las resoluciones no reflejaban la relación de los méritos de los seleccionados con los del baremo.

Tampoco es éste el caso actual, en el que no existe baremo alguno, sino sólo unos criterios de valoración, de gran generalidad, y sin asignación de puntuaciones concretas, existiendo además dos pruebas, en las que la Comisión evaluadora podía enjuiciar directamente la idoneidad de cada concursante en relación con los criterios a ponderar.

Es precisamente esa especial configuración de las pruebas selectivas en los términos que el recurrente aceptó, y de cuyo dato hemos de partir, factor de importancia decisiva en este caso a la hora de abordar la posibilidad del control de la discrecionalidad técnica, como en su momento se razonará.

Conviene, en todo caso, antes de seguir adelante, advertir que la jurisprudencia actual de esta Sala, manifestada en sentencias posteriores a las aducidas por el recurrente, viene manteniendo la tesis tradicional de que los juicios técnicos de los órganos de selección en las pruebas de ingreso en la Administración no son susceptibles de control jurídico por la jurisdicción, y corresponden en exclusiva a aquellos órganos, pudiendo citarse sobre el particular, entre otras muchas, las Sentencias de 17 diciembre 1986 (RJ 1986, 7471), 20 diciembre 1988 (RJ 1988, 9418), 8 noviembre 1989 (RJ 1989, 7828), 18 enero, 27 abril y 7 diciembre 1990 (RJ 1990, 81, 3568 y 10139), 12 diciembre 1991 (RJ 1991, 9256), etc.

En el núcleo de la valoración técnica la jurisdicción, que opera con criterios jurídicos, no se puede subrogar en el lugar de la Comisión de Evaluación, sin perjuicio de que el uso de la discrecionalidad técnica pueda, y deba ser, objeto de control jurisdiccional desde el exterior de ese núcleo reservado, en función de criterios de carácter jurídico, como son fundamentalmente la interdicción de la arbitrariedad y el principio de igualdad de acceso a los cargos públicos (arts. 9.3 y 23.2 CE), y sobre la base de datos fácticos o jurídicos diferentes en todo caso de la pura valoración de los méritos en su dimensión técnica.

Esa es al mismo tiempo la limitación que nuestra jurisprudencia (Sentencias de 19 julio 1990 [RJ 1990, 6134], 28 enero, 24 marzo y 5 octubre 1992 [RJ 1992, 110, 2805 y 7784] y 3 diciembre 1993 [RJ 1993, 9530], entre otras) y la del Tribunal Constitucional (STC 215/1991, de 14 noviembre [RTC 1991, 215] —“BOE” de 17 de diciembre—) viene atribuyendo a las funciones de las Comisiones de Revisión del artículo 43 de la Ley de Reforma Universitaria, pese a que la Ley le atribuye un control de fondo, y no meramente formal, en relación con las evaluaciones técnicas de las Comisiones de Evaluación, y cuyas limitaciones se vienen observando por la propia jurisdicción, al ejercer el control jurisdiccional de las resoluciones de esas Comisiones de Revisión, cual es aquí el caso.

Sobre los límites de ese posible control de fondo, tenemos dicho (Sentencia de 3 diciembre 1993 citada), con referencia a la STC 215/1991, que la tarea de la Comisión de Reclamaciones “no puede ser ciertamente la de sustituir en su integridad la decisión técnica adoptada por las Comisiones calificadoras...”, y que “la única valoración que sobre los aspectos materiales de los concursos compete efectuar en la Comisión de Reclamaciones es la dirigida a verificar el efectivo respeto por las comisiones juzgadoras de la ‘igualdad de condiciones de los candidatos’ y de los ‘principios de mérito y capacidad’ en el procedimiento de adjudicación de las plazas”, y que “se distingue

en la sentencia constitucional que nos sirve de pauta entre el núcleo material de la decisión técnica, vedada al enjuiciamiento directo de la comisión de reclamaciones [y vedado, podemos decir aquí, por la misma razón a la jurisdicción] y sus aledaños, ámbito este último en el que se sitúa la tarea de aquélla para un control negativo”, cuyo objeto directo es “comprobar que, sin perjuicio de su libre valoración técnica, las propuestas de los órganos técnicos calificadores no han quebrantado, por su apartamiento de los principios de mérito y capacidad la igualdad de trato a que tienen derecho los concursantes”, y en cuyo control “los aspectos materiales del concurso tienen una finalidad meramente instrumental, la de permitir la comprobación mencionada”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1983, de 16 mayo, invocada por el apelante señor A., deja claro que no se vulnera el derecho de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (que es clave de la teoría doctrinal argüida por el recurrente para defender la revisibilidad jurisdiccional de la discrecionalidad técnica) por el hecho de que el control judicial pueda “encontrar límites determinados”, como “ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la propia Administración y que en sí misma escapa, por su propia naturaleza, al control jurídico que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad...”.

Descendiendo del marco jurisprudencial que se acaba de referir al análisis del caso, nos encontramos con que en el concurso, cuyo resultado se impugna, la Comisión evaluadora fijó los criterios de evaluación, sin establecer la puntuación correspondiente a los diversos factores a evaluar, fijándose así una norma, que fue aceptada por el recurrente, al no impugnar en su momento la correspondiente resolución, como advierte el codemandado, integrándose el concurso además de dos pruebas.

Ambas circunstancias configuradoras del concurso son fundamentales en este caso, pues restan medios desde los cuales puedan operar criterios cuantitativos a la hora de la comparación de méritos, al margen de los cualitativos.

Todo el planteamiento del recurrente se basa en una valoración de sus méritos, contrastándolos con los de su contrincante, en un intento de demostrar la mayor entidad de los propios; mas debe observarse de una parte que centra la comparación en criterios exclusivamente cuantitativos, prescindiendo totalmente de factores de calidad, al tiempo que omite toda consideración sobre las pruebas, de cuyo resultado no puede prescindirse a la hora de someter a crítica la resolución de la Comisión de Evaluación.

Sin un baremo de puntuación de los distintos factores que se establecieron como criterios de evaluación no es posible, en un puro juicio de legalidad, pretender que el solo dato del mayor número de pretendidos méritos, centrado fundamentalmente en más publicaciones y más años de docencia, evidencie por sí solo la mayor capacidad de uno de los concursantes y la mayor idoneidad para la plaza. En esas circunstancias de ambigüedad no existe una base segura con la que poder contrastar el juicio técnico de la Comisión, que, como se dijo, constituye un núcleo irrevisable jurisdiccionalmente.

Fuera de ese contraste cuantitativo, desde los aledaños de ese juicio técnico, no se aporta por el apelante ningún elemento decisivo para poder atribuir a la Comisión evaluadora ninguna irregularidad en el ejercicio de su misión, sobre cuya base pudiera, en su caso, decirse que el ejercicio de la discrecionalidad se ha trocado en arbitrariedad.

Como elemento evidenciador de la arbitrariedad atribuida a la Comisión se alega la circunstancia de que actuó en el marco de enemistad hacia él de su Presidente, al que recusó, e influenciada por un informe descalificador que emitió el Consejo de Departamento, al que se pidió informe sobre el resultado de la recusación, extendiéndose en contundentes juicios de descalificación de dicho informe.

Fuera de los juicios de valor del recurrente, quizás humanamente comprensibles, pero inoperantes como argumento, el único elemento a considerar es el dato de que el

informe pedido al Consejo de Departamento, lo fuera respecto a la recusación de su Presidente, y que dicho Consejo, en efecto, se excediera, emitiendo un juicio ciertamente muy negativo del actor.

Pero que el Consejo de Departamento se entrometiese en la actuación de la Comisión no evidencia por sí solo que ésta se dejara influir por tal inaceptable exceso. Darlo por sentado, como hace el actor, es dudar de la rectitud de los vocales, lo que la Sala no puede hacer, si no se aportan pruebas de suficiente entidad al respecto.

Si se parte de que la recusación referida no fue aceptada por el órgano competente, la tesis de la enemistad y de la influencia de ésta en la Comisión carece de fuerza convictiva para poder establecer desde ella, como el recurrente propone, que la actuación de la Comisión evaluadora fuera irregular.

Destaca aquél, como evidencia de la influencia negativa del referido informe respecto a él, que el vocal tercero, señor B. C., dejó constancia de la misma en su informe sobre el actor de 2 de marzo de 1987, en el que dice de él que "su experiencia docente es prolongada, como refleja la construcción de su programa... Hay que mencionar, sin embargo, que el punto 5 del informe de su Departamento se pronuncia negativamente sobre su docencia y dedicación".

Omítese, no obstante, que a la hora de votar a los candidatos al puesto dicho vocal votó positivamente al actor, aunque también lo hiciese a favor del contrincante, lo que demuestra que la carga negativa del informe del Departamento no influyó en su propia apreciación del recurrente, manifestada en su voto positivo.

Así pues, el único dato ajeno al de la pura valoración técnica de la Comisión, incontrovertible por la Sala, en función del que se pretende justificar que la actuación de aquélla fue arbitraria resulta inexpresivo, no pudiéndose sustituir la objetividad del dato y su significado por las apasionadas valoraciones subjetivas del recurrente.

No hay por ello base suficiente para poder imputar a la Comisión ninguna actitud arbitraria por el solo dato de que no seleccionase para el puesto al actor, y sí a su contrincante.

No se puede cerrar este apartado sin una referencia al frustrante resultado de la prueba, objeto de la dura crítica del actor.

Al margen de la irregularidad que pueda suponer el que la Universidad demandada no retuviese los documentos del expediente, estando pendiente, como estaba, el actual proceso, no puede olvidarse que lo que está en cuestión es la actuación de la Comisión de Evaluación, y que el posterior comportamiento de la Secretaría de la Universidad en modo alguno implica irregularidad imputable a la Comisión, o elemento de relevancia para juzgar la actuación de ésta.

En todo caso, esa irregularidad sólo sería significativa en el plano procesal de la prueba; mas si se tiene en cuenta que el hecho a probar sería la superioridad de los méritos del recurrente en comparación con los de su contrincante, y que para ello sería preciso que el Tribunal pudiese asumir el cometido de hacer por sí la valoración técnica de los dos candidatos, una vez que se ha dejado establecido que no le corresponde esa valoración técnica, resulta claro que la prueba propuesta, que no se ha podido realizar, es intrascendente para el enjuiciamiento posible del caso.

Si, pues, el ejercicio de la discrecionalidad técnica de la Comisión de Evaluación no resulta objetable, y deviene de él, en contra de su tesis, que el actor no era el candidato más idóneo, todos los motivos de oposición que directa o indirectamente toman como presupuesto la superioridad de sus méritos, caen ya por su base.

Y así, cuando se alega la vulneración del principio de igualdad de los artículos 14 y 23.2 CE y artículos 1 y 4.1.a) de la LO 11/1983 y artículo 1.2 del RD 1888/1984, se parte implícitamente de un tratamiento desigual por no haberle elegido, lo que resulta rechazable, sin que por lo demás se llegue a precisar en qué sentido, fuera del referido, pudiera haberse dado al demandante un trato desigual, por lo que la alegación de dichos preceptos es más retórica que jurídicamente rigurosa.

Asimismo, la pretendida vulneración del artículo 103.1 CE carece de base, pues al elegir al candidato que la Comisión consideró más idóneo se ajustó a lo exigido en dicho precepto.

Y, finalmente, la alegada desviación de poder sólo cabe asentarla en la superioridad del actor previamente establecida, que, como se ha razonado antes, no es el caso.

El recurrente denuncia una serie de pretendidos hechos, que constituirían el soporte de dicho vicio; pero una vez más como hechos se tratan de hacer pasar meros juicios de valor del recurrente, o hechos no significativos en cuanto a la conducta de la Comisión de Evaluación, cuyo juicio es, en definitiva, el objeto esencial en el proceso.

Y así se habla de falsedad documental en respuesta a la recusación del Presidente de la Comisión, sin que tal falsedad haya sido probada, y cuando la recusación no se aceptó por el órgano *ad hoc*.

Se hace referencia al informe del Consejo de Departamento, cuya trascendencia para la valoración del comportamiento de la Comisión de evaluación quedó antes razonada.

Se dice que la Comisión no se atuvo a criterios de facticidad, lo que no es sino reproducir en el marco de la desviación de poder la crítica de un juicio técnico que le resultó adverso, y cuya crítica quedó antes rechazada.

Se alega la vulneración del sistema de votación, que será objeto de análisis posterior, aunque anticipamos desde aquí su rechazo. En todo caso, en la hipótesis de que la tesis del actor en este punto hubiera podido prosperar, tal hipotética vulneración tendría entidad por sí misma, al margen de la desviación de poder, y no podría considerarse como un elemento fáctico de soporte de ésta.

Por último, se aduce la desaparición de la documentación del concurso respecto de uno de los candidatos, particular al que también nos referimos en momento anterior, negándole significación como exponente de la actitud de la Comisión de Evaluación.

El otro elemento clave de las alegaciones del actor es la pretendida vulneración del sistema de votación, regulado en el artículo 11 del RD 1888/1984, al que, en tesis del recurrente, se opone el aplicado en el caso, en el que todos los vocales votaron positiva o negativamente a los dos candidatos en liza, resultando elegido el codemandado que obtuvo por tal sistema cuatro votos, cuando el actor obtuvo tres, habiendo votado dos de los vocales positivamente a ambos candidatos.

Para el apelante, el criterio de la sentencia de la Sala *a quo* es contrario al tenor literal del precepto citado, contrario a su espíritu, va contra el sentido lógico inspirador de la norma, no está previsto en norma alguna, y vicia de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.c) LPA, a la sazón vigente, la votación de la Comisión.

Frente a la tesis del recurrente es compatible la de la sentencia recurrida, de la que al principio se dejó constancia.

La expresión legal de "sistema de votación" tiene la suficiente holgura conceptual para que tenga cabida en ella cualquier sistema válido para su fin, que no es otro que el de discernir entre varios candidatos en liza, cuál deba ser el seleccionado.

El hecho de que se hable de "el voto" de cada uno de sus miembros no puede erigirse en clave del precepto, en su esencia normativa, de modo que se cierre el paso a un sistema como el aquí seguido. Debe tenerse en cuenta que, cuando el precepto utiliza esa expresión, es en referencia a la publicidad de la resolución, con lo que no puede centrarse en ese especial pasaje la clave de cómo debe realizarse la votación, a la que el precepto legal se refiere en el inciso anterior, con la expresión amplia de "sistema de votación". La publicidad del "voto de cada uno de sus miembros", que es la exigencia legal de la que el recurrente extrae su tesis interpretativa, se cumple del mismo modo cuando se publica la votación de cada miembro, en función del "sistema de votación" seguido.

Al margen de la literalidad del precepto, no se advierte la razón por la que el sistema seguido pueda ser contrario al espíritu de la norma, si se parte de que éste no es otro que el de dilucidar por el sistema de votación la concurrencia entre candidatos.

Que, como sostiene el actor, ese sistema en otros casos pueda conducir a situaciones de empate, no es de por sí suficiente para tachar de opuesto al precepto, por oponerse al sentido lógico inspirador de la norma, la concreta votación seguida en un caso en el que ese resultado vitando no se ha producido.

En cualquier caso, lo fundamental es advertir que la doble votación, esto es, que cada miembro de la Comisión haya votado positiva o negativamente a cada candidato, no revela ninguna actitud lesiva para el recurrente, ni ningún signo de trato desigual.

Quizás en otras circunstancias, si un sistema como el seguido ocultase un designio de manipulación, pudiera llegarse al rechazo del mismo en razón de ese designio; mas al no ser éste el caso, la tesis de la sentencia apelada, compartible, como se ha dicho, debe prevalecer.

Rechazados todos los motivos impugnatorios del apelante, su recurso debe ser desestimado.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 11 octubre 1997.*)

2. *No es ilegal la fijación por el Tribunal de los criterios de puntuación una vez tuvo los ejercicios en su poder, por no estar previsto en las bases el momento en que debían fijarse y no existir base para dudar de la objetividad del Tribunal.*

«Son antecedentes de relevancia para la resolución de la presente apelación los siguientes:

1.º Por Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Trujillo de fecha 20 julio 1989 se convocaron pruebas selectivas libres para proveer una plaza de Conserje del Matadero Municipal, consistentes en tres ejercicios obligatorios y eliminatorios, calificados cada uno de ellos de cero a diez puntos, siendo necesario para superarlos alcanzar un mínimo de cinco puntos y viniendo determinada la calificación final de las pruebas por la suma de las puntuaciones obtenidas en los ejercicios.

En los dos primeros ejercicios obtuvo el recurrente las más altas calificaciones: 6,5 en el primero, empatado con otro aspirante, y 7,7 en el segundo.

2.º El tercer ejercicio, en el que se centra el pleito, consistía en "acreditar conocimientos prácticos de pesaje, relleno de impresos, partes, etc., y cumplimentar un test con respuestas alternativas sobre normas higiénico-sanitarias para el manejo de los alimentos".

Finalizado este ejercicio, el Tribunal fijó los criterios de calificación de las pruebas que lo componen, disponiendo que el test con respuestas alternativas se calificaría de 0 a 3 puntos; la cumplimentación del impreso de parte de sacrificio de 0 a 5 puntos, y la práctica de pesaje de 0 a 2 puntos; cuyo baremo dio como resultado una calificación para el recurrente de 5,5 puntos, que sumada a las de los dos ejercicios anteriores arrojó un total de 19,7 puntos, insuficiente para obtener la plaza, que fue adjudicada al aspirante que obtuvo una puntuación total de 21,0 puntos.

3.º Frente a dicho resultado, el recurrente formuló reclamación alegando que para las pruebas del tercer ejercicio, por su carácter práctico, "el Tribunal debía haber sido asesorado por personal cualificado" y que "la prueba práctica de relleno de partes no ha sido calificada de acuerdo a la costumbre".

4.º Rechazada la reclamación por el Tribunal calificador, interpuso el recurrente recurso de alzada ratificándose en las alegaciones del escrito de reclamación y aduciendo que en la calificación del tercer ejercicio no hubo objetividad, puesto que se distribuyó la puntuación global entre las tres pruebas parciales, asignando a cada una la puntuación que el Tribunal estimó oportuna, una vez tuvo los ejercicios en su poder, y no previamente a ello como era lo correcto. Alegó también que en la redacción del parte se guió por las indicaciones que le había hecho el Conserje actual, tal y como el mismo venía confeccionando dichos partes desde hacía veinticinco años, por lo que, a falta de normas al efecto, el Tribunal debió haber seguido la costumbre del lugar y asesorarse de personal cualificado y con experiencia, como el citado Conserje.

El recurso de alzada fue desestimado por Decreto del Alcalde de 23 enero 1990, cuya impugnación ha desestimado la sentencia apelada.

Reiteradas en la demanda las alegaciones formuladas en el recurso de alzada, la sentencia recurrida las rechaza por entender que la distribución de puntos que efectuó el Tribunal entre las pruebas del tercer ejercicio no fue objeto de reclamación por el recurrente y debe estimarse consentida, ya que su reclamación inicial se refirió únicamente al "relleno de los partes", al que se objetó que no fue calificado con arreglo a la costumbre seguida en el Matadero y que el Tribunal no estuvo asesorado por personal cualificado, alegaciones éstas que el Tribunal *a quo* rechaza por cuanto que la comparación del ejercicio realizado por el actor con la solución correcta que obra en el expediente muestra las faltas cometidas en el mismo, sin que puedan prevalecer las sugerencias de asesoramiento al no haberse impugnado la composición del Tribunal calificador.

El apelante formula a la sentencia recurrida dos objeciones. En primer lugar discrepa del fallo impugnado en cuanto señala que el reparto de puntos entre las tres pruebas del tercer ejercicio no fue reclamado por el opositor, cuando lo cierto es que en la demanda se alegó ese motivo de impugnación y, por tanto, debió ser tenido en cuenta por la Sala a la hora de dictar sentencia. La segunda objeción, que se califica de "causa fundamental de interposición", consiste en insistir en la necesidad de que del Tribunal calificador formara parte el personal cualificado para juzgar una prueba práctica como era el relleno del parte de sacrificio de reses, pues al carecer de ese asesoramiento el Tribunal no supo valorar dicha prueba y le penalizó con 2,5 puntos, pese a ser su resultado tan correcto como el del ejercicio que dio lugar a la adjudicación de la plaza.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 14 noviembre 1997.*)

III. PLANTILLAS Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

1. *Provisión de puestos de trabajo. Movilidad funcional. Para el acceso de funcionarios de otras Administraciones es necesario que las relaciones de puestos de trabajo contengan expresa previsión al respecto. Comunidad Valenciana. Casación en interés de ley. Artículo 17 Ley 30/84.*

«La Confederación Sindical Independiente y Sindical de Funcionarios (CSI-CSIF) interpuso recurso contencioso-administrativo contra diversas Resoluciones de la Dirección General de la Función Pública de la Generalidad Valenciana, todas ellas de 3 julio 1991, por las que se convocaban concursos de méritos para la provisión de los puestos de trabajo números 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160 y 161, así como contra las resoluciones de la Consejería de Administración Pública sobre clasificación de los citados puestos de trabajo. La Sentencia dictada el 15 octubre 1993 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estimó en parte el recurso antes indicado y, por lo que al presente recurso de casación en interés de la ley concierne, anuló y dejó sin efecto las Convocatorias números 153, 154, 155 y 156, en cuanto possibilitaban, sin otro requisito, la participación en ellas de funcionarios pertenecientes a otras Administraciones Públicas, siendo así que para que sea admisible que tales funcionarios de otras Administraciones Públicas se incorporen a la Función Pública de la Generalidad Valenciana es necesario que así se establezca en la clasificación de los puestos de trabajo, conforme a lo establecido en el artículo 9.6 del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública Valenciana (Decreto Legislativo de 20 marzo 1991), circunstancia que no concurría en la clasificación de los puestos de trabajo correspondientes a las Convocatorias anuladas (fundamento de derecho cuarto de la Sentencia de 15 octubre 1993).

La Generalidad Valenciana ha interpuesto recurso de casación en interés de la ley exclusivamente contra el pronunciamiento número 2 de la Sentencia de 15 octubre 1993, en el apartado en que declara contrarias a derecho y, en su consecuencia, anula y deja sin efecto las Convocatorias números 153, 154, 155 y 156, en cuanto possibilitaban, sin otro requisito, la participación en ellas de funcionarios pertenecientes a otras Administraciones Públicas. La recurrente considera que la sentencia, en el particular objeto del recurso, es errónea y gravemente dañosa para el interés general, porque la interpretación que da a la legislación valenciana resulta contradictoria con la legislación básica estatal, constituida por el artículo 17 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, precepto básico según el artículo 1.3 del citado texto legal. Invoca la regla de movilidad de los funcionarios públicos, el bloque normativo de la función pública y el artículo 26.4 de la Ley 12/1983, de 14 octubre, del Proceso Autonómico, manteniendo que el silencio de la clasificación de los puestos de trabajo no puede considerarse como una prohibición de que las convocatorias permitan el acceso de funcionarios de otras Administraciones Públicas, y concluye solicitando que se dicte sentencia en la que, estimando el recurso, se declare como doctrina legal "que la Administración de la Comunidad Valenciana está facultada por el artículo 17 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública 30/1984, en relación con el artículo 12.6 del Decreto Legislativo de 20 marzo 1991, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública Valenciana, a admitir en los concursos de méritos a funcionarios de otras Administraciones Públicas, siempre que las relaciones de puestos de trabajo no lo impidan".

El recurso de casación en interés de la ley promovido por la Generalidad Valenciana cumple los requisitos para su admisión, y, en especial, el requisito de que el criterio sentado por la sentencia impugnada, de resultar erróneo, sería gravemente dañoso para el interés general, puesto que afectaría a la organización de las Comunidades Autónomas, impidiéndoles convocar concursos para la provisión de puestos de trabajo en los que pudieran participar otros funcionarios de distintas Administraciones Públicas, si así lo consideraban necesario o conveniente, salvo en el supuesto de que esta posibilidad estuviese establecida en la clasificación de puestos de trabajo. Ahora bien, el recurso debe ser desestimado porque la cuestión que plantea ha sido ya objeto de doctrina legal, expresada en la Sentencia de esta Sala Tercera, Sección Primera, de 12 mayo 1994 (RJ 1994, 4240), dictada en recurso de casación en interés de la ley promovido por la Junta de Andalucía. La fecha de esta Sentencia (12 mayo 1994) es posterior a la del escrito de interposición del recurso de casación en interés de la ley que ahora examinamos (8 de febrero del mismo año), pero ello no es obstáculo para que apliquemos el criterio jurisprudencial que declara que, cuando sobre un precepto concreto existe ya doctrina legal, fijada en otro recurso extraordinario, no hay necesidad de volver a establecer doctrina legal, que ya está fijada anteriormente, puesto que la sentencia del recurso en interés de la ley no puede modificar la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, como establece el artículo 102.b).4 de la Ley de la Jurisdicción (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 24 marzo y 2 junio 1987, aplicables íntegramente a la casación en interés de la ley). Pues bien, la Sentencia de 12 mayo 1994 expone que el último inciso del artículo 17.1 de la Ley 30/1984 ("de acuerdo con lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo"), norma que tiene el carácter de básica (art. 1.3 de la referida Ley), y es por tanto aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas, sin que pueda ser desplazada por la normativa autonómica, viene así a condicionar la movilidad entre Administraciones a que cada una de éstas haya previsto, en el instrumento de ordenación de la función pública que constituye la relación de puestos de trabajo, la posibilidad de intercambiabilidad de funcionarios de una a otra esfera administrativa para proveer concretos puestos de trabajo, conforme al contenido de tales relaciones (fundamento jurídico cuarto). Y concluye manifestando (fundamento de derecho quinto) que la fijación de la doctrina legal correcta ha de realizarse en estos términos: "que el artículo 17 de la Ley 30/1984 no confiere un derecho a los funcionarios de la Administración del Estado inmediata e incondicionalmente ejercitable, sino que les otorga la posibilidad de

acceder a puestos de trabajo de la Administración de las Comunidades Autónomas *en tanto en cuanto las relaciones de puestos de trabajo de la función pública de estas últimas Administraciones contengan expresa previsión al respecto*". La doctrina es lógicamente aplicable para el acceso a los puestos de trabajo de la Administración de una Comunidad Autónoma de los funcionarios pertenecientes a distinta Administración Pública, términos en que se pronuncia el artículo 17.1 de la Ley 30/1984.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 14 octubre 1997.*)

2. *Provisión de plazas de Magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales de Justicia.*

«Con carácter previo se ha de hacer constar que el núcleo de la presente controversia se refiere no tanto a la falta de idoneidad de don Juan Jesús Ll. Ch. para cubrir la plaza para la que finalmente fue nombrado de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León —lo que no ha sido discutido por el recurrente—, cuanto a la opción ejercitada por el Consejo General del Poder Judicial al inclinarse por aquél para dicho nombramiento en lugar de hacerlo en la persona del ahora recurrente, lo que lleva a éste a plantear en su recurso, en relación con este concreto particular, dos órdenes de cuestiones en apoyo de la pretensión anulatoria del acto administrativo objeto de impugnación jurisdiccional: de una parte, el alcance y los límites de la discrecionalidad administrativa en relación con el acto de nombramiento, para que ésta no suponga —se dice— un contradicción con el principio de legalidad y seguridad jurídica, y, de otra parte, la inexistencia de motivación de dicho acto discrecional, lo que a juicio del actor resultaría determinante de su nulidad. Y, sin duda, ambas cuestiones se encuentran inevitablemente unidas, como expresa el propio recurrente al resumir sus argumentos recursivos señalando, en síntesis, que "la discrecionalidad no puede legitimar cualquier decisión", sino que ésta "debe descansar en fundamentos racionales, lógicos y ponderados, objetivos e imparciales" que constituyen la motivación misma de ella.

En efecto, esta Sala tiene declarado que la discrecionalidad de la Administración debe aplicarse en todo caso con sujeción a la ley y al derecho (art. 103.1 de la Constitución), así como respetando la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 del Texto Constitucional) y, muy singularmente, sometiéndose al control por los Tribunales de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 de la Norma Fundamental), control que se extiende lo mismo al ejercicio de potestades regladas que discrecionales. Una de las técnicas de control de la actividad discrecional de la Administración por parte de los órganos jurisdiccionales es la que se verifica por razón de los hechos determinantes, comprobando si concurren o no en el supuesto enjuiciado las circunstancias de hecho previstas en la norma atributiva de la potestad discrecional ejercitada por la Administración (cfr. Sentencias de este Tribunal Supremo de 10 octubre 1994 [RJ 1994, 7412] y 11 julio 1995 [RJ 1995, 5638]). Pues bien, en el caso que enjuiciamos ha de partirse del hecho de que el nombramiento a que se refiere la resolución impugnada es el de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, expresamente regulado en el apartado 3 del artículo 330 de la LOPJ, precepto éste que, como ha declarado este Tribunal en su Sentencia de 17 mayo 1991 —cuya doctrina ha sido reiterada en la Sentencia de 17 marzo 1992 (RJ 1992, 1585), a la que alude el propio recurrente—, establece un régimen singular para la provisión de las plazas de Magistrados de dicha Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia que se aparta del régimen ordinario que contempla el apartado 1 del mismo precepto para la cobertura de las demás plazas de Magistrados, pues si en éste la antigüedad se erige en criterio único para resolver el concurso al efecto convocado, en el supuesto del apartado 3 se diseña —aunque con determinados condicionamientos— un sistema de libre designación en relación

con el turno de la Carrera Judicial, que es el que aquí interesa, en el que la resolución del concurso no viene impuesta, como pretende el recurrente, por el mejor puesto escalafonal, ya que la provisión de la plaza o plazas convocadas tiene lugar, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre quienes lleven cinco años en la categoría de Magistrados y tengan especiales conocimientos en Derecho Civil, Foral o Especial, propio de la Comunidad Autónoma, régimen singular éste que, como precisaba la meritada Sentencia de 17 mayo 1991, no es exclusivo de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia radicados en Comunidades Autónomas que gocen de Derecho Civil propio, si bien el mismo cobra pleno significado cuando de éstas se trata. Y así se corrobora, marginando cualquier duda sobre su procedencia o desnaturalización, por el propio Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 13 septiembre 1995 ("BOE" núm. 23, de 27 septiembre), por el que se anunciaba concurso para la provisión de la plaza en cuestión, cuya Base segunda hace referencia expresa al artículo 330.3 de la LOPJ en orden al procedimiento a seguir para su cobertura, sin que conste que el mencionado acuerdo de concurso fuera objeto de impugnación por ninguno de los candidatos, aceptando pues éstos las bases o condiciones con arreglo a las cuales habría de resolverse dicho concurso.

De lo anteriormente expuesto puede colegirse que la provisión de la plaza que aquí se cuestiona está sujeta a un régimen propio, diseñado en el apartado 3 del propio artículo 330, en el que no se apela a la antigüedad como criterio decisorio, sino a una determinada antigüedad —cinco años en la categoría de Magistrado—, junto a la posesión de especiales conocimientos en Derecho Civil, Foral o Especial, propio de la Comunidad Autónoma a cuyo territorio extienda su jurisdicción el Tribunal Superior de Justicia. Reunidos ambos requisitos por dos o más concursantes, el Consejo General del Poder Judicial goza de una potestad de libre designación para discernir la provisión de la plaza o plazas convocadas, a salvo el control jurisdiccional en los supuestos de arbitrariedad o desviación de poder en la designación. A este respecto, es preciso recordar que la desviación de poder, a la que hacen referencia el artículo 106.1 de la Constitución y los artículos 40.2 y 48.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, hoy sustituidos por los artículos 53.2 y 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, es definida por el artículo 83.3 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico, lo que aquí no ha tenido lugar. Antes al contrario, en la certificación expedida por el Secretario General del Consejo General del Poder Judicial de 13 de mayo de 1996 obrante en el expediente administrativo, se hace constar por el Delegado Territorial del Consejo General del Poder Judicial el dato objetivo de que todos los solicitantes admitidos al concurso para la provisión de la plaza de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, por el turno de la carrera judicial, son excelentes candidatos y cualquiera de ellos podría desempeñar el cargo correctamente, por lo que establecida la idoneidad en términos de igualdad de los candidatos a través del control de los hechos determinantes que la norma reglamentariamente establece (art. 330.3, *in fine*, de la LOPJ), entra en juego la potestad discrecional atribuida al Consejo General del Poder Judicial para apreciar otros elementos o factores que, vinculados al mejor desempeño de la función jurisdiccional, permiten ejercitar la opción preferente por uno de ellos. Y como así consta, el Presidente de la Comisión de Calificación se inclinaría finalmente por la candidatura de don Juan Jesús Ll. Ch., Magistrado procedente del cuarto turno, con base en el prestigio acreditado como Abogado integrante en su día de la Junta Directiva del Colegio de Burgos, al aprecio generalizado que su persona merece en todos los terrenos, juicio de relevancia éste que, lejos de minusvalorar las circunstancias o condiciones de los demás candidatos, sitúan al señor Ll. Ch. en el lugar preferente que determina finalmente su nombramiento, a lo que se añade el dato de que, incluso en el terreno político, en las primeras elecciones democráticas de 1977 fue elegido por todos los partidos como Presidente de la Junta Electoral, circunstancia esta última que, por contra a lo que manifiesta el recurrente, no demuestra que la designación del señor Ll. Ch. haya estado guiada por móviles políticos, más bien que su persona concita las simpatías de

todos los grupos políticos como ejemplo manifiesto de su imparcialidad e independencia intelectuales. Y estas razones aducidas por el Consejo General del Poder Judicial se han de considerar, por lo demás, suficientes para tener por cumplida la exigencia de motivación de la resolución impugnada, y ello conforme a reiterada doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, entre otras las Sentencias de 27 y 28 febrero 1990 (RJ 1990, 783 y 784) del Tribunal Supremo y las de 16 junio 1982 (RTC 1982, 36) y 28 septiembre 1992 (RTC 1992, 128) del Tribunal Constitucional —núms. 36 y 128, respectivamente—, pues tal doctrina lo que reitera y exige para evitar la indefensión y cumplir la exigencia de motivación de las resoluciones, es que se analicen, aunque no sea exhaustiva y pormenorizadamente, las cuestiones planteadas y se refieran las razones o circunstancias tenidas en cuenta para resolver, a fin de posibilitar que el afectado pueda conocer esas razones o motivos y con ello pueda articular adecuadamente sus medios de defensa, y toda esa exigencia aparece cumplida en la resolución impugnada.

Los razonamientos precedentes conducen a la desestimación del recurso contencioso-administrativo, haciendo con ello innecesario el pronunciamiento sobre otras cuestiones suscitadas en el mismo —concretamente la referida a la petición de indemnización en concepto de daño moral derivado del acuerdo impugnado, que el recurrente cuantifica en diez millones de pesetas—, lo que sólo hubiera resultado procedente examinar en el supuesto de una eventual estimación del recurso, y en su caso.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 3 febrero 1997.*)

3. *Provisión de puestos de trabajo. Libre designación. Necesidad de motivación suficiente. Supuesto no justificado.*

«La sentencia recurrida ha estimado los recursos contencioso-administrativos acumulados interpuestos contra el Decreto del Gobierno de Canarias 5/1991, de 29 enero, por el que se modifica la relación de puestos de trabajo de la Consejería de Presidencia, en cuanto establece el sistema de libre designación para la provisión de un puesto de Administrativo, de seis de Jefe de Negociado y de cuatro de Subinspector, así como contra la Orden de 11 febrero 1991, en cuanto convoca por el mencionado sistema la provisión del puesto de Jefe de Negociado de Tramitación de asuntos del Consejo de Gobierno y Comisión SSGTT, y contra la Orden de 11 abril del mismo año que resolvió dicha convocatoria.

Con cita de los artículos 20 de la Ley 30/1984, de 2 agosto; 78 de la Ley 2/1987, de 30 marzo, de la Función Pública Canaria, y 21 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Real Decreto 28/1990, de 15 enero, la sentencia recurrida analiza con amplitud y detenimiento el sistema de libre designación para la provisión de puestos de trabajo, resaltando que su carácter excepcional comporta una serie de limitaciones con respecto al concurso de méritos, tales como la imposibilidad de cubrir por ese sistema la totalidad o mayor parte de los puestos de un determinado departamento u organismo, la necesidad de que los puestos tengan la naturaleza y las características exigidas legalmente para poder ser provistos por este sistema y, por último, que la decisión de acudir a la provisión por libre designación cuente con una motivación suficiente que resulta más obligada, si cabe, en aquellos casos en los que objetivamente no aparece ninguna circunstancia singular, como puede ser el carácter directivo o de confianza o la especial responsabilidad en el puesto a proveer, llegando así el Tribunal de instancia a la conclusión de que la naturaleza de las funciones atribuidas a los puestos en cuestión no justifica su provisión mediante el sistema de libre designación, hallándose afectados dichos puestos por las limitaciones que, según se ha indicado, comporta tal sistema excepcional.

En el primer motivo de casación, al amparo del número 4.º del artículo 95.1 de la

Ley de la Jurisdicción, alega la Comunidad Autónoma recurrente infracción del artículo 2.º del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Real Decreto 28/1990, de 15 enero, cuyo texto transcribe, argumentando que si el Decreto autonómico impugnado viene a regular la relación de puestos de trabajo de la Consejería de la Presidencia, "tal extremo justifica de una forma clara que los puestos son lo suficientemente relevantes para justificar el sistema utilizado, ya que los funcionarios van a estar en el desempeño de su cargo manteniendo una relación inmediata con el Consejero de la Presidencia-Vicepresidencia del Gobierno de Canarias...".

El motivo no puede prosperar, pues el precepto reglamentario que se cita establece que los puestos adscritos a funcionarios se proveerán por el procedimiento de concurso, "que será el sistema normal de provisión", o por el de libre designación, "de conformidad con lo que se determine en la relación de puestos de trabajo, en atención a la naturaleza de las funciones", pero el hecho de que se trate en el presente caso de la provisión de puestos de la Consejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias no justifica la utilización del sistema excepcional de libre designación, si no concurren en esos puestos las características a que hace referencia el fallo recurrido, ya que ello supondría atribuir a dicho sistema un carácter normal en el ámbito del mencionado departamento, cuando debe ser excepcional, sin que la eventual relación que puedan mantener los funcionarios con el Consejero Presidente implique que sus funciones resten la naturaleza que requiere la utilización del sistema de libre designación, pues los puestos de cuya provisión se trata en ese caso no comportan funciones de nivel superior a las de carácter puramente administrativo que ofrezcan singular dificultad o exijan una especial cualificación, incluido el puesto de Jefe del negociado de tramitación de asuntos del Consejo de Gobierno y Comisión de Secretarios Generales Técnicos, cuyas competencia y responsabilidad no se extienden más allá de lo que supone el mero trámite de tales asuntos.

El segundo y último motivo de casación, acogido también al ordinal 4.º del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional, denuncia infracción del artículo 20.1.b) de la Ley 30/1984, de 2 agosto, por cuanto, se alega, la Administración autonómica no ha actuado de forma arbitraria cuando en uso de sus facultades de autoorganización establece en la relación de puestos de trabajo el sistema de libre designación, debiendo tenerse en cuenta que la Ley 9/1987, sobre órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación de funcionarios públicos, excluye de la previa negociación la potestad de autoorganización de la Administración, de la que es expresión la relación de puestos de trabajo, precepto éste que también se considera infringido.

Igual suerte desestimatoria debe seguir este motivo, pues la sentencia recurrida se ha ajustado fielmente a lo dispuesto en el artículo 20.1.b) de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de carácter básico, al constatar que la naturaleza de las funciones de los puestos cuya provisión se había establecido por el procedimiento de libre designación no permitía la utilización de tal sistema de provisión, sin que frente al razonamiento del fallo impugnado pueda prevalecer la simple afirmación de que la Administración no ha actuado de forma arbitraria, pues lo cierto es que, según ha quedado expuesto en el examen del motivo anterior, las características de dichos puestos no justificaban su provisión por la vía excepcional de la libre designación.

Asimismo debe rechazarse la supuesta infracción del artículo 34 de la Ley 9/1987, de 12 junio, precepto cuya concreta cita se omite, según el cual las potestades de organización de la Administración se hallan excluidas de la negociación que dicha Ley regula, ya que tal exclusión no libera a la Administración de la necesidad de ajustarse a la regulación legal acerca de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, en la que el de libre designación aparece configurado como un sistema excepcional en atención a la naturaleza de las funciones de los puestos de que se trate, previsión legal cuya interpretación y alcance expone con acierto la sentencia recurrida.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 25 noviembre 1997.*)

4. *Administración local. La plantilla deberá comprender tanto los puestos de trabajo de carácter fijo como los de carácter temporal. Aplicación a la provisión de los puestos de trabajo de carácter temporal de los mismos principios y normas que los relativos a los de carácter fijo.*

«Por Acuerdo del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Burgos de 10 octubre 1994 se aprobó llevar a cabo la contratación laboral temporal de un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, en calidad de Ingeniero Director Técnico de Infraestructuras Urbanas, con la función de asumir la dirección y coordinación de los Servicios Técnicos del Ayuntamiento y las demás que se especificaban en la resolución en cuestión, aprobándose asimismo la convocatoria de un concurso de méritos para efectuar la referida contratación con carácter laboral temporal por un período de seis años y las bases que han de regir en dicho concurso. La Junta de Personal del Excmo. Ayuntamiento de Burgos interpuso contra dicho acuerdo recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por la Sentencia dictada el 26 mayo 1995 por la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, que anuló la resolución impugnada por no ajustarse a derecho, tomando en cuenta que los preceptos citados por el Ayuntamiento demandado, así como los artículos 15 y 19 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, exigen que los puestos de trabajo que puedan ser cubiertos por el Ayuntamiento figuren en la relación de puestos de trabajo de la Corporación y en la correspondiente oferta de empleo público (en el caso examinado la aprobada para 1994), sin distinguir si el personal laboral que va a contratarse sea fijo o de carácter temporal, y como el puesto de trabajo denominado Director Técnico de Infraestructuras Urbanas no existe en la relación de puestos de trabajo del Ayuntamiento de Burgos, ni figura en la oferta de empleo público de 1994, la sentencia concluye que la convocatoria impugnada y sus bases vulneran los preceptos citados, por lo que han de ser anuladas. Contra la indicada sentencia ha promovido el presente recurso de casación en interés de la ley el Excmo. Ayuntamiento de Burgos, en el que solicita que se declare como doctrina legal que no es necesaria la inclusión previa en la plantilla de cada Corporación Municipal, relación de puestos de trabajo y oferta de empleo público de aquellos puestos de trabajo que tengan carácter temporal, por lo que pueden convocarse para ser cubiertos sin cumplir los expresados requisitos.

El recurso de casación en interés de la ley promovido por el Excmo. Ayuntamiento de Burgos cumple los requisitos para su admisión, y, en especial, el requisito de que el criterio establecido por la sentencia impugnada, de resultar erróneo, podría ser gravemente dañoso para el interés general, ya que es posible que existan otros casos en número importante en que las Corporaciones Locales pretendan contratar a una persona para cubrir un puesto de trabajo de carácter laboral y de duración temporal, sin que dicho puesto de trabajo aparezca en la relación de puestos de trabajo de la Corporación ni en la correspondiente oferta de empleo público. Procede, pues, pasar al examen de los distintos motivos en que se funda, todos ellos amparados en el apartado 1 del artículo 102.b) de la Ley de la Jurisdicción, en relación con el número 4.º del artículo 95.1 de dicho texto legal.

El primer motivo de casación entiende que la sentencia de instancia ha infringido, por errónea interpretación, el párrafo primero del número 1 del artículo 90 de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, estimando que dicho precepto sólo se refiere a los puestos de trabajo de carácter fijo, que son los que en definitiva deben integrar la plantilla y los escalafones, sin que pueda hacerse extensivo el mandato legal a los puestos de trabajo temporales, que carecen de tal condición de fijeza, ya que es preciso permitir que las Corporaciones Municipales en momentos determinados (un verano especialmente tórrido, lluvias insistentes) puedan acometer con urgencia las obras necesarias, reforzando la plantilla del personal laboral con carácter temporal, y que de este modo lo exige el artículo 103.1 de la Constitución, que establece que la Administración Pública debe actuar de acuerdo con el principio de

eficacia, así como la potestad de autoorganización de que están investidos los Municipios y las Provincias conforme previene el artículo 4.1.a) de la mencionada Ley 7/1985. Pues bien, el párrafo primero del artículo 90.1 de la Ley 7/1985, que se estima infringido en este motivo, establece que corresponde a cada Corporación Local aprobar anualmente, a través del Presupuesto, la plantilla, "que deberá comprender todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios, personal laboral o eventual". No es posible, pues, aceptar el criterio de la parte recurrente, ya que el precepto invocado exige que la plantilla incluya *todos los puestos de trabajo*, correspondan a funcionarios o a personal laboral, e incluso cita al personal eventual que, de cualquier forma que se entienda su concepto, alude a un personal de carácter temporal. No existe, por tanto, excepción a la inclusión en la plantilla de los puestos de trabajo de carácter laboral temporal que hayan de cubrirse por la Corporación Local. Las situaciones de emergencia tienen otras soluciones, como veremos al examinar el motivo sexto del presente recurso y el artículo 15.1, apartado f), párrafo segundo, de la Ley 30/1984. Por otra parte, el principio de eficacia que proclama el artículo 103.1 de la Constitución y la potestad de autoorganización de las Corporaciones Locales han de cumplirse y ejercitarse dentro de los límites impuestos en cada caso por el ordenamiento jurídico, por lo que, por sí mismos, no pueden alterar lo previsto en el artículo 90.1, párrafo primero, de la Ley 7/1985. El motivo de casación debe ser desestimado.

El segundo motivo considera que la sentencia cuyo criterio se discute infringe, por errónea interpretación, el párrafo primero del número 2 del artículo 90 de la Ley 7/1985, por las mismas razones que las expresadas en el motivo precedente. El precepto citado establece que las Corporaciones Locales formarán la relación de "todos los puestos de trabajo existentes en su organización", en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública. No habiendo prosperado los fundamentos del anterior motivo de casación, a que la parte recurrente se acoge, tampoco puede prosperar este segundo motivo, por idénticas razones que las ya expuestas.

El tercer motivo alega que la Sentencia de 26 mayo 1995 vulnera, en concepto de errónea interpretación, el apartado 2 del artículo 91 de la Ley 7/1985, según el cual la selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre, en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. El Ayuntamiento recurrente reitera que, a su juicio, la norma se refiere a "todo el personal fijo", repitiendo el argumento de la necesidad en ciertos casos de acogerse a la contratación temporal. El motivo, como los anteriores, debe ser desestimado, porque la norma invocada se refiere una vez más a "todo el personal, sea funcionario o laboral", sin exceptuar de la misma al de carácter temporal.

El cuarto motivo se basa en afirmar que la sentencia de instancia infringe, en concepto de errónea interpretación, el artículo 103 de la Ley 7/1985, por las mismas razones desarrolladas en los anteriores motivos. Pero este precepto, que prescribe que el personal laboral será seleccionado por la propia Corporación, ateniéndose en todo caso a lo dispuesto en el artículo 91, remite a dicho artículo, que regula la oferta pública de empleo, y respecto al que ya hemos expresado que comprende en su ámbito a todo el personal, sea funcionario o laboral, sin exceptuar al de carácter temporal.

El quinto motivo estima que la Sentencia de 26 mayo 1995 infringe, en concepto de errónea interpretación, el apartado 1 del artículo 126 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, según el cual las plantillas, que deberán comprender todos los puestos de trabajo debidamente clasificados reservados a funcionarios, personal laboral y eventual, se aprobarán anualmente con ocasión de la aprobación del Presupuesto, invocándose de nuevo idénticas razones a las desarrolladas en los precedentes motivos, por lo que, al no haber sido estimados dichos motivos, tampoco puede serlo éste, advirtiéndose que el precepto al que se acude, como el párrafo primero del artículo 90.1 de la Ley 7/1985, alude específicamente al personal eventual, esto es, de carácter temporal.

El sexto motivo de casación se apoya en la infracción, en concepto de violación, del párrafo segundo del apartado f) del artículo 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. El mencionado apartado f) previene en su párrafo primero que la provisión de puestos de trabajo a desempeñar por el personal funcionario, así como la formalización de nuevos contratos de personal laboral fijo, requerirán que los correspondientes puestos figuren detallados en las respectivas relaciones. El párrafo segundo añade que este requisito no será preciso cuando se trate de realizar tareas de carácter no permanente mediante contratos de trabajo de duración determinada y con cargo a créditos correspondientes a personal laboral eventual o al capítulo de inversiones. En estas normas se encuentra el remedio para las situaciones de emergencia que hagan necesaria la contratación temporal de personal laboral, a las que ha aludido en sus razonamientos el Ayuntamiento de Burgos. Ahora bien, tales normas exigen tres requisitos para que pueda contratarse personal laboral para un puesto de trabajo que no figure detallado en la correspondiente relación de puestos de trabajo: 1) que se trate de realizar tareas de carácter no permanente; 2) que se proceda a celebrar contratos de duración determinada; y 3) que el gasto se realice con cargo a créditos correspondientes a personal laboral eventual o al capítulo de inversiones. Por tanto, no es posible establecer como doctrina legal, como pide en este recurso el Ayuntamiento de Burgos, que no es necesaria la inclusión en la plantilla, relación de puestos de trabajo y oferta de empleo público de los puestos de trabajo que tengan carácter temporal. Es necesario que se cumplan otros requisitos, y entre ellos, esencialmente, que se trate de realizar tareas de carácter no permanente, lo que significa que la Administración no puede contratar personal laboral de carácter temporal para realizar trabajos que tienen naturaleza permanente dentro de la organización administrativa, no trasladándose la temporalidad del contrato a la temporalidad del trabajo para el que tal contrato se verifica. Es decir, no se ajusta a la norma transcrita que se pretenda contratar con carácter temporal a una persona, en régimen de contrato laboral, cuando las tareas para las que se le contrata son de carácter permanente, sin que pueda evitarse la aplicación de la norma manteniendo que el contrato de trabajo es de duración determinada, esto es, de carácter temporal. El contrato debe ser temporal, pero además de ello las tareas que la persona contratada ha de desempeñar deben tener carácter no permanente dentro de la organización administrativa. Si tienen carácter permanente no pueden ser asignadas a personal contratado al amparo del párrafo segundo del artículo 15.1.f) de la Ley 30/1984. Ello es lo que ocurre en el caso que dio lugar a la Sentencia de 26 mayo 1995, en que las funciones que el Ayuntamiento de Burgos pretendía atribuir al Director Técnico de Infraestructuras Urbanas, puesto de trabajo inexistente en la correspondiente relación y oferta de empleo público, desarrolladas a lo largo de 16 apartados (cfr. base cuarta de la convocatoria del concurso de méritos, al folio 6 de las actuaciones de instancia), son en su mayor parte tareas de carácter permanente dentro de la organización administrativa del Ayuntamiento, como las de dirección y coordinación de los Servicios Técnicos del Ayuntamiento; organización, dirección y coordinación de las actuaciones de la Brigada de Obras Municipal; coordinación de las actuaciones de las empresas de servicios públicos, existentes y futuros; por no relacionar más que las que se enumeran en los tres primeros apartados de los dieciséis a que se refiere la enumeración de funciones del puesto de trabajo en cuestión. Por tanto, el criterio de la sentencia de instancia es ajustado a derecho y debemos también desestimar este motivo de casación, pues no es sólo la temporalidad del contrato que se pretende celebrar la que permite la exclusión del puesto de trabajo de la correspondiente relación. En cuanto a la cita de la "Orden 27 marzo 1991", sin otra precisión, carece de efecto casacional; Orden que regula, por otra parte, la articulación del proceso de funcionarización del personal laboral adscrito a puestos de trabajo que corresponden a funcionarios, sin conexión con el problema debatido.

El séptimo motivo de casación se articula por infracción, en concepto de violación, del artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual el

defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados; considerando el Ayuntamiento de Burgos que la cuestión relativa a la inclusión del puesto de trabajo de que se trata en la relación de puestos de trabajo y oferta de empleo público es un vicio meramente accidental y formal, que no priva al acto de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin ni da lugar a indefensión de los interesados. El motivo debe ser rechazado, porque los vicios de forma que se comprenden en el ámbito de aplicación del artículo 63.2 de la Ley 30/1992 son los defectos del procedimiento administrativo que se haya seguido en cada caso, pero no incluye la infracción de preceptos sustantivos, como el que exige con carácter general que los puestos de trabajo que se hayan de cubrir por las Corporaciones Locales se encuentren consignados en la correspondiente relación de puestos de trabajo y oferta de empleo público (arts. 90 y 91 de la Ley 7/1985).» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 12 diciembre 1997.*)

IV. DERECHOS

1. *Trienios. Militares. No es computable el tiempo del servicio militar obligatorio sin que ello comporte discriminación respecto de los funcionarios civiles.*

«La Sentencia objeto de este recurso de casación, la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 22 octubre 1994, estimó el recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra resolución denegatoria del reconocimiento de la totalidad de los servicios prestados por el recurrente en las Fuerzas Armadas, a efectos del cómputo de trienios, considerando que el descuento del tiempo correspondiente a la duración del servicio militar obligatorio, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.3 del RD 359/1989, era contrario a derecho.

Al respecto la sentencia, con una fundamentación minuciosa, ciertamente digna de encomio, examina la evolución normativa sobre el sistema de trienios en las retribuciones del personal militar, y el régimen establecido respecto a los funcionarios civiles en la Ley 30/1984, culminando su discurso con el examen del artículo 3.3 del RD 359/1989, norma fundamentadora de la exclusión del tiempo cuestionado en la resolución recurrida (FF. 5.ª y 6.ª). Sobre el particular la sentencia entiende que el referido precepto contradice lo dispuesto en la Ley 30/1984, en los artículos 23.2.b) y 29.2, norma legal a la que debe adaptarse el régimen retributivo de los miembros de las Fuerzas Armadas, según lo dispuesto en la Disposición Final Tercera de la Ley 17/1989; por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, declara inaplicable el precepto reglamentario cuestionado, en ausencia del cual entiende que debe ser computado al recurrente el tiempo de servicios que se excluyó en la resolución recurrida.

En el punto central de su razonamiento (F. 6.ª) la sentencia compara la situación de los funcionarios civiles y militares, razonando que a los primeros, si bien no se les computa como servicios previos a la Administración los de las prestaciones personales obligatorias, entre las que se encuentra el servicio militar, sí se les computa a efectos de trienios el tiempo de éste, si es posterior al inicio de la relación funcional, según lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 30/1984; mientras que el artículo 3.3 del RD 359/1989 no es que no incluya el tiempo del servicio militar previo al ingreso en la Administración militar, como en el caso de los funcionarios civiles, sino que excluye un tiempo de servicio igual al correspondiente al servicio militar obligatorio, pese a que el inicio de la relación funcional militar es anterior, apreciando una diferencia de trato respecto a los funcionarios civiles, que la sentencia estima carente de sentido,

habida cuenta que a éstos se les computa el tiempo de servicio militar a efectos de trienios, cuando lo han cumplido con posterioridad a su ingreso.

El recurso de casación del Abogado del Estado, bajo el amparo formal del artículo 95.1.4.º de la Ley Jurisdiccional, alega la infracción por inaplicación del artículo 3.3 del RD 359/1989, cuya legalidad estima ratificada por una abundante jurisprudencia de esta Sala, con cita en concreto de una Sentencia de 30 noviembre 1993 (RJ 1993, 8734), sosteniendo que el artículo 3.3 del RD 359/1989 es idéntico al del mismo número y párrafo del RD 1494/1991, y que el RD 359/1989, "además de sus apoyaturas legales, es coherente con lo que se dispone para los funcionarios civiles que hayan hecho el servicio militar, tanto en la Ley 30/1984 como en el Real Decreto Legislativo 670/1987, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, en cuyo apartado tercero del artículo 33 se dice: que no se entenderán como servicios al Estado el tiempo que permanezca el personal correspondiente en filas prestando el servicio militar obligatorio, ni el tiempo equivalente a éste, si prestara dicho servicio militar en cualquiera otra forma o siendo alumno de alguna Escuela o Academia Militar".

El caso actual es totalmente coincidente con los que fueron resueltos por las Sentencias de esta Sala de 23 diciembre 1995 (RJ 1995, 9676) (Casación núm. 8573/1994) y de 23 mayo pasado (RJ 1997, 4006) (Casación núm. 8006/1995), de ahí que por unidad de doctrina sea aconsejable reiterar lo que entonces se dijo.

De la formulación de la casación debemos retener el dato de la proclamada legalidad del precepto reglamentario, inaplicado en la sentencia recurrida, y la infracción del mismo por ésta, sin que debamos limitarnos al solo estudio de los argumentos del Abogado del Estado recurrente, que estimemos insuficientes, pese a lo cual, en obligada aplicación del principio *iura novit curia*, hemos de tener en cuenta, dentro del marco irrebalsable del motivo, nuestra propia jurisprudencia al respecto, genéricamente aludida en el motivo casacional.

La Sentencia argüida por el Abogado del Estado, la de 30 noviembre 1993, nada tiene que ver con el tema debatido, pues en ella el precepto analizado, por ser el recurrido, era el artículo 4, apartados 2 y 3, del RD 1494/1991 (de idéntico tenor, ciertamente, que el de la misma numeración del RD 359/1989), y en el artículo 3.3 del RD 359/1989.

Y en cuanto a la proclamada coherencia del precepto cuestionado tanto con la Ley 30/1984 como con el RDLeg. 670/1987, debe significarse que la coherencia con la ley no pasa de ser una afirmación no argumentada, insuficiente de por sí para eliminar la *virtualidad de los razonamientos de sentido contrario de la sentencia recurrida*; y la coherencia con el RDLeg. 670/1987, apartado tercero del artículo 33 (así se dice, aunque, obviamente, el precepto aludido es el del apartado 3.º del artículo 32), no es tampoco argumento de especial relevancia, pues el régimen de los derechos pasivos y en concreto el cómputo de tiempo de servicios, a efectos de los mismos, no tiene por qué ser necesariamente coincidente con el régimen de trienios en activo (y de hecho no lo es, en términos exhaustivos, ni para funcionarios civiles ni militares, como lo evidencia precisamente el artículo 32.3 del RD aludido); con lo que mal puede extraerse de ese régimen un criterio válido para decidir la cuestionada diferente repercusión del tiempo del servicio militar, posterior a la constitución de la relación funcional, en el cómputo de los servicios de los funcionarios civiles y los militares. El argumento incluso podría ser reversible, desde el momento en que lo que en el fondo se cuestiona es el diferente trato de los funcionarios civiles y militares a efectos de servicios, en relación con el tiempo de servicio militar, mientras que a efectos pasivos se da a ambos tipos de funcionarios un tratamiento idéntico.

Mas, pese a la insuficiencia argumental del recurso de casación, su concreta motivación tiene en su aval la jurisprudencia de esta Sala, y en concreto las Sentencias de 25 octubre 1993 (RJ 1993, 8627) (Rec. 2598/1991) y 10 octubre 1994 (RJ 1994, 7980) (Rec. 7480/1992), cuya doctrina, aunque pronunciada respecto al artículo 3.3 del RD 1494/1991, es trasladable al enjuiciamiento del precepto aquí cuestionado (el de igual número y párrafo del RD 359/1989), y debemos dar aquí íntegramente por reproducida por remisión, por ser aquel precepto mera reproducción literal de éste.

Dichas dos sentencias, cuyos argumentos deben darse aquí por reproducidos, y cuya doctrina, después de la sentencia al principio referida, se confirma con otras posteriores (SSTS 23 diciembre 1995 [RJ 1995, 9676] —Rec. 8573/1994—, 11 marzo 1996 —Rec. 7168/1994—, 29 abril 1996 [RJ 1996, 4185] —Rec. 8298/1994— y 23 mayo 1997 [2] [RJ 1997, 4004 y 4006] —Rec. 8967/1995 y Rec. 8006/1995—), han admitido la plena legalidad y constitucionalidad de la norma reglamentaria que analizaban, reproducción del cuestionado en este proceso, no ajustándose la sentencia aquí recurrida a dicha doctrina, lo que conduce a la estimación del motivo casacional, debiéndose declarar haber lugar al recurso de casación. Consecuentemente, y conforme a lo dispuesto en el artículo 102.3.º de la Ley Jurisdiccional, procede revocar la sentencia recurrida, y en su lugar desestimar el recurso contencioso-administrativo, según lo dispuesto en el artículo 83.1 de la propia Ley, al venir fundada la resolución administrativa recurrida en el precepto reglamentario válido que la sentencia recurrida erróneamente declaró inaplicable.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 7 noviembre 1997.*)

2. *Retribuciones complementarias. Infracción del derecho de igualdad por tratar a los Subinspectores de tributos adscritos «B» de forma discriminatoria respecto de los Subinspectores adscritos «A», al asignar a aquéllos el nivel 20 y a éstos el nivel 22, pese a la identidad de las funciones que desempeñan.*

«Como primer motivo de casación, la Abogacía del Estado y al amparo del artículo 95.1.4.º de la Ley de esta Jurisdicción, opone la infracción del artículo 1214 del Código Civil, al no haber probado los demandantes según exige dicho precepto, y dado que ellos eran los que hacían esa afirmación, la existencia real y efectiva de una diferencia de trato. Y esto con referencia a la alegación de que no obstante ejercer funciones idénticas a las de los Subinspectores adscritos nivel 22, sin embargo en el catálogo de puestos de trabajo que impugnan, al puesto de trabajo que desempeñan de Subinspectores adscritos B, se le asigna el nivel 20, con la consiguiente disminución de los complementos retributivos. Pero esa motivación debe ser desestimada, pues no se trata que en la sentencia, ante la falta de aportación de la oportuna prueba por quien debía proporcionarla, se haya dado por acreditada la discriminación vulneradora del artículo 14 de la Constitución, en la que se funda la prosperabilidad de la pretensión de los demandantes, y que hubiera supuesto la vulneración de las reglas sobre el reparto de la carga de la prueba expresadas en el precepto que la representación estatal entiende vulnerado, sino de que la sentencia da por probado esa básica alegación por admisión de hechos de la contraparte, por cuanto que ello así se deduce de los términos usados por el juzgador de la anterior instancia en el párrafo 4.º del fundamento legal también cuarto de la sentencia, en que se viene a decir que el Tribunal Superior, no obstante la falta de aportación de prueba por los actores, sobre el hecho ahora discutido, ha sacado la convicción de su existencia de la inconsistencia de los argumentos esgrimidos por la Administración para justificar la diferenciación, siendo así que ésta se ha limitado a esgrimir a esos fines, meras elucubraciones jurídicas acerca del alcance diferenciador de las normas a que luego se aludirá, y que la sentencia considera insuficientes. Es decir, y en conclusión, no se está ante un caso de aplicación de las reglas del reparto de la carga de la prueba ante un hecho que quedó sin soporte probatorio, sino ante una conclusión probatoria inferida de la posición de las partes enfrentadas.

Bajo el mismo número 4 del artículo 95.1 LJCA, la Abogacía del Estado opone la infracción del artículo 14 de la Constitución, en relación con la Orden Ministerial de 26 mayo 1986, que desarrolla el Reglamento General de la Inspección de Tributos y Resolución de la Presidencia de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de

24 marzo 1992, sobre aspectos competenciales y organizativos de la Inspección de Tributos.

El ahora recurrente, para fundar el motivo, más que combatir los argumentos de la sentencia, reitera las alegaciones aducidas en la contestación a la demanda, que a su vez reproducían las de la resolución administrativa recurrida. No se desvirtúa, por tanto, la sustancial afirmación del Tribunal Superior acerca de que la normativa citada por la representación estatal no podía servir de fundamento a la discriminación retributiva que se impugna. Y ello porque del examen de la Orden en cuestión resulta lo contrario, pues el apartado 3 del artículo 5.º de la citada OM de 1986 remite a los catálogos en cuanto a la creación, modificación o supresión de los puestos de trabajo, sin perjuicio de lo que en ella se dispone. A la vez la Orden Ministerial concreta en ese artículo 5.º tareas o funciones de inspección a desarrollar en los puestos de trabajo de Inspector Jefe, Jefe de Equipo (ap. 5), Inspectores Adjuntos, Inspectores Coordinadores, Inspectores Adscritos, Subjefes de Unidad, Subinspectores Adscritos (aps. 12 y 13) y Subinspectores Ayudantes (ap. 14). Pero no diferencia dentro del puesto de Subinspector adscrito, categoría o actividades distintas entre las que se han de desempeñar o están atribuidas a los mismos, pues el apartado 13 del precepto citado de la Orden Ministerial alude a una actividad indiferenciada para el puesto de Subinspector adscrito. La única distinción entre Subinspectores que establece la OM de 1986 es la de adscritos y ayudantes. De ello se infiere que la facultad de distribuir tareas que el artículo 5.º de la Orden Ministerial atribuye al Jefe de Equipo, ha de realizarse entre los puestos de trabajo ya existentes en el Equipo, cuyo contenido competencial podrá tener mayor o menor complejidad o implicar mayor responsabilidad por razón de jerarquía, pero en absoluto debe significar que, como insinúa la Abogacía estatal, el Jefe de Equipo pueda por sí variar el contenido de las funciones atribuidas según el catálogo a los puestos de trabajo ya existentes en el Equipo que dirige, puestos que según la Orden Ministerial de 1986, para los Subinspectores adscritos son de cometidos iguales.

Es decir, y en contra de lo que sostiene el recurrente en casación, la regulación de la OM de 1986, relativa a los puestos de trabajo de los Subinspectores adscritos, no justifica, en razón de una diferencia de los cometidos o competencias atribuidas, la asignación de niveles diferentes. Por otro lado, la Resolución de la Presidencia de la Agencia Estatal de 24 marzo 1992, ni tampoco la relación de puestos de trabajo de 22 de enero de 1991, aprobada por la Secretaría General de Hacienda, pueden influir en el caso, pues, según la sentencia, la prueba de autos acredita que no tuvieron reflejo en la distribución de las actividades que se realizaban al tiempo de los hechos en la dependencia administrativa a que se refiere el pleito.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 7 noviembre 1997.*)

3. *Complemento específico. Inspectora de Consumo encuadrada en el Grupo C que desempeña funciones idénticas a otros Inspectores encuadrados en Grupos A y B. Ilegalidad de relación de puestos de trabajo en que se asigna a aquélla un complemento específico inferior.*

«En el "Boletín Oficial de la Junta de Andalucía" de 2 de febrero de 1990 se publicó el Decreto 267/1989, de 27 diciembre, por el que se modificó parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Junta, afectando, entre otros organismos, a la Consejería de Salud y Servicios Sociales. Contra este Decreto interpuso recurso de reposición doña Elisa C. P., funcionaria de la Administración autonómica —grupo C— con destino en la citada Consejería, que fue desestimado por Resolución del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 10 julio 1990.

Contra esta desestimación interpuso la interesada recurso contencioso-administra-

tivo. En su escrito de demanda alegó que desde 1987 venía ocupando un puesto de trabajo de Inspectora de Consumo, y que en la anterior relación de puestos de trabajo (en virtud de la cual obtuvo su nombramiento como tal Inspectora) se preveían varios puestos de Inspectores de Consumo, de los que uno era para titulado superior —grupo A—, dos para titulados de grado medio —grupo B— y otros dos para administrativos —grupo C—, si bien todos ellos se denominaban con la expresión “Ins. Consumo”, y los niveles retributivos y en general las retribuciones complementarias eran casi idénticas. Sin embargo, en la nueva relación aparecían trece puestos de Inspectores de Consumo para los grupos A y B, con nivel 22 de complemento de destino y complemento específico de 404.000 pesetas, y uno solo, como plaza a extinguir, para funcionario del grupo C, con un complemento de destino de nivel 14 y un complemento específico de 312.000 pesetas. De este modo, se producía un trato discriminatorio y contrario al principio constitucional de igualdad, puesto que hasta la entrada en vigor de la nueva Relación había desempeñado las mismas funciones que los inspectores a los que ahora se asignaban unas retribuciones más elevadas.

Con fecha 20 noviembre 1992, la Sala de instancia dictó Sentencia parcialmente estimatoria del recurso. La Sala considera correcta la asignación del nivel de complemento de destino del puesto ocupado por la recurrente, por estar dentro del margen o intervalo legalmente establecido. Ahora bien, en cuanto al complemento específico, estima la pretensión de la actora, considerando que las funciones desempeñadas por ella son idénticas a las realizadas por los Inspectores. Por ello, el fallo de la sentencia declara el derecho de la recurrente a percibir una cantidad anual de complemento específico de 404.000 pesetas.

Contra esta sentencia formalizó recurso de casación la Junta de Andalucía alegando, como primer motivo, al amparo del artículo 95.1.1 de la Ley de la Jurisdicción, infracción de los artículos 106.1 de la Constitución, 8 y 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con los artículos 11, 15, 16 y 23.3.b) de la Ley 30/1984, porque la sentencia no se limita a declarar la nulidad de la decisión administrativa referente a la cuantificación del complemento específico del puesto ocupado por la actora, sino que además sustituye la decisión del ejecutivo andaluz, ignorando el libre ámbito de decisión que compete a la Administración.

La objeción no puede prosperar, porque incluso tomando como base la doctrina de la Sentencia de este Tribunal Supremo de 2 abril 1991, aducida por la entidad recurrente en apoyo del motivo, resulta que —conforme a los presupuestos de la sentencia de instancia— no habría en este caso varias soluciones posibles, todas ellas lícitas y razonables, que permitieran a la Administración optar por cualquiera de ellas, ya que afirmada en aquélla la identidad de las funciones que desarrollan todos los Inspectores de Consumo, jurídicamente es obligado por el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública, que su remuneración en concepto de complemento específico también sea idéntica.

El segundo motivo, formulado al amparo del artículo 95.1.4.º, tampoco puede prosperar. Dice la representación de la Junta que se han vulnerado los artículos 97 y 152 de la Constitución, 13.1 y 34 del Estatuto de Andalucía y 11, 15, 16 y 23.3.b) de la Ley 30/1984. En este sentido recuerda que la actora ocupa una plaza adscrita a funcionarios del grupo C, que se ha comparado con otras reservadas a los A y B y que la labor de ordenación de los puestos de trabajo se lleva a cabo en atención a las funciones asignadas a cada uno de los órganos administrativos en que se inserta el puesto y en absoluto en función de las tareas que en un momento u otro pudiera haber desempeñado un funcionario. Sin embargo, también en cuanto a este punto nos resulta intangible la afirmación fáctica realizada en la sentencia de instancia de que realmente han sido iguales las funciones atribuidas a todos los Inspectores, siendo este exclusivo hecho el que ha permitido a la Sala acudir a las circunstancias previstas en el citado artículo 23.3.b) para imponer la igualdad en el complemento específico, por lo que solamente en el caso de que la citada realidad de hecho variase podría llegarse a una conclusión diferenciadora en orden a la retribución en concepto de complemento específico.

Finalmente, señalar que no procede que nos pronunciemos sobre la diferencia de complemento de destino, porque además del escueto pero sólido razonamiento dado por la Sala de instancia, la señora C. P. no ha perfeccionado su situación procesal de recurrente en casación.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 3 noviembre 1997.*)

4. *Profesorado universitario. Componente del complemento específico docente. Retroacción al 1-4-89 establecida en la DT 3.ª del RD 1086/89. Casación en interés de Ley.*

«La representación procesal de la Universidad de Extremadura interpone recurso de casación de interés de la Ley contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, del 9 octubre 1995, que estimando el recurso contencioso-administrativo promovido por don Alejandro M. S., anuló la Resolución del Rectorado de dicha Universidad, de 23 diciembre 1993, por la que se declaraba la extemporaneidad de la reclamación de abono de atrasos derivados de la retroactividad hasta 1 de abril de 1989, de los méritos docentes correspondientes al período 1980 a 1985, valorados a los efectos de determinar el complemento específico.

Aparecen cumplidos los requisitos procesales que hacen legalmente viable este recurso, pues está interpuesto dentro del plazo del artículo 102.b).3 de la Ley de esta Jurisdicción, legitimada la Universidad que recurre, puesto que le corresponde la defensa de los intereses generales a que afecta la doctrina que se considera errónea —los de la Corporación pagadora de la reclamación original del pleito—, así como el relativo a la inimpugnabilidad de la sentencia por la vía del recurso de casación ordinario, al tratarse, el recurso inicial, de un asunto de personal que no implicaba la extinción de la relación de servicio de los que ya tuvieran la condición de funcionario público, y el de fundamentación del recurso en normas estatales. Tampoco ofrece duda que el pronunciamiento puesto en entredicho por la Corporación actora sea susceptible de trascender con efectos de futuro al caso definitivamente resuelto por la sentencia recurrida, con grave daño al interés general, según exige el artículo 102.b).1 LJCA. Y esto es así porque la solución que se da en la sentencia impugnada de posibilitar el cobro con retroactividad al 1 de abril de 1989, de las cantidades correspondientes al componente méritos docentes del complemento específico, a quienes poseen esa clase de méritos por funciones docentes anteriores a 31 de diciembre de 1988, cualquiera que sea el momento en que cumplen el requisito del artículo 2.º.5.1 del Decreto 1086/1989 —tener completado un período de dos años desde el acceso (en propiedad) a cualquier plaza del correspondiente Cuerpo Docente Universitario—, es susceptible, si se reitera en el futuro, dada la posible existencia de muchos profesores contratados que todavía no han accedido en propiedad a Cuerpos Docentes, y poseen quinquenios completados por vínculos con la Universidad, con anterioridad al 31 de diciembre de 1988, de crear un precedente judicial que propiciaría numerosos recursos, con daño económico al erario público, y a la seguridad jurídica vista la variedad de soluciones que al problema se está dando en los diferentes Tribunales Superiores.

Debe entrarse, pues, a decidir si la sentencia ahora recurrida había establecido una doctrina errónea en los aspectos denunciados por la Universidad recurrente. La doctrina al respecto se contiene en el fundamento quinto de dicha resolución y se sintetiza en que conforme a la Disposición Transitoria Tercera del Decreto 1086/1989, de 28 agosto, sobre retribuciones del Profesorado Universitario, el tramo de actividad docente evaluado a un Profesor de Universidad tras cumplir el requisito de dos años de permanencia en propiedad, a un Cuerpo docente, en lo que se refiere a quinquenios de actividad completados antes del 31 de diciembre de 1988, debe surtir siempre efectos económicos desde el 1 de abril de 1989, cualquiera que haya sido el momento del

cumplimiento del requisito de la permanencia, y de la consiguiente solicitud de evaluación.

Para dilucidar el problema hay que tener en cuenta que el antes nombrado Decreto 1086/1989, en el artículo 2.º.5.º, establece que no podrá obtenerse el derecho a ser evaluado hasta que transcurra un período de dos años desde el acceso a cualquier plaza del correspondiente Cuerpo docente universitario..., precepto que debe ponerse en relación con el punto 3.c) del mismo artículo, que determina que el profesorado universitario podrá someter su actividad docente realizada cada cinco años... a una evaluación ante la Universidad en que preste sus servicios, y con el punto 5.º.6 de ese artículo, que dispone que las evaluaciones por cada Universidad se realizarán una sola vez al año, a cuyo efecto los interesados formularán sus solicitudes antes del 31 de diciembre del año en que se cumpla el período a evaluar, y, en su caso, los correspondientes efectos económicos se iniciarán el 1 de enero del año siguiente aun cuando la evaluación se efectúe con posterioridad a esa fecha. A su vez hay que precisar que la Disposición Transitoria Tercera señala que el complemento de mérito docente que procede de servicios prestados hasta el 31 de diciembre de 1988 surtirá efectos a partir de 1 de abril de 1989, en la cuantía que resulte por aplicación de lo previsto en el presente Decreto, y su determinación se efectuará a través de una sola evaluación para la actividad docente, sin que, en ningún caso, la cuantía resultante pueda exceder del límite establecido en el artículo 2.º.5.9 del presente Decreto.

De los preceptos transcritos se desprende que el componente méritos académicos, del complemento específico a percibir por los profesores de universidad, según el sistema retributivo introducido por el Decreto 1086/1989, que constituía una novedad respecto del sistema anterior, entró en vigor el 10 de septiembre de 1989, día siguiente a la publicación de la norma en el "BOE", según se establecía por la disposición final cuarta de la misma, de modo que sólo podía en principio corresponder la percepción de la cantidad correspondiente en concepto de complemento específico, a quienes en esa fecha reunieran los requisitos legales, y, de entre ellos, el del artículo 2.º.5.1 que hubiera transcurrido el período de dos años desde el acceso (en propiedad) a plaza de Cuerpo docente, una vez que se efectuara la oportuna evaluación a solicitud del interesado presentada antes del 31 de diciembre del año en que se cumpliera el período a evaluar de realización de actividades docentes durante un quinquenio, y ello para producir efectos del 1 de enero del año siguiente. Sin embargo, con carácter excepcional, y por haberlo querido así el legislador, en la Disposición Transitoria Tercera se reconocía el derecho a esa percepción por servicios anteriores al 31 de diciembre de 1988, pero establecido que en este caso los efectos económicos se producirían desde el 1 de abril de 1989. La lógica del sistema impone que la Disposición Transitoria en cuestión deba ser interpretada en el sentido de que el régimen singular que establece debe serlo para aquellos profesores que en la fecha de 31 de diciembre de 1988 reunieran los requisitos establecidos en la nueva normativa, singularmente el de transcurso de dos años desde el acceso a plaza de Cuerpo docente, pues de seguirse una interpretación del tipo que se hace en la sentencia impugnada resultaría que la transitoriedad de la Disposición invocada por el actor de la instancia se convertiría en regla general, y el régimen ordinario fijado por el artículo 2.º, puntos 5.1, 6 y 7, en la excepción, aparte de los efectos desorbitados que se seguirían si se admitiera que el cumplimiento del requisito de permanencia en plaza ganada en propiedad, pudiera determinar la retroactividad al 1 de abril de 1989, cualquiera que fuera el momento de su cumplimiento. A lo que hay que añadir que la interpretación que se propugna también deriva de la propia literalidad de la Disposición Transitoria, que expresamente alude a que el componente a percibir será el que "proceda", y reiteradamente hace referencia que la cuantía se determinará por aplicación de lo previsto "en el presente Decreto", sin que pueda exceder del límite establecido... "del presente Decreto", con lo que en definitiva se da a entender que el régimen excepcional que en la Disposición Transitoria se establece lo es para aquellos profesores que, en fecha del 31 de diciembre de 1988, reunieran la totalidad de los requisitos y presupuestos fijados en el nuevo régimen retributivo del Decreto 1086/1989, a los que de esta manera se otorga un tra-

to beneficioso, pues de no existir tan excepcional precepto, todo lo más los efectos económicos de esa actividad docente desempeñada en época anterior a 31 de diciembre de 1988, por quien antes de esa fecha había accedido desde hacía al menos dos años a plaza en propiedad, hubieran surtido desde el 1 de enero de 1990, conforme a la regla general implícita en el artículo 2.º.5.6 del Decreto en cuestión.

En consideración a lo expuesto como la doctrina sentada, en la sentencia impugnada supone una quiebra del sistema legal de aplicación, resulta procedente acceder al recurso de casación en interés de la Ley formulado por la Universidad de Extremadura, y fijar como doctrina legal adecuada la de que la retroacción al 1 de abril de 1989, que se establece en la Disposición Transitoria Tercera del Decreto 1086/1989, sólo es aplicable para aquellos profesores que con régimen de dedicación a tiempo completo, o por período equivalente si han prestado servicio a tiempo parcial, llevando dos años desde que accedieron a plaza del correspondiente Cuerpo docente universitario, el 31 de diciembre de 1988, hubieran prestado como mínimo cinco años de servicios docentes, y fueran evaluados positivamente.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 31 octubre 1997.*)

5. Funcionarios locales. Complemento de destino. Se rige por el RD 861/86. Supletoriedad del RD 364/95. El principio de reserva de ley en cuanto a la función pública se refiere al núcleo esencial de los derechos y deberes de los funcionarios, pero no impide que las disposiciones reglamentarias puedan, cuando así lo requiera la ley, colaborar con ella para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada. La distinta regulación para los funcionarios estatales y locales no comporta una quiebra del principio de igualdad.

«Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ordes de 29 octubre 1991 (apartado 6-VIII del orden del día) se aprobó el Convenio suscrito por la Mesa de Negociación sobre condiciones de trabajo de todo el personal del Ayuntamiento, cuyo punto 5.º establecía: “Acordar la adecuación de los niveles del complemento de destino dentro de los límites establecidos en el Real Decreto 28/1990, de 15 enero” (que aprobó el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado, hoy sustituido por el aprobado mediante Real Decreto 364/1995, de 10 marzo). El señor Abogado del Estado interpuso contra el antes mencionado acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ordes recurso contencioso-administrativo que fue estimado por Sentencia dictada el 14 octubre 1994 por la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que declaró la nulidad del repetido acuerdo por ser contrario a derecho, estimando, en esencia, que el Real Decreto 28/1990 no es aplicable directamente a los funcionarios del Ayuntamiento de Ordes, respecto a los cuales solamente tiene carácter supletorio, según previene su artículo 1.4, por lo que para los funcionarios de la Administración Local está vigente, como norma especial, el Real Decreto 861/1986, de 25 abril, cuyos Anexos establecen los niveles mínimos y máximos de los complementos de destino que pueden asignarse a los puestos de trabajo tipo de las Corporaciones Locales, así como a los restantes puestos de trabajo. Contra la indicada sentencia el Ayuntamiento de Ordes ha promovido el presente recurso de casación que fundamentaba en dos motivos distintos, el primero de los cuales ha sido declarado inadmisibles por manifiesta carencia de fundamento —art. 100.2.c) de la Ley de la Jurisdicción— en virtud de Auto de 6 marzo 1997, por lo que únicamente debemos abordar en la presente resolución el examen del segundo motivo casacional.

El segundo motivo de casación, que la Corporación recurrente basa en el artículo

5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pudiendo también ampararse en el número 4.º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, contiene dos apartados, en el primero de los cuales —apartado A)— estima que la sentencia impugnada ha incurrido en infracción por inaplicación del artículo 103 de la Constitución, considerando vulnerado el principio de reserva de ley que para el estatuto de los funcionarios públicos se establece en su apartado 3, conectando dicha reserva de ley con el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Administraciones Locales diseñado por la Constitución, y afirmando que el criterio de la sentencia combatida rompe la unidad que la Constitución ha querido conseguir para el estatuto de la función pública. No podemos estimar ninguno de los argumentos expuestos por el Ayuntamiento de Ordes. El principio de reserva de ley establecido para el estatuto de la función pública se refiere, por lo que al objeto del litigio concierne, al núcleo esencial de derechos y deberes de los funcionarios públicos, pero no impide que las disposiciones reglamentarias puedan, cuando así lo requiera la ley, colaborar con ella para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, como declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 junio (RTC 1987, 99) —fundamento jurídico 3, apartado a)—. En el caso presente los complementos de destino que el Ayuntamiento de Ordes puede conceder a sus funcionarios están sujetos a lo previsto por el Real Decreto 861/1986, sin que ello suponga vulneración del principio de reserva de ley, ya que se trata de una norma reglamentaria basada en precepto de ley formal y dotada de un carácter instrumental que la hace perfectamente legítima. En efecto, el artículo 93.2 de la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, dispone que la cuantía global de las retribuciones complementarias de los funcionarios de la Administración Local será fijada por el Pleno de la Corporación dentro de los límites máximos y mínimos que se señalen por el Estado. Por otra parte, el artículo 129.1.a) del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, de 18 abril 1986, atribuye al Gobierno la facultad de establecer los límites máximos y mínimos de las retribuciones complementarias de los funcionarios de Administración Local. En consecuencia, el Real Decreto 861/1986 tiene la adecuada cobertura legal, constituyendo una norma reglamentaria que en nada infringe el principio de reserva de ley para el estatuto de los funcionarios que declara el artículo 103.3 de la Constitución, sin que al Ayuntamiento de Ordes le fuera aplicable directamente el Real Decreto 28/1990, que, como la sentencia de instancia declara acertadamente, sólo tenía una aplicación supletoria para las Administraciones Públicas distintas de la del Estado (art. 1.4), por lo que los complementos de destino de los funcionarios de la Corporación en cuestión debían regirse por la norma de directa aplicación, esto es, por el Real Decreto 861/1986, lo que determinó la correcta anulación del acuerdo municipal originariamente recurrido por la representación del Estado. Tampoco la distribución de competencias constitucional queda alterada por la promulgación y aplicación del Real Decreto 861/1986, ya que el artículo 149.1.18.º de la Constitución declara competencia exclusiva del Estado las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas, lo que dio lugar al precepto (ya citado) que se contiene en el artículo 93.2 de la Ley 7/1985. No podemos aceptar, por último, que el criterio aplicado por la sentencia de instancia rompa la unidad que el artículo 103 de la Norma Fundamental ha querido conseguir para el estatuto de la función pública, porque dicha unidad sustancial no implica una absoluta uniformidad, ni exige una absoluta igualdad en las retribuciones para todos los funcionarios de las distintas Administraciones Públicas, cada una de las cuales puede tener sus especialidades tanto en materia retributiva como en otras cuestiones. El motivo de casación, en este primer apartado, debe ser desestimado.

El apartado B) de este segundo motivo de casación considera que la sentencia impugnada ha incurrido en infracción por inaplicación del artículo 9.2 de la Constitución, en relación con los artículos 1, 14, 23.2, 103 y 149.1 del Texto Constitucional. En definitiva, lo que se quiere poner de manifiesto es que, a juicio de la parte recurrente en casación, se ha infringido por la sentencia combatida el principio de igualdad, al mantener la vigencia del Anexo 2 del Real Decreto 861/1986 (que contiene la Escala a

que debe ajustarse el nivel máximo de complemento de destino asignable a puestos de trabajo tipo de las Corporaciones Locales), introduciendo una discriminación en relación con los funcionarios de la Administración del Estado (a los que se aplica el Real Decreto 29/1990 y los correspondientes preceptos de la Ley 30/1984, de 2 agosto), así como en relación con otros funcionarios locales, en razón de la población del Municipio, ya que la Escala aludida distingue, con el fin de fijar el nivel máximo del complemento de destino, los Municipios de más de 20.000 habitantes, los que tienen una población de 5.000 a 20.000 habitantes y los de menos de 5.000 habitantes, siendo decrecientes los niveles máximos que se determinan en razón del menor número de habitantes del Municipio. El motivo no puede prosperar. En primer lugar, en cuanto a las diferencias retributivas entre los funcionarios de la Administración General del Estado y de las Administraciones Locales, el Tribunal Constitucional ha expresado la doctrina de que los distintos Cuerpos de funcionarios son estructuras de creación legal, carentes de un sustrato sociológico, de modo que el estatuto jurídico de cada uno de ellos es fruto de la ley, por lo que la simple constatación de diferencias entre unos y otros no justifica una condena por discriminación (Sentencia 161/1995, de 7 noviembre [RTC 1995, 161], que reitera el criterio de las Sentencias 7/1984 [RTC 1984, 7], 68/1989 [RTC 1989, 68] y 3/1994 [RTC 1994, 3]). Por lo que concierne a la fijación de distintos complementos máximos según la población del Municipio, debemos manifestar que la clasificación de las Corporaciones Locales en atención a la población es un criterio que ya toma en cuenta el artículo 26 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, para estatuir los servicios que, en todo caso, deberán ser prestados por los Municipios, sin por ello quebrantar el principio de igualdad, a lo que se añade, como con acierto resalta la sentencia impugnada, que el dato del índice de población determina que en los Municipios mayores deba exigirse a los funcionarios una mayor preparación técnica y una mayor responsabilidad en el desempeño de sus puestos de trabajo, que corresponde a la mayor complejidad de los servicios que presta la Entidad municipal, que en los Ayuntamientos de menor número de habitantes, por lo que existe una justificación objetiva y razonable, proporcionada al fin perseguido por la ley, que constituye el motivo de la distinción que se contiene en el Anexo 2 del Real Decreto 861/1986. No existe, pues, infracción por la sentencia de instancia del principio de igualdad en sus distintas manifestaciones, lo que comporta la desestimación de este apartado B) del motivo examinado.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 10 octubre 1997.*)

6. *Cuerpo Nacional de Policía. Indemnización de pluses por concentraciones y retenes. Improcedencia.*

«La cuestión que se plantea en el presente recurso de revisión es igual a la que fue objeto del Recurso número 626/1991, que dio lugar a la Sentencia de la Sección Primera de esta Sala, de fecha 27 noviembre 1993 (RJ 1993, 8893). Dándose tal semejanza igual ha de ser el resultado a que se llegue, que de no ser así quebraría el principio de unidad de doctrina. Decíamos entonces que tienen su origen estos autos en la impugnación, precisamente por el cauce excepcional del recurso de revisión, de una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 5 noviembre 1991, siendo ya de indicar que el motivo invocado es el previsto en el artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional —contradicción de sentencias— en la redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 abril. El tema planteado es el del plus para concentraciones y retenes del Cuerpo Nacional de Policía previsto en la Circular de la Inspección General de la Policía Armada de 8 de abril de 1975, que lo concretaba en el 30 por 100 de la dieta, y cuantificado por otras Circulares posteriores en una cifra fija para cada uno de los grupos que establecían. Las Sentencias citadas como contradictorias son la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

Superior de Justicia de Cantabria de 9 noviembre 1989 y la de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 2 marzo 1990, referidas al plus mencionado, dictadas para funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y correspondientes también a los años 1982 y 1983.

Concurren, pues, las identidades necesarias, por lo que habrá que examinar si existe la contradicción erigida en motivo de revisión por la Ley Jurisdiccional.

La sentencia de la Sala de Cantabria, negando que el plus litigioso pueda tener apoyo en los Decretos 176/1975 y 1344/1984, pues los servicios no se prestaban fuera del término municipal de la residencia del funcionario, afirma la nulidad de las Circulares mencionadas en cuanto se referían al plus de concentraciones y retenes, aunque salva la subsistencia de la sumas ya percibidas atribuyéndoles la condición de gratificación especial.

La sentencia de la Sala de Valladolid, negando también respaldo legal a las Circulares ya indicadas, advierte que el plus tiene un carácter atípico, sin que por tanto pueda ser aplicado "fuera de los términos y cuantía en que se produjo su concesión y pago".

La sentencia aquí impugnada, estimando en parte los recursos que la originan, fija la cuantía del plus en cifra superior a la realmente percibida, en aplicación de las Circulares posteriores a la ya señalada de 1975.

Así las cosas, y siendo clara la contradicción entre la sentencia impugnada y las invocadas como antecedente, para fijar la doctrina correcta será de subrayar que aunque bajo la vigencia del Reglamento de Dietas y Viáticos de los Funcionarios Públicos de 7 julio 1949 se admitió la viabilidad del plus para concentraciones y retenes incluso aunque éstos tuvieran lugar en la residencia oficial del funcionario, es lo cierto que derogado aquél por el Decreto 176/1975, de 30 enero, la virtualidad de esta nueva disposición implicaba que las dietas —"plus" tratándose de militares, personal de la Guardia Civil o Policía Armada— únicamente podrían percibirse por razón de servicios a desempeñar "fuera del término municipal donde radique su residencia oficial" (arts. 2.1, 7.1 y 11 del citado Decreto 176/1975 y, en el mismo sentido, arts. 4.1, 9.1 y 14 del Real Decreto 1344/1984, de 4 julio), sin que por tanto pueda admitirse la habilitación de una Circular de la Inspección General de la Policía Armada para "resucitar" una indemnización ya derogada, como con acierto señala la sentencia de la Sala de Cantabria.

Y será de añadir, aunque la prohibición de la *reformatio in peius* hace innecesario examinar la suerte que han de correr las cantidades ya percibidas por el concepto litigioso por los en su día demandantes, que los indudables gastos que ha de producir la estancia durante veinticuatro horas fuera del propio domicilio podrían encontrar cauce compensatorio adecuado en otros conceptos reconocidos en la legislación funcional —así, arts. 8.3.b) del Decreto-Ley 22/1977, de 30 marzo, y hoy 23.3.d) de la Ley 30/1984, de 2 agosto—.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 2.ª, 10 diciembre 1997.*)

7. Retribuciones. Profesora de Enseñanzas y Actividades Técnico-Profesionales. Derecho a percibir las retribuciones básicas con la proporcionalidad 8 y las complementarias con el coeficiente 3,6, en aplicación de los artículos 1, 2 y 3 Ley 8/1981. Unidad de doctrina.

«Se impugna en el recurso contencioso-administrativo interpuesto ante esta Sala la denegación presunta, por silencio administrativo, de la petición formulada por la actora, profesora de Educación General Básica que desempeñó una plaza de Profesora Titular de Enseñanzas de Hogar, hoy Enseñanzas y Actividades Técnico-Profesionales de Institutos Nacionales de Enseñanza Media, luego Institutos de Bachillerato, ante el Consejo de Ministros, consistente en que se le reconozca y aplique en lo sucesivo a efectos de sus haberes y retribuciones complementarias como Profesora de Ense-

ñanza y Actividades Técnico-Profesionales, el índice de proporcionalidad ocho y el coeficiente tres con seis, abonándosele los efectos económicos de dicho reconocimiento desde el 1 de enero de 1981.

Frente a dicha denegación presunta, la actora en su demanda formula idénticas pretensiones, con apoyo, en síntesis, en que ha sido integrada como Funcionario de Carrera del Cuerpo de Profesores Especiales de Institutos Técnicos de Enseñanzas Medias, función que ha venido desempeñando desde el 1 de octubre de 1979 de forma ininterrumpida y que continúa desempeñando, que en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 972/1983, de 2 marzo, dictado en desarrollo de la Ley 8/1981, de 21 abril, formuló la solicitud de referencia ante el Consejo de Ministros, que no ha contestado a dicha solicitud, formulando en tiempo denuncia de mora, que tampoco obtuvo respuesta, y que la petición de nulidad del acto administrativo presunto se ampara en la normativa de referencia y en la jurisprudencia que cita, invocando que en ella concurren los requisitos de ostentar la cualidad de Profesora de Enseñanzas y Actividades Técnico-Profesionales y de desempeñar plaza titular de tal actividad desde antes del 1 de enero de 1981, a cuyas pretensiones se opuso el Abogado del Estado, que alegó, además de la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación pasiva de la Administración del Estado, por estar destinada la recurrente en Centro dependiente de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, razones de fondo, mientras que ésta pidió por iguales motivos la desestimación del recurso.

Por razones de unidad de doctrina se impone la estimación del recurso interpuesto en cuanto a acceder a las pretensiones de la recurrente respecto de que se le reconozca el derecho a percibir las retribuciones básicas con la proporcionalidad ocho y las complementarias con el coeficiente tres con seis por aplicación de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 8/1981, de 21 abril, y del Real Decreto 972/1983, de 2 marzo, tal como ha sido reconocido en reiteradísimas Sentencias de este Tribunal desde la de 13 junio 1984 (RJ 1984, 3620), pasando por otras como las de 2 febrero, 2, 4, 7, 11 y 28 marzo 1987 (RJ 1989, 1442, 1454, 1463, 1525 y 1600), 23 febrero y 28 marzo 1989 (RJ 1989, 1137 y 2137), 30 noviembre 1992 (RJ 1992, 9392) y 30 octubre 1996 (RJ 1996, 7550), por ser la actora Profesora de Enseñanzas y Actividades Técnico-Profesionales, antes Profesoras de Hogar, normativa que declara expresamente que los profesores de Enseñanzas de Hogar de Institutos Nacionales de Enseñanza Media quedan incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 3 de dicha Ley, con efectos económicos desde el 1 de enero de 1981.

Frente a la alegación del Abogado del Estado sobre la prescripción de cinco años que afecta a las reclamaciones económicas contra la Administración del Estado por aplicación del artículo 46.1.a) de la Ley General Presupuestaria, ha de invocarse que en Sentencias de este Tribunal como las de 23 febrero 1989 (Sala 5.ª), 30 noviembre 1992 y 30 octubre 1996 se razonó que el plazo para la prescripción de derechos comienza el día en que pudieron ser ejercitados, lo que en el supuesto de autos se produjo desde la entrada en vigor del Real Decreto 972/1983, que tuvo lugar el 24 de abril de 1983, pues fue aquel Real Decreto el que posibilitaba los derechos de la actora al ser en él donde se verificaba la declaración expresa de su inclusión en el ámbito de aplicación de la Ley 8/1981, cuyo artículo 3 establecía la aplicabilidad de sus dos primeros artículos a los que reunieran similares requisitos de docencia y titulación que los Maestros de Taller de Escuelas de Maestría Industrial, circunstancia que concurre en los Profesores de Enseñanza de Hogar, por lo que es dicha fecha de 24 de abril de 1983 la de iniciación del plazo del derecho a reclamarlo, según su disposición final, que ratifica que la fecha a que han de retrotraerse los efectos económicos es la de 1 de enero de 1981, por lo que, si la actora ha venido desempeñando sus funciones, como se acredita, desde el 1 de octubre de 1979, y la reclamación inicial tuvo lugar, como también consta, el 20 de abril de 1988, obvio resulta que no había transcurrido el mencionado plazo de cinco años, lo que impone la estimación del recurso con reconocimiento de las pretensiones formuladas sea cual sea la Administración que haya de satisfacerlas, lo que excluye la inadmisibilidad invocada. (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 24 noviembre 1997.*)

8. *Complemento de destino. Altos cargos de la Administración. Percepción de dicho complemento a partir de su reincorporación al servicio activo con el correspondiente a su grado personal incrementado hasta igualar el valor del complemento de destino de los Directores Generales, artículo 33.2 Ley 31/1990. Aplicación a funcionarios del Estado que hayan desempeñado Altos Cargos en las Comunidades Autónomas.*

«El Abogado del Estado impugna por vía del recurso de casación en interés de ley previsto en el artículo 102.b) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción la Sentencia de 19 febrero 1996 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que estimó el recurso contencioso-administrativo 15/B/1994, interpuesto por doña Ana María C. N. contra la Resolución de 19 noviembre 1993 de la Subsecretaría de Economía y Hacienda declarando el derecho de la actora a percibir el incremento pretendido del complemento de destino, hasta equipararse al fijado para los Directores Generales, que deberá ser abonado por la Administración del Estado.

El Abogado del Estado impugna dicha sentencia por la vía del recurso de casación en interés de ley, previsto en el artículo 102.b) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, solicitando que se declare que aquélla infringe el Ordenamiento Jurídico y, fijando la doctrina legal correcta, establezca que los efectos del artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, queden limitados a los funcionarios que hayan desempeñado Altos Cargos en la Administración del Estado o en la Seguridad Social, y no puede extenderse a los funcionarios que hayan desempeñado Altos Cargos en las Comunidades Autónomas, a cuyo fin invocó, en síntesis, como razones que avalan la no aplicación del artículo 33.2 de la Ley 31/1990 a los funcionarios de la Administración del Estado que hayan desempeñado puestos de Alto Cargo en Comunidades Autónomas, las siguientes: a) en cuanto al ámbito de aplicación del artículo 33.2 de la Ley 31/1990, que las Leyes de Presupuestos Generales del Estado son normas estatales y, por tanto, destinadas a surtir efectos dentro del ámbito de la Administración del Estado, y, en concreto, según dicho precepto, se refiere a un ámbito administrativo determinado, cual es la Administración del Estado y el de la Seguridad Social; b) en cuanto al carácter no básico de tal precepto, que éste no puede sin más ser conceptualizado como tal por el simple hecho de entender que a través del mismo se incide en una nueva regulación del grado personal cuya adquisición se regula en el artículo 21.1.d) de la Ley 30/1984, ya que sólo se pueden adquirir los grados personales que correspondían a alguno de los niveles en que se clasifican los puestos de trabajo, y la cuantía del complemento de destino de Director General es distinta a la de los diferentes niveles consignados en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año para los grados de 1 a 30, siendo así que estas cuantías sí tienen el carácter de normativa básica, por lo que el desempeño de un puesto político de Alto Cargo da derecho únicamente a la percepción de una determinada cantidad, pero en ningún caso a la consolidación de grado personal superior al nivel 30, sin que el artículo 33.2 sea aplicable en las demás Administraciones Públicas, pues de ser normativa básica no se explicaría que cada Administración Pública regule esta cuestión de forma distinta; c) en cuanto a su espíritu y finalidad, que lo que se persigue con el artículo 33.2 de la Ley 31/1990 es compensar en términos retributivos, no formalmente en términos de carrera, la alta responsabilidad asumida y la experiencia obtenida por funcionarios del Estado en puestos políticos del máximo nivel dentro de la propia organización a que pertenecen, que es la Administración del Estado, y no en otras Administraciones y órganos e instancias ajenos a la Administración, sin que el principio de igualdad opere en términos absolutos, sino cuando concurren situaciones iguales, entrando dentro de la lógica jurídica atribuir un trato más favorable a quien en definitiva sigue vinculado a la Administración a la que pertenece que a quien deja de estarlo, aunque sea de forma temporal; y d) en cuanto a la literalidad del precepto, que sólo son computables, por voluntad expresa de la Ley 31/1990, los servicios prestados por funcionarios

estatales como Altos Cargos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 12/1995, de 11 mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, siendo la doctrina de la sentencia recurrida gravemente dañosa para el interés general por las consecuencias económicas que de ella derivarían.

Siendo viable tal recurso a tenor del artículo 102.b) de la Ley Jurisdiccional, en definitiva, pues, lo que se cuestiona es si resulta o no correcta la determinación de la Sentencia recurrida en casación en interés de ley de 19 febrero 1996, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, en cuanto que estima la pretensión de la actora en el recurso contencioso-administrativo en que recayó dicha sentencia —funcionaria en activo de la Administración del Estado que desempeñó el cargo de Consejera de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de la Comunidad Autónoma de Aragón entre el 3 agosto 1987 y el 17 julio 1991, en que se reincorporó al Ministerio— en cuanto a reconocerle el derecho a la elevación del complemento de destino que pretende correspondiente a su grado personal en la cantidad necesaria hasta igualarlo al valor del complemento de destino que la Ley de Presupuestos Generales del Estado fija anualmente para los Directores Generales de la Administración del Estado, a cuya resolución se opone, por las razones expuestas, el Abogado del Estado, que es quien interpone el recurso de casación en interés de ley, mientras que la sentencia recurrida, y en su día la actora, parten, en síntesis, para llegar a dicho reconocimiento, del artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, del principio de igualdad, y, además, de la Disposición Adicional 23.ª de la Ley de Cortes de Aragón 6/1992, de 4 mayo, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Aragón para 1992.

El mencionado artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, textualmente establece que “los funcionarios de carrera que, durante más de dos años continuados o tres con interrupción, desempeñen o hayan desempeñado a partir del 5 de julio de 1977 puestos en la Administración del Estado o de la Seguridad Social, comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983, de 26 diciembre, sobre Incompatibilidades de Altos Cargos, exceptuados los puestos de Gabinete con categoría inferior a la de Director General, percibirán desde su reincorporación al servicio activo y mientras se mantengan en esta situación el complemento de destino correspondiente a su grado personal incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino que la Ley de Presupuestos del Estado fije anualmente para los Directores Generales de la Administración del Estado”, que es, por cierto, precepto de similar redacción —ahora referido a los funcionarios que, durante los tiempos marcados, desempeñen o hayan desempeñado en la Administración de la Comunidad Autónoma (de Aragón) a partir del 16 de octubre de 1982, puestos de responsabilidad política o directiva— al que se contiene en la Disposición Adicional 23.ª de la Ley 6/1992, de 4 mayo, de Presupuestos de Aragón para 1992.

La cuestión entablada está resuelta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 septiembre 1994 (RJ 1994, 6920), recaída en los ya extinguidos recursos de apelación extraordinarios en interés de la ley, contra Sentencia de 13 febrero 1992 dictada por la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, también referida a la aplicabilidad del citado artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de reiterada cita, puesto que en aquella sentencia, donde también se discutía sobre si este precepto era exclusivamente aplicable a la Administración del Estado —tesis del recurrente— o si, por el contrario, es también de aplicación a los funcionarios de dicha Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, se excluía el carácter básico de tal artículo 33.2 con apoyo en los razonamientos que empleaba la Sala de este Orden Jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en la sentencia que allí se recurría —con fundamento en que por los artículos 23 y 24, en relación con el artículo 1.3 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, era precepto o norma básica el artículo 33.2 de la Ley tantas veces citada— por ser lo básico la estructura de las retribuciones funcionariales (en cuanto a sus componen-

tes), según el artículo 23 de la Ley 30/1984, y, según el artículo 24 de la misma, la igualdad cuantitativa de las retribuciones básicas para cada grupo de funcionarios en todas y cada una de las Administraciones a las que sirven, siendo también básico el apartado 2 de este último precepto, el de la necesidad de reflejar la cuantía de las retribuciones básicas y de los complementos de destino de cada puesto de trabajo bien en los Presupuestos Generales del Estado, bien en los de las restantes Administraciones Públicas con autonomía financiera y presupuestaria, sin que se desprenda que la cuantía del complemento de destino sea aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas como norma básica, como se recogía en dicha Sentencia del Tribunal Supremo de 24 septiembre 1994.

Pero es lo cierto que en esta sentencia se expresaba que tal precepto cuestionado, el del artículo 33.2, sí podía encontrar carácter básico en consideración a lo que respecto al grado personal establece el artículo 1.3 en relación con el artículo 21, ambos de la Ley 30/1984, por cuya razón desestimaba los recursos de apelación en interés de ley promovidos.

Explicábase en dicha Sentencia de 24 septiembre 1994 que el apartado 1 del artículo 33 de la Ley de Presupuestos de referencia señalaba como fecha inicial para la adquisición del grado personal de los funcionarios de carrera el 5 de julio de 1977, citando expresamente el referido artículo 21 de la Ley 30/1984, que regula el mencionado grado personal, y que en el apartado 2 del artículo 33 de aquella Ley la fecha a partir de la cual se toman en cuenta los dos o tres años de desempeño del puesto de trabajo de nivel superior es la mencionada de 5 de julio de 1977, de adquisición del grado personal, deduciendo, por esta vía y desde esta exclusiva perspectiva, que el grado personal del artículo 21 es precepto básico y que su garantía también lo es, estableciendo el artículo 21.d) en la redacción dada de la Ley 23/1988, de 28 julio, que "el grado personal se adquiere por el desempeño de uno o más puestos de nivel correspondiente durante dos años continuados o tres con interrupción", lo que concuerda con el artículo 33.2 de la Ley de Presupuestos, de modo que, según la citada Sentencia del Tribunal Supremo, no cabe atribuir al fallo de aquella recurrida —en cuanto que reconocía a un funcionario de carrera del Estado transferido a la referida Comunidad Autónoma derecho a la diferencia de complemento de destino en función del nivel del correspondiente a la Administración General del Estado y le aplicaba, a estos efectos, el artículo 33.2 de la Ley de Presupuestos—, la incidencia en error susceptible de rectificación por la vía del recurso extraordinario de apelación en que recayó la mencionada sentencia del Tribunal Supremo.

Conviene también puntualizar que lo determinante para que proceda o no el reconocimiento del derecho que recoge la sentencia aquí recurrida en casación en interés de ley no es la Administración concreta, del Estado o de las Comunidades Autónomas, en que se presten los servicios que se computan a efectos del referido complemento de destino que se cuestiona, sino, muy en concreto, la real equivalencia de los niveles retributivos o del estatuto jurídico de la figura —como se recoge en dicha sentencia—, y si, como resulta, el cargo de Consejero de la Diputación General de Aragón no puede considerarse puesto de Gabinete con categoría inferior a la de Director General —sustituido en el que se excluiría la procedencia del incremento del complemento de destino correspondiente a su grado personal en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino que la Ley de Presupuestos del Estado fije anualmente para los Directores Generales de la Administración del Estado, a tenor del artículo 33.2 de la Ley 31/1990—, aquella real equivalencia ha de considerarse establecida por el artículo 1.º de la Ley 25/1983, de 26 diciembre, en el que, a efectos de determinar el ámbito subjetivo de dicha Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos, se consideran tales los miembros del Gobierno y Secretarios de Estado y todos aquellos titulares de puestos de libre designación por aquél que, por implicar especial confianza o responsabilidad, sean clasificados por la Ley como tales —precepto que luego se repite en esencia en el artículo 1 de la Ley 12/1995, de 11 mayo—, en cuyos preceptos, aunque no se aluda a los Altos Cargos de las Comunidades Autónomas por razón de que van dirigidos a la Administración del Estado, como no podía ser de otro modo por impe-

dirlo, en general, los Estatutos de Autonomía, se recogen cargos de equivalencia directa con miembros de los Ejecutivos autonómicos, lo que permite obtener la conclusión de que es extensivo el derecho reconocido a los funcionarios de la Administración del Estado en el artículo 33.2 de la Ley 31/1990 a los que hubieren prestado los mismos servicios en dichos Ejecutivos autonómicos, criterio que también resulta del artículo 6.c) del Real Decreto 730/1986, de 11 abril, y de los artículos 4.c) y 8.2 del Real Decreto 365/1995, de 10 marzo, por los que se aprobaron los Reglamentos de Situaciones Administrativas de los Funcionarios de la Administración del Estado, que prevén el paso a la situación de servicios especiales de los funcionarios cuando sean nombrados miembros del Gobierno o de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas o altos cargos de los mismos que no deben ser provistos necesariamente por funcionarios públicos, en cuyo último precepto incluso se prevé que a tales funcionarios en situación de servicios especiales se les computará el tiempo que permanezcan en tal situación, a efectos, entre otros, de consolidación de grado personal.

En definitiva, pues, concurre una *eadem ratio decidendi* que impone una interpretación analógica o extensiva de la norma, por si no fueran suficientes los argumentos antes expuestos, y a cuyo tenor procede la aplicación del artículo 33.2 de la Ley 31/1990 a los funcionarios de la Administración del Estado que hayan desempeñado Alto Cargo en Comunidades Autónomas, tal como, además, en lo que corresponde al principio de igualdad retributiva que debe imperar en cuanto a unos y a otros funcionarios —que impide un tratamiento retributivo desigual entre unos y otros— resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 marzo 1991 (RJ 1991, 1768), recaída en recurso extraordinario de revisión, que, además, se remite a otra de la misma Sala Especial de Revisión de 23 junio 1989 (RJ 1989, 3751) y a otras de la Sala 3.ª de dicho Tribunal como las de 15 diciembre 1986 y 23 marzo 1990 (RJ 1990, 1787), en cuyo criterio se insiste no sólo con fundamento en razones jurídico-técnicas, sino también en obligado cumplimiento del principio de seguridad jurídica expresado en el de unidad de doctrina, del artículo 9.3 de la Constitución, con cita de los artículos 12 y 24 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, en las mencionadas sentencias, todo lo cual obliga a no dar lugar al recurso de casación en interés de ley promovido por la Administración del Estado al ser improcedente la fijación por este Tribunal Supremo de la doctrina legal que se pretende.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 24 noviembre 1997.*)

9. *Negociación colectiva. Comunidades Autónomas. Derecho de sindicación que participó en la mesa sectorial que determinó el acuerdo sobre personal docente no universitario, aunque no lo firmó, a participar en las Comisiones Técnicas de Planificación Territoriales y de Perfeccionamiento y Euskaldunización en él establecidas.*

«Como único motivo de casación alega el recurrente, articulándolo bajo el artículo 95.4.º de la Ley de esta Jurisdicción, la infracción o indebida aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 184 y 213/1991 (RTC 1991, 184 y 213), sobre el derecho fundamental de libertad sindical, en relación a la igualdad ante la Ley, de los artículos 28.1 y 14 de la Constitución, al entender el Gobierno vasco que tal doctrina relativa a la invalidez constitucional de que se establezcan en los convenios colectivos Comisiones de seguimiento cerradas a los no firmantes de los mismos, si se prevén para acordar y negociar cuestiones nuevas no asumidas directamente en el pacto, ha sido desconocida por la sentencia impugnada, cuando reconoce el derecho del sindicato ELA-STV, que formó parte de la Mesa Sectorial que determinó el acuerdo para personal docente no universitario del País Vasco, período 1991-1994, pero no firmante del mismo, a participar en las Comisiones Técnicas de Planificación Territoriales y de Perfeccionamiento y Euskaldunización en él establecida.

Y ello, en síntesis, porque, según el recurrente en casación, la resolución recurrida ha trasladado en bloque y sin matización la citada doctrina, sin advertir que corresponde a convenios entre empresas y trabajadores, o personal laboral, y no a la negociación colectiva en la función pública, que se realiza institucionalmente a través de órganos tales como las Mesas General y Sectorial, que tienen menor capacidad de alcanzar acuerdos vinculantes, según fue puesto de manifiesto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 octubre 1993 (RJ 1993, 7544). Añade que la exclusión sólo hubiera sido legítima si dejase para la negociación en estas Comisiones cerradas materias que no formaban parte del acuerdo del que aquéllas dimanaban, o que no fueran susceptibles de negociación conforme a los artículos 32 y 34 de la Ley 9/1987, de 12 junio, y Ley 7/1990, de 19 julio, sobre órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, lo que no es el caso. En último término que no se desconocen los derechos constitucionales del sindicato ELA-STV, por el plus de representatividad reconocido a los sindicatos firmantes, a través de la exclusiva intervención que se les atribuye en las antes nombradas Comisiones, pues ese plus corresponde a los compromisos asumidos recíprocamente con la Administración, lo que no impide que los sindicatos no firmantes conserven su posibilidad de intervención en el procedimiento dirigido a determinar las condiciones del trabajo funcional en las materias negociables, conforme al artículo 32 Ley 9/1987 y 7/1990, o sometibles a consulta, según el artículo 34 de esas Leyes, a través de los órganos institucionales, Junta de Personal, Consejo Escolar de Euskadi o Consejo Vasco de la Función Pública, cuya intervención está legalmente impuesta.

Entrando a dilucidar sobre las alegaciones del recurrente no cabe considerar asumibles las que hace en función del diferente cauce y alcance negociador, cuando lo que está afectado son las condiciones de trabajo de los funcionarios, frente a las de los trabajadores, pues si bien esa afirmación es cierta a la vista de lo que se dispone en los artículos 32 a 35 de las antes citadas Leyes 9/1987 y 7/1990, ello no excluye que, en tanto los preceptos del acuerdo de los que deriva la resolución cuestionada no sean declarados inválidos, la exclusión de la intervención del sindicato ELA-STV en las Comisiones de seguimiento antes nombradas, deducida por dicha resolución del contenido de los mismos, deba ser estimada contraria a los derechos fundamentales —arts. 28.1 y 14 CE— a que se atuvo el Tribunal Superior para estimar la pretensión de dicho Sindicato, al carecer de justificación objetiva y racional, la discriminación que se establece por la Administración frente a los Sindicatos firmantes. Y esto es así, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional a que se atiene la sentencia impugnada, dado que, con ciertas matizaciones, y en su idea central de que no cabe excluir a los sindicatos no firmantes del Convenio, de las Comisiones de seguimiento, en relación a negociación futura de materias no directamente convenidas, puede ser aplicada a los acuerdos sobre negociación funcional. Siendo por demás incierto que las materias a tratar por las Comisiones de las que fue excluido el Sindicato inicialmente demandante no fueran susceptibles de negociación, según el artículo 32 de las Leyes citadas, o se refiera únicamente a las incluidas en el acuerdo, pues entre otras éste alude a preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público, bases de convocatoria de acceso y concursos de traslado, movilidad entre Cuerpos y puestos de trabajo, desplazamiento por supresión de puestos, definición de plantillas orgánicas, distribución de las plantillas entre las distintas etapas educativas, planes anuales de formación permanente de profesorado, fijación de planes plurianuales de euskaldunización, proyectos de normativa específica en materia de sustituciones, todas ellas como materias que debían ser estudiadas y negociadas en el marco de las Comisiones cuestionadas, y con previsión de futuro, y al menos con apariencia literal de atribución de monopolio negociador, con exclusión de las Mesas institucionales, lo que aunque hace más que dudosa la validez de los respectivos preceptos, lo mismo que la de aquellos que como el artículo 9.^o.1, relativo a la división del territorio de la Comunidad Autónoma Vasca en circunscripciones escolares, parece conferir directamente a la Comisión Técnica de Planificación, potestades organizatorias, en detrimento del ar-

título 34.1, de las citadas Leyes, según ya se ha dicho, y en tanto que no han sido declaradas inválidas, convertían en discriminatoria la denegación de la participación del sindicato ELA-STV en tales Comisiones. Siendo asimismo irrelevante a los efectos pretendidos por el recurrente en casación la subsistencia de la legalmente ineludible intervención del tan nombrado sindicato en diferentes órganos institucionales —Junta de Personal, Consejo Escolar y Consejo Vasco de la Función Pública—, ya que ello no excluye la existencia de la discriminación vulneradora del derecho fundamental a la igualdad, declarada en la sentencia.

Por lo expuesto procede no dar lugar al recurso de casación interpuesto por el Gobierno vasco, a que esta resolución da respuesta. Con imposición al recurrente de las costas de esta casación, al ser ello preceptivo conforme al artículo 102.3 de la Ley Jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 21 noviembre 1997.*)

10. *Funcionarios con habilitación de carácter nacional. Legalidad RD 1174/87, de 18 de septiembre.*

«El objeto de este proceso es la impugnación de determinados artículos, que se detallarán de inmediato, del RD 1174/1987, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, por parte del Colegio de Secretarios, Interventores y Depositarios de la Administración Local de Barcelona.

Dicha norma ha sido objeto de múltiples recursos, unos de impugnación directa, y de impugnación indirecta otros, resueltos con anterioridad por la Sala, por lo que, por una lógica exigencia de unidad doctrinal e igualdad en la aplicación de la Ley, deberemos atenernos a lo que sobre el particular ya se tiene dicho en los puntos de coincidencia del presente recurso con los precedentes.

Para el análisis ulterior nos atenderemos al propio orden de impugnación de cada uno de los preceptos por la parte recurrente.

El primero de los preceptos impugnados es la Disposición Transitoria 1.ª del Real Decreto, que, en criterio de la parte, declara la extinción de los antiguos Cuerpos Nacionales, lo que, en tesis de la misma, no hace directamente la Ley 7/1985, y es contrario el principio de reserva de Ley respecto del estatuto funcional, invocando sobre el particular la STC 99/1987 (RTC 1987, 99) sobre la Ley 30/1984.

Para el Abogado del Estado, por el contrario, dicha disposición no es la que ha extinguido los Cuerpos Nacionales, sino directamente la Ley 7/1985, al optar por el sistema de funcionarios con habilitación de carácter nacional, limitándose el Real Decreto a la integración de los funcionarios de los extinguidos cuerpos en la habilitación de carácter nacional, encontrando el precepto cuestionado su cobertura en el artículo 92.3 y Disposición Transitoria Séptima, 1, de la Ley y en el RDLeg. 781/1986, Disposición Transitoria Tercera y artículos 158 y siguientes.

La tesis del Abogado del Estado, que la Sala comparte, está proclamada en la Sentencia de 4 diciembre 1990 (RJ 1990, 10124) que resolvió recurso interpuesto por la Asociación Sindical de Secretarios, Interventores y Depositarios contra el mismo Real Decreto, en el que también se cuestionaba con argumentos similares la misma Disposición Transitoria, aparte de otros varios preceptos también impugnados aquí. Sobre el particular bueno es reproducir lo que en el Fundamento de Derecho 2.º de dicha sentencia ya tenemos dicho: "en contra de lo que afirma el recurrente, la extinción de los Cuerpos Nacionales de Secretarios, Interventores y Depositarios no ha sido producida por el Decreto impugnado, sino que deriva directamente de la Ley de Bases de Régimen Local, 7/1985, y del Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, que aprobó el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, cuyos artículos 92, párrafo 3; 98, 99 y Disposición Transitoria 7.ª, párrafo 1, de la pri-

mera, y artículos 129.2.b); 148, párrafo 5; 150, párrafos 1 y 3; 151 y 158 a 166, establecieron una nueva regulación de los llamados 'funcionarios con habilitación de carácter nacional', que al ser compatible con la anterior organización y régimen de aquellos Cuerpos Nacionales fijada en los artículos 338 y siguientes de la Ley de 1955 y concordantes del Reglamento de Funcionarios Locales de 1952, producía inmediatamente su extinción. De modo que el artículo 20 y la Disposición Transitoria 1.ª del Decreto 1174/1987, ahora cuestionado, no realizan una función de extinción implícita, fundada en una indebida deslegalización, sino que cumplen una misión de desarrollo y complemento, en aspectos organizatorios, del régimen de los funcionarios con habilitación nacional, establecido en la Ley de Bases del Régimen Local y Decreto Legislativo 781/1986, que se había limitado a señalar las líneas generales de aquella nueva categoría funcional; fijando el primero de los preceptos reglamentarios la estructura como Escala de esa categoría funcional, y la Disposición Transitoria, procediendo a determinar el destino de los integrantes de los Cuerpos extinguidos dentro de las nuevas subescalas reguladas por el artículo antes citado".

El segundo de los preceptos impugnados es el artículo 7.2 del Real Decreto, al que se le opone la tacha de que se les dan unas amplísimas facultades a las entidades locales para configurar los puestos de unos funcionarios, que deben tener las mismas características y funciones, afirmando que "en definitiva, es el criterio establecido en el artículo 16 de la Ley de Reforma 30/1984, de 2 agosto", sosteniendo que el criterio referido en el precepto impugnado es contrario a la doctrina del Tribunal Constitucional, expresado en la STC 99/1987, que, en tesis de la parte, "ha declarado que no es correcta esta actitud, ya que los criterios pueden ser tan dispares teniendo en cuenta el número de municipios existentes en España, que realmente la denominación y las características esenciales pueden ser totalmente distintas, según el criterio que se establezca en cada una de las Administraciones", transcribiendo a continuación, en refuerzo de su tesis, párrafos de la aludida sentencia del Tribunal Constitucional, que se refieren al enjuiciamiento del artículo 27.4 de la Ley 30/1984, y no al del artículo 16, con cuya cita se inicia el argumento de la recurrente.

Para el Abogado del Estado el precepto reglamentario impugnado nada tiene que ver con la materia a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 27 de la Ley 30/1984, a que se refiere la cita de la STC invocada por la recurrente; el artículo 7.2 del Real Decreto no es sino puro reflejo del artículo 16 de la Ley 30/1984, cuya constitucionalidad no se ha puesto en duda; y ni siquiera cabe proyectar sobre el precepto impugnado las consecuencias de la inconstitucionalidad del artículo 15.1 de la Ley 30/1984, pues no es el artículo 15, sino el 16 de dicha Ley el que sirve de referencia legal del artículo 7.2 del Real Decreto, y la razón de la inconstitucionalidad del artículo 15 referido fue el apoderamiento conferido al Ministerio de la Presidencia a efectos de especificar cuáles habrían de ser los puestos de trabajo que debían quedar reservados a funcionarios públicos, lo que entrañaba una patente vulneración del artículo 103.3, mientras que en el supuesto de autos se trata en todo caso de puestos de trabajo a desempeñar por funcionarios.

La tesis de la recurrente no es en absoluto compartible, pues se apoya en una distorsión del sentido del precepto, y se manifiesta en una argumentación claramente errónea.

La base de partida es que el artículo 7.2 otorga a las entidades locales unas amplísimas facultades de configuración de los puestos de los funcionarios con habilitación de carácter nacional. La lectura del precepto no acredita esa interpretación, pues la exigencia de que en las relaciones de puestos de trabajo de cada Entidad deban quedar reflejadas "la denominación y características esenciales de los puestos de trabajo a que se refiere el artículo 16 de la Ley 30/1984", no incluye ningún elemento en función del cual pueda entenderse que tal exigencia constituye de por sí una autorización para la libre configuración y denominación de unos puestos, cual los de los funcionarios de habilitación de carácter nacional, que el propio Real Decreto denomina y configura. La exigencia aludida, entendida en el marco de su referencia al artículo 16 de la Ley 30/1984, en su relación con los puestos cuestionados, no puede entenderse sino

como exigencia de que esos puestos con la denominación y características que define el propio Real Decreto figuren en la relación de los de la entidad.

No existe, pues, la base lógica de partida en que se apoya la impugnación de la parte recurrente, que por eso sólo debe ir conducida al fracaso.

Pero es que además la argumentación de apoyo, como observa el Abogado del Estado, es equivocada, ya que la transcripción de la STC 99/1987 nada tiene que ver con la cuestión planteada, pues se refiere al juicio de unas facultades atribuidas al Gobierno, contenidas en el artículo 27.4 de la Ley 30/1984, que no tiene ninguna relación con el contenido del precepto impugnado.

Bajo la rúbrica general de "exclusividad de la función", y sobre la base de partida de la reserva de funciones a funcionarios sujetos al estatuto funcionarial, establecido en el artículo 92 de la Ley 7/1985, y de lo limitado de la excepción contenida en el apartado 4 de ese mismo precepto, se dice que esa regulación quiebra en el Real Decreto, ya que se prevé que la fe pública y el asesoramiento preceptivo se delegue en funcionarios que no tengan habilitación de carácter nacional, delegación que, a su vez, entiende la parte contraria al artículo 4 de la LPA, extendiendo esa crítica genérica a los artículos 13.2, 17.2, 18.3 y 42.2.

Para el Abogado del Estado, sin embargo, dichos preceptos son perfectamente legales por las siguientes razones:

a) Los artículos 13.2 y 17.2 obedecen a la complejidad de la organización de las grandes Corporaciones en las que la delegación es indispensable; respetan el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, que reserva a personal sujeto a estatuto funcionarial las funciones de fe pública y asesoramiento preceptivo; se trata de una decisión adoptada por la Corporación en legítimo ejercicio de sus facultades de autoorganización reconocidas en el artículo 4.º de dicha Ley; y no se desplaza del Secretario la responsabilidad administrativa.

b) El artículo 18.3 y 4 tiene plena cobertura en el artículo 92.4 de la Ley 7/1985; la excepcionalidad está justificada si se tiene en cuenta que entre las Corporaciones Locales a que se refiere el precepto reglamentario puede darse el caso de que, por el reducido volumen presupuestario, el desempeño por funcionario de habilitación de carácter nacional puede ser excesivamente costoso, e innecesario; es obligatorio en esas entidades el puesto de interventor, de modo que queda garantizado en todo caso el correcto funcionamiento de las funciones de Tesorería; y no puede admitirse que la excepción prevista en el artículo 92.4 de la Ley tenga que ser establecida por norma con rango legal, pues la expresión "legislación del Estado" hace referencia al bloque normativo constituido también por las normas reglamentarias estatales.

c) Finalmente, el artículo 42.2 no hace sino establecer unos criterios razonables que permitan resolver los supuestos de insuficiencia de personal que puedan plantearse, especialmente en unos momentos de gran escasez de funcionarios con habilitación de carácter nacional y, por tanto, de numerosas vacantes; y el precepto impide que las Corporaciones locales puedan cubrir las vacantes con arreglo a sus propios criterios, estableciendo una graduación de fórmulas a seguir, siendo precisamente excepcional el nombramiento interino, que, en todo caso, efectúa la Administración del Estado.

Bastaría con que acogiéramos por simple remisión la tesis del Abogado del Estado, para rechazar la impugnación de la parte recurrente. Pero conviene observar que la Sala, como al principio se indicó, ya se ha pronunciado sobre impugnaciones en todo similares a la que ahora nos ocupa, que rechazó en la antes citada Sentencia de 4 diciembre 1990, Fundamentos de Derecho 3.º, 4.º y 7.º, que conviene reiterar aquí literalmente:

"Respecto de los artículos 13, párrafo 2, y 17, párrafo 2, del Decreto recurrido, que regulan la posibilidad de que las funciones de fe pública y asesoramiento legal relativas a Juntas, Organos o Entidades dependientes de la Corporación distintas de la Alcaldía, Pleno y Comisión de Gobierno, pueden ser encomendadas por la Corporación

a funcionarios propios carentes de habilitación nacional, a propuesta del titular de la Secretaría y que actuarán como delegados de éste, y el segundo esa misma posibilidad en relación a las funciones de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera, la entidad recurrente pretende su invalidez con el fundamento de que carecen de cobertura legal, ya que según afirma: a) desbordan el artículo 92, párrafo 3, de la Ley de Bases del Régimen Local, que atribuye exclusivamente la función de asesoramiento, etc., y control económico, a funcionarios con habilitación nacional; b) se opone al artículo 4.º de la Ley del Procedimiento Administrativo, que únicamente admite la delegación por norma con rango de Ley; c) porque también se infringe ese artículo, dado que quien delega no es el Secretario o Interventor, titular de la competencia, sino la Corporación, limitándose aquél a la mera propuesta. Mas tampoco es apreciable dicha pretensión, ya que la titularidad orgánica del sector en que se desarrollan las funciones discutidas pertenece a la Corporación, a quien han de imputarse los efectos jurídicos externos de la actividad de esos funcionarios; de ahí que sea lícito que pueda la Corporación ejercitar la de delegación en el sentido de los preceptos impugnados en uso de las potestades de autoorganización que le confiere el artículo 4.1.a) de la Ley de Bases de Régimen Local. Sin que con la regulación recurrida se vulneren las facultades de los funcionarios con habilitación nacional, en los términos del artículo 92, párrafo 3, de la Ley de Bases de Régimen Local, que únicamente alude a que 'la responsabilidad administrativa' derivada de esas facultades se reserva a dichos funcionarios, pues se les atribuye la propuesta de la delegación, y se sigue manteniendo su responsabilidad administrativa por el resultado de la actuación del delegado, vistos los normales efectos de la delegación. Sin que quepa también hablar de infracción del artículo 4.º de la Ley del Procedimiento Administrativo, en cuanto que, según se ha dicho, la delegación la realiza la Corporación como titular del órgano externo en que se engloba la actuación de esos funcionarios con habilitación nacional, en uso de las potestades autoorganizatorias, conferidas por un precepto con rango legal —el artículo 4.º de la Ley de Bases del Régimen Local—.

En cuanto al artículo 18, párrafos 3 y 4, del Decreto 1174/1987, por los que se dispone que en las Corporaciones cuya Secretaría esté clasificada en segunda clase sin agrupación para sostener en común un puesto Técnico de Intervención, serán las relaciones de puestos de trabajo de la Corporación, las que determinarán si el puesto de trabajo de tesorería está reservado a funcionarios con habilitación nacional o puede ser desempeñado por funcionarios cuya selección corresponda a la propia entidad, y que en las Corporaciones con Secretaría de 3.ª, la responsabilidad por las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación podrá ser atribuida a miembros de la Corporación o a funcionarios cuya selección corresponda a la propia Corporación, la invalidez la funda el actor en la supuesta oposición al artículo 92, párrafo 4, de la Ley de Bases del Régimen Local, ya que según dice: aunque este precepto admite la posibilidad de que la responsabilidad administrativa de las funciones indicadas pueda ser atribuida a miembros de la Corporación, o a funcionarios sin habilitación nacional, tal posibilidad está limitada a aquellos casos excepcionales que así se determine por la legislación del Estado, mientras que en el precepto reglamentario la excepción se convierte en regla general y se establece por norma sin rango legal; aparte de que ese precepto legal —el artículo 92, párrafo 4, de la Ley de Bases del Régimen Local— sería inconstitucional por posibilitar, si acaso, una regulación reglamentaria en una materia sujeta a reserva legal, sin limitación al ejecutivo.

Tales argumentaciones carecen de relevancia dado que el propio Decreto recurrido, a través del precepto cuestionado, justifica la excepcionalidad, dando cumplimiento a uno de los objetivos señalados para su existencia, en su propia Exposición de Motivos (párrafo 2.º de la misma), al aludir a que esa medida se posibilita en las Corporaciones con Secretaría de 2.ª, sin agrupación para sostener el puesto de tesorería, o de 3.ª (demás funciones), o bien por la circunstancia de que en el artículo 14 del Decreto impugnado mantiene, incluso en esas Corporaciones, las funciones de Intervención, con el consiguiente control del gasto del Tesorero y coordinación de la contabilidad, que garantiza la corrección de la función aunque sea ejercitada por funcionarios sin

habilitación nacional, justificando también la excepción legal. Sin que pueda afirmarse, en virtud de lo dicho, que haya una atribución generalizada, pues aparece referida a supuestos excepcionales, ni apreciarse infracción de reserva legal, pues la mención en el párrafo 4 del artículo 92 de la Ley de Bases de Régimen Local de la legislación del Estado puede tomarse como referente al bloque normativo del Estado, en el que se encuadra el Reglamento recurrido, que tiene ese origen; ni tampoco aducirse presunta inconstitucionalidad, pues no hay una remisión incondicionada del legislador a la acción reglamentaria del Gobierno, ya que se señala el límite de los supuestos excepcionales.

La invalidez del artículo 38.1, párrafo 2, y artículo 42, párrafo 2, del Reglamento argumenta el actor en razón a que la posibilidad excepcional que esos preceptos establece de que sean cubiertos puestos propios de funcionarios con habilitación nacional, por quienes no tengan ese carácter, bien como funcionarios provisionales o interinos, debe considerarse ilegal por falta de cobertura legal, al romper el principio establecido en el artículo 92, párrafo 3, de la Ley de Bases de Régimen Local, de que esas plazas han de ser atendidas por funcionarios con habilitación nacional. En esa regulación reglamentaria tampoco se aprecia infracción legal, pues los preceptos impugnados no hacen sino establecer criterios razonables que permitan hacer frente a eventualidades que no pueden llenarse con el sistema normal de provisión; adoptando suficientes garantías para evitar la arbitrariedad de las Corporaciones Locales, ya que es la Administración del Estado quien, en todo caso, efectuará los nombramientos, y que, en cualquier caso, encajan en los principios que inspiran el número 4 del artículo 92 de la Ley de Bases del Régimen Local, en que está prevista la posibilidad de que, excepcionalmente, puestos del tipo de los ahora afectados puedan ser desempeñados por quien no tenga habilitación de carácter nacional."

A mayor abundamiento, la impugnación del artículo 13.2, aunque en impugnación indirecta, ha sido también objeto de diversos recursos desestimados por reiteradas Sentencias, como las de 25 febrero 1993 (RJ 1993, 1191) (Rec. 10502/1990), 28 septiembre 1994 (RJ 1994, 7347) (Rec. 7468/1992) y 24 junio 1995 (RJ 1995, 5099) (Rec. 1144/1992).

Se impugna el artículo 34 del Real Decreto, porque se considera contrario al artículo 99 de la Ley 7/1985, por cuanto que, en tesis de la parte recurrente, mientras que en el precepto de la Ley se reserva para la Corporación Local un 25% de la puntuación del Baremo, el precepto reglamentario fija el 25% como mínimo, de manera que si la Corporación Local quiere, ningún funcionario podrá acceder a la plaza.

Para el Abogado del Estado, el precepto reglamentario tiene su cobertura en el artículo 20.1.a) de la Ley 30/1984, se acomoda a lo dispuesto en el artículo 9.2 del RD 2617/1985, Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de Funcionarios de la Administración del Estado, de aplicación supletoria, se encuentra amparado en la potestad reglamentaria de desarrollo del artículo 59 de la Ley 7/1985, y viene ratificado por la reforma del artículo 20.1 de la Ley 30/1984 por la Ley 23/1988, que impone la exigencia de que en las convocatorias de concurso deberá incluirse la puntuación mínima para la adjudicación de las vacantes convocadas.

De nuevo la tesis del Abogado del Estado es la que reputamos correcta, y su aceptación basta para la desestimación de la impugnación del recurrente.

Pero es que además ésta carece de sentido, pues el que atribuye al precepto reglamentario recurrido y su relación con el precepto legal de contraste nada tienen que ver con el sentido lógico de dichos preceptos evidenciado por su simple lectura.

El precepto legal se refiere a los límites de las puntuaciones de méritos generales e implícitamente de los específicos. Y el reglamentario, contra lo que sostiene la parte recurrente, nada tiene que ver con esa distribución, ni afecta por tanto a la misma, sino que se refiere a la puntuación mínima necesaria para la posible inclusión en la propuesta de adjudicación de la plaza.

La falta de rigor de la crítica de la recurrente es, pues, en este punto, absolutamente palmaria.

A mayor abundamiento, también el precepto fue analizado, y proclamada su legalidad, en la tan citada Sentencia de 4 diciembre 1990, Fundamento de Derecho 6.º *in fine*, que dice sobre el particular:

“En cuanto al artículo 34, párrafo 2, del Reglamento, la posibilidad de señalamiento de límites mínimos en los concursos está implícita en la propia noción de concurso del artículo 20.1.a) de la Ley 30/1984; prueba de que esto es así es que el Decreto 2617/1985 que aprueba el Reglamento General de Puestos de Trabajo de funcionarios de la Administración General, de aplicación supletoria en todas las Administraciones públicas, establece en el artículo 9.º como imperativa exigencia, el establecimiento de puntuación mínima para que puedan adjudicarse las vacantes convocadas.”

Se impugna el artículo 12.1.b) y c), reprochándole que fija unas cantidades sin determinar cuál es la forma de cómputo, ya que “no es lo mismo los recursos ordinarios, o si a éstos añadimos las subvenciones, que pueden variar en forma extraordinaria según los años”, y que las del apartado b) y c) del número 1 debe ser completado en el sentido de determinar que las cantidades lo serán sobre el presupuesto único contando solamente los recursos ordinarios.

La contestación del Abogado del Estado es que no hay un motivo legal de invalidez discernible, y que no es misión de los Tribunales de este orden jurisdiccional determinar la procedencia de la redacción de un determinado precepto reglamentario, sino únicamente el examen de la legalidad formal o material.

Una vez más la tesis del Abogado del Estado es la procedente, sin que debamos añadir nada más para el rechazo de la absurda impugnación de la parte recurrente.

Finalmente, se impugna el artículo 23 del Real Decreto, que se tacha de discriminatorio en relación con el artículo 24, pues para la Subescala de Secretario-Interventor no se reconoce la misma posibilidad de promoción que para las de Secretario y de Intervención-Tesorería, de modo que a los funcionarios de aquella, para ascender en su carrera administrativa, no les queda otro remedio que acudir a la oposición o concurso-oposición, mientras que los de las otras escalas tienen los procedimientos regulados en el artículo 24, estimando la parte que esa limitación conculca los principios generales de la Ley 30/1984 y su desarrollo reglamentario del RD 2617/1985.

Para el Abogado del Estado la recurrente confunde el ascenso a la categoría superior dentro de la misma subescala, al que se refiere el artículo 24 del Real Decreto, con la promoción a una escala superior, regulada en el artículo 23, destacando que mientras que las Subescalas de Secretaría y de Intervención-Secretaría tienen dos categorías, y el artículo 24 regula el ascenso a la categoría superior dentro de la subescala, la Subescala de Secretaría-Intervención tiene una sola categoría, de modo que la promoción desde ella a cualquiera de las otras supone un cambio de grupo, constituyendo la promoción interna a que se refiere el artículo 22.1 de la Ley 30/1984, que sirve de cobertura al artículo 23 del Reglamento.

También en este punto final debemos aceptar, y hacer nuestra, la tesis del Abogado del Estado, para rechazar la del recurrente, siendo claro que ésta parte, una vez más, con total falta de rigor técnico, de la identificación de dos supuestos disímiles, para sostener que la diferencia es discriminatoria, cuando siendo supuestos distintos los de ascenso de categoría dentro de una subescala, sin cambiar de Grupo profesional, y de promoción de una subescala a otra superior, con cambio consecuente del primero deba trasladarse al segundo, lo que supondría trato igual de casos desiguales.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 27 noviembre 1997.*)

11. *Secretarios de la Administración de Justicia. Horario de trabajo. Legalidad del acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 20-7-94.*

«Por Acuerdo de 20 julio 1994 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial se procedió al desarrollo reglamentario de anterior Acuerdo de 9 septiembre 1987, por el que se reguló el horario de trabajo en la Administración de Justicia. Contra el referido acuerdo (publicado en el "BOE" de 23 de julio de 1994) han interpuesto el presente recurso contencioso-administrativo doña María Teresa F. B. R., doña María Teresa C. S. y don Félix M. M., todos ellos Secretarios Judiciales, solicitando, por las razones que a continuación vamos a examinar, que se declare nulo dicho acuerdo o, subsidiariamente, que se declaren nulos los artículos 4 y 5 en sus párrafos finales.

El primer motivo de la impugnación efectuada consiste en mantener que el acuerdo objeto del proceso viola el principio de jerarquía normativa y se comete con él una auténtica desviación de poder, ya que el artículo 97 de la Constitución otorga al Gobierno la potestad reglamentaria, que no puede atribuirse al Consejo General del Poder Judicial sin incurrir en desviación de los poderes del Estado. La impugnación debe rechazarse, porque el artículo 189.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que debemos aplicar en su redacción anterior a la reforma llevada a cabo por Ley Orgánica 16/1994, de 8 noviembre, dada la fecha del acuerdo combatido) establece que el horario de trabajo de los Juzgados y Tribunales, sus Secretarías y oficinas judiciales, será fijado por el Consejo General del Poder Judicial, sin que pueda ser inferior al establecido para la Administración Pública. En este sentido, la atribución de la potestad reglamentaria al Gobierno, realizada por el artículo 97 de la Constitución, no impide el ejercicio de la potestad de autoorganización de los distintos servicios de que dispone la Administración (en este caso el Consejo General del Poder Judicial), potestad que puede actuarse por medio de las oportunas normas reglamentarias. La potestad reglamentaria de organización de los servicios es la que en el presente caso ejerce legítimamente el Consejo General del Poder Judicial, con fundamento en una norma con rango de Ley, el antes mencionado artículo 189.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cuanto a la desviación del poder, este vicio de la actuación administrativa implica el ejercicio de potestades para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico (art. 83.3 de la Ley de la Jurisdicción), y los demandantes ni siquiera identifican qué fines hayan podido perseguirse con el acuerdo impugnado que se aparten de la finalidad de conseguir una adecuada organización del trabajo en los órganos jurisdiccionales. El motivo de la impugnación debe desestimarse.

El artículo 5 del Acuerdo de 20 julio 1994 dispone que el control del cumplimiento del horario por parte de los Secretarios de los Juzgados y Tribunales corresponde a los Jueces o Presidentes, respectivamente, y que ese control se llevará a cabo con los mismos medios utilizados para comprobar el cumplimiento del horario por los demás funcionarios. Mantienen los recurrentes que ello supone la igualdad de tratamiento del jefe de la oficina judicial con los demás empleados judiciales, jerárquicamente inferiores, pero no advertimos razón ni norma alguna por la cual deba disponerse que el control del horario de los Secretarios Judiciales haya de realizarse por medios distintos que el del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia. Afirma la demanda que la norma cuestionada puede ir en contra de la función de fe pública judicial que corresponde a los Secretarios conforme al artículo 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero con ello se olvida que esta fe pública se ciñe a las actuaciones judiciales, naturaleza que no tiene el cumplimiento y control del horario de trabajo. Entienden que el referido artículo 5 del acuerdo infringe el artículo 473.2 de la mencionada Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye a los Secretarios la jefatura directa del personal de la Secretaría, sin perjuicio de la superior dirección de Jueces y Presidentes, poniendo de manifiesto que el acuerdo impugnado confiere facultades en la materia a las Secretarías de Gobierno, al Ministerio de Justicia y al Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial. Sin embargo, esta alegación tampoco

puede prosperar, porque a las Secretarías de Gobierno sólo se les atribuye la función de recibir los listados de incidencias, con el fin de facilitar las facultades inspectoras de los Presidentes y del Consejo General del Poder Judicial (art. 4 del Acuerdo). Las funciones del Servicio de Inspección del Consejo son las que resultan de los artículos 148 y 107.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y las del Ministerio de Justicia (último párrafo del artículo 4 y artículos 7 y 10) se ajustan a las competencias que le otorga el artículo 455 de dicho Texto Legal respecto a todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, entre las que se incluye el régimen disciplinario. En suma, el Acuerdo de 20 julio 1994 no priva al Secretario Judicial de su función de jefatura directa del personal de la Secretaría, que no es una función exclusiva y excluyente de toda otra potestad administrativa, sino que está sujeta a limitaciones y controles, como toda función pública. La invocación genérica del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales (aprobado por Real Decreto 429/1988, de 29 abril), sin otra precisión, carece de eficacia para incidir en los problemas planteados y resueltos conforme a lo anteriormente expuesto. Los diversos motivos de impugnación que se incluyen en este número segundo de los fundamentos jurídicos de la demanda deben, pues, ser desestimados.

Alegan los recurrentes que el artículo 5 del acuerdo reglamentario impugnado infringe, modificándolo, el artículo 472 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual los Secretarios Judiciales integran un solo Cuerpo, que se regirá por lo establecido en esta Ley y en las normas reglamentarias orgánicas que la desarrollen, razonando que al otorgarse la misma calidad o jerarquía en la forma de control de horarios al jefe de la oficina judicial que a los demás funcionarios se modifica el *status* jurídico de la figura del Secretario, lo que no puede hacerse, a su juicio, por la vía que se ha realizado. También este motivo de impugnación debe ser rechazado, pues es evidente que el artículo 472 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no impide, excluye o menoscaba la potestad organizatoria de los correspondientes servicios que el ordenamiento atribuye al Consejo General del Poder Judicial, más aún cuando, como en el caso debatido, existe norma en la Ley Orgánica que le inviste específicamente de la potestad de fijar el horario de trabajo de los Juzgados y Tribunales, sus Secretarías y las oficinas judiciales (art. 189.1). La alegación debe ser desestimada.

Pide finalmente la demanda la nulidad del expediente que dio origen al acuerdo impugnado, por no haber existido comunicación a los interesados, como establece el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, citando asimismo el artículo 31, en cuanto al concepto de interesados, y poniendo de manifiesto que no se ha dado audiencia a las organizaciones que agrupan a los Jueces y a los Secretarios, a cuyos colectivos se ha causado indefensión. La impugnación no puede prosperar, ya que, constituyendo el Acuerdo 20 julio 1994 una disposición de carácter general, el procedimiento para su elaboración (art. 142.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) es el regulado por el capítulo primero del Título VI de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958, declarado expresamente vigente por la disposición derogatoria única, apartado 1, letra b), de la Ley 6/1997, de 14 abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y, anteriormente, por la disposición derogatoria de la citada Ley 30/1992 —apartado 2, letra b)—. En la elaboración de disposiciones de carácter general sólo debe oírse a las entidades que por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición de que se trate (art. 130.4 de la Ley 17 julio 1958), precepto interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que únicamente es preceptiva, bajo sanción de anulación, la audiencia de entidades, asociaciones o colegios profesionales que no sean de carácter voluntario y representen intereses de carácter general o corporativo (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 enero y 22 mayo 1991 [RJ 1991, 552 y 4337] y 27 marzo 1993 [RJ 1993, 1918]), cualidades que no concurren en las Asociaciones profesionales de Jueces y Secretarios, únicas a las que los recurrentes aluden, que son de carácter voluntario, por lo que su audiencia en los procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general no es preceptiva bajo sanción anulato-

ria, lo que lleva consigo la desestimación de este último fundamento de la impugnación y, con él, del recurso contencioso-administrativo.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 28 noviembre 1997.*)

V. INCOMPATIBILIDADES

1. *Incompatibilidades. Jueces y Magistrados. Actuación como abogado en procedimientos penales en que era parte el padre de la sancionada. Infracción muy grave.*

«La recurrente, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Marbella, impugna la Resolución del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 diciembre 1994, por la que se desestimó el recurso ordinario interpuesto contra la Resolución de la Comisión Disciplinaria de dicho Consejo General de 28 abril del mismo año por la que se le impuso la sanción de suspensión por tiempo de un mes como autora de una falta grave de infracción de las incompatibilidades establecidas en la Ley, prevista en el artículo 417.1.º; en relación con los artículos 389.6.º y 397 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Resolución recurrida declara que los hechos a que se contrae el expediente disciplinario "se concretan en las actuaciones judiciales siguientes: a) El día 27 de enero de 1993, el Procurador de los Tribunales don Manuel F. H., en nombre y representación de don Jesús D. T., suscribió junto a la Magistrada doña Blanca D. escrito que presentó ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Pola de Lena, en el que la Magistrada-Juez asumió como Letrada la acusación en las diligencias previas seguidas en el Juzgado número 2 de esta localidad, bajo el número 428/1992, haciendo suyo el contenido de la querrela origen de estas diligencias y reiterando la práctica de determinados medios de prueba. b) Las mismas partes, Procurador y Magistrada, formularon recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el Auto de 1 febrero 1993, por el que se archivaron dichas diligencias, recusando mediante otrosí al titular del Juzgado número 2 de Pola de Lena. c) La Magistrada, por medio de escrito de fecha 4 de febrero de 1993, formuló en defensa de su padre, don Jesús D. T., recurso de apelación contra la sentencia recaída en el Juicio de Faltas 91/1992 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Pola de Lena. d) Asimismo, la expresada Magistrada redactó y suscribió como Letrada la querrela criminal de antejuicio promovida por su padre contra el titular del Juzgado número 2 de Pola de Lena. La Magistrada solicitó habilitación del Colegio de Abogados de Oviedo para actuar en nombre de su padre, don Jesús D. T., ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Pola de Lena en las diligencias previas 428/1992 y Juicio de Faltas 91/1992, que le fue concedido por Decreto del Excmo. Sr. Decano, de fecha 25 enero 1993; de forma que cuando la habilitación se concedió se encontraban en tramitación tanto las diligencias previas 428/1992, como el Juicio de Faltas 91/1992. Las primeras iniciadas en virtud de querrela criminal presentada por don Jesús D. T., sobre prevaricación y falsedad frente a diversas personas que ocupaban u ocuparon cargos en el Ayuntamiento de Aller (Asturias), y las segundas como consecuencia de la denuncia efectuada por los miembros de la Corporación Municipal de Aller contra don Jesús D. T. por desacato". Con anterioridad a estas actuaciones, añade la resolución recurrida, "la expedientada solicitó del Consejo General del Poder Judicial con autorización para interesar del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo la oportuna habilitación para asumir la defensa de su padre, denunciado por la Corporación Municipal de Aller, por un supuesto delito de desacato; y la Comisión Permanente en su reunión del día 8 de septiembre de 1992 le denegó la compatibilidad dejando a salvo el derecho reconocido en el artículo 102 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; reiterando nueva solicitud la interesada a este Consejo, bajo la forma de 'autorización para

ejercer la acción penal por delito cometido contra su padre, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y la Comisión Permanente, por su Acuerdo del día 12 enero 1993, le comunicó que no necesitaba la compatibilidad para actuar conforme a lo dispuesto en la citada disposición legal”.

Se alega en la demanda que la resolución recurrida vulnera el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución, por entender que la Ley Orgánica del Poder Judicial no contempla como sanionable la conducta realizada por la actora y que tampoco en el caso el requisito esencial de culpabilidad, pues “lo que establece el artículo 389.6.º LOPJ es la incompatibilidad en el ejercicio de la Abogacía, y si contemplamos lo que se entiende por Abogado en el Estatuto General de la Abogacía... es... evidente que ninguno de los requisitos para ser considerado abogado concurren en la persona de mi representada”, ya que “doña Blanca Esther D. G. no se hallaba incorporada con carácter de ejerciente a Colegio de Abogados alguno, puesto que su actuación se llevó a efecto en virtud de habilitación solicitada y obtenida para caso concreto, ni posee despacho profesional alguno, ni ha defendido intereses ajenos, ya que lo único que ha intentado es la salvaguarda de los intereses de su padre”; por otra parte, añade la actora, “para que el ejercicio de la Abogacía sea considerado como tal, no es suficiente la realización de un acto aislado, sino que se precisa una pluralidad de actuaciones, y aun en tal caso, que éstas tengan una relevancia o entidad suficiente”, lo que, a su juicio, no ocurre en la conducta sancionada.

A los anteriores razonamientos, dirigidos a demostrar la pretendida infracción del artículo 25 de la Constitución, agrega la demandante que “más grave resultaría aún apoyar la infracción de la norma en otra permisiva de actuaciones penales a Magistrados, de muy confusa redacción y contraria incluso al principio de igualdad de las partes, por lo que resultaría atentario al artículo 24.1 de la Constitución española”.

Por último, se aduce en la demanda que “el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo del Poder Judicial, del día 12 enero 1993, por el cual se comunica a mi representada que no requiere autorización para ejercitar la acción penal, de conformidad con el artículo 102.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es susceptible de interpretarse extensivamente para el ejercicio de la dirección letrada de mi representada en la defensa de su padre, al no haberlo negado expresamente el Consejo General del Poder Judicial, ya que, en todo caso, se trata de una decisión confusa en sus términos y poco precisa, por lo que ha de aceptarse como razonable que mi representada realizara una interpretación conducente a salvaguardar el fundamental derecho de defensa que reconoce la Constitución española, y, por tanto, cohonorable y comprendida en el supuesto contemplado por el artículo 102.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere sólo al ejercicio de la acción penal, ahdiéndose así, en este punto, al razonamiento llevado a cabo por el Escmo. Sr. Vocal del Consejo General del Poder Judicial, señor don José Juan D. L., quien estimó que la decisión adoptada por la Comisión Permanente era confusa y permitía hacer una interpretación distinta por la Magistrada, entendiéndose, además, que el derecho de defensa que reconoce el artículo 24 de la Constitución española debe incluirse en el supuesto contemplado en el artículo 102.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, y que la actora “cuenta con el informe favorable del Fiscal, en el que se recoge: ‘la Magistrada, cumplidos los requisitos del artículo 102.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no precisaba de autorización del Consejo, para el ejercicio de la acción penal, tal como por el mismo se le informó’. La duda surge en torno a si la facultad concedida por el artículo 102.3 comporta también, por la indudable cualificación de Magistrado, la de realizar los actos propios de la dirección letrada en el proceso resultante (...). A nuestro juicio, tal cuestión debería resolverse en sentido afirmativo, ya que lo contrario no sólo supondría una exasperación interpretativa del grave rigor que en materia interpretativa ofrece la Ley Orgánica, sino un agravio comparativo carente de fundamento razonable, en relación con lo establecido al respecto para los miembros del Ministerio Fiscal, sometidos, por lo demás, a idéntico régimen de prohibiciones e incompatibilidades”.

Con relación a la pretendida vulneración del artículo 25.1 de la Constitución, que la demandante invoca por considerar que su conducta no puede subsumirse en el tipo

de infracción del artículo 417.1.º, en relación con el artículo 389.6.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al entender que las actuaciones que llevó a cabo ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Pola de Lena, en defensa de los intereses de su padre, no pueden calificarse propiamente de "ejercicio de la Abogacía", debe señalarse que el principio de legalidad consagrado en el citado precepto de legalidad consagrado en el citado precepto constitucional y aplicable tanto en el ámbito estrictamente penal como en el derecho administrativo sancionador, comprende una doble garantía: la primera, de orden material, consiste en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes; la segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas que tipifiquen dichas conductas y regulen las sanciones aplicables, ya que la expresión "legislación vigente", que utiliza dicho artículo 25.1, supone el establecimiento de una reserva de Ley en materia sancionadora, según ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional. Pues bien, ambas garantías aparecen respetadas en el presente caso, puesto que tanto la falta disciplinaria apreciada como la sanción impuesta se hallan previstas en los artículos 417.1.º (en su redacción anterior a la LO 16/1994), en relación con el artículo 389.6.º y 420.1.º y 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que priva de fundamento a la alegada infracción del principio constitucional de legalidad, sin que, frente a lo que en la demanda se afirma, dicho principio garantice también el acierto de la calificación jurídica de la conducta sancionada, pues ello constituye una cuestión de legalidad ordinaria ajena al contenido del derecho fundamental reconocido en el artículo 25.1 de la Constitución.

Tampoco es aceptable la infracción del principio de culpabilidad, ya que se trata de la sanción de una conducta voluntaria que no puede ampararse en un error de prohibición inducido por la Administración, como en la demanda se insinúa, pues las decisiones de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, a las que alude la actora, no adolecieron de oscuridad ni pudieron crear confusión alguna, ya que habiendo solicitado aquella "autorización para interesar del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo oportuna habilitación y proceder a asumir la defensa de su progenitor", que había sido denunciado por determinados miembros del Ayuntamiento de Aller, la Comisión Permanente del Consejo, en sesión de 8 de septiembre de 1992, acordó: "Denegar la petición de doña Blanca D. G., Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Marbella (Málaga), en cuanto interesa autorización para asumir la defensa de un pariente, dejando a salvo el derecho reconocido en el artículo 102 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si se pretendiera ejercitar acción penal por parte del pariente, lo que no se deduce de su petición"; y solicitada más tarde por la demandante "autorización para ejercitar la acción penal por delito cometido contra su padre, Jesús D. T., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102.3 de la LECrim", la Comisión Permanente, en su reunión de 12 de enero de 1993, resolvió: "Comunicar a doña Blanca D. G., Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Marbella, y en relación a su solicitud de 23 de diciembre de 1992, que en el supuesto previsto en el artículo 102.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Juez o Magistrado no precisa autorización expresa para actuar de conformidad con el precepto siempre que concurren los requisitos que aquél establece". Se trata, pues, de dos decisiones que respondían con claridad y precisión a dos peticiones perfectamente diferenciadas, cuya formulación ponía de manifiesto que la actora conocía el sentido y el alcance de lo dispuesto en el artículo 102.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que, por consiguiente, no confundía, como no podía ser de otro modo dada su condición de Magistrada, la legitimación para ejercitar la acción penal, a que se refiere dicho precepto, con la postulación procesal por medio de procurador y con la asistencia de Abogado.

No considera la Sala que el Acuerdo de la Comisión Permanente de 12 enero 1993 fuera susceptible de ser interpretado en el sentido que la demanda señala, pues, aparte de la claridad de sus términos, ya se había denegado a la actora por el Acuerdo de 8 septiembre 1992 la autorización que inicialmente solicitó para interesar del Consejo de Abogados la oportuna habilitación a fin de asumir la defensa de su padre, dejando

a salvo dicho Acuerdo el derecho reconocido en el artículo 102.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de manera que difícilmente podía entender la interesada que el Acuerdo posterior, por el que se le aclaraba que no necesitaba autorización para actuar conforme a lo dispuesto en el citado precepto, era extensivo a la asunción de la dirección letrada, pues en ambos acuerdos se distinguía entre el ejercicio de la acción penal y la actuación como Abogado, esto es, entre la legitimación y la postulación procesal, conceptos que, ha de insistirse, no podía confundir la actora, a lo que cabe añadir que, en cualquier caso, su actuación en el juicio de faltas seguido a su padre no tiene encaje en el supuesto que contempla el artículo 102.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Igual suerte desestimatoria debe seguir la objeción que se formula a la calificación jurídica de los hechos, por entender la recurrente que no existió por su parte ejercicio de la Abogacía, ya que se trató de una actuación aislada para salvaguardar los intereses de su padre, que llevó a cabo, además, sin reunir los requisitos necesarios para ser considerada como Abogado a tenor de lo dispuesto en el Estatuto General de la Abogacía, pues, frente a lo que se afirma en la demanda, debe señalarse que la norma disciplinaria aplicada no exige la reiteración de la conducta sancionada y, por otra parte, las actuaciones practicadas evidencian que la demandante actuó como Abogado, realizando actos propios de una dirección letrada, en los dos procedimientos penales en que intervino, para lo que solicitó y obtuvo la oportuna habilitación colegial, infringiendo así el régimen de incompatibilidades previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que difiere en este punto del señalado en el Estatuto del Ministerio Fiscal, por lo que ha de concluirse que los hechos fueron correctamente calificados como constitutivos de la falta muy grave del artículo 417.1.º, en relación con el artículo 389.6.º de dicha Ley Orgánica, si bien con la aplicación de la sanción correspondiente en su cuantía mínima en consideración, como declara la resolución recurrida, a las circunstancias concurrentes, especialmente las de carácter humano y familiar.

Por último, alude la demandante a una hipotética vulneración del artículo 24.1 de la Constitución para el caso, dice, de que la infracción de la norma disciplinaria se apoyara "en otra permisiva de acciones penales a Magistrados, de muy dudosa redacción y contraria incluso al principio de igualdad de partes", con lo que parece referirse a lo dispuesto en el artículo 102.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El alegado no tiene posibilidad alguna de éxito, pues aparte de que la sanción impuesta no se apoya en dicho precepto, el fundamento y la claridad de redacción de éste son patentes, sin que se alcance a comprender por qué razón tal norma puede ser lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 18 noviembre 1997.*)

2. Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia y actividad privada de asesor contable realizada por cuenta propia fuera de horas de servicio. Inexistencia de incompatibilidad, por carecer de cobertura legal tanto el artículo 76.d) del Reglamento Orgánico aprobado por RD 2003/86 como el actual artículo 79.d) del nuevo Reglamento, aprobado por RD 249/96, de 16 de febrero.

«El Abogado del Estado impugna en este recurso de casación la Sentencia de la Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 22 octubre 1994, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Pablo S. G. contra la resolución de desestimación por silencio del recurso de reposición interpuesto contra la de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia de 6 octubre 1992, y contra esta resolución, por la que se le denegaba la compatibilidad solicitada entre la actividad privada de asesor fiscal

contable y la pública de Agente de la Administración de Justicia, con destino en la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia.

La sentencia, que expresamente se refiere a otra de la propia Sala de 25 marzo anterior en la que, según dice, "la misma cuestión que se plantea en este recurso ya ha sido tratada y resuelta por la Sala" en dicha sentencia, se funda sintéticamente en entender que el sistema de incompatibilidad de los funcionarios públicos es materia reservada a la Ley por el artículo 103.3 de la Constitución; que el artículo 76.d) del Reglamento Orgánico 19 septiembre 1986, en cuya aplicación se fundó la resolución administrativa recurrida, no tiene cobertura legal en el artículo 489 de la LOPJ, que enumera la causa de incompatibilidad de los Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia; que la causa prevista en el citado artículo 76.d) de dicho Reglamento sólo aparece en el artículo 389.7.º de la citada LOPJ, limitado a las incompatibilidades de los Jueces y Magistrados, y no aplicable al caso del recurrente; y que, en consecuencia, no estando prevista la causa de incompatibilidad en cuestión ni en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni en la Ley 53/1984, de 26 diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, procedía la estimación del recurso.

El recurso del Abogado del Estado es idéntico en su contenido, como la sentencia ahora recurrida lo era a la que se recurría en dicho recurso, al resuelto por esta Sala en Sentencia de 21 de abril pasado (RJ 1997, 3010) (Recurso núm. 5184/1994); por lo que, por lógicas exigencias de unidad de doctrina e igualdad en la aplicación de la Ley, se aconseja aquí reproducir en su literalidad los fundamentos de derecho 2.º a 4.º de la precedente sentencia, para desestimar el presente recurso, sin más cambios que los del nombre y cargo del demandante en este proceso.

El recurso se fundamenta en un único motivo de casación, que se formula al amparo del número 4.º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, alegando infracción por la sentencia de instancia del artículo 76.d) del Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, aprobado por Real Decreto 2003/1986, de 19 septiembre (en lo sucesivo, Reglamento Orgánico de 1986). El artículo 76.d) señalado establece que los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales, sin perjuicio de estar sujetos a las causas de incompatibilidad que se prevén en la legislación general para los funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas, serán incompatibles "con todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido". Conviene precisar que la norma se reitera, sin variación alguna, en el artículo 79.d) del nuevo Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al Servicio de la Administración de Justicia, aprobado por Real Decreto 249/1996, de 16 febrero. A juicio del señor Abogado del Estado, el artículo 76.d) del Reglamento Orgánico de 1986 tiene cobertura legal en los apartados 2.º, 3.º y 6.º del artículo 489 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, en última instancia, en los artículos 1.3 y 11.1 de la Ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Debemos desestimar el motivo casacional invocado por la parte recurrente, ya que entendemos que la incompatibilidad que establece el artículo 76.d) del Reglamento Orgánico de 1986 no tiene cobertura legal en ninguno de los preceptos que al efecto se enumeran:

a) El número 2.º del artículo 489 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al declarar incompatible el puesto de trabajo de Auxiliar de la Administración de Justicia con "todo empleo, cargo o profesión retribuida", no lo hacen en términos absolutos, sino "de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas", lo que remite el problema al examen de las normas de la Ley 53/1984, que la parte recurrente alega específicamente (arts. 1.3 y 11.1) y que después serán objeto de singular consideración.

b) El número 3.º del artículo 489 declara la incompatibilidad "con el ejercicio de la Abogacía o el de la Procuraduría o cualquier otra profesión que habilite para actuar ante Juzgados y Tribunales". El precepto va dirigido a prohibir la compatibilidad con

el ejercicio de la Abogacía en cuanto se trate de funciones que corresponden en exclusiva a estos profesionales de la ciencia y técnica jurídicas (art. 8 del Estatuto General de la Abogacía Española, que cita el señor Abogado del Estado). Sin embargo, entendemos que la asesoría tributaria y fiscal, dada la multiplicidad de conocimientos que exige, que no se limitan al ámbito de la ciencia y técnica del Derecho, no puede encuadrarse en la prohibición del ejercicio de la Abogacía a que se refiere el apartado cuestionado.

c) El número 6.º del artículo 489 prescribe la incompatibilidad del puesto de Auxiliar de la Administración de Justicia "con el desempeño de los cargos de Gerente, Consejero o Asesor de empresas que persigan fines lucrativos". Fácilmente se advierte que la incompatibilidad alude al desempleo de "cargos" en las empresas, esto es, de puestos de trabajo retribuidos y permanentes dentro de la empresa, por lo que no alcanza al caso objeto del litigio.

d) Por último, se trata de buscar la cobertura legal de la incompatibilidad contenida en el artículo 76.d) del Reglamento Orgánico de 1986 en los artículos 1.3 y 11.1 de la Ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que se refieren al "ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, públicos o privados, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes (del funcionario) o comprometer su imparcialidad o independencia" (art. 1.3); así como a la imposibilidad de "ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares, que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde (el funcionario) estuviera destinado". Tampoco estas normas proporcionan la cobertura legal invocada porque, desempeñando don Pablo S. G. el puesto de trabajo de Agente Judicial en la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, no se advierte en qué aspectos el ejercicio de sus funciones puede entenderse que se ve menoscabado o comprometido en su imparcialidad o independencia, o se encuentra relacionado directamente con la actividad de asesoramiento tributario y fiscal que se pidió compatibilizar en un horario no concurrente con el de trabajo en la Audiencia, ni la parte recurrente ofrece un razonamiento que permita entender que han de producirse las circunstancias invocadas.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 4 diciembre 1997.*)

VI. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIOS

1. *Jueces sustitutos. Cese por convertirse el Juzgado de Distrito en Juzgado de Paz. Procedencia.*

«Por Acuerdo 20 diciembre 1989 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (publicado en el "BOE" del 23 de diciembre) se reguló la situación en que habían de quedar los Jueces en régimen de provisión temporal y sustitutos, con motivo de las transformaciones y supresiones de los Juzgados de Distrito, que habían de tener lugar el próximo día 28 de diciembre, de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el artículo 41 de la Ley 38/1988, de 28 diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, y en los artículos 19 y siguientes del Real Decreto 122/1989, de 3 febrero, por el que se dispusieron medidas para la efectividad de la planta judicial. El apartado 2.2 del citado Acuerdo 20 diciembre 1989 previno que los Jueces sustitutos de Juzgados de Distrito que en la fecha expresada se transformen en Juzgados de Paz habrán de cesar en tal momento, participándolo así a la correspondiente Sala de Gobierno, que lo hará saber al Consejo General del Poder Judicial. Como consecuencia de ello, el 28 de diciembre de 1989, don Félix A. M., Juez sustituto del Juzgado de Distrito de Campollos (Málaga), nombrado

para el año judicial 1989-1990 por Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 26 octubre 1989, cesó en el ejercicio de su cargo. Don Félix A. M. dirigió escrito al Consejo General del Poder Judicial, que éste calificó como recurso de reposición, frente al Acuerdo 20 diciembre 1989. Por Resolución de 3 mayo 1990 el Pleno del Consejo decidió desestimar el recurso de reposición contra el Acuerdo citado de 20 diciembre 1989 e inadmitir, por incompetencia del Consejo, las peticiones indemnizatorias del recurrente, ordenando remitir las actuaciones referentes a tal pretensión al Ministerio de Justicia, para que las haga llegar al Consejo e Ministros, por ser el órgano competente para decidir en relación con las mismas. Frente a este acto administrativo, don Félix A. M. ha promovido el presente recurso contencioso-administrativo, en el que solicita que se declare la nulidad de pleno derecho de los Acuerdos 20 diciembre 1989 y 3 mayo 1990 y, en consecuencia, condene al Consejo General del Poder Judicial a estar y pasar por esta resolución, dando cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 84.c) de la Ley Jurisdiccional, en cuanto a su derecho a la percepción de la correspondiente indemnización por los salarios dejados de percibir desde la fecha del cese hasta la expiración del nombramiento.

La primera razón que la parte recurrente invoca contra los acuerdos impugnados consiste en mantener que no existen más causas legales de cese de los Jeces en régimen de provisión temporal que las señaladas en el artículo 433 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en su redacción anterior a la Ley Orgánica 16/1994), entre las que no se encuentra la eliminación del órgano jurisdiccional para el que el Juez fue nombrado o la transformación del mismo. A ello debemos oponer que la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica del Poder Judicial ya previno la transformación de los actuales Juzgados de Distrito en Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, o, en su caso, de Paz, precepto que fue desarrollado por el artículo 42.2 de la Ley 38/1988, de Demarcación y de Planta Judicial, que estableció el plazo de un año para la conversión de los actuales Juzgados de Distrito en Juzgados de Primera Instancia, de Instrucción, de Primera Instancia e Instrucción o, en su caso, de Paz. Esta conversión, ordenada por la ley, había de producir los efectos que le eran propios y, en el supuesto de Juzgados de Distrito transformados en Juzgados de Paz, cuyos titulares y sustitutos habían de ser designados por el procedimiento establecido por el artículo 101.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (elección por el Pleno del Ayuntamiento con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros), implicaba necesariamente el cese de los Jueces sustitutos de los Juzgados de Distrito, que estaban nombrados para un cargo de carácter eminentemente temporal y que, como lógica consecuencia de ello, habían de cesar en el cargo para el que habían sido nombrados si el correspondiente Juzgado de Distrito se transformaba en Juzgado de Paz, órgano en el que no podían continuar desempeñando sus funciones. El cese, en consecuencia, obedecía a una causa legal, aunque no estuviese prevista en el artículo 433 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero que resultaba de la aplicación de la disposición transitoria tercera de dicha Ley en relación con lo prevenido en la Ley de Demarcación y de Planta Judicial. El motivo de impugnación debe ser desestimado.

Alega don Félix A. M. que en el Acuerdo 20 diciembre 1989 la transformación de los Juzgados de Distrito no afectó de igual manera a todos los Jueces sustitutos, pues mientras los que servían su cargo en Juzgados de Distrito que se convirtieron en Juzgados de Primera Instancia e Instrucción continuaron desempeñando sus cargos por el tiempo para que fueron nombrados, los designados para Juzgados de Distrito que se transformaron en Juzgados de Paz hubieron de cesar en sus funciones el 28 de diciembre de 1989. Tampoco este argumento es bastante para anular la resolución impugnada, puesto que la distinción que se pone de manifiesto obedece a una motivación objetiva y razonable, consistente en la imposibilidad de que los Jueces sustitutos de los Juzgados de Distrito pudiesen seguir sirviendo sus cargos en los Juzgados de Paz en que se transformaron dichos Juzgados de Distrito, habida cuenta del procedimiento especial de designación de los Jueces de Paz y de sus sustitutos a que ya hemos hecho referencia (art. 101.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por tanto, debemos rechazar la pretensión de declarar nulo de pleno derecho el Acuerdo del Pleno

del Consejo General del Poder Judicial de 20 diciembre 1989, por concurrir las causas previstas en los apartados *a)* y *c)* del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958 (vigente cuando se dictó la resolución impugnada), ya que ni el Consejo General del Poder Judicial carecía de competencia para adoptar dicho acuerdo, puesto que le corresponde dictar las resoluciones procedentes sobre situaciones administrativas de los Jueces y Magistrados (art. 107.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ni prescindió del procedimiento legalmente establecido, no indicando el recurrente qué procedimiento debió seguirse para dictar el Acuerdo 20 diciembre 1989 o qué trámites sustanciales se han omitido en dicho procedimiento. El Pleno del Consejo General del Poder Judicial adoptó el Acuerdo de 20 diciembre 1989 en virtud de sus competencias de ordenación general y resolvió en forma el escrito de impugnación hecho valer por don Félix A. M. mediante el Acuerdo 3 mayo 1990, resoluciones ambas que aparecen cumplidamente motivadas. Debemos, pues, rechazar también las alegaciones antes expuestas en que el recurrente pretende fundar su recurso.

Hemos de desestimar igualmente la pretensión indemnizatoria que don Félix A. M. hace valer, vinculándola a la nulidad de pleno derecho de los Acuerdos 20 diciembre 1989 y 3 mayo 1990, nulidad que, como hemos dejado expresado, no se produce. Ahora bien, debemos en este punto ratificar el criterio mantenido por la Resolución del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 3 mayo 1990. La responsabilidad que el señor A. M. pretendía en el escrito dirigido al Consejo General del Poder Judicial era una responsabilidad derivada de actos del Estado legislador (transitoria tercera de la Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley de Demarcación y de Planta Judicial). Según la jurisprudencia aplicable en el momento en que se adoptó el Acuerdo 3 mayo 1990, estas pretensiones indemnizatorias eran competencia del Consejo de Ministros (Sentencia de la Sala Especial de Revisión de este Tribunal Supremo de 18 diciembre 1989 [RJ 1989, 8734], confirmada por la de 3 diciembre 1990 [RJ 1990, 9573]). El Acuerdo 3 mayo 1990 resulta conforme a derecho cuando declara la incompetencia del Pleno del Consejo General del Poder Judicial para conocer de la pretensión indemnizatoria y decide remitir las actuaciones para su resolución por el Consejo de Ministros, siendo el acuerdo del Pleno el que ha sido impugnado en este recurso contencioso-administrativo, y no la resolución, expresa o presunta, del Consejo de Ministros sobre la aludida pretensión indemnizatoria. Por otra parte, aunque el Acuerdo 3 mayo 1990 se refiere tanto a la incompetencia como a la improcedencia de la indemnización solicitada, no hallamos en ello una contradicción invalidante de la resolución, que sólo obligaría a exigir que se dictase nuevo acuerdo suprimiendo las referencias a la improcedencia del resarcimiento, ya que la decisión del Pleno del Consejo General del Poder Judicial no ofrece duda y se encuentra ajustada al ordenamiento, consistiendo en declarar la incompetencia del Consejo General respecto a esta pretensión y remitir las actuaciones para su resolución por el Consejo de Ministros.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 27 octubre 1997.*)

2. Extinción de la relación de servicio. Renuncia a la condición jurídica de funcionario. Implica un acto voluntario de abandono de un derecho adquirido, en principio válido y eficaz, salvo que contrarie el interés o el orden público o perjudique a terceros, según el artículo 6.2 Cc, o cuando se realice en fraude de ley, a tenor del artículo 6.4 del mismo Código. Inexistencia de fraude de ley, por el hecho de estar sometido el renunciante a expediente disciplinario.

«Para la adecuada solución de la cuestión controvertida se hace indispensable partir de la base de que, ciertamente, la renuncia a la condición de funcionario es una causa de pérdida de tal condición, o de extinción de la relación funcional, a tenor

del artículo 37.1.a) del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 febrero 1964, y de que implica, en definitiva, un acto voluntario de renuncia o abandono de un derecho adquirido que, en principio, válido y eficaz resulta, salvo que contrarie el interés o el orden público o perjudique a terceros, según el artículo 6.2 del Código Civil, o cuando se realice en fraude de ley, a tenor del artículo 6.4 del mismo Código, concepto éste ampliamente precisado por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que supone la elección de una ley de cobertura para perseguir un resultado prohibido por el Ordenamiento Jurídico (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 noviembre 1996 [RJ 1996, 8369]), de que constituye un acto humano por el que se trata de obtener la tutela de una norma jurídica, establecida para un concreto fin y en el que el causante del fraude pone en juego los medios suficientes para otra distinta y contrapuesta finalidad, de que exige una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violan el contenido ético del precepto legal en que se amparan (Sentencias, dos, de la misma Sala de 17 abril 1997 [RJ 1997, 2915]), o de que supone la realización de uno o varios actos productores de un resultado contrario a una ley que aparece amparado por otra ley dictada con una finalidad diferente, integrándose así por un acto realizado al amparo de una norma, la llamada "ley de cobertura", y por la persecución de un resultado prohibido por el Ordenamiento Jurídico o contrario a la "ley defraudada" (Sentencia de la misma Sala de 19 mayo 1997 [RJ 1997, 3887]), produciendo el fraude de ley el resultado de no impedir la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

En el supuesto que se enjuicia, por vía del recurso de casación, concurre la circunstancia de que el funcionario que formuló la renuncia a su condición de tal se hallaba incurso en un expediente disciplinario cuyo objeto era delimitar las responsabilidades en que hubiera podido incurrir por presunto incumplimiento de lo establecido en la Ley 53/1984, de 26 diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, expediente que podía terminar, en su caso, con una sanción de separación del servicio que supondría la definitiva ruptura del vínculo que liga al funcionario con la Administración y que conllevaría la pérdida de todos los derechos inherentes a la condición de funcionario y la prohibición de acceder en el futuro a la función pública, según el artículo 30.1.e) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, mientras que la renuncia da lugar a la extinción del procedimiento sancionador, a tenor del artículo 19.2 del Real Decreto 33/1986, de 10 enero, que aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, al implicar dicha renuncia la pérdida de la condición de funcionario.

Mas resulta aquí que, aunque tal renuncia origine, en su caso, el efecto de enervar el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración, sólo la sanción de separación del servicio, a tenor del artículo 30.1.e) de la Ley de Funcionarios, de reiterada mención, produce el resultado de la prohibición de acceso en el futuro a la función pública, de lo que se desprende que otras posibles sanciones —las demás reseñadas en el artículo 14 del Real Decreto 33/1986— no ocasionan tal consecuencia, lo que determina la improcedencia de considerar que se ha incurrido en un fraude de ley al ejercitar el derecho de renuncia, tal como ha quedado precisado aquel concepto en el sentido de precisarse una voluntad encaminada a obtener un resultado prohibido por el Ordenamiento Jurídico, salvo en el improbable supuesto —que la sentencia recurrida no recoge— de que el renunciante conociera anticipadamente que se le impondría precisamente tal sanción de separación y supiera, con igual anticipación, que no sería absuelto o que no le sería impuesta cualquier otra sanción, casos en los que no se le impediría el acceso en el futuro a la función pública, de modo que no concurre fraude de ley y que no cabe dar lugar al recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía, al no entenderse aquí que el ejercicio del derecho de renuncia estuviera limitado o condicionado en la forma o en los términos que pretende la recurrente, máxime cuando, para tal supuesto, el propio artículo 19.2 del Real Decreto 33/1986 prevé la posibilidad de exigir responsabilidad civil o penal al inculcado que perdió, por cualquier causa, la condición de funcionario, e incluso la de que la parte interesada —la Administración o inculcado— inste la continuación del expediente disciplinario.

La sentencia recurrida en casación por la Junta de Andalucía estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de don Celso M. V., no personado ante esta Sala, contra Resolución de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía de 2 agosto 1993 por la que se denegaba la petición de la renuncia de aquél a su condición de funcionario al amparo del artículo 37.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 febrero 1964, anulando dicha resolución por no ajustada a Derecho y reconociendo al recurrente el derecho a obtener dicha renuncia con la fecha de su solicitud, sobre la base, en síntesis, de que, centrada la razón esgrimida por la Administración para no admitir la renuncia a la condición de funcionario en el fraude de ley que conllevaría, al eludirse la responsabilidad por la que se seguía al recurrente un expediente sancionador (por presunto incumplimiento de lo establecido en la Ley 53/1984, de 26 diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas), resultaba que el artículo 37 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado no sometía a limitación ni a condición alguna el ejercicio de tal derecho de renuncia, y también por no apreciarse fraude de ley a tenor del artículo 6.4 del Código Civil, sin que exista analogía entre la renuncia y la excedencia voluntaria, cuya concesión depende de la buena marcha del servicio.

Invoca la Junta de Andalucía, recurrente en casación, como motivo para que se revoque la sentencia de instancia, infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, conforme al artículo 95.1.4.º de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, por infracción del artículo 6.2 y 4 del Código Civil, en relación con el artículo 30.1.e) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 febrero 1964, alegando, en resumen, que, como la renuncia, al implicar la pérdida de la condición de funcionario, produce la extinción del procedimiento sancionador, según el artículo 19.2 del Real Decreto 33/1986, de 10 enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado, con dicha renuncia se está eludiendo un efecto derivado de la separación del servicio, la prohibición de acceder en el futuro a la función pública, según el artículo 30.1.e) de la Ley de Funcionarios mencionada, fundándose la existencia del fraude de ley, según la Administración recurrente en casación, en que al amparo de una norma —la que permite renunciar— se está buscando un resultado prohibido —que quienes hayan cometido acciones que lleven aparejado el efecto de su separación del servicio vuelvan a acceder a la función pública—, con invocación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 diciembre 1995 (RJ 1995, 9798).» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 1 diciembre 1997.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

