

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. SELECCIÓN: 1. Selección. Legalidad RD 574/1991, dictado en aplicación Disposición Transitoria 5.ª LOGSE. 2. Selección. Legalidad RD 364/1995 en cuanto regula los méritos baremables en la fase de Concurso para Cuerpos o Escalas adscritos al Ministerio de Defensa. Irrelevancia de que las singularidades que se establecen no figurasen en el Proyecto dictaminado por el Consejo de Estado. 3. Convocatoria para provisión de Jueces y Magistrados sustitutos. Legalidad. Motivación suficiente de las propuestas de nombramiento. 4. Concurso público para cubrir plazas de Magistrado suplente del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional. Legitimación de la Asociación Profesional de la Magistratura para impugnarlo. Interpretación del artículo 200 LOPJ. 5. Nulidad de convocatoria para la provisión de dos plazas de guardia de la Policía Municipal por no ir precedida de la oferta pública de empleo, aunque tales plazas formasen parte de la plantilla. Infracción artículos 1.3 y 18 Ley 30/84 y 91 Ley 7/85. 6. Las Bases de la convocatoria vinculan a la Administración, a los Tribunales y a quienes participan en las pruebas, los cuales podrán impugnarlas en el momento procedimental oportuno. «Al concurrir al procedimiento selectivo sin impugnarlas queda impedida la ulterior impugnación de la resolución que en el mismo recaiga por motivos que en su día pudieran hacerse valer por medio del oportuno recurso». 7. Pruebas selectivas para la provisión de plazas de alumnos de la Escuela Judicial. Improcedencia de la suspensión de acuerdo por el que se selecciona para realización de la entrevista a los relacionados en una lista anexa. Aun siendo indudables los perjuicios que de la no suspensión podrían derivarse para la actora, debe considerarse prevalente el interés público por la marcha regular de las pruebas.—II. DERECHOS: 1. Organizaciones Sindicales de la Policía Autonómica. Legalidad del Decreto 253/92 de la Generalidad de Cataluña al tener la cobertura del artículo 18.2 LOFCSE, en cuanto exige que las Organizaciones Profesionales de la Policía Autonómica estén integradas exclusivamente por Mossos d'Esquadra y que los Estatutos se depositan en el Registro especial. 2. Traspaso de profesores de la Universidad de origen a Universidades de nueva creación. No vulnera ni el principio de reserva de ley ni el derecho a la permanencia en el cargo público reconocido en el artículo 23.2 CE. 3. Retribuciones. Funcionarios al servicio de la Administración española en el exterior. Legalidad párrafos 6.º a 9.º del artículo 4.1 RD 6/1995, de 13 de enero. 4. Complemento de jornada normalizada y partida. Nulidad del artículo 66.b), primer guión, del Decreto 294/92, de 27 octubre, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que lo regula, por contrario al artículo 23.3 Ley 30/1984. 5. Negociación colectiva. Administración Local. Vizcaya. Las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario funcional no permiten que, por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque normativo sea catalogado como plataforma de mínimos. 6. Complemento de productividad. Puede utilizarse, entre otras finalidades, para retribuir una jornada de trabajo de 40 horas semanales, superior a la normal. 7. Profesores universitarios. La libertad de Cátedra no comporta el derecho a pertenecer a la comunidad docente y científica que libremente eligió el interesado, por lo que no puede ser invocado para oponerse a la adscripción forzosa a una nueva Universidad.—III. PROVISIÓN PUESTOS DE TRABAJO: Provisión de puesto de trabajo. Revisión jurisdiccional de las puntuaciones otorgadas por el Tribunal porque, ante dos plazas sustancialmente iguales, a una de las partícipes se le valora con idéntica puntuación por los méritos específicos, mientras que a la otra se le disminuye medio punto sin justificación o motivación alguna. Derecho de la perjudicada a ocupar la plaza y al abono de las diferencias de abonos correspondientes.—IV. INCOMPATIBILIDADES: 1. Incompatibilidades entre puesto docente en la Universidad de Alcalá de Henares y puesto asistencial en el Hospital Ramón y Cajal del INSALUD de Madrid. Existencia, por ser la acti-

vidad asistencial la principal y no ser complementaria de la actividad docente. 2. Incompatibilidades con el sector privado. Imposibilidad de reconocimiento cuando el contenido de la actividad se relaciona directamente con los asuntos sometidos a informe, decisión, ayuda financiera o control en el Departamento, Organismo, Ente o Empresa Pública a los que el interesado está adscrito o presta servicios. No es necesario que el concreto contenido de las específicas funciones que corresponden al puesto de trabajo desempeñado por el funcionario se relacione «directamente» con el de la actividad privada «al bastar que tal relación exista entre las funciones y actividades que se desarrollan en el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado de funcionario al servicio de algun de éstas (técnico de farmacovigilancia dependiente de la Consejería General de Sanidad, en el supuesto de autos) y las actividades propias del ejercicio como farmacéutico titular de una oficina de farmacia, sobre las que inciden o se proyectan las actividades que desarrolla aquel Organismo o Departamento, al margen de cuáles sean en concreto las concretas funciones que desarrolle en su puesto funcional preciso el interesado».—V. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Faltas. Jueces y Magistrados. Retraso injustificado y reiterado en el desempeño de la función judicial. Es un concepto jurídico indeterminado. Para su ponderación han de utilizarse tres criterios: la situación general del Juzgado, el retraso materialmente existente y la dedicación del Juez o Magistrado. Supuesto en que no existe la infracción por la concurrencia de un factor patológico causante de la falta de dedicación. 2. Procedimiento sancionador. Aplicabilidad de los principios esenciales del artículo 24 CE. Los dos trámites esenciales, al efecto de que el inculpado tenga oportunidad de alegar lo que convenga a su derecho y proponer las pruebas que estime pertinentes, son el traslado del pliego de cargos y el de la propuesta de resolución. 3. Régimen disciplinario. Jueces y Magistrados. Legitimación del denunciante para impugnar en vía contenciosa un acuerdo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ que resolvió archivar una denuncia contra un Juez. Análisis crítico de la doctrina procedente. Se trata de una cuestión casuística. Necesidad de que se acredite la existencia de un interés legítimo del recurrente, que pueda ser soporte de su legitimación procesal. Supuesto en que no se da. 4. Sanciones disciplinarias. Están sometidas al control jurisdiccional que «se extiende tanto a los aspectos estrictamente reglados como a los discrecionales. Entre los puntos que pueden y deben ser objeto de la oportuna revisión jurisdiccional, si ha lugar a ello, está el principio de proporcionalidad de la sanción, que exige la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada». Posibilidad de que el Tribunal modifique una sanción de separación del servicio por la de dos años de suspensión de funciones.

I. SELECCIÓN

1. Selección. Legalidad RD 574/1991, dictado en aplicación Disposición Transitoria 5.ª LOGSE.

«El primero de los motivos de casación del recurso de la Generalidad Valenciana, que más atrás quedó referido, debe prosperar, pues, en efecto, la valoración que se hace en la sentencia recurrida de la Orden de convocatoria impugnada no respeta la singularidad y excepcionalidad que para dichas pruebas se estableció en la Disposición Transitoria 5.ª de la LOGSE, y en el RD 574/1991, de 2 abril, que la sentencia recurrida expresamente inaplica, por considerarlo contrario a los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución española.

La legalidad del RD 574/1991, y más en concreto de sus artículos 21, 22 y 23 y Baremo Anexo, a cuyos preceptos se ajusta estrictamente la convocatoria impugnada, la tenemos declarada en múltiples sentencias, anteriores y posteriores a la recurrida, tanto en recursos directos contra dicho Real Decreto como en recursos de impugnación indirecta con ocasión de su aplicación en convocatorias de diferentes Comunidades Autónomas, en todo similares a la aquí impugnada.

Entre las de impugnación directa del Real Decreto pueden traerse a colación las Sentencias de 15 diciembre 1993 (RJ 1993, 4360) (Rec. 2793/1992) y de 21 octubre 1996 (RJ 1996, 7337) (Rec. 1785/1991). Y entre las sentencias de impugnación indirecta

ta pueden citarse las de 14 abril 1992 (RJ 1992, 2915) (Rec. 9723/1991), 10 noviembre 1992 (RJ 1992, 9112) (Rec. 1421/1992), 27 abril 1993 (Rec. 4081/1992, en recurso contra sentencia del propio Tribunal Superior de Justicia de Valencia), 15 diciembre 1993 (Rec. 2793/1992), 20 mayo 1994 (RJ 1994, 4437) (Rec. 4632/1992, también en recurso contra sentencia del propio Tribunal Superior de Justicia de Valencia), 6 marzo 1995 (Rec. 1271/1992), dos Sentencias de 4 marzo 1996 (Recs. 2796/1993 y 2931/1993), 28 septiembre 1996 (RJ 1996, 8331) (Rec. 2307/1994), 10 diciembre 1996 (RJ 1996, 9074) (Rec. 1097/1993) y 26 mayo 1997 (RJ 1997, 4533) (Rec. 5124/1993).

La sentencia recurrida contradice asimismo la de las Sentencias del Tribunal Constitucional 185/1994, 238/1994, 251/1994 y la 11/1996, esta última dictada en recurso de amparo contra nuestra Sentencia de 27 abril 1993, por la que se revocó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que estimó recurso, interpuesto por el cauce de la Ley 62/1978, contra la misma orden de convocatoria, objeto de impugnación en este proceso.

Bastaría con la referencia a esta última enjundiosa sentencia para que sólo por ella debiéramos estimar el motivo.

No está de más, no obstante, que con mayor detalle abordemos cada una de las claves de la sentencia recurrida con base en nuestra propia jurisprudencia.

La primera de esas claves es la calificación de las pruebas a que se refiere la Disposición Transitoria 5.ª de la LOGSE como concurso-oposición típico, que es base de las ulteriores reflexiones de censura. Pues bien, al respecto en la Sentencia de 26 mayo 1997, y reproduciendo lo dicho en Sentencia de 6 marzo 1995, decíamos:

"Debe tenerse en cuenta que se está en presencia de un sistema excepcional y transitorio, que ofrece en sí razones atendibles para que el legislador haya querido, a su través, liquidar situaciones de interinidad. Esa excepcionalidad impide que, como viene a hacerse en la sentencia impugnada, puedan traerse al procedimiento selectivo cuestionado, principios extraídos o reglas propias de formas selectivas reguladas para situaciones de normalidad.

No cabe así decir que no se respetan los principios de mérito y capacidad del artículo 103.3 CE, cuando para medir los conocimientos sobre los contenidos curriculares que deberán impartir los candidatos —arts. 20, 22 y 23 del Decreto 574/1991—, se utilizan méritos académicos preexistentes propios de la fase de concurso, o impropios para esa finalidad, ya que los previstos en el caso concernientes al expediente académico, títulos o cursos de perfeccionamiento, sirven también para acreditar la posesión de conocimientos; y dado que en cualquier caso..., no se acredita que sean valorados desproporcionadamente, ni en relación a la puntuación a alcanzar en la primera fase —3, sobre 10—, ni respecto del resultado total que se posibilita en las convocatorias —3, sobre 19—.

Como colofón ha de decirse que los razonamientos que ofrece la sentencia acerca de la significación y relevancia que ha de darse a la primera fase o prueba, en orden a que la puntuación que debe dársele, debe responder sólo al examen realizado oralmente, responde a la consideración de la prueba selectiva en su conjunto, como un concurso-oposición, y a dar a esa primera prueba el carácter de una oposición, lo que es incierto. En el sistema excepcional que se regula en el Decreto 574/1991, no hay un concurso-oposición normal, sino un sistema excepcional y específico. No lo califica la Ley —Disposición Transitoria 5.ª LOGSE— concurso-oposición, ni lo es por su contenido y significación.

La primera fase no es una oposición al modo de las que se realizan para el ingreso en los grandes Cuerpos Funcionariales (Judicatura, Abogacía del Estado, Notariado, Registros, etc.), en los que en forma oral o escrita hay que acreditar, sin previa consulta de textos, conocimientos relativos a un programa, sino una prueba mixta en que los conocimientos se demuestran mediante los que se acreditan oralmente, en una exposición a la que ha precedido la posible consulta durante dos horas de material sobre el tema a exponer, y el añadido de otros previamente adquiridos y acreditados a través del expediente académico, cursos de formación permanente o títulos académicos, al modo que es frecuente en la adquisición de otras plazas docentes."

La segunda de dichas claves es la censura de la adición de méritos a los de conocimiento estricto en la primera fase; y también sobre dicho particular la referida Sen-

tencia de 26 mayo 1997, con transcripción de la misma Sentencia de 6 marzo 1995, decía:

"Este Alto Tribunal ha tenido ocasión de enfrentarse reiteradamente a impugnaciones del Decreto 574/1991, que es fundamento de las convocatorias ahora cuestionadas, así en Sentencias de 14 abril y 10 noviembre 1992 y 15 diciembre 1993 (RJ 1993, 9517), y en todas ellas se ha llegado a la constitucionalidad de la norma estatal aludida, y a su ajuste a la LOGSE. Y además que el juicio de constitucionalidad en aquéllas realizado, ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en repetidas sentencias que parten de la núm. 185/1994, de 20 junio, que desestima un recurso de amparo formulado contra la de este Tribunal Supremo de 14 abril 1992. Es cierto que en esos casos, la impugnación del Decreto 574/1991, no se concretó en la valoración de la prueba oral —arts. 20, 22 y 23—, sino en la inclusión en el baremo de los servicios ya prestados, la puntuación que se les atribuye, y que éstos lo fueran preferentemente, si se prestaron en la enseñanza pública. Pero también en esas sentencias se hicieron consideraciones aplicables al caso, que deben mantenerse por el principio de unidad de doctrina, tales como la de que en la primera fase eliminatoria —que es la que ahora se cuestiona— todos los aspirantes se encuentran en absoluta igualdad, pues a todos se les valoran los conocimientos curriculares, el expediente académico y cursos de perfeccionamiento, que no son privativos de ningún colectivo, y que pueden haber sido realizados por aspirantes de uno u otro grupo. Y ello frente a lo que se dice en la sentencia recurrida. No siendo decisiva la objeción de discriminación que la Sala de Galicia hace a esos cursos, en razón a que sólo están abiertos a los funcionarios, pues además de que..., no se fundamenta esa afirmación en ningún dato objetivo, por otra parte según el artículo 22 del Decreto 574/1991, y en su Anexo, los cursos no son de mera asistencia, pues han de ser al menos de 30 horas, y ser superados. Añádase que es normal que ese tipo de méritos se valore en cualquier clase de prueba de acceso a la función pública, y que más que de exclusividad de concurrencia a los cursos para los funcionarios contratados e interinos, podrá hablarse de preferencia, si hay insuficiencia de plazas. O sea, en conclusión, no cabe entender que se trate de un factor excluible por la Disposición Transitoria 5.ª de la LOGSE, o incorporado arbitraria o desproporcionadamente a la norma reglamentaria —se le atribuye hasta 1,5 puntos sobre, en esa primera fase, 10 posibles—."

Por último, en cuanto a la excesiva valoración de méritos, que, a juicio de la sentencia recurrida, implica una desorbitada aplicación de la preferencia establecida, también la citada Sentencia de 26 mayo pasado tuvo ocasión de pronunciarse, rechazando argumentos impugnatorios de sentido similar a los utilizados en la sentencia recurrida. Decíamos sobre el particular:

"La alusión en la sentencia recurrida a la falta de ponderación de los méritos, al asignar a los cursos de formación una puntuación superior a la de otras licenciaturas o doctorados, argumentación en la que se acepta expresamente la de los demandantes, y que es argumento no abordado en las sentencias precedentes, no la estimamos compatible, ni por tanto la tesis de los demandantes que en ella se acepta, pues se atribuye al concepto de 'valoración ponderada y global de ambos apartados' del apartado 2 de la Disposición Transitoria 5.ª de la Ley citada un significado distinto del que le corresponde en la Ley.

La idea de juicio ponderado, unida a la de global, no supone sino la necesidad de una baremación de los distintos méritos, y una relación de proporcionalidad entre los dos apartados a que se refiere el precepto; pero no una guía para fijar la puntuación asignable individualizadamente a cada mérito. El planteamiento al respecto de la sentencia lo estimamos así erróneo, bastando con que nos remitamos al pasaje transcrito de nuestra Sentencia de reiterada cita de 6 marzo 1995.

El que los cursos de formación puedan merecer una mayor puntuación que las licenciaturas y doctorados, que, ciertamente, puede causar alguna extrañeza, no es, ello no obstante, expresión de irracionalidad o arbitrariedad, que justificaría, en su caso, el rechazo de tales valoraciones, si se tiene en cuenta la propia excepcionalidad de las pruebas reguladas en la Disposición Transitoria 5.ª de la LO 1/1990, y la finalidad de las mismas, salvada en su constitucionalidad por las sentencias del Tribunal Constitucional

aludidas en la nuestra de tan reiterada cita, que era la de abrir una oportunidad para resolver las situaciones de contratados e interinos. En ese marco es explicable que se primasen los méritos de carácter más específico, como ligados más directamente con las mismas áreas de las funciones que se venían ejercitando, en detrimento de titulaciones que podían tener mayor entidad desde un prisma académico; pero no necesariamente en su relación con la tarea funcional específica.

No cabe que la jurisdicción utilice sus propios criterios de valoración, sustituyendo en esa tarea a la Administración, para decidir qué méritos deben tener mayor entidad, y qué puntuaciones deban ser las adecuadas, cuestiones que entran dentro del margen de libertad de apreciación que corresponde a la Administración, siempre que se respeten los márgenes de la Ley y del Reglamento, que en este caso no se vulneran."

Es, pues, claro que la sentencia recurrida, al inaplicar el RD 574/1991, que presta plena cobertura a la convocatoria impugnada, y al interponer, como lo hizo, la Disposición Transitoria de la LOGSE, infringió dichas normas, según se sostiene en el motivo, lo que impone su éxito.

Conviene antes de cerrar este apartado aludir a los argumentos de la parte recurrida sobre la impugnación del motivo, que en su momento quedaron transcritos.

El de que tanto los artículos 21 y siguientes del RD 574/1991 y su disposición final dejan a salvo la regulación de la legislación autonómica, y que lo que se analiza en el recurso decidido por la sentencia recurrida es una norma autonómica y no una regulación estatal, no es compartible, pues bien claros están en la sentencia los pronunciamientos críticos respecto al Real Decreto y su explícita declaración de inaplicación.

Si la Orden se ajusta al Real Decreto, y éste a la LOGSE, no cabe aislar la Orden del conjunto normativo en que se integra, como se da por sentado en el argumento de la parte recurrida, para reducir el significado del recurso al de la impugnación de una orden autonómica, cuyo enjuiciamiento tendríamos vedado, aunque en el argumento no se llegue a una afirmación tal, si bien esté latente en él.

La validez de la Orden autonómica se enjuicia en la sentencia recurrida en relación con la legislación estatal, y desde ella podemos proclamarla, en contra de la tesis de dicha sentencia, en razón de lo dispuesto en el Real Decreto, que aquella indebidamente inaplica, y desde el que se legitima la Orden autonómica impugnada.

Tampoco es aceptable el de que las sentencias, argüidas de contrario para reforzar la fundamentación del motivo, se refirieran al artículo 23.2 CE, y no al artículo 103.3 del Texto Constitucional, con lo que parece deslizarse un planteamiento, no completamente explicitado, de que la sentencia recurrida se fundamenta en la vulneración del artículo 103.3 CE, y que ese concreto fundamento no ha sido impugnado en el recurso de casación, por lo que la sentencia, a la postre, mantendría un fundamento no desvirtuado para mantener su eficacia.

Aunque no se alegue en el motivo como violado el artículo 103.3 y sólo se haga referencia al artículo 23.2, no es en este caso argumento definitivo para aceptar el de la parte recurrida, pese a su indudable sutileza, pues en definitiva los criterios de mérito y capacidad, establecidos en el artículo 103.3, se integran en las condiciones de igualdad del artículo 23.2, y han sido la perspectiva de análisis para el enjuiciamiento de la aplicación del último en las sentencias referidas.

En el discurso de la sentencia la cita de los artículos 23.2 y 103.3 CE, constituye una inescindible unidad, por lo que en la alusión del motivo a la vulneración del artículo 23.2, hemos de ver una referencia implícita a la del artículo 103.3, so pena de un exagerado formalismo, que debemos evitar.

Por último, la alusión a la extemporaneidad del motivo no es fácilmente comprensible, ni aceptable, pues la Generalidad Valenciana en su escrito de contestación a la demanda expuso como fundamentos de su tesis las disposiciones de la LOGSE y del RD 574/1991, cuya violación alega como fundamento del motivo, no existiendo así extemporaneidad alguna al respecto, como si se tratase de una cuestión nueva, no suscitada en la instancia, y alegada por primera vez en la casación.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 9 diciembre 1997.*)

2. *Selección. Legalidad RD 364/1995 en cuanto regula los méritos baremables en la fase de Concurso para Cuerpos o Escalas adscritos al Ministerio de Defensa. Irrelevancia de que las singularidades que se establecen no figurasen en el Proyecto dictaminado por el Consejo de Estado.*

«La primera de las argumentaciones del Sindicato recurrente se refiere a la nulidad del precepto que impugna por haberse dictado prescindiéndose total y absolutamente del procedimiento establecido para la elaboración de disposiciones con carácter general, con apoyo en lo que, en síntesis, quedó expuesto —introducción *ex novo* de aquél en el texto que se remite para su aprobación al Consejo de Ministros, pues no figura en ninguno de los Proyectos del Reglamento que obran en el expediente, ni se ha recomendado su redacción bien por parte de la Secretaría General Técnica del Ministerio para las Administraciones Públicas, ni por la Comisión Superior de Personal, ni figura en el dictamen que sobre el Proyecto que le fue remitido emitió la Comisión Permanente del Consejo de Estado—, mas ha de advertirse al respecto que una reiterada doctrina jurisprudencial ha venido subrayando que no es necesaria una nueva consulta al Consejo de Estado cuando se realizan retoques en el Texto o se introducen modificaciones no sustanciales (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 mayo 1993, de la Sala Especial de Revisión de 6 octubre 1989 [RJ 1992, 3881], de 17 enero y 14 octubre 1996 [RJ 1996, 8651] y 28 abril 1997 [RJ 1997, 3371]), ni cuando las discordancias entre el Proyecto y el Texto definitivo son consecuencia lógica del procedimiento de elaboración, en el que se emiten informes por distintos órganos, que pueden dar lugar a variaciones en la disposición que resulte, por fin, aprobada, pudiendo añadirse, en cuanto a otras alegaciones invocadas, que la propia doctrina de la Sala ha insistido en la necesidad de efectuar una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de disposiciones generales, que se justifican no por el puro formalismo de su realización sino por la finalidad a que responden, en cuya valoración han de tenerse en cuenta las especialidades de la disposición general de que se trate (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 septiembre 1996), “especialidades” que resultan de la comparación del propio texto del precepto cuya nulidad se postula con lo establecido en la Disposición Adicional 11 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 diciembre, reguladora del Servicio Militar, y que, por ahora, sólo se examinan desde la perspectiva de la pretendida ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

El precepto impugnado es, desde tal punto de vista, acorde con la idea de que la provisión de puestos de trabajo en el Ministerio de Defensa se regiría por sus normas especiales, que ya se recogía en los Proyectos desde su primitiva redacción, y, en concreto, en el que se sometió al dictamen del Consejo de Estado a que alude la parte actora, una de cuyas normas especiales es la Disposición Adicional 11 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 diciembre, que regula el Servicio Militar, a cuyo tenor el tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o militar de empleo se considerará como mérito para el ingreso en la Administración Militar, en la Guardia Civil, en el Cuerpo Nacional de Policía o en las Policías Autonómicas de las respectivas Comunidades Autónomas y para el acceso a puestos de trabajo del Ministerio de Defensa y de sus Organismos Autónomos, de la forma que reglamentariamente se determine, de modo que tal “mérito” ya estaba legalmente previsto, por norma con rango de Ley Orgánica, que se remite a un desarrollo reglamentario posterior que ha de someterse a los preceptos legales que, por otra parte, no puede desconocer u olvidar, correspondiendo al Reglamento tomar en consideración dicho “mérito”, a los efectos indicados, y ajustándose a Derecho su concreción a través de su baremación como tal de la forma en que se realizó en el precepto impugnado, que, por tanto, no es “nuevo” en el sentido que pretende la parte recurrente, sino que respondía a una previsión legal, y que, por tanto, la supuesta modificación en el Texto aprobado, con respecto a los anteriores Proyectos, no es sustancial, en cuanto que la norma con rango de ley que desarrolla es lo que constituye el respaldo normativo preciso, y en cuanto que sólo accesorio puede ser que se concrete de un modo u otro dicha previsión legal, aunque pudieran existir diferencias entre los distintos Proyectos y aunque el texto del

que se sometió al dictamen del Consejo de Estado fuera diferente o difiera del que resultó definitivamente aprobado, en todo caso sin modificaciones sustanciales, puesto que en todos se recogía que la provisión de puestos de trabajo en el Ministerio de Defensa "se regirá por sus normas especiales", constando también la audiencia de las Organizaciones Sindicales, el Informe de la Comisión Superior de Personal, y el Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio para las Administraciones Públicas, lo que obviamente excluye que se corresponda con la realidad la afirmación de la parte hoy demandante de que el Real Decreto de referencia, y en concreto el precepto impugnado, se haya dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Los demás argumentos contra el precepto impugnado se apoyan, en síntesis, en la pretendida vulneración de los artículos 14, 23.2, 30.2 y 103.3 de la Constitución, y en la supuesta violación de lo dispuesto en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución en relación con los artículos 19 y 20 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que se transcriben en la demanda, preceptos aquéllos, los incluidos en la Constitución, que, respectivamente, proclaman la igualdad de los españoles ante la Ley, el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las Leyes, la objeción de conciencia y las demás causas de exención del servicio militar, obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria, cuya regulación se remite a la Ley, y el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, cuya regulación también se remite a la Ley, invocando la parte actora, también en resumen, que el establecimiento como mérito baremable del tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o de empleo para el acceso a Cuerpos o Escalas adscritos al Ministerio de Defensa, así como en los procesos selectivos para el ingreso de personal laboral en dicho Departamento, supone el establecimiento de una situación discriminatoria para aquellos ciudadanos que, ejerciendo su derecho a la objeción de conciencia, opten por no llevar a cabo el servicio militar, sino por realizar una prestación social sustitutoria, lo que, en su opinión, es un mérito irracional y arbitrario no acorde con los principios de mérito y capacidad, que implica "sancionar" de forma encubierta, a parte de la ciudadanía, en concreto a los objetores de conciencia, tesis ésta que la Sala no puede compartir, en atención a una ponderada y reflexiva interpretación de dichos preceptos y de los artículos 19 y 20 de la Ley 30/1984, acorde con los criterios que resultan de sentencias del Tribunal Constitucional.

En primer lugar ha de señalarse que cuando la queja por discriminación se refiere, como aquí, a supuestos comprendidos en el artículo 23.2 de la Constitución, no resultaría necesario invocar el artículo 14 de la misma, por cuanto que, al concretar el artículo 23 la regla genérica de igualdad en relación con el acceso a la función pública, es éste el precepto que habrá de ser considerado de modo directo para apreciar si el acto o la disposición que se impugna vulnera o no el principio de igualdad, a no ser que la desigualdad denunciada se deba a alguno de los concretos motivos de discriminación expresamente vedados en el artículo 14 de la Constitución (Sentencias del Tribunal Constitucional 50/1986 [RTC 1986, 50], 84/1987 [RTC 1987, 84], 86/1987 [RTC 1987, 86] y 10/1989 [RTC 1989, 10], entre otras), por no ser el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos un derecho indiscriminado sino de configuración legal cuya satisfacción requiere, por tanto, el cumplimiento de los requisitos establecidos por las Leyes, correspondiendo al legislador señalar las exigencias oportunas, dentro del debido respeto a los principios contenidos en el artículo 103.1 de la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1989 [RTC 1989, 24]), sin que se impida, en términos absolutos, todo tipo de remisión legislativa al Reglamento (Sentencia del mismo Tribunal 99/1987 [RTC 1987, 99]), pero tal principio de igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos ha de ponerse en conexión con los principios de mérito y capacidad a que alude el artículo 103.3 de la Constitución, precepto aquél, el del artículo 23.2, que se refiere a los requisitos que señalan las Leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, libertad limitada por la

necesidad de no crear desigualdades que sean arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas, o incompatibles con los principios de mérito y capacidad, lo que supondría, ciertamente, una diferencia de trato irracional o arbitraria (Sentencia del mismo Tribunal 67/1989 [RTC 1989, 67]) pues se prohíbe que tal clase de regulación se haga en términos concretos e individualizados que equivalgan a una verdadera y propia acepción de personas (Sentencias del mismo Tribunal 27/1991 [RTC 1991, 27] y 269/1994 [RTC 1994, 269]).

Con tal planteamiento de la cuestión ha de enfocarse el examen del precepto cuya nulidad se pretende, que, además, repercutirá en la determinación, de si procede o no plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional 11 de la Ley 13/1991, de 20 diciembre, de Regulación del Servicio Militar, que la parte actora postula al amparo de los artículos 35 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional, precepto legal aquél que, como se indicó, es la cobertura legal del precepto reglamentario que se impugna, y, bajo tal prisma —sin desconocer en absoluto el derecho a la objeción de conciencia y la consecuencia de la prestación social sustitutoria del artículo 30.2 de la Constitución, que remite su regulación a la Ley, que es derecho de naturaleza excepcional, puesto que incluye una exención de una norma general o del deber constitucional de “defender a España” impuesto en el artículo 30.1 del mismo Texto Constitucional, y que se caracteriza como derecho constitucional autónomo (Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1987 [RTC 1987, 160]), relacionado con la libertad de conciencia que resulta del artículo 16 de la Constitución—, obligada es la conclusión de que el establecimiento como mérito baremable, en la fase de concurso y en los procesos selectivos de que se trata —precisamente para el acceso a Cuerpos o Escalas adscritos al Ministerio de Defensa o para el ingreso de personal laboral en dicho Departamento—, del tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o militar de empleo, es, en definitiva, consecuencia de que la consideración de los servicios prestados, no es ajena a los conceptos de mérito y capacidad, ni puede ser tildada de irracional o arbitraria, ni es extraña al marco constitucional o legal.

Resulta, pues, que el tiempo efectivo de servicios puede poner de manifiesto la aptitud, experiencia, capacidad o predisposición para desarrollar una determinada función o empleo en el Departamento de referencia, y puede suponer, unos méritos reconocibles y valorables (Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1994 [RTC 1994, 60]) sin excluir el acceso de los que optaron por la prestación social sustitutoria, como sucedería si se estableciera como requisito necesario para el acceso o para el ingreso un tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o militar de empleo, que sí implicaría una restricción previa o una desigualdad de trato, lo que aquí no sucede, al fijarse sólo el tiempo de servicio como mérito baremable, sin rechazar a nadie, ni, en concreto, a quienes, por cualquier razón, no han prestado servicios en las Fuerzas Armadas, y sin que ello implique tratamiento injustificadamente distinto entre quienes los prestaron y no los prestaron, ni adscripción personal a personas individualmente seleccionadas, ni quebrantamiento de los artículos 19 y 20 de la Ley 30/1984, por las razones expuestas, que también sirven de cobertura para no plantear la cuestión de inconstitucionalidad, en cuanto que esta Sala no considera que la previsión legal de referencia, en norma con rango de Ley Orgánica, “pueda ser contraria a la Constitución”, todo lo cual ha de dar lugar a la desestimación del recurso.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 15 diciembre 1997.*)

3. Convocatoria para provisión de Jueces y Magistrados sustitutos. Legalidad. Motivación suficiente de las propuestas de nombramiento.

«Se impugna en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Jordi K. E. y por don Francesc J. G. el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo Ge-

neral del Poder Judicial de 20 junio 1995, publicado en el "BOE" de 10 de julio de 1995, por el que se resuelve el concurso convocado por Acuerdo del Pleno de 22 febrero 1995 sobre convocatoria de plazas de Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos para el año judicial 1995-1996, en cuyo acuerdo recurrido no se les ha nombrado Jueces Sustitutos, siendo nombrada, entre otros, la hoy coadyuvante doña Amalia Montserrat C. C., todos con relación al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Frente a dicho acuerdo los hoy recurrentes solicitan en su demanda que se estime el recurso y se declare no ser conforme a Derecho y que se anulen totalmente los nombramientos de Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos para Cataluña durante el año judicial 1995-1996, y subsidiariamente que se anulen los de quienes no formularon la preceptiva solicitud, con nombramiento de los ahora recurrentes, e indemnización de perjuicios, a cuyo fin invocaron, en síntesis: *a)* que tras la Convocatoria de las plazas de Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos para dicho año judicial, formalizaron la preceptiva solicitud acompañando los documentos exigidos según la mencionada convocatoria, en plazo y forma, sin que los mencionados recurrentes aparecieran nombrados para las plazas solicitadas en el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 20 junio 1995 que resolvió el citado concurso; *b)* que el 11 de julio de 1995 insistieron en su solicitud de ser nombrados Jueces Sustitutos, y, subsidiariamente, que se le informara de los criterios de valoración aplicados por la Sala de Gobierno, constatando uno de los ahora recurrentes, don Francesc J., que había sido propuesto y posteriormente "eliminado" mediante una tachadura sobre su nombre, incluyéndose el de otra persona que efectivamente fue nombrada Juez Sustituta; *c)* que son nulos todos los nombramientos propuestos por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con cita de los artículos 62.1.a) de la Ley 30/1992 y 14, con relación al artículo 103.3 de la Constitución, sobre los principios de igualdad y de mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas, respectivamente; *c)* que el procedimiento concreto de relación aplicable viene determinado genéricamente en los artículos 200 y 201 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y específicamente en el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 15 junio 1987 ("BOE" del 22 de julio) por el que se establece la reglamentación sobre Jueces en régimen de provisión temporal, Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos, ya que el actual Reglamento es posterior a la fecha de la Convocatoria; *d)* que en el artículo 12 del citado acuerdo se establece que las propuestas de nombramiento que formula la Sala de Gobierno se efectuarán con observancia de lo dispuesto en los artículos 200, 201, 212.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y deberán ser motivadas con expresión detallada de las circunstancias personales y profesionales de los propuestos y de las razones de su preferencia sobre los demás candidatos; *e)* que tanto el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sesión de fecha 19 abril 1995 como su modificación mediante Acuerdo de 31 mayo 1995 carecen de la más mínima motivación, ya que son simples listas de personas propuestas y rectificadas sobre las propuestas, mereciendo especial atención cómo se acuerda sustituir la propuesta de uno de los ahora recurrentes por otra persona distinta, sin que del expediente se deduzca ningún motivo; *f)* que son nulos determinados nombramientos, con infracción del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, cuando algunos de los nombrados — que se relacionan a continuación— no han presentado la preceptiva solicitud para el concurso ahora impugnado, o, cuando menos, no existe constancia documental de dicha solicitud, preceptiva conforme a la Base Cuarta de la Convocatoria, hecho que supone, siempre según los actores, la causa de nulidad del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, al prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido; y *g)* que concurre desviación de poder, conforme al artículo 63 de la Ley 30/1992, puesto que los recurrentes ostentan mejor derecho al nombramiento que aquellos que han sido nombrados sin que conste que hubieran solicitado concursar, pues objetivamente tienen mayor derecho acreditado en sus instancias, mientras que, en cuanto a los demás, se ignora cuál fuera el criterio de valoración como consecuencia de la ausencia de motivación; a cuyas alegaciones y pretensiones se opusieron el Abogado del Estado y la parte coadyuvante en sus respectivos escritos de contestación.

No pueden prosperar las pretensiones de nulidad formuladas por los recurrentes con apoyo en los artículos 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, porque, según dicen, lesionan el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, cuales son los referidos a los principios de igualdad y de mérito y capacidad recogidos en los artículos 14 y 103.3 de la Constitución española, aunque, en definitiva, se fundamentan en que en el artículo 12 del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 15 julio 1987, que exige que las propuestas de nombramiento que formula la Sala de Gobierno se efectuarán con observancia de lo dispuesto en los artículos 200, 201 y 212.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que deberán ser motivadas con expresión detallada de las circunstancias personales y profesionales de los propuestos y de las razones de su preferencia sobre los demás candidatos, así como en que también falta motivación en el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sesión de fecha de 19 abril 1995 al igual que en su modificación por Acuerdo 31 mayo 1995, y no pueden prosperar, en cuanto que con claridad consta que las propuestas de nombramiento de aquella primera fecha se hallan suficientemente motivadas, al expresarse que dichas propuestas se han hecho teniendo en cuenta los criterios, requisitos y preferencias legales y reglamentarias, como es de ver en los correspondientes impresos normalizados que obran debidamente cumplimentados y que quedan por fotocopia como antecedente en la Secretaría de Gobierno de dicho Tribunal, constando en dichos impresos los motivos por los que han sido excluidas determinadas personas, mientras que en el Acuerdo que hubo de adoptarse por la misma Sala de Gobierno en fecha de 31 mayo 1995 se especifican los nombramientos y las causas de cada uno (folios 18, 19 y 20 del expediente), lo que obviamente excluye la concurrencia de ausencia de una suficiente motivación, que es lo que alegan los actores para deducir de ello que se ha lesionado su derecho al acceso en condiciones de igualdad, mérito y capacidad.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 15 diciembre 1997.*)

4. *Concurso público para cubrir plazas de Magistrado suplente del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional. Legitimación de la Asociación Profesional de la Magistratura para impugnarlo. Interpretación del artículo 200 LOPJ.*

«La Asociación Profesional de la Magistratura impugna el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial 24 febrero 1993, por el que, "a fin de dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 200, 201 y concordantes de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, y de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial 15 julio 1987", se convoca concurso público para cubrir plazas de Magistrado suplente del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional: concretamente veinticinco plazas para el Tribunal Supremo y dieciséis para la Audiencia Nacional.

Antes de entrar en el estudio de la cuestión de fondo es preciso pronunciarse sobre la legitimación de la Asociación para impugnar el Acuerdo recurrido, toda vez que la Sala, como ha quedado indicado en los Antecedentes de Hecho, sometió a la consideración de las partes, como motivo susceptible de fundar la oposición al recurso, el relativo a la posible falta de legitimación de la Asociación Profesional de la Magistratura para entablar el presente proceso, cuestión que, a la vista de las alegaciones formuladas por las partes, debe resolverse en el sentido de reconocer a la Asociación recurrente legitimación para interponer el recurso, habida cuenta de que entre los fines estatutarios de dicha entidad figura el de defender y velar por los intereses y derechos profesionales de todos sus asociados y, en general, de los miembros del Poder Judicial, sirviendo de cauce a las pretensiones de los mismos, espec-

tos que deben entenderse concernidos por la convocatoria para la designación de Magistrados suplentes, objeto del recurso.

Se alega en la demanda que "la designación de un numeroso grupo de Magistrados suplentes en el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional representa una vulneración de lo establecido en el artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual 'Podrá haber en las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia una relación de Magistrados suplentes que serán llamados, por su orden, a formar las Salas en los casos en que por circunstancias imprevistas y excepcionales no puedan constituirse aquéllas. Nunca podrá concurrir a formar Sala más de un Magistrado suplente. Cada año el Consejo General del Poder Judicial confeccionará la relación a que se refiere el apartado anterior, a propuesta de la Sala de Gobierno correspondiente y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 152.3.3.º"; de cuya regulación extrae la Asociación recurrente las siguientes conclusiones: "a) No está prevista legalmente la figura de Magistrados suplentes ni en el Tribunal Supremo, ni en la Audiencia Nacional. b) Sólo tiene validez jurídica el nombramiento si se está en presencia de circunstancias imprevistas y excepcionales que impidan la formación de la Sala. c) Nunca puede formarse una Sala con más de un Magistrado suplente, lo que es evidente que no tendrá lugar normalmente ni en la Audiencia Nacional (se nombran 17 [sic]), ni en alguna Sala del Tribunal Supremo (en las Salas 2.ª y 3.ª se nombran 7 y 9 respectivamente)". A ello se añade que la Ley sigue en este aspecto "el criterio básico imperante en la Ley Orgánica de 1870, cuyo artículo 79 establecía que el Tribunal Supremo no tendría ordinariamente suplentes, salvo algún caso extraordinario".

Aunque, dada la fecha del Acuerdo impugnado, la redacción de la Ley Orgánica del Poder Judicial que debe tenerse en cuenta es la originaria, interesa señalar que entre las modificaciones introducidas en dicha Ley por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 noviembre, figura la del artículo 200, cuyo apartado 1 tiene actualmente la siguiente redacción: "1. Podrá haber en el Tribunal Supremo, en la Audiencia Nacional, en los Tribunales Superiores de Justicia y en las Audiencias Provinciales una relación de Magistrados suplentes que serán llamados, por su orden dentro del orden u órdenes jurisdiccionales para los que hubieren sido nombrados, a formar las Salas en los casos en que por circunstancias imprevistas y excepcionales no puedan constituirse aquéllas, salvo cuando actúan en régimen de adscripción como medida de refuerzo conforme a lo previsto en esta Ley. Nunca podrá concurrir a formar Sala más de un Magistrado suplente".

Hecha la indicada advertencia, la cuestión planteada en la demanda consiste básicamente en determinar si con anterioridad a la expresada modificación del artículo 200 de Ley Orgánica del Poder Judicial, el nombramiento de Magistrados suplentes en el Tribunal Supremo y en la Audiencia Nacional adolecía de ilegalidad, lo que supondría la nulidad del Acuerdo impugnado, tal y como se postula por la Asociación actora.

En primer lugar debe señalarse que la interpretación excluyente de la figura del Magistrado suplente en el Tribunal Supremo y en la Audiencia Nacional, que en la demanda se atribuye, al artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no puede afirmarse que siga el criterio básico imperante en la Ley Orgánica de 1870, según se afirma, pues, como hace notar el Abogado del Estado, dicha Ley admitía en su artículo 79, aunque con carácter ciertamente restrictivo, la existencia de Magistrados suplentes en el Tribunal Supremo.

En cualquier caso, la cuestión sometida a enjuiciamiento ha sido ya resuelta por Sentencia de esta Sala de 24 enero 1997 (RJ 1997, 1337) que ha desestimado impugnación similar a la presente, dirigida por la misma Asociación Judicial contra Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial 6 octubre 1993 sobre nombramiento de Magistrados suplentes en la Audiencia Nacional, por lo que, en aras del principio de unidad de doctrina, hemos de reiterar aquí la mantenida en dicha sentencia, cuyos razonamientos, si bien referidos a la legalidad de la figura del Magistrado suplente de la Audiencia Nacional, son de aplicación igualmente al caso

del Tribunal Supremo dada la identidad de los motivos de impugnación en ambos supuestos.

Viene a declarar la citada sentencia que el hecho de que el artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial aludiera solamente a las Audiencias Provinciales y a los Tribunales Superiores de Justicia al referirse a la posibilidad de que Magistrados suplentes se integren en las Salas de dichos órganos jurisdiccionales, no es obstáculo para entender que también puedan actuar dichos Magistrados suplentes en la Audiencia Nacional, dado que el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial 15 julio 1987, por el que se establece la reglamentación sobre Jueces en régimen de provisión temporal, Magistrados suplentes y Jueces sustitutos, establece en su Disposición Adicional que "cuando por circunstancias excepcionales y atendidas las necesidades del servicio, se solicitare del Consejo General del Poder Judicial el nombramiento de Magistrados suplentes para el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional o el Tribunal Central de Trabajo, podrá autorizar dicho nombramiento en los términos y por el procedimiento establecido en el presente Acuerdo", disposición ésta cuya validez proclama la propia sentencia destacando al efecto el hecho de que cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial establece el régimen transitorio aplicable al caso —Disposición Transitoria Decimosexta—, ordena que las Salas de Gobierno hagan nueva propuesta de Magistrados suplentes, "cumpliendo lo establecido en la misma" (se refiere a la propia Ley Orgánica), pero sin hacer "la más mínima alusión a que se excluya a dos de las Salas de Gobierno (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) que hasta la entrada en vigor de la expresada Ley podían formular propuestas de nombramiento". Declara también la referida sentencia que dados los términos en que los artículos 326 y 327 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén la posibilidad de que una Sala haya de completarse con Magistrados suplentes, hubiera sido necesaria "una exclusión expresa de la Audiencia Nacional en la Ley Orgánica del Poder Judicial al regular en ésta la actuación de los Magistrados suplentes para poder entender que dichos Magistrados no pueden integrar la Sala del referido órgano jurisdiccional", sin que, por otra parte, en la tabla derogatoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial se haga ninguna mención específica de los indicados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por último, señala la sentencia de constante cita que en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 16/1994, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, se declara en relación con el problema que se viene examinando que "En punto al nombramiento de Magistrados suplentes, y con el fin de despejar dudas de legalidad, la Ley recoge explícitamente la interpretación del artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial mantenida hasta ahora constantemente por el Consejo General del Poder Judicial en sus disposiciones generales, nombramientos y actos de resolución de recursos, en el sentido de que la facultad de nombramiento de Magistrados suplentes alcanza al Tribunal Supremo y a la Audiencia Nacional", lo que pone de manifiesto que el legislador viene a entender como correcta, y la recoge en la nueva redacción de la Ley, la interpretación que venía manteniendo el Consejo General del Poder Judicial, por lo que, concluye la sentencia, no puede afirmarse que la Disposición Adicional del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial 15 julio 1987 no se ajuste a la Ley Orgánica del Poder Judicial al prever el nombramiento de Magistrados suplentes que se cuestionaba.

Aplicada, pues, la anterior doctrina al caso de autos, es evidente que ello ha de conducir al fracaso de la interpretación meramente literalista que en la demanda se mantiene sobre el alcance del artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (según su redacción originaria), cuya pretendida vulneración por la resolución impugnada debe ser consecuentemente rechazada, dado que la convocatoria cuestionada se ampara en lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial 15 julio 1987 que, como ha quedado expuesto, se ajusta a los criterios que informan la citada Ley Orgánica.

Alega también la Asociación recurrente que sólo tiene validez jurídica el nombramiento de Magistrados suplentes si se está en presencia de circunstancias impre-

vistas y excepcionales que impidan la formación de la Sala, según resulta de lo dispuesto en el artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Asimismo se ha pronunciado sobre esta cuestión la citada Sentencia de 24 enero 1997 señalando en su fundamento decimoquinto que “el Consejo General del Poder Judicial, que, conforme resulta del artículo 104.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es el órgano superior de los de gobierno del referido Poder, tiene reconocidas unas competencias, al igual que los demás órganos de gobierno, tendentes a conseguir un regular funcionamiento de los Juzgados y Tribunales. Diversos preceptos de la expresada Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción aquí a tener en cuenta, son expresivos de que en determinadas situaciones una ponderación del correspondiente órgano de gobierno en relación con las circunstancias concurrentes en un determinado Juzgado o Tribunal, es determinante para la solución a adoptar a fin de conseguir un regular funcionamiento de aquéllos. Así, por ejemplo, puede indicarse que conforme al artículo 429 de la indicada Ley, artículo incluido dentro del Título referido a los Jueces en régimen de provisión temporal, las Salas de Gobierno están facultadas para ponderar si los órganos jurisdiccionales vacantes pueden ser servidos adecuadamente mediante sustitución, prórrogas de jurisdicción o comisiones de servicios, o si éstos son insuficientes para asegurar su regular funcionamiento. Asimismo, el artículo 214 de la expresada Ley faculta a las Salas de Gobierno para prorrogar la jurisdicción del titular de un Juzgado de Paz cuando ello resulta aconsejable para un mejor despacho de los asuntos de un determinado Juzgado del mismo grado. Resulta, por tanto, que es un criterio inspirador de la normativa de la Ley Orgánica del Poder Judicial referida a las competencias de los órganos de gobierno, el de que éstos, ponderando las circunstancias existentes, se hallan facultadas para adoptar las medidas más convenientes para el regular funcionamiento de Juzgados y Tribunales”, añadiendo dicha sentencia en el fundamento siguiente que, en consecuencia, «el artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no puede ser interpretado, en relación con el problema que ahora se examina, en los términos literales en que lo hace la Asociación recurrente, sino atendiendo al criterio al que se ha hecho referencia en el razonamiento precedente, conforme al cual las “circunstancias imprevistas y excepcionales” a las que alude el repetido artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hacen también referencia a situaciones excepcionales de un Tribunal derivadas de la acumulación de asuntos”; situación en que notoriamente se hallan determinadas Salas del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, en relación con el Acuerdo aquí impugnado.

Por último, tampoco puede aceptarse que el Acuerdo impugnado suponga una infracción del artículo 200.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto dispone que “nunca podrá concurrir a formar Sala más de un Magistrado suplente”, pues, como señala el Abogado del Estado, la actuación en concreto de los Magistrados suplentes nombrados deberá respetar la proporción prevista en dicho precepto (así lo advierte la base novena del propio Acuerdo) por lo que sería el correspondiente acto administrativo de adscripción el susceptible de ser recurrido oportunamente, en su caso, pero sin que ello suponga la invalidez del Acuerdo que se impugna.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 22 diciembre 1997.*)

5. *Nulidad de convocatoria para la provisión de dos plazas de guardia de la Policía Municipal por no ir precedida de la oferta pública de empleo, aunque tales plazas formasen parte de la plantilla. Infracción artículos 1.3 y 18 Ley 30/84 y 91 Ley 7/85.*

«Entrando en el fondo, la cuestión debatida se limitaba a si para la convocatoria referida era legalmente preceptivo o no el que hubiese precedido a la misma la oferta

de empleo público, puesto que en el caso de autos faltaba dicha oferta. La sentencia, en síntesis, razona que el artículo 18.4 de la Ley 30/1984, norma básica aplicable en la Administración Local, reproducida en los artículos 91 de la Ley 7/1985 y 128 del Texto Refundido, aprobado por RD 781/1986, debe ser interpretado en el sentido de que, publicada la oferta de empleo público, es preceptiva la convocatoria de pruebas selectivas para las vacantes incluidas en dicha oferta; pero que la falta de la oferta de empleo público no veda la posibilidad de la convocatoria, si las plazas en cuestión forman parte de la plantilla, por estar incluidas y dotadas en los presupuestos. Consecuentemente con esa interpretación, la sentencia desestima el recurso.

El Abogado del Estado recurrente impugna la sentencia, sosteniendo que la claridad meridiana de la Ley en el punto en litigio se opone radicalmente a la interpretación que de la misma se hace en la sentencia recurrida, aludiendo a la literalidad del artículo 91 de la Ley 7/1985, que transcribe, y haciendo la observación de que el propio Secretario del Ayuntamiento apelado hizo en su momento la observación acerca de la falta del requisito ausente de la oferta de empleo público.

Para el Ayuntamiento demandado, sin embargo, la tesis de la sentencia recurrida es totalmente correcta, remitiéndose a la misma, sin que se aporte en su escrito de impugnación de este tema de fondo, nuevos argumentos dignos de nota.

Planteadas la cuestión básica a decidir, debemos compartir la tesis del Abogado del Estado, pues, en efecto, los términos del artículo 91.2 de la Ley 7/1985, tanto en su literalidad como en el sentido lógico que corresponde a la misma, no admiten otra interpretación que la de que la oferta de empleo público constituye el presupuesto legal de partida, para que de acuerdo con ella pueda realizarse la selección del personal.

El artículo 91 de la Ley 7/1985 es el correlato del artículo 18 de la Ley 30/1984 en el ámbito de la Administración Local, mientras que el párrafo 2 del precepto de primera cita lo es del artículo 19 de dicha Ley 30/1984. Los referidos preceptos regulan dos cuestiones diferentes, que en la tesis de la sentencia apelada se confunden, de modo inadecuado. El que la Administración concernida tenga un deber de proceder a una determinada convocatoria, es perfectamente compatible con el dato de que el presupuesto de la convocatoria deba serlo la previa oferta de empleo público, sin que por tanto pueda diluirse este necesario presupuesto legal de la convocatoria en el deber de verificarla en un determinado plazo a partir de la oferta, que es lo que hace la sentencia apelada.

La cuestión fue abordada por esta Sala en Sentencia de 19 mayo 1994 (RJ 1994, 4428), Recurso núm. 10370/1991, según la cual:

“La exigencia de que a la convocatoria para la provisión de plazas preceda la oferta pública de empleo resulta clara, dado lo dispuesto en los artículos 1.º.3 y 18 de la Ley 30/1984 y 91 de la Ley 7/1985, sin que la falta de la previa oferta pública de empleo, deba obviarse, como el apelante pretende, en razón de que la convocatoria tuvo lugar en el primer trimestre del año natural, con lo que parece hacer equivaler la cronología de la convocatoria con otra exigencia distinta, cual es la de la oferta pública, equivalencia inaceptable. Y no cabe tampoco achacar, como hace el apelante en sus alegaciones, a omisión del Estado la falta de la oferta, para exonerarse de la misma, pues bien claro está en el artículo 91.1 de la Ley 7/1985 que es a las Corporaciones Locales, y no al Estado, a las que incumbe realizar la oferta de sus empleos”.

No estimamos tampoco correcta la tesis de que la convocatoria para la provisión de unas plazas existentes en la plantilla y dotadas presupuestariamente, constituya de por sí una oferta de empleo, pues en la economía, tanto de la Ley 30/1984 como de la 7/1985, es claro que la oferta de empleo público tiene de por sí sustantividad, como acto perfectamente diferenciado.

Frente a las razones que quedan expuestas carecen de entidad las alegaciones impugnatorias del Ayuntamiento apelado sobre la cautela recomendable en las de-

claraciones de nulidad en el orden contencioso-administrativo, sobre la no inclusión del caso en ninguno de los supuestos legales del artículo 47 de la LPA, y sobre la necesidad del elemento de indefensión para la aplicación del artículo 48 de la propia LPA, a su juicio, ausente en este caso, todo lo cual, en su criterio, vedaría la anulación del acto administrativo, reclamada por el Abogado del Estado.

El que las declaraciones de nulidad deban administrarse con moderación, no implica que no deban pronunciarse, cuando se da con claridad el supuesto legal que las determina, cual ocurre en el presente caso, en el que la convocatoria impugnada es contraria a un precepto legal inequívoco, lo que implica la infracción prevista en el artículo 48.1 de la LPA (aplicable al caso por razón del tiempo, correlativo al artículo 63.1 de la Ley 30/1992). Y en cuanto a las consideraciones acerca del elemento de indefensión, debe observarse que el supuesto legal en el que entra en juego, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 48.2 LPA (63.2 de la Ley 30/1992), es el del defecto de forma, que no es aquí el caso, pues de lo que se trata es de la ausencia de un presupuesto legal necesario para la convocatoria.

Se impone, por todo lo expuesto, el éxito del recurso de apelación del Abogado del Estado, y la revocación de la sentencia apelada, estimando el recurso contencioso-administrativo que la misma desestimó, conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2 de nuestra Ley Jurisdiccional, y anulando la resolución recurrida, conforme a lo dispuesto en el artículo 84.a) de la propia Ley.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 5 marzo 1998.*)

6. *Las Bases de la convocatoria vinculan a la Administración, a los Tribunales y a quienes participan en las pruebas, los cuales podrán impugnarlas en el momento procedimental oportuno. «Al concurrir al procedimiento selectivo sin impugnarlas queda impedida la ulterior impugnación de la resolución que en el mismo recaiga por motivos que en su día pudieron hacerse valer por medio del oportuno recurso».*

«Desde tales puntos de vista ha de tomarse en consideración que las sentencias recurridas recogen esa doctrina legal que postula la parte recurrente, que en ellas se alude a que las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones de Selección y a quienes participen en las mismas, así como también establecen que las convocatorias pueden ser recurridas, pero lógicamente dentro de los plazos legales previstos al efecto, sin que pueda aceptarse la tesis de las partes entonces recurrentes en orden a admitir tal posibilidad impugnatoria junto al acto final de resolución del concurso, puesto que ello iría en contra del principio de seguridad jurídica que, sin duda, inspiró el artículo 13.4 del Real Decreto 2223/1984, de 19 diciembre, del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado, según dichas sentencias, criterio éste que, además, ha sido reiteradamente mantenido por esta Sala en Sentencias como las de 19 septiembre 1994 (RJ 1994, 7276), 20 marzo 1995 (RJ 1995, 3553) y 16 junio 1997 (RJ 1997, 5262), conforme a las cuales, en síntesis, resulta que, al suscribir la convocatoria y al participar en las pruebas selectivas, el aspirante aceptó las bases de las mismas, que las bases y la convocatoria pueden ser impugnadas por los interesados, pero en los casos y en los plazos previstos, que aquéllas constituyen la ley del proceso selectivo, y que al concurrir a éste, sin impugnarlas, queda impedida la ulterior impugnación de la resolución que en el mismo recaiga por motivos, que en su día pudieron y debieron hacerse valer por medio del oportuno recurso, relativos a posibles defectos de la citada convocatoria (arts. 3.2 del Decreto 1411/1968, 13.4 del Real Decreto 2223/1984, de 19 diciembre, y Real Decreto 364/1995, de 10 marzo, citados en dichas sentencias), de modo que las sentencias recurridas concuerdan en este punto con la doctrina de esta Sala y, además, con la doctrina legal que se postula, y con la normativa aplicable.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 24 marzo 1998.*)

7. *Pruebas selectivas para la previsión de plazas de alumnos de la Escuela Judicial. Imprudencia de la suspensión de acuerdo por el que se selecciona para realización de la entrevista a los relacionados en una lista anexa. Aun siendo indudables los perjuicios que de la no suspensión podrían derivarse para la actora, debe considerarse prevalente el interés público por la marcha regular de las pruebas.*

«El Tribunal Calificador núm. 1 de las pruebas selectivas para provisión de 213 plazas de alumnos de la Escuela Judicial para su posterior acceso a la Carrera Judicial, convocadas por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 17 mayo 1995, acordó en Sesión celebrada el día 8 de noviembre de 1995, tras examinar los expedientes presentados por los aspirantes en la modalidad de concurso de méritos, seleccionar para la celebración de la entrevista a los relacionados en una lista Anexa.

Contra esta resolución interpuso recurso ordinario doña Celia G. O., solicitando en su escrito la suspensión de la ejecución del Acuerdo impugnado. El Pleno del Consejo acordó con fecha 13 de diciembre de 1995 denegar la solicitud de suspensión, con una doble argumentación: primero, porque los motivos de nulidad de pleno Derecho alegados por la recurrente no eran tan claros y rotundos como exigen los artículos 140.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 111 de la Ley 30/1992 y, segundo, porque la interesada no había acreditado los irreparables perjuicios que podrían acarrearle con el Acuerdo impugnado, debiéndose tener en cuenta, además, que la situación jurídica que pudiera crearse, caso de prosperar el recurso, siempre admitiría las rectificaciones o ajustes correspondientes, resultando que de accederse a la suspensión se produciría una grave perturbación para los intereses públicos y generales. Contra este acuerdo se interpone el presente recurso contencioso-administrativo.

Dos criterios fundamentales se oponen a la estimación del recurso.

El primero, que con fecha 21 de febrero de 1996, el Consejo General del Poder Judicial resolvió desestimar en cuanto al fondo el recurso ordinario durante cuya tramitación se había pedido la suspensión denegada, lo que ha dejado prácticamente vacía de contenido la decisión jurisdiccional sobre dicha denegación.

El segundo, que siendo indudables los perjuicios que podrían seguirse para la actora como consecuencia de que se hubiere estimado su recurso administrativo, sin embargo no cabe negar que el Consejo realizó una adecuada ponderación de los intereses en juego, dando razonable prevalencia al gravamen que la suspensión supondría para los intereses públicos y generales, representados por la conveniencia de la regular marcha en el tiempo de las pruebas para cubrir las plazas convocadas, intereses relevante tanto en el orden de la más pronta acreditación de quienes pudieran acceder a la Escuela Judicial como en el de no perturbar la situación de los restantes interesados en la realización de las pruebas.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 24 abril 1998.*)

II. DERECHOS

1. *Organizaciones Sindicales de la Policía Autonómica. Legalidad del Decreto 253/92 de la Generalidad de Cataluña al tener la cobertura del artículo 18.2 LOFCSE, en cuanto exige que las Organizaciones Profesionales de la Policía Autonómica estén integradas exclusivamente por Mossos d'Esquadra y que los Estatutos se depositen en el Registro especial.*

«El Decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña 87/1987, de 20 febrero, estableció en el apartado b) de su artículo único que para constituir

una Organización Sindical de Policía Autonómica es necesario depositar los respectivos Estatutos en el Registro Especial creado por la indicada disposición, junto con el acta fundacional. El Decreto 253/1992, de 9 noviembre, previno que el artículo único del Decreto 87/1987 pasa a denominarse artículo 1, modificándose el apartado b), que tendrá el siguiente contenido: Para constituir una organización sindical de Policía Autonómica es indispensable que las organizaciones estén integradas exclusivamente por miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra y que se depositen en el Registro Especial los estatutos, junto con el acta fundacional. La Federació de Serveis Públics de la Unió General de Treballadors de Catalunya interpuso recurso contencioso-administrativo contra el referido Decreto 253/1992, que fue estimado por la Sentencia dictada el 17 marzo 1995, por la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que declaró su nulidad en la medida que modifica el apartado b) del artículo único del Decreto 87/1987, entendiéndose que la restricción que se impone a las organizaciones sindicales de Policía Autonómica, al exigir que deben estar integradas exclusivamente por miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra, es materia reservada a la ley, por lo que no puede ser establecida por norma con rango de Decreto, citando al efecto los artículos 28, 103.3 y 104.2 de la Constitución. Contra la referida sentencia ha interpuesto la Generalidad de Cataluña el presente recurso de casación.

El recurso de casación se funda en tres motivos diferentes, los tres amparados en el artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción, en los que se argumenta la aplicación al caso debatido, bien con carácter directo, bien con carácter supletorio, de lo prevenido en Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Estimamos procedente comenzar por examinar el tercer motivo de casación, ya que en él se entiende que la sentencia de instancia ha infringido la disposición final segunda en relación con el artículo 18.2 de la mencionada Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, además de citarse también como vulnerados los artículos 40, 20 y 21 del repetido texto legal. El artículo 28.1 de la Constitución previene, después de establecer el derecho de libre sindicación, que la Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. El artículo 81.1 de la Norma Fundamental exige que tengan la naturaleza de Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, entre los que se encuentra el derecho de libre sindicación, y el artículo 104.2 señala que una Ley Orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Por su parte, el artículo 1.5 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical, prescribe que el ejercicio del derecho de sindicación de los miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que no tengan carácter militar se regirá por su normativa específica, dado el carácter armado y la organización jerarquizada de estos Institutos. De los transcritos preceptos resulta que las limitaciones al derecho de libertad sindical de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad exigen para su validez encontrarse establecidas en una norma con rango de Ley Orgánica, ya se trate de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, dependientes del Gobierno de la Nación, ya de los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas, por lo que al presente litigio interesa (fundamentalmente artículos 28.1 y 81.1 de la Constitución).

El motivo de casación que examinamos, además de citar los artículos 40, 20 y 21 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que no advertimos tengan directa incidencia sobre la cuestión planteada, considera que la sentencia de instancia, al declarar la nulidad del Decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña 253/1992, en la medida en que modifica el apartado b) del artículo único del Decreto 87/1987, esto es, en cuanto impone que para constituir una organización sindical de Policía Autonómica es indispensable que las or-

ganizaciones estén integradas exclusivamente por miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra, vulnera lo prevenido en la disposición final segunda en relación con el artículo 18.2 de la citada Ley Orgánica 2/1986. La disposición final segunda invocada, en su apartado primero, establece que la Policía Autónoma de Cataluña se rige por su Estatuto de Autonomía y normas que lo desarrollen, respecto a las que la Ley Orgánica 2/1986 tendrá carácter supletorio, de conformidad con el artículo 13.1 del Estatuto, que faculta a la Generalidad para crear una Policía Autónoma en el marco del Estatuto y, en aquello que no esté específicamente regulado en el mismo, en el de la Ley Orgánica prevista en el artículo 149.1.29 de la Constitución. El apartado segundo de la referida disposición final determina los artículos de la Ley Orgánica 2/1986 que son de aplicación directa al régimen de la Policía Autónoma de Cataluña. Conforme a esta normativa, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en la parte que no es de aplicación directa a la Policía Autónoma de Cataluña, es de aplicación supletoria a la misma, lo que significa que, si no existe regla de directa aplicación a un supuesto concreto en la normativa territorial de la Comunidad Autónoma, pero tal supuesto concreto se halla previsto en la Ley Orgánica 2/1986, el precepto correspondiente será de aplicación supletoria a la Policía Autónoma de Cataluña, pues así lo ordena inequívocamente la disposición final segunda, apartado primero, a que hemos aludido, cuyo ámbito de aplicación lo constituye, específicamente, "la Policía Autónoma de Cataluña". Pues bien, el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1986 prescribe que los miembros del Cuerpo Nacional de Policía sólo podrán afiliarse a organizaciones sindicales formadas exclusivamente por miembros del propio Cuerpo. La aplicación supletoria de esta norma a la Policía Autónoma de Cataluña determina que los miembros del Cuerpo de Policía Autónoma de Cataluña sólo puedan afiliarse a organizaciones sindicales formadas exclusivamente por miembros del propio Cuerpo, y esto es a lo que vino a dar carácter explícito el Decreto del Gobierno de Cataluña 253/1992, de 9 noviembre, cuando, reformando el Decreto 87/1987, dispuso que para constituir una organización sindical de Policía Autónoma es indispensable que tales organizaciones estén integradas exclusivamente por miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra. Si el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1986, en vez de referirse al Cuerpo Nacional de Policía, mencionase a la Policía Autónoma de Cataluña o, genéricamente, a las Policías de las Comunidades Autónomas, no sería un precepto de aplicación supletoria al caso debatido, sino una norma de aplicación directa. En consecuencia, el Decreto 253/1992, en la parte declarada nula por la sentencia combatida en casación, tiene la cobertura legal que representa la aplicación supletoria, no analógica, del artículo 18.2 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que cumple la exigencia de Ley Orgánica que para las limitaciones al derecho de libertad sindical establecen los artículos 28.1 y 81.1 de la Constitución. Lo expuesto conduce a la estimación del motivo tercero del recurso de casación interpuesto por la Generalidad de Cataluña, lo que hace innecesario el examen de los motivos primero y segundo, y, como consecuencia de ello, a casar y anular la sentencia impugnada y, en su lugar, a desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por la Federació de Serveis Publics de la Unió General de Treballadors de Catalunya contra el Decreto del Gobierno de Cataluña 253/1992, en cuanto exige que para constituir una organización sindical de Policía Autónoma es indispensable que las organizaciones estén integradas exclusivamente por miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra, precepto que debemos confirmar y confirmamos por encontrarlo ajustado a derecho.

Siendo procedente declarar haber lugar al recurso de casación, no apreciamos motivos para imponer las costas en la instancia, debiendo cada parte pagar las suyas respecto a la casación (arts. 131.1 y 102.2 de la Ley de la Jurisdicción).» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 1 diciembre 1997.*)

2. *Traspaso de profesores de la Universidad de origen a Universidades de nueva creación. No vulnera ni el principio de reserva de ley ni el derecho a la permanencia en el cargo público reconocido en el artículo 23.2 CE.*

«El motivo segundo se formula “subsidiariamente, [por] infracción por desconformidad a Derecho”, bajo cuya rúbrica se desarrolla un discurso, que, con deficiente técnica casacional, en vez de referirse directamente a la sentencia, cual es lo precedente, se refiere al artículo 3 de las disposiciones recurridas, sobre cuya impugnación se pronunció la sentencia, lo que supone una confusión, de lamentable frecuencia, en cuanto al objeto de la casación.

Bajo ese inadecuado presupuesto de partida, se alega la “nulidad del artículo 3 de los Decretos en instancia impugnados, a tenor del artículo 48.1 de la LPA, en relación con los artículos 83.2 y 84.a) de la Ley Jurisdiccional, en cuanto disponen automáticamente el traspaso forzoso con carácter definitivo del personal a cada una de las Universidades de nueva creación, sin respeto al principio de voluntariedad, y con total extinción de la relación funcional de cada Universidad de origen, sin reconocimiento del derecho de retorno”.

El desarrollo ulterior del motivo puede sintetizarse en los siguientes términos:

a) Exposición de la Disposición Adicional Primera.2 de las Leyes de creación de las nuevas universidades, destacando que tal disposición “en absoluto contempla tal traspaso [el de los profesores] con carácter necesario forzoso, al margen de la voluntariedad del profesorado afectado, y con total extinción de la relación funcional que, en su día, establecieron voluntariamente con la Universidad de origen”; y que “dicho precepto legal habilitador expresamente se refiere al necesario respeto a los derechos, constitucionales y legales, de dicho personal adscrito a los centros integrados”, imputando al Tribunal *a quo* que no aprecia esa salvedad.

b) Que nada tiene que ver la efectiva adscripción del profesorado a la universidad de nueva creación, que no se discute, con la condición jurídica en que se produzca la adscripción; y que es absurdo afirmar que la opción por la vía del reglamento a favor del traslado forzoso forma parte de la competencia de la Generalitat de creación y coordinación universitaria, pues “no pugnan de ninguna manera las atribuciones relativas a la creación de una nueva universidad con los derechos legales del personal que haya de ser adscrito a ella, vía traslado o vía ingreso *ex novo*, etcétera”.

c) Que el artículo 23.3 CE garantiza, con categoría de derecho fundamental no sólo el acceso sino también la permanencia en las funciones y cargos públicos “con los requisitos que señalen las Leyes”, lo que remite “al ámbito de la reserva de ley que para el estatuto funcional establece el artículo 103.3 CE, en relación con el artículo 44 de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria y con el artículo 1.3 de la Ley 30/1984, de medidas para la Reforma de la Función Pública”, con cita de la STC 94/1987 (RTC 1987, 94).

d) Expresión de discrepancia respecto a la sentencia recurrida sobre la no integración de la adscripción en el estatuto funcional, y en el ámbito del principio de reserva de ley, al tratarse de una adscripción singular.

e) Que “al amparo del artículo 1.3 de la Ley 30/1984 habrá que dilucidar si las situaciones funcionariales, si la movilidad de los funcionarios, o si la extinción de la relación funcional con la Administración en la que se ha ingresado reglamentariamente, forma parte o no del estatuto funcional”, planteamiento que para la recurrente reclama una respuesta afirmativa, y lo que, a su juicio, evidencia la vulneración de la reserva de ley.

f) Remisión a las alegaciones articuladas en el apartado undécimo del escrito de demanda.

g) Remisión en cuanto a la infracción del artículo 14 CE de las alegaciones vertidas en el apartado duodécimo del escrito de formalización de la demanda, tachando de sofisma la apreciación de la sentencia de instancia de que “la comparación

con regímenes jurídicos establecidos en otras autonomías cae fuera de la virtualidad del principio de igualdad", a lo que opone que es incorrecto aplicar ese criterio a funcionarios pertenecientes a cuerpos interuniversitarios, hoy por hoy, estatales.

La enunciación del contenido del motivo evidencia que lo que se pretende con él es replantear ante este Tribunal, como si de un recurso ordinario se tratase, las alegaciones enjuiciadas y rechazadas en la instancia, técnica casacional, que, en razón del carácter extraordinario del recurso, debe ir conducida al fracaso, pues lo obligado es tomar la sentencia como objeto directo de impugnación, evidenciando en qué sentido, en su caso, puedan haberse infringido en ella las normas a que se refiere el motivo.

Desde esa obligada perspectiva deben rechazarse en especial las remisiones expresas a las alegaciones de demanda referidas en los apartados f) y g) anteriores.

En cuanto a las demás debe rechazarse la alegada violación de la reserva de ley en cuanto al estatuto funcional, lo que tiene relación con el contenido alegatorio resumido en los apartados b), c) y d), aceptando por el contrario la corrección jurídica de los argumentos contenidos en el Fundamento de Derecho 3.º de la sentencia.

El principio de reserva de ley tiene que ver con la índole de la norma precisa para la regulación abstracta del estatuto de los funcionarios; pero no se pueden confundir con tal regulación abstracta unas disposiciones, como las recurridas en el proceso, cuya función no es propiamente reguladora, sino que imponen directamente unas adscripciones singulares a unas universidades de nueva creación y consuman su eficacia con esa adscripción.

Una cosa es que, en su caso, los derechos establecidos en el propio estatuto funcional puedan haber sido vulnerados por dichas disposiciones, y otra distinta que el sentido de las mismas sea el de regular en abstracto un contenido estatutario, y por ello les sea aplicable la reserva del artículo 103.3 CE.

Conservan así todo su vigor los razonamientos de la sentencia recurrida, que esta Sala comparte, lo que, por el contrario, conduce al rechazo de las alegaciones al respecto de la recurrente.

En la medida en que en ellas se centra la clave esencial del motivo en el principio de reserva de ley, y que la aplicación de éste se rechaza, el motivo va ya destinado al fracaso.

Con todo, y aun prescindiendo del juego de ese principio, y de su rechazada vulneración, resta un margen para la posible violación del artículo 23.2 CE, si las disposiciones recurridas vulneran de por sí el derecho de permanencia en el cargo, y si, en efecto, su significado, como sostiene la recurrente, es el de la extinción de una relación funcional reglamentariamente establecida; pues si tal ocurriera, dichas normas reglamentarias, por mucho que estén amparadas por la competencia genérica de la Generalidad de creación y coordinación universitarias, no por ello pudieran librarse de la tacha concerniente a su contenido.

Sobre el particular debe observarse que los profesores, a que se refieren las adscripciones forzosas establecidas en los Decretos recurridos, venían ejerciendo sus cargos precisamente en los centros traspasados a las nuevas universidades, y que expresamente se les respetan en dichos decretos los derechos constitucionales y legales.

Ni la condición funcional de los afectados, ni el contenido funcional de sus cargos, ni sus derechos en general resultan afectados por la adscripción forzosa, siendo la única consecuencia la de una novación subjetiva de la Administración de la que dependen, lo que no es suficiente para afirmar desde la perspectiva constitucional del artículo 23.2 CE, que el derecho de los profesores concernidos a la permanencia en el cargo público, al que accedieron, haya sido afectado.

No resulta aceptable el que como parte del derecho constitucional al cargo, y como contenido de los derechos, a cuya salvaguarda obliga la Disposición Adicional Primera.2 de la Ley de creación de las universidades nuevas, pueda incluirse el de mantener su relación con la misma universidad de origen, lo que está en la base de

las alegaciones resumidas en el apartado a) anterior, pues, de ser ello así, de una relación inicial única se deducirían dos: ésta, que subsistiría, y la establecida con las de nueva creación, lo que sin duda excede la garantía de la permanencia en el cargo.

Que ello se haya hecho en otros casos de traspasos de funcionarios entre distintas administraciones, no supone que deba ser una exigencia apriorística, si las leyes de creación de nuevas universidades no lo establecen, cual es aquí el caso.

Establecido que el artículo 23.2 CE no resulta afectado por el traspaso forzoso de funcionarios de las universidades de origen a las de nueva creación, los límites propios de la casación, referidos con anterioridad, vedan el análisis de la relación entre las leyes autonómicas de creación de aquéllas y los Decretos de la Generalidad, en los que, haciendo uso de las facultades de establecer adscripciones de funcionarios, impusieron ésta con carácter forzoso, cuestión aludida en el apartado a) de la precedente sistematización del contenido del motivo, siendo por tanto rechazable en casación tal contenido alegatorio.

Finalmente, en cuanto a la alegada vulneración del principio de igualdad, ya dijimos en su momento que era inaceptable en casación la simple remisión a alegaciones de demanda, ya enjuiciadas en la sentencia recurrida, estimando la Sala sobre el particular impecable el contenido de ésta referente a tal cuestión, e insuficiente, y no compartible, como único contenido de crítica, la afirmación del motivo que quedó referida en el apartado g) *in fine* del resumen precedente.

Se impone, en conclusión, la desestimación del motivo.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 1 diciembre 1997.*)

3. *Retribuciones. Funcionarios al servicio de la Administración española en el exterior. Legalidad párrafos 6.º a 9.º del artículo 4.1 RD 6/1995, de 13 de enero.*

«Diversos funcionarios al servicio de la Administración española con destino en el extranjero, interponen el presente recurso contra el RD 6/1995, de 13 enero, por el que se regula el régimen de retribuciones de los funcionarios destinados en el extranjero, solicitando la anulación de los párrafos sexto a noveno, ambos inclusive, de su artículo 4.1, y que se "reconozca a los funcionarios recurrentes relacionados en el punto cuarto de la demanda (debe entenderse hecho cuarto) de las oposiciones en las XI pruebas selectivas al Cuerpo Administrativo (Orden 14 mayo 1982) y a las XXVII pruebas selectivas al Cuerpo General Auxiliar de la Administración Civil del Estado (Ordenes 17 julio 1981, 22 febrero, 20 marzo y 24 mayo 1982) celebradas en Iberoamérica, así como de las XXIX pruebas selectivas al Cuerpo Auxiliar de la Administración del Estado (Resolución de 23 enero 1985) que, según consta en las mencionadas Ordenes y Resoluciones fueron destinados directamente a sus plazas en el Servicio Exterior del Estado sin ningún límite temporal o plazos mínimos y máximos de permanencia a los mismos".

La fundamentación de la demanda en su conjunto cuestiona la legalidad del establecimiento de coeficientes reductores de la indemnización por disminución de la calidad de vida, sorprendiendo que se solicite no sólo la anulación de dichos coeficientes establecida en el párrafo 2.º del apartado b) del número 1 del artículo (al que corresponde el párrafo sexto de dicho número 1), sino los párrafos sucesivos que matizan en beneficio de los funcionarios la aplicación de dichos coeficientes. La anulación de estos últimos párrafos no tendría, en su caso, un fundamento individualizado en la alegación de los recurrentes, sino que sería mera consecuencia de la falta de su presupuesto de referencia en el párrafo 2.º de dicho apartado b).

En cuanto a la petición de reconocimiento de situación jurídica individualizada, que quedó transcrita, carece de razón de ser, toda vez que, como más adelante se argumentará, el derecho de dichos actores de permanencia sin límite temporal en sus

destinos no está en ningún sentido afectado por el precepto impugnado, ni por tanto puede depender de la pretendida anulación del mismo.

Antes de abordar el examen de los fundamentos de impugnación del precepto citado, conviene destacar que el mismo fue objeto de otro recurso de otros funcionarios del servicio de la Administración española con destino en el extranjero (Recurso 239/1995), en el que se dictó Sentencia desestimatoria el día 19 de mayo pasado (RJ 1997, 4529), en la que se reconocía la legalidad del precepto, si bien la fundamentación del recurso era sólo en parte coincidente con la del actual, por lo que, al margen de lo ya decidido, es preciso enjuiciar de modo individualizado los fundamentos impugnatorios del presente recurso.

Los recurrentes exponen en los hechos de la demanda (lo que no es lo más correcto procesalmente) los que consideran lesiones del Real Decreto, razonando sobre el particular, en una reducida síntesis: *a)* que el módulo de calidad de vida se ve afectado indebidamente por un nuevo concepto de permanencia (hecho 2.º), al establecer unos coeficientes reductores en razón de esa permanencia, en función de los años de permanencia en el puesto, cuyas consecuencias evidencian; *b)* que esa reducción afecta además al módulo de equiparación del poder adquisitivo por aplicación de la fórmula de la indemnización (hecho 3.º); *c)* que no existen plazos de permanencia de los funcionarios recurrentes, a diferencia de los funcionarios de la carrera diplomática, cuyo régimen al respecto pasan a exponer, junto con las ventajas del mismo, ventajas de las que carecen los demás funcionarios (hecho 4.º); *d)* que se produce un agravio comparativo con el personal laboral contratado localmente, poniendo diversos ejemplos de comparación de las retribuciones a partir de los años 7.º y 9.º; *e)* que la reducción del módulo puede considerarse como una sanción disciplinaria de traslado improcedente.

En los fundamentos de derecho se exponen ya lo que los recurrentes consideran violaciones normativas, que examinaremos por su mismo orden de proposición.

Pero con carácter general, y antes de abordar ese examen individualizado, es preciso destacar que el Real Decreto se dicta, como expresa su exposición de motivos, en ejercicio de las facultades de adaptación de la Ley 30/1984 a las peculiaridades, entre otras categorías de funcionarios, del personal destinado en el extranjero, que la cuestionada es una indemnización, cuyo único título es precisamente el Real Decreto, sin que se alegue la existencia de norma de rango superior de la que derive tanto el establecimiento de dicha indemnización, como su concreto régimen o cuantía, lo que supone de partida un margen amplísimo del Gobierno para la regulación de todos esos aspectos.

Hecha esta inicial observación, es ya el momento de acometer el enjuiciamiento de las alegadas violaciones imputadas al Real Decreto.

Comienzan los recurrentes aludiendo a los límites de la potestad reglamentaria y del control de la discrecionalidad, con una exposición de la teoría general, que es en sí irreprochable; pero que no viene acompañada, cual sería inexcusable, de la demostración de que el Real Decreto vulnera los citados límites; tarea que los recurrentes remiten en realidad a los ulteriores fundamentos.

En el fundamento de derecho segundo se dice que "el Real Decreto 6/1995 vulnera el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, artículo 9.3 CE".

Para evidenciar dicha alegada vulneración y en distintos apartados *a)* a *e)* se van detallando una serie de elementos, exponentes de la alegada arbitrariedad.

Se dice en el apartado *a)* que el Real Decreto "impone una medida desproporcionada, que repercute gravísimamente en las retribuciones de los funcionarios destinados en el extranjero".

La calificación de "medida desproporcionada" no deja de ser un juicio de valor subjetivo, si no se indica, como es inexcusable si se discurre en términos de rigor jurídico, cuál pueda ser el índice objetivo para fijar la proporcionalidad adecuada de la medida.

En la Sentencia de 19 de mayo pasado se decía sobre la finalidad de la norma, para ponderar su razonabilidad "que es [la] de procurar la renovación del personal

en las oficinas diplomáticas y consulares de España en el extranjero, lo que es en sí un fin perfectamente lícito y razonable. Y en relación con él el instrumento para estimular la renovación, aplicado del mismo modo a todos los funcionarios, guarda una adecuada relación de proporción, lo que hace que la diferenciación de la cuantía de la indemnización por calidad de vida en los distintos puestos (supuestos, debería decir) de permanencia temporal en un mismo destino en el extranjero se ofrezca a la consideración de la Sala como razonable y justificada, dándose de este modo todos los elementos para que la diferente cuantía de la indemnización en los distintos casos se considere inobjetable desde el principio constitucional de igualdad ante la ley”.

Y en un pasaje anterior, destacando el sentido de “indemnización compensatoria del gravamen que sobre la calidad de vida arroja la permanencia en el extranjero”, se decía que “desde esa perspectiva compensatoria [...] la permanencia en un mismo puesto es reveladora de la adaptación a las circunstancias sociales del país en que se ejerce el trabajo, de modo que disminuyen o desaparecen los elementos relacionados con el gravamen del cambio de modos de vida, que es el que la indemnización trata de compensar; de ahí que si ese gravamen es distinto, la indemnización compensatoria puede ser distinta, sin que se lesione el principio de igualdad”.

Las valoraciones positivas que se hacían en la precedente oportunidad desde la perspectiva del derecho de igualdad, es indudable que pueden utilizarse para el rechazo de un reproche tan inconcreto como el de que se trata de una medida desproporcionada.

Y en cuanto a que la medida repercuta gravísimamente en las retribuciones no es reproche atendible, pues esa repercusión negativa es consecuencia de una opción libre sobre la base de una norma clara, cuyos efectos económicos pueden ser medidos por su destinatario. Que la opción por la permanencia dilatada en un puesto pueda acarrear la pérdida de la ventaja ligada a una permanencia inferior, no es en sí signo de arbitrariedad de una norma, en la que es visible el fin de incentivar los cambios de destino.

Unanse a las consideraciones precedentes las modulaciones de la aplicación de los coeficientes contenidos en los párrafos 3.º y 5.º del apartado *b)* del artículo 4.1, la amplitud de los plazos para la aplicación de los coeficientes, que el cómputo de los plazos de reducción comienza a contarse desde la entrada en vigor del Real Decreto impugnado, como destaca el Abogado del Estado, para llegar a la conclusión de que la medida en cuestión no merece el reproche de desproporcionado que le dedican los recurrentes.

El apartado *b)* del fundamento imputa al Real Decreto que “incorpora con esta determinación una medida incongruente y contradictoria, como refleja la propia Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda en su página 4, ya que la aplicación de los coeficientes degresivos en el módulo de calidad de vida resulta contradictoria con las circunstancias objetivas en base a las cuales se determina y aplica este módulo —lejanía, clima, incomunicación, insalubridad, inseguridad ciudadana, etc.—, circunstancias éstas que son ajenas al período de permanencia en un mismo lugar”.

La censura no es compartible, valiendo para su rechazo lo que ya quedó expuesto antes, al juzgar la razonabilidad de la medida en relación con un fin constatable de incentivar la rotación de los funcionarios.

En el apartado *c)* se dice que el artículo 4 “supone una manipulación de los medios elementales de vida de los funcionarios siendo su decisión sobre el módulo de calidad de vida un clarísimo instrumento coercitivo”.

Se trata de un reproche desmedido, huero de rigor jurídico. No es de recibo tachar de manipulación de los medios elementales de vida un precepto, como el impugnado, que establece una retribución que no viene impuesta por ninguna norma superior, con lo que, como se indicó al principio, se mueve en un ámbito de libertad, tanto para su establecimiento como para la fijación de su régimen, y que se ordena con la suficiente claridad y con la suficiente holgura de plazos, como para que

su destinatario pueda tomar las determinaciones que considere oportunas. Y lo es menos, calificar de instrumento coercitivo a uno, que respeta la libre opción del funcionario en cuanto a su permanencia en los destinos, independientemente de que, en razón del fin de fomentar la rotación, disminuya la cuantía de la indemnización por módulo de calidad de vida, cuando la permanencia dilatada en un mismo destino permite entender que el gravamen de la estancia en un determinado lugar no es significativo, si, pese a las oportunidades de poner fin a esa estancia, se opta libremente por permanecer en ella.

En el apartado *d)* del fundamento se dice que el Real Decreto "provoca unos resultados manifiestamente injustos, siendo la decisión sobre el módulo de calidad de vida objetivamente irrazonable". Se trata de un mero juicio de valor subjetivo, no compartible, bastando para su rechazo con la remisión a lo que ya ha quedado razonado.

Por último, se dice en el apartado *e)* del fundamento que el Real Decreto "no cuenta ni en su expediente ni en su preámbulo con una justificación adecuada y objetiva en relación a esta decisión de tanta trascendencia para la estabilidad económica y familiar de los funcionarios afectados" y que "la movilidad de estos funcionarios puede perfectamente conseguirse con otra serie de medidas razonables justas y congruentes, como sugiere la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda y los sindicatos consultados en el expediente".

Una vez más la parte sustituye la objetividad de juicio por el reproche descalificador.

La lectura de la memoria que obra en el expediente (F. 3) explica con claridad la razón de la introducción de los coeficientes correctos progresivos, de modo que no es aceptable la imputación de la parte. La justificación es adecuada y objetiva, pese al criterio contrario de los recurrentes, y la finalidad explicitada en la memoria se juzga razonable según quedó explicado más atrás.

Rechazados los alegados elementos de arbitrariedad, es claro que nada tiene que ver con el caso la doctrina de las sentencias argüidas por los recurrentes.

El fundamento de derecho III imputa al Real Decreto que "vulnera la reserva de ley que establece el artículo 103.3 de la Constitución para el Estatuto de los funcionarios públicos y en todo caso incurre en fraude de ley".

En el desarrollo del fundamento se dice además que "vulnera esta reserva de ley siendo además contrario a lo dispuesto en las Leyes vigentes de la función pública de 7 febrero 1964, de 2 agosto 1984 y 28 julio 1988".

Se imputa al Real Decreto que se extralimita al ir mucho más allá de su título de denominación.

Se dice que el artículo 4.1.b) del Real Decreto "al obligar al funcionario a trasladarse de su puesto de trabajo a otro país si quiere mantener sus retribuciones, afecta sin duda de forma esencial a la regulación legal del derecho a la inmovilidad geográfica o de residencia contenido en las citadas Leyes de Función Pública".

El elemento de vulneración de la reserva de ley y de vulneración de las Leyes de funcionarios se sitúa así en la afectación sobre la inamovilidad geográfica del funcionario.

El hecho de que la indemnización por compensación de la disminución de la calidad de vida tenga una u otra cuantía, y que esta cuantía pueda ser elemento a considerar libremente por el funcionario en su opción de permanencia o traslado, no puede calificarse, en términos de mínimo rigor jurídico, como regulación lesiva de la inamovilidad, cuando el funcionario es libre de permanecer o no en el destino, y de permanecer, conservando en todo caso una indemnización por módulo de calidad de vida, que en el peor de los casos es de un 40% de la cuantía inicial.

La crítica de la parte no sólo no es compartible, sino que carece por completo del mínimo rigor jurídico, lo que la hace rechazable.

El Real Decreto no es sino ejercicio de la habilitación contenida en el artículo 1.2 de la Ley 30/1984, cumpliendo una función complementaria de la regulación contenida en sede de Ley, cuya Ley da cumplimiento a la reserva constitucional del

artículo 103.3 CE, desplegando el Reglamento una función de colaboración con aquélla, en la regulación de un aspecto parcial del estatuto funcional, y en virtud de una remisión expresa desde la Ley, lo que es constitucionalmente irreprochable.

Desde la perspectiva de la reserva de ley llega a sorprender la propuesta de la parte de que el artículo 1.2 de la Ley 30/1984 podría justificar un estatuto de los funcionarios destinados en el extranjero, a semejanza del existente para el Cuerpo Diplomático, pero no la regulación en sede reglamentaria de un contenido concreto de ese posible estatuto.

Si la habilitación del artículo 1.2 de la Ley 30/1984 no justifica la regulación reglamentaria de ese contenido tan concreto del estatuto funcional, menos podría justificar la regulación de un estatuto específico de mayor amplitud de contenido.

El modo en que se maneja la reserva de ley en la argumentación de la parte no es absoluto convincente.

Por último, en cuanto a la imputación de fraude de ley no pasa de ser un desahogo retórico, carente de una mínima explicación.

El fundamento analizado es, así, rechazable.

El Fundamento de Derecho IV de demanda imputa al Real Decreto que "vulnera el principio constitucional de igualdad que establece el artículo 14 CE".

La alegada desigualdad tiene un triple elemento de referencia: a) los funcionarios de la carrera diplomática; b) los funcionarios de los mismos cuerpos destinados en España; c) el personal laboral contratado en las localidades de las representaciones diplomáticas.

En los dos primeros casos se utiliza como elemento para la comparación el de "la imposición de una movilidad obligatoria, si se quieren mantener las retribuciones económicas".

Si se niega, como se ha negado, al enjuiciar el fundamento anterior, que exista una imposición de una movilidad obligatoria, falta ya la base sobre la que se monta la artificiosa comparación con los funcionarios aludidos.

El hecho de que los funcionarios diplomáticos estuvieran afectados históricamente por una movilidad obligatoria, según dice la parte, y no los de los demás Cuerpos de la Administración, y que en el Real Decreto impugnado se introduzca en el régimen de una determinada indemnización un criterio incentivador de la rotación, respetando no obstante la opción de permanencia, con el percibo en todo caso de un 40% de la indemnización inicial, no entraña que a los funcionarios concernidos por el Real Decreto se les equipare en cuanto a movilidad a los funcionarios de la carrera diplomática sin sus ventajas, pues en un caso la movilidad es obligada, y en el otro deriva, en su caso, de una decisión libre, con lo que, apelar a un juicio comparativo desde la perspectiva constitucional de la igualdad, resulta totalmente absurdo y fuera de lugar.

Y no lo es menos la comparación con los demás funcionarios de las mismas carreras destinados en España, pues la inamovilidad de todos está parigualmente garantizada, sin que se desvirtúe, porque una determinada indemnización de los destinados en el extranjero pueda depender en su cuantía del período de permanencia en el destino.

El hecho de que esa indemnización sólo les esté establecida para los funcionarios del extranjero, no permite que, para enjuiciar la validez del régimen de la misma, pueda acudirse a la comparación con los funcionarios a los que dicha indemnización no les es atribuible.

El término de comparación propuesto es absolutamente inidóneo.

Por último, en cuanto a la comparación de los funcionarios destinados en el extranjero con el personal laboral, se trata de comparar situaciones sometidas a regímenes jurídicos diversos, lo que no es aceptable en términos de igualdad.

En todo caso, los ejemplos propuestos por la parte no son convincentes, pues, habida cuenta de que los plazos para la aplicación de los coeficientes comienzan a partir del Real Decreto —art. 4.1.b), párrafo 2.º, inciso final—, habrá de esperarse a que transcurran esos plazos para poder fijar cuáles sean en ese momento las retribuciones respectivas, lo que es una conjetura de imposible concreción.

Y todo ello sin olvidar que el párrafo 4.º del apartado *b*) artículo 4.1 establece un mecanismo de adaptación de las retribuciones, una vez concluido cada uno de los plazos, "atendiendo a las circunstancias del mercado de trabajo de cada país".

Ha de concluirse así que este tercer término de comparación es tan inidóneo como los dos precedentes.

El fundamento de derecho V se refiere a la "aplicación de un régimen sancionador vulnerando en la práctica los principios constitucionales".

Equiparar al sistema de coeficientes del artículo 4.1.b) del Real Decreto con el traslado con cambio de residencia, previsto como sanción en el artículo 14 del RD 33/1986, sobre la base de que la aplicación de los coeficientes provoca un traslado forzoso, excede de lo argumentalmente tolerable y entra en el terreno del puro dislate.

En el artículo 4.1.b), según se ha razonado con anterioridad, no hay el más ligero atisbo de imposición coactiva de la movilidad, que es siempre una opción libre del funcionario, por lo que el desquiciado argumento de la parte carece de la más mínima base y aun de la mínima seriedad.

Se impone, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 83.1 de nuestra Ley Jurisdiccional.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 19 diciembre 1997.*)

4. *Complemento de jornada normalizada y partida. Nulidad del artículo 66.b), primer guión, del Decreto 294/92, de 27 de octubre, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que lo regula, por contrario al artículo 23.3 Ley 30/1984.*

«El primer motivo de casación, formulado al amparo del número 4.º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, entiende que la sentencia impugnada ha vulnerado el artículo 14 (debemos estimar que alude a la Constitución, por cuanto luego incluye una argumentación en relación con el principio de igualdad), en relación con los artículos 23.3.b) de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y 79.1.b) de la Ley Territorial 6/1989, de 6 julio, de la Función Pública Vasca y la doctrina que los ha interpretado (fundamento primero del escrito de interposición), citando al desarrollar este motivo otros preceptos, entre los que figura el artículo 15.2.c) de la Ley de la Función Pública Vasca (aunque por error se cite como artículo 79). El artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, que tiene el carácter de básico en cuanto al régimen estatutario de los funcionarios públicos, aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas (art. 1.3 de la mencionada Ley 30/1984), establece que constituye una retribución complementaria de los funcionarios el complemento específico, destinado a retribuir «*las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo*» en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad, añadiendo que en ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo. En conexión con esta norma el artículo 15.1.b) de la repetida Ley 30/1984 prescribe que las relaciones de puestos de trabajo indicarán el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario. En forma equivalente se pronuncian el artículo 79.1.b) de la Ley Territorial 6/1989, de la Función Pública Vasca, prescribiendo que el complemento específico será único para cada puesto de trabajo que lo tenga asignado, y el artículo 15.2.c) de dicho texto legal, según el cual, tratándose de puestos de trabajo reservados a funcionarios, se indicará para cada uno de ellos en las relaciones de puestos de trabajo el complemento específico que tengan asignado. Se desprende inequívocamente de los preceptos mencionados, y en particular del artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, que el complemento específico es un concepto establecido por la ley para retribuir las condiciones particulares de cada puesto de trabajo, en atención a las

circunstancias concurrentes en ellos que se enumeran. Existe una correlación legal entre los conceptos de puesto de trabajo y complemento específico, de modo que éste ha de fijarse en las relaciones de puestos de trabajo, en atención a las circunstancias del puesto de que se trate, siempre que sean las comprendidas en la norma legal. Se rompe tal relación, que viene imperativamente impuesta por norma con rango de ley, aplicable a los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, cuando se fija un complemento específico no en conexión con el puesto de trabajo servido por el funcionario, sino con el hecho de que dicho funcionario realice su trabajo en régimen de jornada normalizada y partida, con independencia del puesto de trabajo que pueda desempeñar. Por este motivo el complemento de jornada normalizada y partida que se previene en el artículo 66.b), primer guión, del Acuerdo Regulador de las condiciones de trabajo aprobado por el Decreto del Gobierno Vasco 294/1992, que se devengará por el personal que realice la jornada prevista en el artículo 17 el señalado acuerdo, resulta contrario a lo establecido con carácter imperativo por los artículos 23.3.b) de la Ley 30/1984 y concordantes, que exige que el complemento específico se determine precisamente en atención a las condiciones particulares de cada puesto de trabajo. Así se advierte que los restantes complementos específicos a que alude el artículo 66.b) del Acuerdo Regulador (complemento de especial responsabilidad y dedicación, complemento de disponibilidad y complemento de mayor jornada) se establecen en relación con los puestos de trabajo desempeñados, a diferencia de lo que ocurre con el complemento de jornada normalizada y partida. Lo expuesto conduce a la estimación de este primer motivo de casación, por incurrir la sentencia impugnada en vulneración de los artículos 23.3.b) de la Ley 30/1984 y concordantes (antes mencionados), con la obligada consecuencia de resultar procedente casar y anular la expresada sentencia y declarar la nulidad de pleno derecho de la regulación del complemento de jornada normalizada y partida que se establece en el primer guión del artículo 66.b), objeto de la impugnación en la instancia, y la anulación del Acuerdo del Gobierno Vasco de 9 febrero 1993 que desestimó el recurso de reposición deducido contra la mencionada disposición.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 16 enero 1998.*)

5. Negociación colectiva. Administración Local. Vizcaya. Las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario funcional no permiten que, por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque normativo sea catalogado como plataforma de mínimos.

«En la Sentencia recurrida en casación por el Abogado del Estado, en representación de la Administración del Estado, de fecha 9 mayo 1994, se estimó parcialmente el Recurso contencioso-administrativo (núm. 1350/1989) interpuesto por la Administración del Estado contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ortuella de 27 abril 1989 por el que se adopta el Texto del IX Acuerdo Regulador de las Condiciones de Empleo del Personal al Servicio de las Entidades Forales de 1989 (ARCEPAFE-1989) como Regulador de las Condiciones de Empleo del Personal al Servicio de dicho Ayuntamiento, declarando dicha sentencia la disconformidad a Derecho de los artículos 6.º, C, D y E, 20 y 32, en cuanto al Personal perteneciente a Cuerpos con Habilitación Nacional, Capítulo V del Título I, Título II, Título III, en cuanto suponga cargas presupuestarias para el Ayuntamiento, Capítulo I del Título IV, artículo 127 y Título VI del Acto recurrido, "particulares que debemos anular y anulamos", y desestimando el resto de las pretensiones de la demanda (en la que se solicitaba que se declarara la nulidad o subsidiariamente la anulabilidad del Acuerdo de 27 abril 1989, del Ayuntamiento de Ortuella, por el que se aprobó la aplicación del IX ARCEPAFE).

El Abogado del Estado formula, como motivos del recurso de casación, en primer lugar, al amparo del artículo 95.1.4.º de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, la infracción de los artículos 32, 34, 35 y concordantes de la Ley 7/1987, de 9/1987, de 12 junio, y de la Jurisprudencia dictada en su aplicación, en el sentido de que no es aplicable al Derecho Administrativo la teoría de la norma más favorable, dado el carácter legal y estatutario de la relación de servicio y el principio de irrenunciabilidad de la competencia y de las potestades públicas, citando sentencias del Tribunal Supremo; en segundo lugar, y al amparo del mismo precepto, infracción del artículo 6.4 del Código Civil, por parecerle claro que lo que se persigue con dicho Acuerdo es un resultado prohibido por el Ordenamiento Jurídico, cual es la regulación por convenio de las relaciones de empleo de los funcionarios, más allá de los límites queridos y establecidos por el legislador; y, en tercer lugar, también al amparo del artículo 95.1.4.º de la Ley de esta Jurisdicción, infracción de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, citando sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

El primer motivo del recurso lo articula el Abogado del Estado, como todos los demás, según se indicó, por vía del artículo 95.1.4.º de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en esta ocasión por infracción de los artículos 32, 34, 35 y concordantes de la Ley 9/1987, de 12 junio, de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y de la Jurisprudencia dictada en su aplicación, citando, al efecto, las Sentencias de esta Sala de 5 mayo 1994 (RJ 1994, 4315) y 16 y 30 junio, 1, 12 y 18 julio y 16 septiembre de 1994 (RJ 1994, 5289, 5203, 5688, 5714, 6102 y 7021), y si bien es cierto que en la impugnación debía haber precisado cuáles eran los preceptos no anulados por la sentencia recurrida objeto del recurso de casación, puesto que ésta, con plausible minuciosidad y detalle, ha ido examinando uno a uno los del acuerdo impugnado, anulando una gran parte de ellos, en lugar de pedirse genéricamente en el escrito de interposición del recurso de casación que se declare nulo o que se anule "en todas sus partes el Acuerdo impugnado", según es propio del rigor de la casación, no se aprecia obstáculo insalvable para estimar el motivo, como para un supuesto similar declaró la Sentencia de esta Sala de 3 febrero 1997 (RJ 1997, 923), por exigencias del principio de unidad de doctrina, en cuanto a los artículos 10 y 11 del ARCEPAFE en la medida en que se refieren al personal funcionario de la Corporación, puesto que la argumentación expuesta en el desarrollo del motivo consiste sustancialmente en poner de manifiesto que no es aplicable al Derecho Administrativo la teoría de la norma más favorable, dado el carácter legal y estatutario de la relación de servicio y el principio de irrenunciabilidad de la competencia y de las potestades públicas con cita de sentencias del Tribunal Supremo que se refieren a dicho extremo, al cual y al relativo a las cláusulas de compensación y absorción, recogidas en los mencionados artículos del IX ARCEPAFE, sí se alude en la demanda inicial y en el Fundamento de Derecho 7.º de la sentencia recurrida en casación, que los mantiene.

Tal pronunciamiento, en cuanto a dichos artículos, debe ser declarado contrario a Derecho, según lo que resulta de Sentencias de esta Sala de 7 noviembre y 22 diciembre 1995 (RJ 1995, 8173 y 9673), 3 y 24 febrero y 5 diciembre 1997 (RJ 1997, 923 y 1544), que, además, se remiten a otras anteriores, algunas de ellas citadas por el Abogado del Estado, a cuyo tenor el motivo, relacionado con dichos artículos 10 y 11 que incorporan al Acuerdo las cláusulas de condición más beneficiosa y de compensación y absorción, que constituyen aplicación del principio de norma más favorable, debe prosperar por infracción de los artículos 32 y 35 de la Ley 9/1987, en cuanto que las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario funcional, emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de la legislación de las Comunidades Autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque normativo sea catalogable como plataforma de mínimos, sobre las que puedan actuar las diferentes unidades negociadoras, pactando según el buen criterio de la Mesa de Negociación, re-

frendado por la respectiva Corporación, lo que ha de determinar la estimación de este motivo, en la medida en que dichos artículos se refieren al personal funcionario de la Corporación, y la declaración de nulidad de los mismos.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 20 enero 1998.*)

6. *Complemento de productividad. Puede utilizarse, entre otras finalidades, para retribuir una jornada de trabajo de 40 horas semanales, superior a la normal.*

«La razón fundamental por la que la Sentencia de 20 julio 1995 estimó el recurso interpuesto consiste en afirmar que el complemento de productividad no es el medio legal idóneo para remunerar la realización de una jornada de duración superior a la normal, ya que el artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984 sólo permite que dicho complemento sirva para retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo, conceptos entre los que no considera que sea posible incluir la expresada prestación de una jornada de trabajo superior a la normal. Sin embargo, la sentencia combatida olvida que el artículo 21 de la Ley 31/1990, de 27 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, vigente cuando se dictaron los Acuerdos 22 noviembre 1991 de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, al regular las retribuciones de los funcionarios del Estado incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, estableció en su apartado E) que el complemento de productividad retribuirá el especial rendimiento, la actividad y "dedicación extraordinaria", el interés o iniciativa con que se desempeñen los puestos de trabajo, siempre que redunden en mejorar el resultado del mismo. Es decir, que a los conceptos expresados en el artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984, el artículo 21.E) de la Ley 31/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, añade el de la "dedicación extraordinaria", que se adapta perfectamente a retribuir la prestación de una jornada de 40 horas semanales, superior a la normal de 37 horas y media. El precepto de la Ley 31/1990 se encontraba también contenido en las anteriores Leyes de Presupuestos Generales del Estado, como el artículo 22.E) de la Ley 4/1990, de 29 junio, de Presupuestos para 1990, y el artículo 27.1.E) de la Ley 37/1988, de 28 diciembre, de Presupuestos para 1989, reflejando la voluntad del legislador de considerar el complemento de productividad como una remuneración apta para ser asignada a los funcionarios públicos con el fin de retribuirles una "dedicación extraordinaria" y, por tanto, la prestación de su trabajo durante una jornada superior a la ordinaria, que implica la extraordinaria dedicación exigida por la norma. Hemos de añadir que la prestación del trabajo por el funcionario en jornada superior a la ordinaria, de manera continuada, no puede ser incluida entre las gratificaciones que menciona el apartado d) del artículo 23.3 de la Ley 30/1984, que únicamente permiten retribuir servicios extraordinarios realizados fuera de la jornada normal, sin que tales gratificaciones puedan ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo, por lo que los correspondientes servicios, que se remuneran con las aludidas gratificaciones, tampoco podrán reunir esas cualidades de fijos y periódicos en su prestación, como son los que se refieren a la prestación del trabajo en jornada de cuarenta horas semanales.

En virtud de lo expresado, debemos considerar erróneo el criterio de la sentencia impugnada de que resulta patente que el complemento de productividad no remunera la prolongación de jornada, ya que es posible, conforme a lo prevenido en el artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984 y preceptos citados de las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, que el complemento de productividad constituya un concepto utilizable, junto con los demás que se expresan en las normas mencionadas, para retribuir la prestación de una jornada de trabajo de 40 horas semanales,

superior a la normal. Ahora bien, la doctrina legal que debemos establecer ha de limitarse a lo expuesto, ya que el complemento de productividad puede retribuir también conceptos distintos a la realización de una jornada de trabajo de 40 horas semanales. En consecuencia, debemos fijar como doctrina legal la siguiente: El complemento de productividad, cuando así lo hayan establecido las competentes autoridades administrativas, constituye un concepto que la Administración puede utilizar, junto a los demás que vienen determinados legalmente, para retribuir la prestación de una jornada de trabajo de 40 horas semanales, superior a la ordinaria de 37 horas y media por semana.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 30 enero 1998.*)

7. *Profesores universitarios. La libertad de Cátedra no comporta el derecho a pertenecer a la comunidad docente y científica que libremente eligió el interesado, por lo que no puede ser invocado para oponerse a la adscripción forzosa a una nueva Universidad.*

«El motivo cuarto alega que “la sentencia recurrida infringe los artículos 20.1.c) y 27.10 de la Constitución Española, por cuanto la misma viola el derecho a la libertad de Cátedra y autonomía universitaria”.

En lo atinente a la pretendida vulneración del artículo 20.1.c) CE, en el desarrollo del motivo se relacionan unos determinados párrafos del final del fundamento de derecho tercero de la sentencia, que son el referente de la crítica del motivo.

La transcripción selectiva de párrafos de dicho fundamento no refleja con total exactitud el sentido global del mismo.

En él, sintéticamente, se enjuicia el pretendido derecho del actor a no ser traspasado sin su consentimiento a la universidad de nueva creación. Se razona que es la Ley 36/1991 de la Generalidad de Cataluña, la que dispone de la creación de la nueva universidad y el traspaso a la misma de determinados centros y sus dotaciones de personal, y que el Decreto se funda en las disposiciones adicionales de la ley, que viene a ejecutar la Ley en esos puntos, dejando indemnes los derechos del personal traspasado en el momento de la segregación, entre los que están los derechos estatutarios que el actor consideraba vulnerados.

Es como remate de esa argumentación precedente, como la sentencia recoge los párrafos seleccionados por el recurrente para su crítica, limitada en realidad a imputar a la sentencia que permite que se sacrifique la libertad de cátedra al interés público, que fundamenta la Ley 26/1991 y el decreto impugnado.

El recurrente considera como su pretendido derecho de libertad de cátedra, el “derecho a pertenecer a la comunidad docente y científica que libremente... eligió, esto es, la Universidad de Barcelona, y no el pertenecer a una nueva universidad, creada por el Parlamento de Cataluña, a la que de forma forzosa se le quiere traspasar”; y estima que al permitir la sentencia el traspaso que impugna “se estaría permitiendo a la Administración un medio para poder mover y trasladar las cátedras de las universidades españolas según su libre antojo”, y “así, si por cualquier causa quiere disolver o dispersar una comunidad docente y científica, o unas cátedras determinadas, que pueden ser perjudiciales para unos intereses concretos y determinados, con la simple segregación de determinadas divisiones, y la consiguiente adscripción forzosa de los catedráticos y profesores que la integran a esa nueva Universidad, podría vulnerar, como se hace en la sentencia recurrida, el derecho reconocido y protegido por el artículo 20.1.c) de la Constitución Española”.

Conviene observar que en la instancia no se invocó el artículo 20.1.c) CE, cuya vulneración ahora se alega, si bien es cierto que se aludió al derecho de libertad de

cátedra como contenido de su situación estatutaria, según los Estatutos de la Universidad de Barcelona, lo que justifica que en este particular, y a diferencia de otros anteriores, no consideremos como cuestión nueva la planteada.

Debemos empezar diciendo que la libertad de cátedra es algo diferente del derecho a pertenecer a una determinada comunidad docente y científica y a no ser traspasado de ella.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional 179/1996 (RTC 1996, 179), 212/1993 (RTC 1993, 212) y 217/1992 (RTC 1992, 217) han definido la libertad de cátedra diciendo que "... en cuanto libertad individual del docente, es en primer lugar y fundamentalmente una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones de los docentes en el ejercicio de su función. Consiste, por tanto, en la posibilidad de expresar ideas y convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza, presentando de este modo un contenido, no exclusivamente, pero sí predominantemente negativo".

En sentido similar, sentencia del Tribunal Supremo de 10 febrero 1989 (RJ 1989, 1001).

La pertenencia a una determinada comunidad docente, y el pretendido derecho a no ser traspasado sin el propio consentimiento a otra tiene que ver, en su caso, con la situación estatutaria funcional del profesor, pero es algo ajeno a la libertad ideológica, de la que es manifestación la libertad de cátedra; por lo que el traspaso del actor de su universidad de origen a otra de nueva creación por el traspaso global de los centros de una a otra, así como de las dotaciones de personal de los centros traspasados dispuestos por la ley creadora de la nueva universidad, de la que el decreto impugnado es ejecución en cuanto a dichos traspasos, en nada afecta al derecho fundamental alegado.

Y en segundo lugar, la crítica del recurrente adolece de un evidente exceso, distorsionando el significado del fenómeno jurídico al que se refiere y de la sentencia recurrida, que se pronunció sobre él; pues ni es la Administración la que ha tenido el protagonismo, que el recurrente presenta como vitando, ni en su actuación es constatable el finalismo espúreo de la hipótesis desde la que se formula la crítica. No la Administración, sino el legislador, es el que crea la Universidad por medio de la Ley 36/1991, en cuya disposición adicional 1.ª se establece el traspaso de centros y de las dotaciones de personal adscritos a los mismos, facultando al Gobierno de la Generalidad de Cataluña para llevarlos a cabo. En esas circunstancias hipotetizar sobre posibles abusos de la Administración, lesivos del derecho de libertad de cátedra, como posibilidad permitida por la tesis proclamada en la sentencia, resulta totalmente fuera de lugar.

El motivo se refiere también, como se indicó, a la vulneración de la autonomía universitaria, invocando en abono de la tesis la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 febrero 1987 (RTC 1987, 26), en orden a la vinculación entre la autonomía universitaria y el derecho de libertad de cátedra, arguyendo que el "espacio de libertad intelectual" en que consiste tal libertad, y del que es garantía la autonomía universitaria, "le es privado... al ser segregado contra su voluntad y en aras a un supuesto interés público, de la universidad a la que pertenece, para ser adscrito, por la fuerza y contra su voluntad contra su libertad a una Universidad que le es totalmente ajena, y en donde no puede ejercitar, con plena libertad académica, su labor docente e investigadora...".

Se complementa el desarrollo del motivo censurado que la limitación del derecho la produzca un acto de la Administración cual es el decreto impugnado, y no una ley aprobada por el Parlamento imputando a la sentencia que tolera la limitación del derecho de libertad de cátedra "por un acto administrativo que no es ninguno de los límites que señala el artículo 20.4 de la Constitución", crítica que se culmina con la referencia a los vicios de elaboración del decreto.

Como se ve, el motivo no tiene un contenido específico en el que propiamente se razone la alegada vulneración de la autonomía universitaria, sino que más bien se invoca ésta como un mero eslabón discursivo, para desembocar de nuevo en el derecho de libertad de cátedra.

En la medida en que, según se acaba de razonar, el Decreto impugnado no afecta a la libertad de cátedra, el circunloquio argumental de la autonomía universitaria, sin un razonamiento específico sobre el modo en que pueda haberse vulnerado ésta en la sentencia, para retornar al derecho de libertad de cátedra, resulta a la postre estéril, para justificar esta vulneración, bastando, para rechazarla, con que nos remitamos a lo que ha quedado expuesto.

En todo caso, el hecho de que en ejercicio de las competencias correspondientes a la Comunidad Autónoma de Cataluña, su Parlamento cree una universidad por ley, transfiriendo a la misma centros, que se segregan de otra preexistente, con transferencia de los profesores adscritos a ellos, no es problema que afecte a la autonomía universitaria, siendo al respecto ilustrativa la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la Sentencia 106/1990 (RTC 1990, 106). Según ella:

“La autonomía universitaria no incluye el derecho de las Universidades a contar con unos u otros concretos centros, imposibilitando o condicionando así las decisiones que al Estado o a las Comunidades Autónomas corresponde adoptar en orden a la determinación y organización del sistema universitario en su conjunto y en cada caso singularizado, pues dicha autonomía se proyecta internamente, y ello aun con ciertos límites en la autoorganización de los medios de que dispongan las Universidades para cumplir y desarrollar las funciones que, al servicio de la sociedad, les han sido asignadas o, dicho en otros términos, la autonomía de las Universidades no atribuye a éstas una especie de ‘patrimonio intelectual’, resultante del número de centros, profesores y alumnos que, en un momento determinado, puedan formar parte de las mismas, ya que su autonomía no está más que al servicio de la libertad académica en el ejercicio de la docencia e investigación, que necesariamente tiene que desarrollarse en el marco de las efectivas disponibilidades personales y materiales con que pueda contar cada Universidad, marco éste que, en última instancia, viene determinado por las pertinentes decisiones que, en ejercicio de las competencias en materia de enseñanza universitaria, corresponde adoptar al Estado o, en su caso, a las Comunidades Autónomas”.

Por lo que hace al dato de que la alegada limitación del derecho del actor se haya producido por un decreto, y no por ley (con lo que se está anticipando el contenido del último motivo), debe significar, reiterando lo ya expuesto, que es la Ley 36/1991, la que establece las bases esenciales para la segregación de centros, traspaso a la nueva universidad y adscripción a ella de las dotaciones de personal de los centros transferidos, habilitando al Gobierno de la Generalidad para llevar a cabo las precisiones de la ley por decreto, con lo que el reproche del actor debe ser rechazado.

Y en cuanto al alegado vicio de la elaboración del decreto por la falta de audiencia del Consejo Social, nos remitimos a lo que sobre el particular se expuso más atrás.

Se impone en suma la desestimación del motivo.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 26 marzo 1998.*)

III. PROVISIÓN PUESTOS DE TRABAJO

Provisión de puesto de trabajo. Revisión jurisdiccional de las puntuaciones otorgadas por el Tribunal porque, ante dos plazas sustancialmente iguales, a una de las partícipes se le valora con idéntica puntuación por los méritos específicos, mientras que a la otra se le disminuye medio punto sin justi-

ficación o motivación alguna. Derecho de la perjudicada a ocupar la plaza y al abono de las diferencias de abonos correspondientes.

«Frente a esta estricta y concreta argumentación, la Administración demandada alude a la reserva de discrecionalidad técnica a favor de la Comisión de Valoración, cuyo criterio no sería sustituible ni por el órgano administrativo de revisión ni por los Tribunales, sin que en este caso fuese apreciable una arbitrariedad o desviación de poder que justifique excepcionar aquel principio.

Sobre esta cuestión la jurisprudencia se ha pronunciado en algunas Sentencias, como las de 5 junio y 15 diciembre 1995 (RJ 1995, 4870 y 9621) y 19 julio 1996 (RJ 1996, 5734), en las que rememorando lo dicho en las de 28 enero 1992 (RJ 1992, 110) y 23 febrero 1993 (RJ 1993, 4956), señalábamos que la Sala ha tratado de precisar hasta qué punto la tesis tradicional sobre la imposibilidad jurídica de los Tribunales de Justicia para entrar en el examen de las cuestiones relativas a los conocimientos y méritos de los candidatos no admite fisura alguna. En las sentencias citadas nos hacíamos eco de Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 noviembre 1991 (RTC 1991, 215), que aunque referida a las facultades de unas Comisiones Administrativas de reclamaciones previstas en el ámbito de las pruebas para el profesorado universitario, sin embargo llega a algunas conclusiones interesantes para resolver, con carácter de orientación general, el tema que nos ocupa. En dicha sentencia se parte de los principios de igualdad y de mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas, consagrados en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, para matizar las potestades revisoras de aquellas Comisiones a partir del dato de no considerarlas como un órgano técnico, lo que lleva a la sentencia a esforzarse en distinguir entre “el núcleo material de la decisión técnica”, reservado en exclusiva a las Comisiones Juzgadoras, y sus aledaños constituidos por la verificación de que se haya respetado la igualdad de condiciones de los candidatos y de los principios de mérito y capacidad de los mismos en el procedimiento de adjudicación de las plazas, si bien señalábamos también en nuestras sentencias cómo el esfuerzo dialéctico del Tribunal Constitucional al establecer aquella diferenciación concluía a la postre en la jurídicamente más asequible afirmación de que la no ratificación de la propuesta de provisión de una plaza sólo puede producirse en aquellos supuestos en los que resulte manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidente el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad.

La doctrina reseñada cobra un especial vigor para supuestos como el que constituye el objeto de este proceso: la carencia de cualquier referente objetivo en la comprobación y valoración de los méritos específicos, obliga a ser especialmente sensible a aquellos elementos que puedan revelar una actuación no suficientemente equilibrada de la Comisión, hasta el punto de comprometer la exigible igualdad en el trato al ponderar el mérito y capacidad de los concursantes.

En este caso, ante dos plazas sustancialmente iguales, a una de las partícipes se la valora en ambas con idéntica puntuación por los méritos específicos, mientras que a la otra se le disminuye medio punto, lo cual en una visión harto generosa de las potestades calificadoras de la Comisión, quizás podría admitirse que hallase una explicación plausible en lo afirmado en el informe emitido en período de prueba por el Subdirector Jefe de Personal y Asuntos Generales del Tribunal de Cuentas: “teniendo en cuenta que el Concurso se desarrolla en dos diferentes fases, la Comisión adoptó un procedimiento también diferenciado para cada una de ellas. En efecto, atendiendo al número de solicitudes —mayor en la fase de resultas—, la Comisión decidió aplicar un criterio de puntuación más restrictivo, lo que determinó que, en dicha fase de resultas, la mayoría de los aspirantes pudieran obtener, respecto del mismo puesto, una puntuación inferior”. Sin embargo, no apareciendo descrita ninguna circunstancia objetiva de diferencia entre la señora O. N. y la demandante, el criterio general a que se refiere el informe del Subdirector General resulta de una clara insuficiencia para dar explicación de una merma en la puntuación de ésta que, rebasando su calidad meramente numérica, de ordenación de los

concurrantes, alcanza la eficacia de excluirla totalmente del concurso, cuando para otro puesto igual a las dos se les había reconocido la misma valoración en cuanto a su mérito y capacidad específicas, lo que justifica que anulemos la resolución impugnada y restableciendo a la interesada en la situación jurídica individualizada de ocupar el puesto de trabajo que le fue denegado, y acordemos que sea indemnizada con las diferencias de haberes correspondientes.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 2 marzo 1998.*)

IV. INCOMPATIBILIDADES

1. *Incompatibilidades entre puesto docente en la Universidad de Alcalá de Henares y puesto asistencial en el Hospital Ramón y Cajal del INSALUD de Madrid. Existencia, por ser la actividad asistencial la principal y no ser complementaria de la actividad docente.*

«Los recurrentes fundan la impugnación de la Sentencia de 1 febrero 1990 en lo prevenido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 53/1984, de 26 diciembre, de Incompatibilidades del personal al Servicio de las Administraciones Públicas, según la cual, en tanto se establece la regulación de los hospitales universitarios, la actividad docente de los Catedráticos y Profesores de Facultades de Medicina y Farmacia y de Escuelas Universitarias de Enfermería no precisará autorización de compatibilidad para su complementaria actividad asistencial en los Centros hospitalarios de la Universidad o concertados con la misma, pudiendo desempeñar dichas actividades, en su conjunto, en régimen de dedicación completa o a tiempo parcial. Asimismo invocan en su favor lo establecido en la disposición transitoria segunda, apartado 2, del Real Decreto 1558/1986, de 28 junio, que reguló las bases generales del régimen de concertos de las Universidades con las Instituciones Sanitarias. Este apartado 2 de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1558/1986 fue modificado en virtud del Real Decreto 644/1988, de 3 junio (art. 1), y, por segunda vez, en virtud del Real Decreto 1652/1991, de 11 octubre (art. 2), si bien los recurrentes se acogen a la primitiva redacción del precepto, que era la vigente cuando se dictaron las Resoluciones de 30 julio 1987 originariamente impugnadas, sin que sus pretensiones hubieran de ser objeto de consideración diferente a la vista de las señaladas modificaciones. Pues bien, el apartado 2 de la transitoria segunda del Real Decreto 1558/1986, en su primera redacción, estatuyó que, en tanto no se suscriban los correspondientes concertos, los Catedráticos y Profesores titulares de las Facultades de Medicina y Farmacia y de Escuelas Universitarias de Enfermería no precisarán de autorización de compatibilidad para su complementaria actividad asistencial en el Hospital de la Universidad o concertado con la misma que corresponda, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 53/1984, de 26 diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Los recurrentes pretenden, al amparo de estas normas, que se anulen las resoluciones de la Administración que les declararon en situación de excedencia en el puesto docente que desempeñaban en la Universidad de Alcalá de Henares, por considerarlo incompatible con el puesto asistencial que ejercían también en el Hospital Ramón y Cajal del INSALUD de Madrid, que no constituye un Hospital de la Universidad de Alcalá de Henares ni tiene concierto o previsión del mismo con dicha Universidad. Su pretensión no puede prosperar en esta vía de apelación, como no lo ha hecho en la primera instancia del proceso, ya que para que pudiese producirse la situación de compatibilidad a que aluden la disposición transitoria cuarta de la Ley 53/1984 y el apartado 2 de la disposición transitoria segunda del Real Decreto

1558/1986, era requisito indispensable que la actividad asistencial desempeñada en los Centros hospitalarios fuese complementaria de la actividad docente ejercida en la Universidad (no precisarán de autorización de compatibilidad para su "complementaria actividad asistencial" en los Centros hospitalarios de la Universidad o concertados con la misma, dice la transitoria cuarta de la Ley 53/1984). Los recurrentes desempeñan una actividad médica asistencial que tiene carácter de principal en el Hospital Ramón y Cajal. Independientemente de los matices terminológicos que pueda tener la distinción entre actividad complementaria y actividad secundaria, lo cierto es que la que los recurrentes ejercían en el Hospital Ramón y Cajal no puede calificarse como una actividad asistencial complementaria del puesto docente que ocupaban en la Universidad de Alcalá de Henares, ni existe dato alguno en favor de tal conclusión. Por tanto, no les es aplicable la dispensa de compatibilidad establecida en la disposición transitoria cuarta de la Ley 53/1984 y en el apartado 2 de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1558/1986 (que también se refiere a "la complementaria actividad asistencial" en el Hospital de la Universidad o concertado). Podrá no existir todavía concierto entre la Universidad y el Hospital de que se trate, pero es indispensable que la actividad hospitalaria sea complementaria de la docente, requisito que los recurrentes no cumplen, lo que conduce a la desestimación de su pretensión, como ha verificado con acierto la sentencia apelada.

Lo expuesto determina que debemos rechazar los argumentos en que los recurrentes pretenden fundar su solicitud de anulación de los actos administrativos impugnados y de la Sentencia de 1 febrero 1990. Es cierto que el régimen de compatibilidad a que se acogen es aplicable aunque no exista concierto entre la Universidad y la Institución Sanitaria correspondiente, puesto que el apartado 2 de la transitoria segunda del Real Decreto 1558/1986 se dicta para las situaciones que se presenten "en tanto no se suscriban los correspondientes conciertos", pero esta misma norma mantiene la exigencia, derivada del precepto legal de la Ley 53/1984, de que la actividad asistencial haya de ser complementaria de la universitaria, de acuerdo con lo prevenido en la base decimotercera de su artículo 4.º, sobre régimen de jornada y de incompatibilidades de estos Profesores, a partir del establecimiento de las retribuciones a que se refiere dicha base. Se mantiene que una cosa es actividad complementaria y otra actividad secundaria a efecto del régimen de incompatibilidades, pero ya hemos expresado que, independientemente de matices terminológicos, lo cierto es que la actividad asistencial que los recurrentes prestaban en el Hospital Ramón y Cajal en ningún caso puede ser considerada como complementaria de su puesto de trabajo docente en la Universidad de Alcalá de Henares. Se afirma que no existen Hospitales que puedan considerarse como de la Universidad, debiendo calificarse como tal cualquiera que tenga relaciones con esta Institución, pero aparte de que ello reduciría al absurdo la interpretación de la normativa que nos ocupa, basta examinar la Orden 13 septiembre 1985 ("BOE" del 14 de septiembre) para advertir que se refiere a diversos Hospitales de la Universidad, mencionando entre otros los Hospitales Clínicos de las Universidades Complutenses de Madrid, Salamanca y Zaragoza (art. 1). Invocan los apelantes a su favor la Sentencia de esta Sala de 3 abril 1995 (RJ 1995, 2998), pero dicha sentencia, precisamente, quitó la razón a los recurrentes que postulaban la compatibilidad entre dos puestos de trabajo retribuidos mediante dos nóminas, una de la Universidad y otra de la Seguridad Social, compatibilidad que fue expresamente rechazada por la sentencia, como la que nosotros rechazamos ahora.

Finalmente, los recurrentes intentan acogerse a la protección que deriva del principio de igualdad establecido por el artículo 14 de la Constitución, afirmando que existe en la ley una desigualdad discriminatoria entre los médicos que desempeñan una actividad asistencial en un Hospital concertado con la Universidad y los que la ejercen en Hospitales no concertados. Tampoco es posible aceptar esta argumentación, ya que la ley reconoce la compatibilidad cuando la actividad asistencial es complementaria de la docente, por lo que existe un puesto de trabajo asistencial vinculado al puesto de trabajo en la Universidad, compatibilidad justificada porque,

como acertadamente destaca la sentencia de primera instancia, la actividad docente necesita de la práctica sanitaria. Pero cuando la actividad médica asistencial no es complementaria de la docente no hay razón para dispensar la incompatibilidad, existiendo pues una diferenciación entre los dos regímenes jurídicos que la ley establece que justifica el distinto tratamiento del sistema de incompatibilidades.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 19 diciembre 1997.*)

2. *Incompatibilidades con el sector privado. Imposibilidad de reconocimiento cuando el contenido de la actividad se relaciona directamente con los asuntos sometidos a informe, decisión, ayuda financiera o control en el Departamento, Organismo, Ente o Empresa Pública a los que el interesado está adscrito o presta servicios. No es necesario que el concreto contenido de las específicas funciones que corresponden al puesto de trabajo desempeñado por el funcionario se relacione «directamente» con el de la actividad privada «al bastar que tal relación exista entre las funciones y actividades que se desarrollan en el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado de funcionario al servicio de alguna de éstas (técnico de farmacovigilancia dependiente de la Consejería General de Sanidad, en el supuesto de autos) y las actividades propias del ejercicio como farmacéutico titular de una oficina de farmacia, sobre las que inciden o se proyectan las actividades que desarrolla aquel Organismo o Departamento, al margen de cuáles sean en concreto las concretas funciones que desarrolle en su puesto funcional preciso el interesado».*

«La sentencia recurrida en casación en interés de la ley llega a la conclusión de que son compatibles el desempeño del puesto de trabajo que ocupaba el actor, en el recurso que resolvía, en la Consejería de Sanidad (técnico de farmacovigilancia dependiente de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad) y el ejercicio de la actividad de titular de una Oficina de Farmacia, sobre la base, en síntesis, de que, por un lado, aquel puesto de trabajo no está relacionado orgánica ni funcionalmente con la Sección de Farmacia de dicha Consejería, en vista de las funciones concretas que le corresponden como inherentes a dicho puesto de trabajo, y de que “no existe, por lo tanto, la relación directa señalada por la normativa citada (Ley 53/1984, de 26 abril, y Real Decreto 598/1985, de 30 abril) entre las funciones que se desempeñan en una Oficina de Farmacia y las inherentes al puesto funcional del actor”, así como de que, por otra parte, “tampoco existe la incompatibilidad horaria a la que alude la Administración, teniendo en cuenta que desde que el actor tomó posesión de su puesto funcional en la Consejería de Sanidad, puso al frente de la dirección técnica de la Oficina de Farmacia de la que era titular a dos farmacéuticos sustitutos”.

Ninguna de tales fundamentaciones de la compatibilidad declarada en la sentencia recurrida en casación en interés de la ley, puede ser acogida por esta Sala, toda vez que, en lo que atañe a la denominada “incompatibilidad funcional”, el artículo 11.1.º de la Ley 53/1984 y el artículo 9 del Reglamento de 30 abril 1985, vistos desde la perspectiva del artículo 1.1 y 1.3 de la Ley, establecen que el personal a que se refiere, no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas “que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado”, y que “no será posible el reconocimiento de compatibilidad con actividades privadas... cuyo contenido se relacione directamente con los asuntos sometidos a informe, decisión, ayuda financiera o control en el Departamento».

mento, Organismo, Ente o Empresas Públicas a los que el interesado esté adscrito o preste sus servicios”, de modo que la “relación” entre uno y otro puesto de trabajo determina la incompatibilidad entre ambos, en cuanto que no puede exigirse a efectos de incompatibilidad que el concreto contenido de sus específicas funciones se relacione “directamente” con el que le corresponde como titular de la Oficina de Farmacia, al bastar con que tal “relación” exista entre las funciones y actividades que se desarrollan en el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviere destinado el funcionario al servicio de alguna de éstas (técnico de farmacovigilancia dependiente de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad, en el supuesto de autos) y las actividades propias del ejercicio como farmacéutico titular de una Oficina de Farmacia, sobre las que inciden o se proyectan las actividades que desarrolla aquel Organismo o Departamento, al margen de cuáles sean, en concreto, las concretas funciones que desempeñe en su puesto funcional preciso el interesado.

En lo que respecta a la denominada “incompatibilidad horaria”, el artículo 12.2 de la Ley 53/1984 la refiere a actividades privadas que correspondan a puestos de trabajo que requieran la presencia efectiva del interesado durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las Administraciones Públicas, que sólo podrán autorizarse cuando la actividad pública sea una de las enunciadas en dicha Ley como de prestación a tiempo parcial, y en la sentencia recurrida se excluye dicha forma de incompatibilidad “teniendo en cuenta que desde que el actor tomó posesión de su puesto funcional en la Consejería de Sanidad puso al frente de la dirección técnica de la Oficina de Farmacia de que era titular dos farmacéuticos sustitutos, con la correspondiente autorización del órgano competente”, mas la Sala tampoco puede aceptar tal circunstancia como excluyente de la incompatibilidad, en cuanto que en nuestro Derecho (Sentencias de esta Sala de 30 junio 1995 [RJ 1995, 5248] y 4 abril 1997 [RJ 1997, 2675]) se configura la actividad de asistencia farmacéutica con los caracteres de “servicio público impropio” o de “servicio de interés público” sujetándola a determinadas limitaciones y exigencias, sobre la base de que las oficinas de farmacia prestan una actividad que, aunque privada, es de interés público, considerándose la profesión de farmacéutico como “liberal”, pero sujeta, como servicio público que es, a la intervención administrativa necesaria para garantizar este último, por lo que el ejercicio de la profesión de farmacéutico en Oficinas de Farmacia (Sentencia de esta Sala de 9 junio 1988 [RJ 1988, 4191]) no ha sido nunca un mero ejercicio empresarial o profesional, sino un servicio público sanitario que siempre necesitó autorización administrativa previa, y, a tal efecto, basta citar, sin acudir a los antecedentes legislativos de las Ordenanzas de Farmacia de 1860, el artículo 103 de la Ley 14/1986, de 25 abril, Ley General de Sanidad, que prevé, en su apartado 3.º, que tales Oficinas estarán sujetas a la planificación sanitaria, y, en su apartado 4.º, que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público, así como el artículo 88 de la Ley 25/1990, de 20 diciembre, del Medicamento, que reconoce la competencia de las Administraciones Sanitarias para la ordenación de las oficinas de farmacia a partir de los criterios de atención al servicio público de la salud, que cita el precepto, puesto que, como expresa la Sentencia de esta Sala de 17 septiembre 1992 (RJ 1992, 6872), rige en cuanto a ellas un régimen jurídico propio de establecimientos que prestan un servicio público, de lo que resulta que propiedad del “establecimiento farmacéutico” y titularidad son términos necesariamente unidos.

De todo ello se deduce, en relación con los farmacéuticos sustitutos que el aquí interesado tiene contratados, a los que, según la sentencia recurrida “puso al frente de la dirección técnica de la Oficina de Farmacia de la que era titular”, aunque sean quienes realizan tal actividad profesional, asumiendo la responsabilidad de la misma, que el alcance que, en su legislación específica, tiene la figura del farmacéutico en cuanto a su presencia en la Oficina de Farmacia, viene establecido por el artículo 88.1 de la Ley 25/1990, de 25/1990, de 20 diciembre, a cuyo tenor la presencia y actuación profesional del farmacéutico es requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos, presencia y actuación profesional insoslayables, si

bien la Orden del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social de 17 enero 1980, que desarrolla el Real Decreto 909/1978, de 14 abril, en su artículo 4.º alude a las figuras de Farmacéutico "propietario", a cuyo nombre se extiende la autorización y acta de apertura de la Oficina de Farmacia; de "regente", no propietario de la oficina nombrado para los casos previstos en el artículo 6.2 del mencionado Real Decreto (fallecimiento del titular); de "adjunto", farmacéutico que ejerce, conjuntamente con el o los farmacéuticos propietarios o regentes su actividad profesional en Oficina de Farmacia de la que no es propietario ni copropietario, y de "sustituto", farmacéutico que ejerce, en lugar del propietario o del regente, su actividad en una Oficina de Farmacia, en los casos previstos reglamentariamente.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 24 marzo 1998.*)

V. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Faltas. Jueces y Magistrados. Retraso injustificado y reiterado en el desempeño de la función judicial. Es un concepto jurídico indeterminado. Para su ponderación han de utilizarse tres criterios: la situación general del Juzgado, el retraso materialmente existente y la dedicación del Juez o Magistrado. Supuesto en que no existe la infracción por la concurrencia de un factor patológico causante de la falta de dedicación.*

«Expuestos a grandes rasgos los términos del litigio, hemos de abordar el análisis y decisión, tomando como pauta la doctrina de la Sentencia de 11 junio 1992 de la Sección 1.ª de esta Sala, traída a colación de consuno por la resolución sancionadora y por ambas partes del proceso. Tal doctrina viene ratificada por otras sentencias posteriores de la propia Sección, como las de 3 junio 1994 (RJ 1994, 7374) y 23 enero y 7 febrero 1997 (RJ 1997, 1998 y 1354).

Se dice en el Fundamento de Derecho Tercero de dicha sentencia de 1992 lo siguiente:

“Tercero: El retraso calificado como muy grave en el artículo 417.3 ha de ser ante todo ‘injustificado’.

En efecto, el retraso en el desempeño de las tareas de la función judicial es la faz negativa del deber de dedicación a dicha función. Ello implica que el retraso que integra la infracción disciplinaria es una manifestación o síntoma de la no debida dedicación. Tiene así una clara vertiente subjetiva: puede ocurrir que, materialmente, exista retraso y que, por existir la debida dedicación, aquél no sea constitutivo de infracción —supuestos de exceso de trabajo, falta de personal—.

Y es claro que en estos casos en que existe la debida dedicación el retraso no es injustificado en el terreno disciplinario, es decir, está justificado en dicho ámbito, lo que excluye la antijuridicidad y por tanto toda infracción disciplinaria”.

Y en el Fundamento de Derecho 5.º:

“Quinto: Sobre la base de lo expuesto, el ‘retraso’ en el desempeño de la función judicial, en cuanto núcleo de la infracción disciplinaria que se examina, resulta ser un concepto jurídico indeterminado para cuya concreción han de utilizarse conjuntamente tres criterios.

El primero de ellos es de la situación general del Juzgado en cuanto a asuntos y personal: este dato traza el clima dentro del cual aparecen los dos elementos que seguidamente se indican y que son los protagonistas fundamentales del tipo de falta que se examina.

El segundo es el retraso materialmente existente y que sugiere la posibilidad de una falta de la adecuada dedicación.

El último y decisivo de los elementos a considerar es la dedicación del juez o magistrado a su función. Dato éste central, pues, como se ha advertido, si tal dedicación existió realmente con el alcance exigible, el retraso, por grande que sea, desde el punto de vista disciplinario, resulta inocuo.

De esto último deriva y desde luego se destaca que las actas de la Inspección deben reflejar no sólo los datos que, negativamente, indiquen el trabajo no hecho, sino también y muy destacadamente los que, positivamente, pueden evidenciar el trabajo hecho”.

Del bloque argumental con el que se impugna la sanción el alusivo a la discusión del elemento objetivo del retraso no resulta convincente.

Debe partirse del dato de que dicho retraso se refiere a unas actuaciones judiciales muy concretas, como las sentencias, y a un período asimismo perfectamente definido, como es el que abarca del 21 de noviembre de 1992 a 21 de noviembre de 1994, lo que supone que el retraso imputado al demandante se refiere a actuaciones circunscritas a actuaciones de su personal intervención.

Las alegaciones que se vierten en el hecho 2.º de la demanda en relación con el extremo que analizamos carecen de eficacia convictiva para eliminar el hecho del retraso imputado, explícitamente reconocido por el expedientado en su declaración en el expediente.

Que en el momento de la posesión del actor, que tuvo lugar en el Juzgado de lo Social núm. 9 de Valencia el 13 de julio de 1989 según consta en certificación aportada en trámite de prueba, se encontrase con un gran número de “señalamientos realizados por su antecesor, a razón de 36 a 42 por semana, es decir, más de 160 sentencias por mes”, podía explicar el retraso en dictar las sentencias de los procesos señalados por dicho antecesor, si ese número de los procesos señalados por dicho antecesor fuese excesivo; pero en modo alguno explica el retraso en dictar sentencias en los procesos señalados por el actor más de tres años después, en razón de un número de señalamientos decidido ya sólo por él.

En todo caso el número de señalamientos semanales referido, siendo ciertamente muy elevado, no es algo totalmente excepcional en los Juzgados de lo Social; y es, por otra parte, argumentalmente distorsionadora la observación de que dichos señalamientos se correspondieran al número de sentencias que se indican, pues es sabido que en el proceso laboral, que consiste fundamentalmente en un juicio verbal, existe un trámite previo de conciliación, y que es corriente que un porcentaje significativo de los procesos concluya en ese trámite por conciliación de las partes (art. 75 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por RDLeg. 1568/1980, vigente en el momento de la toma de posesión del actor, y art. 84 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por RDLeg. 521/1990, por limitarnos a la normativa vigente en el período al que se refiere el expediente).

Que el expedientado careciese de experiencia en el orden social, cuando se posesionó del Juzgado, podía ser una dificultad en los momentos iniciales de su ejercicio en él; pero no más de tres años después; ello aparte de que la inexperiencia no pueda servir de excusa, cuando el nombramiento para el Juzgado es consecuencia de una petición libre del Magistrado, y no una decisión impuesta.

Que el Juzgado de lo Social núm. 9 de los de Valencia careciera de todo soporte informático y que en tal sentido informase el Inspector Delegado de la Unidad Inspectora Séptima, como consecuencia de la visita girada el día 16 de marzo de 1995 (folio 135 del expediente), podría servir de excusa, si la imputación fuese de otro signo; pero no cuando lo imputado se refiere a una actuación tan personalizada como la de dictar sentencia, en la que la intervención de la informática es mucho menos relevante, cuando no nula. La informática podrá ayudar, aligerándola, a la tarea mecánica de la transcripción de la sentencia por el personal auxi-

liar, pero no a la elaboración de la sentencia por el Magistrado. La observación sería, tal vez, atendible, si nos encontrásemos ante retrasos de menor entidad y si las sentencias retrasadas hubieran estado minutadas y pendientes de transcripción: pero ni ése es el caso, ni probablemente si lo fuese se hubiese seguido el expediente.

Respuesta semejante merece la alusión a la inestabilidad de la plantilla, que además no es en el caso actual especialmente caracterizada, según lo consignado al respecto en el informe de la Inspección antes referido, en la que se reflejan unos cambios que están dentro de lo normal.

Igualmente inconvincente es la alusión a los datos estadísticos del informe de la Inspección de reiterada cita, con base en los cuales se dice que "durante los años 1992 a 1994 tienen entrada un nivel promediado de asuntos cifrado en 877 expedientes por año, lo que arroja un resultado de cuatro señalamientos diarios y cuatro sentencias diarias de promedio". Tales datos de señalamientos y sentencias no se contienen en dicho informe, siendo una pura elaboración de la parte, en la que ni se indica cómo se ha llegado a la citada cifra de señalamientos, y en la que, de nuevo con patente distorsión de la realidad procesal laboral, se identifica el número de señalamientos con el de sentencias, extremo sobre el que ya antes nos pronunciamos.

Por último, no es adecuada la comparación que se hace en el apartado final del hecho 2.º de la demanda, que analizamos, con las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que además ni se aprueba, ni con el tiempo empleado por éste para la decisión de los recursos, obtenido de la alusión en el tan reiterado informe al tiempo entre la remisión de los procesos recurridos en el Juzgado y su devolución por el Tribunal una vez resueltos los recursos. De lo que se trata en el expediente no es del retraso en la decisión de un proceso desde la entrada en el Juzgado hasta su terminación por sentencia, que sería, en su caso, lo que pudiera dar pie al uso de tal término temporal de comparación, sino el retraso en dictar las sentencias desde que los juicios señalados por el expedientado quedaron vistos para ella.

Hemos de concluir por ello que el retraso imputado, en cuanto dato meramente objetivo, y en cuanto elemento de la infracción, según el análisis de nuestra Sentencia de 11 junio 1992, existió realmente, y su realidad no resulta en modo alguno desvirtuada por las alegaciones de demanda.

Por otra parte, la prueba practicada no revela que la situación general del Juzgado en cuanto a asuntos y personal, supusiera un marco negativo a ponderar a la hora de enjuiciar la dedicación del Magistrado expedientado.

El número de asuntos puede considerarse ciertamente elevado; pero no en un grado excepcional entre los de los Juzgados de lo Social, ni existen datos de insuficiencia de personal. Pero en todo caso, y reiterando lo que ya se expuso en otro momento, esos elementos podrían tener significación, si se tratara de analizar la significación de los mismos respecto de otro tipo de retrasos; pero no en este caso, en el que el retraso se refiere a una actitud tan personal e intransferible del Magistrado, como es la de dictar la sentencia en los procesos que por propia decisión ha señalado.

Si se tratara de retrasos en el señalamiento de los asuntos, podría tener explicación la excusa de su excesivo número; pero cuando se trata del retraso en dictar la sentencia en asuntos que quedaron vistos para ella, se parte de una previa dosificación de los mismos por el Magistrado, mediante su señalamiento, lo que resta significación al número de asuntos, y desde luego a la situación de la plantilla de personal.

Cuestión distinta es la de la posible justificación del retraso, en razón de la patología que aquejaba al actor, con lo que hemos de pasar al análisis del segundo bloque argumental de la demanda.

Ante todo, y siguiendo la doctrina de la sentencia de tan reiterada cita, lo que cuenta en la infracción por la que fue sancionado el actor no es tanto el elemento objetivo del retraso, cuanto lo que ese elemento revela de la actitud de dedicación

del Juez o Magistrado, lo que dota a la infracción de un significado subjetivo, en el que debe centrarse nuestra atención.

En circunstancias normales un retraso como el producido en este caso no ofrecería duda en cuanto a su correcta subsunción en el tipo de infracción imputada al recurrente y en la adecuación de la sanción impuesta; pero en este caso el factor patológico, acreditado por los peritos que intervinieron en el expediente, es especialmente relevante, y en realidad determinante de la anomalía producida, por muy significativa que sea, y lo es ciertamente. El significado de ese elemento subjetivo no puede ser sustituido, como se hace en la resolución sancionadora impugnada, por la repercusión social de los retrasos y por la índole de los intereses concernidos en los procesos.

Los dos informes periciales obrantes en el expediente coinciden en la apreciación de que el actor estaba aquejado de una depresión, cuya entidad y repercusión en el trabajo quedan claras en ambos informes. Ocurre que esa depresión coincide en su inicio y su desarrollo con el período en que se produjeron los retrasos, y culmina con la formal baja por enfermedad.

Ambos informes prestan base a la apreciación de que hasta producirse la baja el actor tenía una capacidad sumamente disminuida para poder adoptar las delicadas decisiones que comporta el dictado de las sentencias.

En el informe médico laboral del doctor S. S. se lee, entre otros particulares de interés:

“Desde entonces se ha ido instaurando un cuadro depresivo que cursa con ansiedad, ausencia de ideas constructivas, pérdida de la capacidad de placer, insomnio, pesadillas, falta de concentración y agotamiento físico (astenia)”.

Y más adelante:

“Hay que destacar que se trata de un paciente que, por su personalidad, no ha visitado a ningún facultativo, ni se ha hecho ningún chequeo médico desde hace mucho tiempo (ni recuerda cuándo), es rebelde a tomar medicamentos. Personalmente, al observar su estado psicofísico, le he recomendado en varias ocasiones que debería ponerse en manos de especialistas y permanecer una temporada de baja laboral, pero probablemente por exceso de trabajo, nunca hasta ahora ha hecho caso de mis observaciones, de ser así el cuadro depresivo no tendría la intensidad que presenta y el tiempo de curación sería más corto”.

La conclusión final de dicho informe es harto expresiva:

“El paciente presenta lesiones que valoradas —dentro de una relación lesión/tarea— no le permiten el desarrollo de su profesión habitual ya que debe permanecer sin enfrentarse a ningún tipo de situación que genere *stress*, asimismo debe realizar ejercicio físico moderado y continuar con la medicación antidepresiva y ansiolítica hasta que se evidencie una mejoría en su estado de ánimo”.

A su vez el informe médico forense de 28 de abril de 1995, emitido por la doctora doña Elvira G. L., médico forense, y por la psicóloga doña Adriana R. A. ratifican el informe antes referido.

Son destacables del mismo la siguiente:

“Valoración Médico-Legal:

El explorado presenta y refiere una sintomatología que sin ser psicótica, que pudiera vulnerar su capacidad cognitiva y volitiva, es compatible con una depresión reactiva a su situación familiar (enfermedad de su mujer) y que le menoscaba su capacidad de concentración y atención, impidiéndole la realización de su trabajo habitual”.

Y las siguientes:

“Conclusiones:

1.º) Don Joaquín N. F. presenta una sintomatología clínica compatible con una depresión reactiva a su situación familiar.

2.º) Dicha depresión le menoscaba fundamentalmente, de cara a su trabajo, su capacidad de atención y concentración.

3.º) Se recomienda tratamiento médico y baja laboral hasta su mejoría”.

En esas circunstancias patológicas y en un Juzgado de notable carga de trabajo no es extraño que la correcta atención de éste resultase sensiblemente resentida, sin que ello denote, no obstante, una actitud voluntaria o negligente de falta de dedicación al desempeño de su tarea, sino más bien de impotencia para cumplirla en los términos procesalmente correctos.

La observación de la estadística de los años en que se produjo el retraso demuestra que en el año 1992, año en que se inicia su proceso patológico, dictó 432 sentencias, en el año 1993, 391, y en el año 1994, 333, números sin duda escasos en relación con la carga de trabajo que evidencia dicha estadística, pero no reveladores de una total falta de dedicación.

Por el contrario, las circunstancias patológicas del actor, pericialmente constataadas, y la índole de la enfermedad, hoy en día, lamentablemente, al alcance del conocimiento común, permiten pensar en una dramática lucha por dominar, sin conseguirla, una tarea que no se quiere abandonar, hasta que la enfermedad impone finalmente su mandato.

La valoración de la pericia que se hace en la resolución recurrida, y que quedó reflejada en el fundamento de derecho primero, no es en absoluto comparable.

En vez de atenerse a la valoración médico legal o a las conclusiones, cual sería lo lógico, extrayendo de ellas las consecuencias que, en su caso, procedieran, lo que se hace es fundar el juicio sobre la capacidad del actor en el relato de la actitud de aquél en su exploración médico-forense, para de ello extraer un juicio propio sobre dicha capacidad, para el que el órgano sancionador carece de la adecuada formación. Hay incluso un cierto componente de distorsión del sentido del informe médico-forense, que revela una apreciación probatoria errónea.

Hemos de concluir, en suma, que en este caso el retraso, probado, no es revelador de la falta de dedicación del actor a su cometido profesional, sino de su impotencia por razón de enfermedad, en cuyas circunstancias no apreciamos que se den los elementos del tipo de infracción por el que ha sido sancionado.

La resolución impugnada después de rechazar la eficacia justificadora de la enfermedad, cierra su razonamiento diciendo que “en todo caso, el Magistrado expedientado podría haber solicitado la correspondiente licencia por razón de enfermedad”. Sin negar que eso hubiera sido lo correcto, no puede negarse tampoco que la índole de la enfermedad que aquejaba al actor, según el reflejo de la misma que puede leerse en el informe del doctor S. S., citado antes, explica la resistencia a aceptar con realismo la propia impotencia y el intento dramático, y a la vez erróneo, por cumplir el cometido profesional.

El catastrófico resultado de esa falta de realismo, explicable por la enfermedad, no es, sin embargo, exponente de una actitud subjetiva de falta de dedicación, que es la clave de la infracción por la que el actor ha sido sancionado, según la Sentencia de 11 junio 1992 de constante cita.

No existiendo la infracción, la sanción del actor por ella resulta contraria a derecho, debiendo estimar el recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2 de nuestra Ley Jurisdiccional, con la correspondiente anulación de la resolución recurrida.» *Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 22 enero 1998.*)

2. *Procedimiento sancionador. Aplicabilidad de los principios esenciales del artículo 24 CE. Los dos trámites esenciales, al efecto de que el inculpado tenga oportunidad de alegar lo que convenga a su derecho y proponer las pruebas que estime pertinentes, son el traslado del pliego de cargo y el de la propuesta de resolución.*

«Por Resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 3 diciembre 1991 se acordó la separación del servicio de don Francisco José G.-A. D., funcionario del Cuerpo Administrativo de la Administración de la Seguridad Social, por haber incurrido en la falta muy grave de abandono del servicio, tipificada en el artículo 6.c) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 enero. La Resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 15 febrero 1993 desestimó el recurso de reposición promovido por el señor G.-A. D. contra la resolución antes citada. El interesado interpuso contra dichas resoluciones recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por Sentencia dictada el 26 julio 1994 por la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, que anuló las resoluciones impugnadas por no ser conformes al ordenamiento jurídico, ordenando reponer las actuaciones del expediente disciplinario al momento de notificación del acuerdo de incoación del mismo y designación de Instructor y Secretario, por estimar que las notificaciones que en el referido expediente se han dirigido al inculpado, practicadas por correo certificado con acuse de recibo, son nulas y le han producido indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución. Contra la indicada sentencia el señor Abogado del Estado, en representación de la Administración General del Estado, ha deducido el presente recurso de casación.

El recurso de casación se funda en un único motivo, formulado al amparo del número 4.º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de este Tribunal Supremo de 16 diciembre 1991 (RJ 1991, 9218), 18 diciembre 1991 (RJ 1991, 9455), 22 junio 1992 (RJ 1992, 4708), 14 octubre 1992 (RJ 1992, 7591) y 30 noviembre 1993 (RJ 1994, 1230). Por otra parte, el señor Abogado del Estado, antes de exponer la doctrina que contienen las sentencias invocadas, mantiene que consta en el expediente administrativo que el funcionario sancionado interpuso recurso de reposición contra la resolución por la que se acordó su separación del servicio, que de la lectura de dicho escrito se desprende que tuvo conocimiento del expediente administrativo, ya que hace referencia al pliego de cargos e incluso afirma la existencia de un escrito, dirigido al Instructor, pidiendo que se suspendiese la tramitación del expediente por estarse instruyendo contra él determinadas diligencias penales, así como que consta notificada la propuesta de resolución el 19 de junio de 1991; con lo que debemos estimar que la parte recurrente defiende que al expedientado no se le produjo la indefensión que la sentencia de instancia ha considerado motivo para la resolución estimatoria del recurso, que retrotrae las actuaciones del expediente disciplinario al momento de la notificación del acuerdo de incoación y de nombramiento de Instructor y Secretario.

Para resolver estas primeras argumentaciones en que pretende fundarse el recurso de casación hemos de partir de la conocida doctrina según la cual los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicados a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Norma Fundamental (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 junio [RTC 1981, 18]). Por ello, la imposición de las sanciones administrativas ha de verificarse a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el mencionado artículo 24, esto es, un procedimiento en que el presunto inculpado tenga oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga y proponer las pruebas que estime perti-

nentes (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 125/1983, de 26 diciembre [RTC 1983, 125]). En este sentido, dos son los trámites esenciales del procedimiento sancionador en materia disciplinaria de los funcionarios públicos: el traslado del pliego de cargos, en que puede el inculpado no sólo alegar, sino solicitar la práctica de las pruebas que para su defensa crea necesarias, y el de la propuesta de resolución (arts. 36 y 43 del Reglamento de Régimen Disciplinario de 10 enero 1986).» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 23 enero 1998.*)

3. Régimen disciplinario. Jueces y Magistrados. Legitimación del denunciante para impugnar en vía contenciosa un acuerdo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ que resolvió archivar una denuncia contra un Juez. Análisis crítico de la doctrina procedente. Se trata de una cuestión casuística. Necesidad de que se acredite la existencia de un interés legítimo del recurrente, que pueda ser soporte de su legitimación procesal. Supuesto en que no se da.

«La Sala es consciente de la doctrina contenida en sentencias anteriores, que, en general, rechazaron la falta de legitimación procesal, al tiempo que confirmaban las resoluciones del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de inadmisión de recursos de alzada contra las de la Comisión Disciplinaria, de archivo de denuncias, o de archivo de actuaciones disciplinarias por falta de legitimación del demandante, pero al abordar nuevamente la cuestión se siente comprometida a reexaminarla, porque considera que existen aspectos de la misma que pueden haber pasado desapercibidos en la citada jurisprudencia y que justifican una solución diferente.

Partiendo de que la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos, la Sala entiende que la existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que de partida sitúa el análisis en la búsqueda de ese interés, cuya alegación y prueba, cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se lo arroga.

La Sala estima que el referente de ese interés no puede ser un determinado acto de un determinado procedimiento administrativo, que sólo tiene, en su caso, una relación instrumental con la satisfacción de dicho interés, sino que éste debe tener una entidad sustantiva, y no meramente formal, y que, en principio, debe ser el mismo el que esté en la base del procedimiento administrativo y del proceso contencioso-administrativo de impugnación de las resoluciones dictadas en aquél.

La consecuencia inmediata de este planteamiento es que, si se niega la condición de parte en el procedimiento administrativo, por falta de interés en él, falta ya una base (en términos sustancialistas) para poder sustentar esa misma condición en un ulterior proceso impugnatorio de actos de aquél, pues el mero dato formal de la existencia de un acto dictado en el procedimiento administrativo no tiene entidad para alumbrar un interés nuevo, diferenciable del inexistente antes.

En esta nueva línea de reflexión la Sala comparte las razones de la jurisprudencia al principio aludida, que confirmó las declaraciones de inadmisibilidad de recursos de alzada ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial por falta de legitimación de los denunciantes-recurrentes contra resoluciones de archivo de denuncias o de diligencias disciplinarias de la correspondiente Comisión del mismo, si bien da el paso nuevo de entender que las mismas razones deben extenderse al proceso.

La Sala estima que la clave para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución del Consejo General del Poder Judicial, dictada en expediente abierto a virtud de denuncia de un particular por

una hipotética responsabilidad de un Juez, debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción al Juez puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera.

Será así en cada caso, y en función de lo pretendido, como pueda darse la contestación adecuada, no siéndolo la de que la imposición de la sanción constituye por sí misma la satisfacción de un interés, lo que constituiría una petición de principio.

El litigante que no obtiene en un proceso, o en unas diligencias judiciales, la respuesta favorable que pretende, no podrá corregir la que estima solución adversa, sobreponiendo a la vía jurisdiccional seguida un ulterior procedimiento disciplinario contra el Juez del que no obtuvo la solución de la que se estimaba acreedor.

El procedimiento disciplinario ni puede interferir un proceso en curso, ni alterar las resoluciones del mismo, ni es instrumento de satisfacción de los intereses debatidos en el proceso.

No cabe así que esos mismos intereses puedan operar como base de legitimación del denunciante, en cuanto interesado en obtener que se imponga una determinada sanción a un Juez.

Entre el interés legitimador del proceso previo y el hipotético interés en obtener la sanción de un Juez, que, a criterio de la parte, no satisfizo aquel interés del proceso, existe una diferencia cualitativa indudable, un salto lógico indiscutible.

En precedentes sentencias de esta Sala se ha hecho referencia a la posibilidad de que pueda servir de base del interés legitimador el que la imposición de la responsabilidad disciplinaria a un Juez, a consecuencia de una denuncia de parte, pueda constituir el *ulterior fundamento de pretensiones* de responsabilidad del Estado, prevista en el artículo 121 CE.

La Sala debe volver sobre este argumento, planteándose como cuestión lo que en él se proclama como dato.

El artículo 121 CE tiene su desarrollo legal en el Título V del Libro III de la LOPJ ("De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia"), y en concreto en el artículo 293.2.

No hay base en ese concreto precepto, ni en la Ley en general, para sostener que la proclamación de la anormalidad del funcionamiento de la Administración de Justicia haya de derivar de una previa corrección disciplinaria impuesta al titular del órgano jurisdiccional al que se imputa aquélla.

Incluso un planteamiento como el que se analiza, para el que no se encuentra base discernible en la LOPJ, podría generar una distorsión institucional.

Para la reclamación de indemnización por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia se concede una acción sometida a un plazo limitado de un año, y debe formularse ante el Ministerio de Justicia. Ese sistema se altera si a la reclamación referida se le antepone una acción disciplinaria ante el Consejo General del Poder Judicial, con eventual derivación Contencioso-Administrativa, lo que operaría en deterioro del reducido plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, que, sin duda, debe establecerse en relación con el hecho en que consiste el funcionamiento anormal, y no con la eventual sanción de quien lo hubiera ocasionado.

Reconsiderada así la relación entre la eventual responsabilidad patrimonial *ex* artículo 11 CE y la responsabilidad disciplinaria del causante del funcionamiento anormal, la Sala estima que en nada se potencia la primera por la segunda, ni los procedimientos conducentes a su establecimiento respectivo, por lo que no encuentra en la referencia al artículo 121 CE base de anclaje de un interés legitimador del denunciante en vía disciplinaria, sobre la que poder sustentar, en su caso, una hipotética condición de parte en el procedimiento administrativo a que pueda dar lugar la denuncia, o una derivada condición de parte procesal en un ulterior recurso contencioso-administrativo de impugnación de resoluciones dictadas en aquel procedimiento administrativo.

La amplitud con la que la jurisprudencia viene interpretando el artículo 28.1.a) de nuestra Ley Jurisdiccional, por exigencias del artículo 24.1 CE, y la sustitución

del concepto de interés directo por el de interés legítimo, no llega hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés real. Por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional [STC 143/1987 (RTC 1989, 143), F. 3.º], el interés legítimo, al que se refiere el artículo 24.1 —en el que debe disolverse el concepto más restrictivo del artículo 28.1.a) LJCA—, “equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta” [SSTC 60/1982 (RTC 1982, 60), 62/1983 (RTC 1983, 62), 257/1988 (RTC 1988, 257) y 97/1991 (RTC 1991, 97), entre otras].

Si, pues, según antes se ha razonado, ese hipotético interés no se da en el caso concreto, porque la situación jurídica del denunciante-recurrente no experimenta ventaja alguna por el hecho de que se sancione al Juez denunciado, es claro que aunque se tome un nuevo rumbo en la jurisprudencia, no se violenta en lo más mínimo el principio general de flexibilidad con la apreciación del requisito procesal de la legitimación.

Por último, debe analizarse si la modificación de los artículos 423 y 425 de la LOPJ por la LO 16/1994, supone que se ha atribuido expresamente a los denunciantes legitimación para la interposición del recurso contencioso-administrativo, confiéndoles de modo especial la que no se deriva de la genérica aplicación del artículo 28.1.a) de la LJCA.

La Sala toma en cuenta al respecto las siguientes expresiones contenidas en los preceptos de la LOPJ: 1) Al ocuparse de la sanción de advertencia, el artículo 422.1, párrafo segundo, dispone que “contra la resolución que recaiga sobre dicha clase de sanción podrá interponer el sancionado con carácter potestativo, antes de acudir a la vía Contencioso-Administrativa, recurso administrativo, y el denunciante, en su caso, acudir a la vía Contencioso-Administrativa de acuerdo con las normas de legitimación establecidas en la Ley reguladora de la expresada Jurisdicción”; 2) El artículo 423.2, párrafos segundo y tercero *in fine*, no permiten al denunciante recurrir las decisiones sobre la iniciación y decisión del expediente disciplinario en vía administrativa, “sin perjuicio de la legitimación que ostente como interesado en la vía jurisdiccional”; 3) El artículo 425.8, párrafo primero *in fine*, manda notificar al denunciante la resolución del expediente sancionador, “quien únicamente podrá recurrir, en su caso, en vía Contencioso-Administrativa”. Se aprecia, pues, claramente que el artículo 422.1, párrafo segundo, se remite para determinar la legitimación del denunciante a las normas establecidas en la Ley de la Jurisdicción, no habiendo razón para seguir distinto criterio en los demás supuestos previstos por la LOPJ. Por otra parte, el modo potencial del verbo “ostente” (art. 423.2, párrafos segundo y tercero) y los términos “en su caso” (art. 425.8, párrafo primero) son de por sí suficientemente expresivos de que no se está haciendo una regulación directa de la legitimación procesal de los denunciantes para impugnar los acuerdos de la Comisión Disciplinaria, sino que se trata de una remisión a la regulación contenida fuera de esos preceptos. En consecuencia, la normativa contenida en la LOPJ no tiene virtualidad para modificar el régimen procesal precedente en cuanto a la legitimación de los denunciantes, sino que lo único que hace es salvar la legitimación que pudiera derivar del artículo 28.1.a) de la Ley Jurisdiccional, cuyo alcance en su proyección al supuesto examinado ha quedado ya razonado.

Lo que hacen los preceptos en los que se insertan las expresiones antes indicadas es negar expresamente a los denunciantes la posibilidad de interponer recursos administrativos, consagrando, en definitiva, la doctrina consolidada del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que había declarado la inadmisibilidad de los recursos de alzada de los denunciantes contra resoluciones de la Comisión Disciplinaria, siendo ése su auténtico significado innovador, y no otro.

Hemos de concluir, en suma, que en el presente caso no se acredita la existencia de un interés legítimo del recurrente, que pueda ser soporte de su legitimación procesal, por lo que en su ausencia carece de tal legitimación, debiéndose declarar la inadmisibilidad del recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 82.b) de nuestra

Ley Jurisdiccional, absteniéndonos de entrar a decidir sobre el fondo, sin que a ello sea obstáculo la pretensión indemnizatoria por supuesto error judicial ejercitada por el actor ante el Ministerio de Justicia, pretensión que no forma parte del objeto del proceso, ni siquiera como base de un interés legitimador en la exigencia de responsabilidad disciplinaria de los órganos judiciales denunciados, según ha quedado expuesto en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 27 enero 1998.*)

4. *Sanciones disciplinarias. Están sometidas al control jurisdiccional que «se extiende tanto a los aspectos estrictamente reglados como a los discrecionales. Entre los puntos que pueden y deben ser objeto de la oportuna revisión jurisdiccional, si ha lugar a ello, está el principio de proporcionalidad de la sanción, que exige la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada». Posibilidad de que el Tribunal modifique una sanción de separación del servicio por la de dos años de suspensión de funciones.*

«Entrando, pues, a conocer del recurso de casación promovido por el Ayuntamiento de L'Escala, el primer motivo que invoca, con base en el artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción, se divide en cuatro apartados (señalados con las letras A, B, C y D), en cada uno de los cuales se mencionan preceptos diferentes, por lo que procederemos a examinarlos separadamente, en cuanto constituyen realmente distintos motivos de casación. En el apartado A) el Ayuntamiento estima que la sentencia de instancia incurre en infracción del artículo 21.1.h) y disposición final tercera de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. El artículo 21.1.h) atribuye al Alcalde las facultades de ejercer la Jefatura de la Policía Municipal, así como el nombramiento y sanción de los funcionarios que usen armas. El contenido de este artículo, a juicio del Ayuntamiento recurrente, debe ponerse en relación con la disposición final tercera, según la cual el personal de la Policía Municipal gozará de un estatuto específico, teniendo en cuenta la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. De estos preceptos deduce el Ayuntamiento de L'Escala que cuando el Tribunal *a quo*, a pesar de considerar probados los hechos por los que se impuso la sanción de separación del servicio al Cabo don Nicolás L. S., atenuó la sanción aplicada, incurrió en una clara infracción de la facultad del Alcalde para sancionar a los funcionarios que usen armas, facultad que le está atribuida por la Ley. Carece de interés destacar que la sanción enjuiciada no la impuso el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de L'Escala, sino el Pleno de la Corporación Municipal (sesión extraordinaria de 19 de noviembre de 1992). La parte recurrente olvida que las resoluciones de las autoridades y órganos de las Corporaciones Locales sujetos al Derecho Administrativo están sometidas al control de los Tribunales de Justicia pertenecientes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, según los artículos 106.1 de la Constitución y 1 de la Ley de la Jurisdicción. Tal control incluye las sanciones disciplinarias y se extiende tanto a los aspectos estrictamente reglados como a los discrecionales, ya que discrecionalidad administrativa no significa en modo alguno exención del control judicial. Entre los puntos que pueden y deben ser objeto de la oportuna revisión jurisdiccional, si ha lugar a ello, está el principio de proporcionalidad de la sanción, que exige la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. El principio de proporcionalidad de la sanción y su aplicación a un supuesto de hecho concreto está íntegramente sometido al control de los Tribunales de Justicia, que deben valorar si la Administración ejerció o no debidamente las facultades que el ordenamien-

to jurídico le concede para aplicar a una falta disciplinaria una u otra sanción, y si, al ejercitar tal facultad, ha respetado o no el principio de proporcionalidad entre la infracción cometida, las circunstancias de toda clase que en ella concurren y la sanción impuesta. El principio de proporcionalidad de la sanción, como cualquier otra manifestación de la actividad discrecional de la Administración, no constituye una zona inmune al control jurisdiccional. En consecuencia, la Sala de instancia ha procedido conforme a derecho al revisar la sanción que se sometía a su consideración, estimando, no de una manera arbitraria y carente de justificación, sino en virtud de las razones que expresa (fundamento de derecho séptimo), que dicha sanción (la de separación del servicio) era desproporcionada y debía ser sustituida por la de dos años de suspensión de funciones con pérdida de retribución, sin infringir por ello los preceptos que se citan en el presente motivo casacional, que establecen una facultad de la Administración municipal, pero no la declaran exenta del control jurisdiccional. El motivo debe ser desestimado.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 20 febrero 1998.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. SELECCIÓN: 1. Selección. Legalidad RD 574/1991, dictado en aplicación Disposición Transitoria 5.ª LOGSE. 2. Selección. Legalidad RD 364/1995 en cuanto regula los méritos baremables en la fase de Concurso para Cuerpos o Escalas adscritos al Ministerio de Defensa. Irrelevancia de que las singularidades que se establecen no figurasen en el Proyecto dictaminado por el Consejo de Estado. 3. Convocatoria para provisión de Jueces y Magistrados sustitutos. Legalidad. Motivación suficiente de las propuestas de nombramiento. 4. Concurso público para cubrir plazas de Magistrado suplente del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional. Legitimación de la Asociación Profesional de la Magistratura para impugnarlo. Interpretación del artículo 200 LOPJ. 5. Nulidad de convocatoria para la provisión de dos plazas de guardia de la Policía Municipal por no ir precedida de la oferta pública de empleo, aunque tales plazas formasen parte de la plantilla. Infracción artículos 1.3 y 18 Ley 30/84 y 91 Ley 7/85. 6. Las Bases de la convocatoria vinculan a la Administración, a los Tribunales y a quienes participan en las pruebas, los cuales podrán impugnarlas en el momento procedimental oportuno. «Al concurrir al procedimiento selectivo sin impugnarlas queda impedida la ulterior impugnación de la resolución que en el mismo recaiga por motivos que en su día pudieron hacerse valer por medio del oportuno recurso». 7. Pruebas selectivas para la provisión de plazas de alumnos de la Escuela Judicial. Improcedencia de la suspensión de acuerdo por el que se selecciona para realización de la entrevista a los relacionados en una lista anexa. Aun siendo indudables los perjuicios que de la no suspensión podrían derivarse para la actora, debe considerarse prevalente el interés público por la marcha regular de las pruebas.—II. DERECHOS: 1. Organizaciones Sindicales de la Policía Autonómica. Legalidad del Decreto 253/92 de la Generalidad de Cataluña al tener la cobertura del artículo 18.2 LOFCSE, en cuanto exige que las Organizaciones Profesionales de la Policía Autonómica estén integradas exclusivamente por Mossos d'Esquadra y que los Estatutos se depositan en el Registro especial. 2. Traspaso de profesores de la Universidad de origen a Universidades de nueva creación. No vulnera ni el principio de reserva de ley ni el derecho a la permanencia en el cargo público reconocido en el artículo 23.2 CE. 3. Retribuciones. Funcionarios al servicio de la Administración española en el exterior. Legalidad párrafos 6.º a 9.º del artículo 4.1 RD 6/1995, de 13 de enero. 4. Complemento de jornada normalizada y partida. Nulidad del artículo 66.b), primer guión, del Decreto 294/92, de 27 octubre, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que lo regula, por contrario al artículo 23.3 Ley 30/1984. 5. Negociación colectiva. Administración Local. Vizcaya. Las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario funcional no permiten que, por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque normativo sea catalogado como plataforma de mínimos. 6. Complemento de productividad. Puede utilizarse, entre otras finalidades, para retribuir una jornada de trabajo de 40 horas semanales, superior a la normal. 7. Profesores universitarios. La libertad de Cátedra no comporta el derecho a pertenecer a la comunidad docente y científica que libremente eligió el interesado, por lo que no puede ser invocado para oponerse a la adscripción forzosa a una nueva Universidad.—III. PROVISIÓN PUESTOS DE TRABAJO: Provisión de puesto de trabajo. Revisión jurisdiccional de las puntuaciones otorgadas por el Tribunal porque, ante dos plazas sustancialmente iguales, a una de las partícipes se le valora con idéntica puntuación por los méritos específicos, mientras que a la otra se le disminuye medio punto sin justificación o motivación alguna. Derecho de la perjudicada a ocupar la plaza y al abono de las diferencias de abonos correspondientes.—IV. INCOMPATIBILIDADES: 1. Incompatibilidades entre puesto docente en la Universidad de Alcalá de Henares y puesto asistencial en el Hospital Ramón y Cajal del INSALUD de Madrid. Existencia, por ser la acti-

vidad asistencial la principal y no ser complementaria de la actividad docente. 2. Incompatibilidades con el sector privado. Imposibilidad de reconocimiento cuando el contenido de la actividad se relaciona directamente con los asuntos sometidos a informe, decisión, ayuda financiera o control en el Departamento, Organismo, Ente o Empresa Pública a los que el interesado está adscrito o presta servicios. No es necesario que el concreto contenido de las específicas funciones que corresponden al puesto de trabajo desempeñado por el funcionario se relacione «directamente» con el de la actividad privada «al bastar que tal relación exista entre las funciones y actividades que se desarrollan en el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado de funcionario al servicio de algun de éstas (técnico de farmacovigilancia dependiente de la Consejería General de Sanidad, en el supuesto de autos) y las actividades propias del ejercicio como farmacéutico titular de una oficina de farmacia, sobre las que inciden o se proyectan las actividades que desarrolla aquel Organismo o Departamento, al margen de cuáles sean en concreto las concretas funciones que desarrolle en su puesto funcional preciso el interesado».—V. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Faltas. Jueces y Magistrados. Retraso injustificado y reiterado en el desempeño de la función judicial. Es un concepto jurídico indeterminado. Para su ponderación han de utilizarse tres criterios: la situación general del Juzgado, el retraso materialmente existente y la dedicación del Juez o Magistrado. Supuesto en que no existe la infracción por la concurrencia de un factor patológico causante de la falta de dedicación. 2. Procedimiento sancionador. Aplicabilidad de los principios esenciales del artículo 24 CE. Los dos trámites esenciales, al efecto de que el inculpado tenga oportunidad de alegar lo que convenga a su derecho y proponer las pruebas que estime pertinentes, son el traslado del pliego de cargos y el de la propuesta de resolución. 3. Régimen disciplinario. Jueces y Magistrados. Legitimación del denunciante para impugnar en vía contenciosa un acuerdo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ que resolvió archivar una denuncia contra un Juez. Análisis crítico de la doctrina procedente. Se trata de una cuestión casuística. Necesidad de que se acredite la existencia de un interés legítimo del recurrente, que pueda ser soporte de su legitimación procesal. Supuesto en que no se da. 4. Sanciones disciplinarias. Están sometidas al control jurisdiccional que «se extiende tanto a los aspectos estrictamente reglados como a los discrecionales. Entre los puntos que pueden y deben ser objeto de la oportuna revisión jurisdiccional, si ha lugar a ello, está el principio de proporcionalidad de la sanción, que exige la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada». Posibilidad de que el Tribunal modifique una sanción de separación del servicio por la de dos años de suspensión de funciones.

I. SELECCIÓN

1. Selección. Legalidad RD 574/1991, dictado en aplicación Disposición Transitoria 5.ª LOGSE.

«El primero de los motivos de casación del recurso de la Generalidad Valenciana, que más atrás quedó referido, debe prosperar, pues, en efecto, la valoración que se hace en la sentencia recurrida de la Orden de convocatoria impugnada no respeta la singularidad y excepcionalidad que para dichas pruebas se estableció en la Disposición Transitoria 5.ª de la LOGSE, y en el RD 574/1991, de 2 abril, que la sentencia recurrida expresamente inaplica, por considerarlo contrario a los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución española.

La legalidad del RD 574/1991, y más en concreto de sus artículos 21, 22 y 23 y Baremo Anexo, a cuyos preceptos se ajusta estrictamente la convocatoria impugnada, la tenemos declarada en múltiples sentencias, anteriores y posteriores a la recurrida, tanto en recursos directos contra dicho Real Decreto como en recursos de impugnación indirecta con ocasión de su aplicación en convocatorias de diferentes Comunidades Autónomas, en todo similares a la aquí impugnada.

Entre las de impugnación directa del Real Decreto pueden traerse a colación las Sentencias de 15 diciembre 1993 (RJ 1993, 4360) (Rec. 2793/1992) y de 21 octubre 1996 (RJ 1996, 7337) (Rec. 1785/1991). Y entre las sentencias de impugnación indirecta

ta pueden citarse las de 14 abril 1992 (RJ 1992, 2915) (Rec. 9723/1991), 10 noviembre 1992 (RJ 1992, 9112) (Rec. 1421/1992), 27 abril 1993 (Rec. 4081/1992, en recurso contra sentencia del propio Tribunal Superior de Justicia de Valencia), 15 diciembre 1993 (Rec. 2793/1992), 20 mayo 1994 (RJ 1994, 4437) (Rec. 4632/1992, también en recurso contra sentencia del propio Tribunal Superior de Justicia de Valencia), 6 marzo 1995 (Rec. 1271/1992), dos Sentencias de 4 marzo 1996 (Recs. 2796/1993 y 2931/1993), 28 septiembre 1996 (RJ 1996, 8331) (Rec. 2307/1994), 10 diciembre 1996 (RJ 1996, 9074) (Rec. 1097/1993) y 26 mayo 1997 (RJ 1997, 4533) (Rec. 5124/1993).

La sentencia recurrida contradice asimismo la de las Sentencias del Tribunal Constitucional 185/1994, 238/1994, 251/1994 y la 11/1996, esta última dictada en recurso de amparo contra nuestra Sentencia de 27 abril 1993, por la que se revocó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que estimó recurso, interpuesto por el cauce de la Ley 62/1978, contra la misma orden de convocatoria, objeto de impugnación en este proceso.

Bastaría con la referencia a esta última enjundiosa sentencia para que sólo por ella debiéramos estimar el motivo.

No está de más, no obstante, que con mayor detalle abordemos cada una de las claves de la sentencia recurrida con base en nuestra propia jurisprudencia.

La primera de esas claves es la calificación de las pruebas a que se refiere la Disposición Transitoria 5.ª de la LOGSE como concurso-oposición típico, que es base de las ulteriores reflexiones de censura. Pues bien, al respecto en la Sentencia de 26 mayo 1997, y reproduciendo lo dicho en Sentencia de 6 marzo 1995, decíamos:

"Debe tenerse en cuenta que se está en presencia de un sistema excepcional y transitorio, que ofrece en sí razones atendibles para que el legislador haya querido, a su través, liquidar situaciones de interinidad. Esa excepcionalidad impide que, como viene a hacerse en la sentencia impugnada, puedan traerse al procedimiento selectivo cuestionado, principios extraídos o reglas propias de formas selectivas reguladas para situaciones de normalidad.

No cabe así decir que no se respetan los principios de mérito y capacidad del artículo 103.3 CE, cuando para medir los conocimientos sobre los contenidos curriculares que deberán impartir los candidatos —arts. 20, 22 y 23 del Decreto 574/1991—, se utilizan méritos académicos preexistentes propios de la fase de concurso, o impropios para esa finalidad, ya que los previstos en el caso concernientes al expediente académico, títulos o cursos de perfeccionamiento, sirven también para acreditar la posesión de conocimientos; y dado que en cualquier caso..., no se acredita que sean valorados desproporcionadamente, ni en relación a la puntuación a alcanzar en la primera fase —3, sobre 10—, ni respecto del resultado total que se posibilita en las convocatorias —3, sobre 19—.

Como colofón ha de decirse que los razonamientos que ofrece la sentencia acerca de la significación y relevancia que ha de darse a la primera fase o prueba, en orden a que la puntuación que debe dársele, debe responder sólo al examen realizado oralmente, responde a la consideración de la prueba selectiva en su conjunto, como un concurso-oposición, y a dar a esa primera prueba el carácter de una oposición, lo que es incierto. En el sistema excepcional que se regula en el Decreto 574/1991, no hay un concurso-oposición normal, sino un sistema excepcional y específico. No lo califica la Ley —Disposición Transitoria 5.ª LOGSE— concurso-oposición, ni lo es por su contenido y significación.

La primera fase no es una oposición al modo de las que se realizan para el ingreso en los grandes Cuerpos Funcionariales (Judicatura, Abogacía del Estado, Notariado, Registros, etc.), en los que en forma oral o escrita hay que acreditar, sin previa consulta de textos, conocimientos relativos a un programa, sino una prueba mixta en que los conocimientos se demuestran mediante los que se acreditan oralmente, en una exposición a la que ha precedido la posible consulta durante dos horas de material sobre el tema a exponer, y el añadido de otros previamente adquiridos y acreditados a través del expediente académico, cursos de formación permanente o títulos académicos, al modo que es frecuente en la adquisición de otras plazas docentes."

La segunda de dichas claves es la censura de la adición de méritos a los de conocimiento estricto en la primera fase; y también sobre dicho particular la referida Sen-

tencia de 26 mayo 1997, con transcripción de la misma Sentencia de 6 marzo 1995, decía:

"Este Alto Tribunal ha tenido ocasión de enfrentarse reiteradamente a impugnaciones del Decreto 574/1991, que es fundamento de las convocatorias ahora cuestionadas, así en Sentencias de 14 abril y 10 noviembre 1992 y 15 diciembre 1993 (RJ 1993, 9517), y en todas ellas se ha llegado a la constitucionalidad de la norma estatal aludida, y a su ajuste a la LOGSE. Y además que el juicio de constitucionalidad en aquéllas realizado, ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en repetidas sentencias que parten de la núm. 185/1994, de 20 junio, que desestima un recurso de amparo formulado contra la de este Tribunal Supremo de 14 abril 1992. Es cierto que en esos casos, la impugnación del Decreto 574/1991, no se concretó en la valoración de la prueba oral —arts. 20, 22 y 23—, sino en la inclusión en el baremo de los servicios ya prestados, la puntuación que se les atribuye, y que éstos lo fueran preferentemente, si se prestaron en la enseñanza pública. Pero también en esas sentencias se hicieron consideraciones aplicables al caso, que deben mantenerse por el principio de unidad de doctrina, tales como la de que en la primera fase eliminatoria —que es la que ahora se cuestiona— todos los aspirantes se encuentran en absoluta igualdad, pues a todos se les valoran los conocimientos curriculares, el expediente académico y cursos de perfeccionamiento, que no son privativos de ningún colectivo, y que pueden haber sido realizados por aspirantes de uno u otro grupo. Y ello frente a lo que se dice en la sentencia recurrida. No siendo decisiva la objeción de discriminación que la Sala de Galicia hace a esos cursos, en razón a que sólo están abiertos a los funcionarios, pues además de que..., no se fundamenta esa afirmación en ningún dato objetivo, por otra parte según el artículo 22 del Decreto 574/1991, y en su Anexo, los cursos no son de mera asistencia, pues han de ser al menos de 30 horas, y ser superados. Añádase que es normal que ese tipo de méritos se valore en cualquier clase de prueba de acceso a la función pública, y que más que de exclusividad de concurrencia a los cursos para los funcionarios contratados e interinos, podrá hablarse de preferencia, si hay insuficiencia de plazas. O sea, en conclusión, no cabe entender que se trate de un factor excluible por la Disposición Transitoria 5.ª de la LOGSE, o incorporado arbitraria o desproporcionadamente a la norma reglamentaria —se le atribuye hasta 1,5 puntos sobre, en esa primera fase, 10 posibles—."

Por último, en cuanto a la excesiva valoración de méritos, que, a juicio de la sentencia recurrida, implica una desorbitada aplicación de la preferencia establecida, también la citada Sentencia de 26 mayo pasado tuvo ocasión de pronunciarse, rechazando argumentos impugnatorios de sentido similar a los utilizados en la sentencia recurrida. Decíamos sobre el particular:

"La alusión en la sentencia recurrida a la falta de ponderación de los méritos, al asignar a los cursos de formación una puntuación superior a la de otras licenciaturas o doctorados, argumentación en la que se acepta expresamente la de los demandantes, y que es argumento no abordado en las sentencias precedentes, no la estimamos compatible, ni por tanto la tesis de los demandantes que en ella se acepta, pues se atribuye al concepto de 'valoración ponderada y global de ambos apartados' del apartado 2 de la Disposición Transitoria 5.ª de la Ley citada un significado distinto del que le corresponde en la Ley."

La idea de juicio ponderado, unida a la de global, no supone sino la necesidad de una baremación de los distintos méritos, y una relación de proporcionalidad entre los dos apartados a que se refiere el precepto; pero no una guía para fijar la puntuación asignable individualizadamente a cada mérito. El planteamiento al respecto de la sentencia lo estimamos así erróneo, bastando con que nos remitamos al pasaje transcrito de nuestra Sentencia de reiterada cita de 6 marzo 1995.

El que los cursos de formación puedan merecer una mayor puntuación que las licenciaturas y doctorados, que, ciertamente, puede causar alguna extrañeza, no es, ello no obstante, expresión de irracionalidad o arbitrariedad, que justificaría, en su caso, el rechazo de tales valoraciones, si se tiene en cuenta la propia excepcionalidad de las pruebas reguladas en la Disposición Transitoria 5.ª de la LO 1/1990, y la finalidad de las mismas, salvada en su constitucionalidad por las sentencias del Tribunal Constitucional

aludidas en la nuestra de tan reiterada cita, que era la de abrir una oportunidad para resolver las situaciones de contratados e interinos. En ese marco es explicable que se primasen los méritos de carácter más específico, como ligados más directamente con las mismas áreas de las funciones que se venían ejercitando, en detrimento de titulaciones que podían tener mayor entidad desde un prisma académico; pero no necesariamente en su relación con la tarea funcional específica.

No cabe que la jurisdicción utilice sus propios criterios de valoración, sustituyendo en esa tarea a la Administración, para decidir qué méritos deben tener mayor entidad, y qué puntuaciones deban ser las adecuadas, cuestiones que entran dentro del margen de libertad de apreciación que corresponde a la Administración, siempre que se respeten los márgenes de la Ley y del Reglamento, que en este caso no se vulneran."

Es, pues, claro que la sentencia recurrida, al inaplicar el RD 574/1991, que presta plena cobertura a la convocatoria impugnada, y al interponer, como lo hizo, la Disposición Transitoria de la LOGSE, infringió dichas normas, según se sostiene en el motivo, lo que impone su éxito.

Conviene antes de cerrar este apartado aludir a los argumentos de la parte recurrida sobre la impugnación del motivo, que en su momento quedaron transcritos.

El de que tanto los artículos 21 y siguientes del RD 574/1991 y su disposición final dejan a salvo la regulación de la legislación autonómica, y que lo que se analiza en el recurso decidido por la sentencia recurrida es una norma autonómica y no una regulación estatal, no es compartible, pues bien claros están en la sentencia los pronunciamientos críticos respecto al Real Decreto y su explícita declaración de inaplicación.

Si la Orden se ajusta al Real Decreto, y éste a la LOGSE, no cabe aislar la Orden del conjunto normativo en que se integra, como se da por sentado en el argumento de la parte recurrida, para reducir el significado del recurso al de la impugnación de una orden autonómica, cuyo enjuiciamiento tendríamos vedado, aunque en el argumento no se llegue a una afirmación tal, si bien esté latente en él.

La validez de la Orden autonómica se enjuicia en la sentencia recurrida en relación con la legislación estatal, y desde ella podemos proclamarla, en contra de la tesis de dicha sentencia, en razón de lo dispuesto en el Real Decreto, que aquella indebidamente inaplica, y desde el que se legitima la Orden autonómica impugnada.

Tampoco es aceptable el de que las sentencias, argüidas de contrario para reforzar la fundamentación del motivo, se refirieran al artículo 23.2 CE, y no al artículo 103.3 del Texto Constitucional, con lo que parece deslizarse un planteamiento, no completamente explicitado, de que la sentencia recurrida se fundamenta en la vulneración del artículo 103.3 CE, y que ese concreto fundamento no ha sido impugnado en el recurso de casación, por lo que la sentencia, a la postre, mantendría un fundamento no desvirtuado para mantener su eficacia.

Aunque no se alegue en el motivo como violado el artículo 103.3 y sólo se haga referencia al artículo 23.2, no es en este caso argumento definitivo para aceptar el de la parte recurrida, pese a su indudable sutileza, pues en definitiva los criterios de mérito y capacidad, establecidos en el artículo 103.3, se integran en las condiciones de igualdad del artículo 23.2, y han sido la perspectiva de análisis para el enjuiciamiento de la aplicación del último en las sentencias referidas.

En el discurso de la sentencia la cita de los artículos 23.2 y 103.3 CE, constituye una inescindible unidad, por lo que en la alusión del motivo a la vulneración del artículo 23.2, hemos de ver una referencia implícita a la del artículo 103.3, so pena de un exagerado formalismo, que debemos evitar.

Por último, la alusión a la extemporaneidad del motivo no es fácilmente comprensible, ni aceptable, pues la Generalidad Valenciana en su escrito de contestación a la demanda expuso como fundamentos de su tesis las disposiciones de la LOGSE y del RD 574/1991, cuya violación alega como fundamento del motivo, no existiendo así extemporaneidad alguna al respecto, como si se tratase de una cuestión nueva, no suscitada en la instancia, y alegada por primera vez en la casación.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 9 diciembre 1997.*)

2. *Selección. Legalidad RD 364/1995 en cuanto regula los méritos baremables en la fase de Concurso para Cuerpos o Escalas adscritos al Ministerio de Defensa. Irrelevancia de que las singularidades que se establecen no figurasen en el Proyecto dictaminado por el Consejo de Estado.*

«La primera de las argumentaciones del Sindicato recurrente se refiere a la nulidad del precepto que impugna por haberse dictado prescindiéndose total y absolutamente del procedimiento establecido para la elaboración de disposiciones con carácter general, con apoyo en lo que, en síntesis, quedó expuesto —introducción *ex novo* de aquél en el texto que se remite para su aprobación al Consejo de Ministros, pues no figura en ninguno de los Proyectos del Reglamento que obran en el expediente, ni se ha recomendado su redacción bien por parte de la Secretaría General Técnica del Ministerio para las Administraciones Públicas, ni por la Comisión Superior de Personal, ni figura en el dictamen que sobre el Proyecto que le fue remitido emitió la Comisión Permanente del Consejo de Estado—, mas ha de advertirse al respecto que una reiterada doctrina jurisprudencial ha venido subrayando que no es necesaria una nueva consulta al Consejo de Estado cuando se realizan retoques en el Texto o se introducen modificaciones no sustanciales (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 mayo 1993, de la Sala Especial de Revisión de 6 octubre 1989 [RJ 1992, 3881], de 17 enero y 14 octubre 1996 [RJ 1996, 8651] y 28 abril 1997 [RJ 1997, 3371]), ni cuando las discordancias entre el Proyecto y el Texto definitivo son consecuencia lógica del procedimiento de elaboración, en el que se emiten informes por distintos órganos, que pueden dar lugar a variaciones en la disposición que resulte, por fin, aprobada, pudiendo añadirse, en cuanto a otras alegaciones invocadas, que la propia doctrina de la Sala ha insistido en la necesidad de efectuar una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de disposiciones generales, que se justifican no por el puro formalismo de su realización sino por la finalidad a que responden, en cuya valoración han de tenerse en cuenta las especialidades de la disposición general de que se trate (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 septiembre 1996), “especialidades” que resultan de la comparación del propio texto del precepto cuya nulidad se postula con lo establecido en la Disposición Adicional 11 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 diciembre, reguladora del Servicio Militar, y que, por ahora, sólo se examinan desde la perspectiva de la pretendida ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

El precepto impugnado es, desde tal punto de vista, acorde con la idea de que la provisión de puestos de trabajo en el Ministerio de Defensa se regiría por sus normas especiales, que ya se recogía en los Proyectos desde su primitiva redacción, y, en concreto, en el que se sometió al dictamen del Consejo de Estado a que alude la parte actora, una de cuyas normas especiales es la Disposición Adicional 11 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 diciembre, que regula el Servicio Militar, a cuyo tenor el tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o militar de empleo se considerará como mérito para el ingreso en la Administración Militar, en la Guardia Civil, en el Cuerpo Nacional de Policía o en las Policías Autonómicas de las respectivas Comunidades Autónomas y para el acceso a puestos de trabajo del Ministerio de Defensa y de sus Organismos Autónomos, de la forma que reglamentariamente se determine, de modo que tal “mérito” ya estaba legalmente previsto, por norma con rango de Ley Orgánica, que se remite a un desarrollo reglamentario posterior que ha de someterse a los preceptos legales que, por otra parte, no puede desconocer u olvidar, correspondiendo al Reglamento tomar en consideración dicho “mérito”, a los efectos indicados, y ajustándose a Derecho su concreción a través de su baremación como tal de la forma en que se realizó en el precepto impugnado, que, por tanto, no es “nuevo” en el sentido que pretende la parte recurrente, sino que respondía a una previsión legal, y que, por tanto, la supuesta modificación en el Texto aprobado, con respecto a los anteriores Proyectos, no es sustancial, en cuanto que la norma con rango de ley que desarrolla es lo que constituye el respaldo normativo preciso, y en cuanto que sólo accesorio puede ser que se concrete de un modo u otro dicha previsión legal, aunque pudieran existir diferencias entre los distintos Proyectos y aunque el texto del

que se sometió al dictamen del Consejo de Estado fuera diferente o difiera del que resultó definitivamente aprobado, en todo caso sin modificaciones sustanciales, puesto que en todos se recogía que la provisión de puestos de trabajo en el Ministerio de Defensa "se regirá por sus normas especiales", constando también la audiencia de las Organizaciones Sindicales, el Informe de la Comisión Superior de Personal, y el Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio para las Administraciones Públicas, lo que obviamente excluye que se corresponda con la realidad la afirmación de la parte hoy demandante de que el Real Decreto de referencia, y en concreto el precepto impugnado, se haya dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Los demás argumentos contra el precepto impugnado se apoyan, en síntesis, en la pretendida vulneración de los artículos 14, 23.2, 30.2 y 103.3 de la Constitución, y en la supuesta violación de lo dispuesto en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución en relación con los artículos 19 y 20 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que se transcriben en la demanda, preceptos aquéllos, los incluidos en la Constitución, que, respectivamente, proclaman la igualdad de los españoles ante la Ley, el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las Leyes, la objeción de conciencia y las demás causas de exención del servicio militar, obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria, cuya regulación se remite a la Ley, y el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, cuya regulación también se remite a la Ley, invocando la parte actora, también en resumen, que el establecimiento como mérito baremable del tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o de empleo para el acceso a Cuerpos o Escalas adscritos al Ministerio de Defensa, así como en los procesos selectivos para el ingreso de personal laboral en dicho Departamento, supone el establecimiento de una situación discriminatoria para aquellos ciudadanos que, ejerciendo su derecho a la objeción de conciencia, opten por no llevar a cabo el servicio militar, sino por realizar una prestación social sustitutoria, lo que, en su opinión, es un mérito irracional y arbitrario no acorde con los principios de mérito y capacidad, que implica "sancionar" de forma encubierta, a parte de la ciudadanía, en concreto a los objetores de conciencia, tesis ésta que la Sala no puede compartir, en atención a una ponderada y reflexiva interpretación de dichos preceptos y de los artículos 19 y 20 de la Ley 30/1984, acorde con los criterios que resultan de sentencias del Tribunal Constitucional.

En primer lugar ha de señalarse que cuando la queja por discriminación se refiere, como aquí, a supuestos comprendidos en el artículo 23.2 de la Constitución, no resultaría necesario invocar el artículo 14 de la misma, por cuanto que, al concretar el artículo 23 la regla genérica de igualdad en relación con el acceso a la función pública, es éste el precepto que habrá de ser considerado de modo directo para apreciar si el acto o la disposición que se impugna vulnera o no el principio de igualdad, a no ser que la desigualdad denunciada se deba a alguno de los concretos motivos de discriminación expresamente vedados en el artículo 14 de la Constitución (Sentencias del Tribunal Constitucional 50/1986 [RTC 1986, 50], 84/1987 [RTC 1987, 84], 86/1987 [RTC 1987, 86] y 10/1989 [RTC 1989, 10], entre otras), por no ser el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos un derecho indiscriminado sino de configuración legal cuya satisfacción requiere, por tanto, el cumplimiento de los requisitos establecidos por las Leyes, correspondiendo al legislador señalar las exigencias oportunas, dentro del debido respeto a los principios contenidos en el artículo 103.1 de la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1989 [RTC 1989, 24]), sin que se impida, en términos absolutos, todo tipo de remisión legislativa al Reglamento (Sentencia del mismo Tribunal 99/1987 [RTC 1987, 99]), pero tal principio de igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos ha de ponerse en conexión con los principios de mérito y capacidad a que alude el artículo 103.3 de la Constitución, precepto aquél, el del artículo 23.2, que se refiere a los requisitos que señalan las Leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, libertad limitada por la

necesidad de no crear desigualdades que sean arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas, o incompatibles con los principios de mérito y capacidad, lo que supondría, ciertamente, una diferencia de trato irracional o arbitraria (Sentencia del mismo Tribunal 67/1989 [RTC 1989, 67]) pues se prohíbe que tal clase de regulación se haga en términos concretos e individualizados que equivalgan a una verdadera y propia acepción de personas (Sentencias del mismo Tribunal 27/1991 [RTC 1991, 27] y 269/1994 [RTC 1994, 269]).

Con tal planteamiento de la cuestión ha de enfocarse el examen del precepto cuya nulidad se pretende, que, además, repercutirá en la determinación, de si procede o no plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional 11 de la Ley 13/1991, de 20 diciembre, de Regulación del Servicio Militar, que la parte actora postula al amparo de los artículos 35 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre, del Tribunal Constitucional, precepto legal aquél que, como se indicó, es la cobertura legal del precepto reglamentario que se impugna, y, bajo tal prisma —sin desconocer en absoluto el derecho a la objeción de conciencia y la consecuencia de la prestación social sustitutoria del artículo 30.2 de la Constitución, que remite su regulación a la Ley, que es derecho de naturaleza excepcional, puesto que incluye una exención de una norma general o del deber constitucional de “defender a España” impuesto en el artículo 30.1 del mismo Texto Constitucional, y que se caracteriza como derecho constitucional autónomo (Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1987 [RTC 1987, 160]), relacionado con la libertad de conciencia que resulta del artículo 16 de la Constitución—, obligada es la conclusión de que el establecimiento como mérito baremable, en la fase de concurso y en los procesos selectivos de que se trata —precisamente para el acceso a Cuerpos o Escalas adscritos al Ministerio de Defensa o para el ingreso de personal laboral en dicho Departamento—, del tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o militar de empleo, es, en definitiva, consecuencia de que la consideración de los servicios prestados, no es ajena a los conceptos de mérito y capacidad, ni puede ser tildada de irracional o arbitraria, ni es extraña al marco constitucional o legal.

Resulta, pues, que el tiempo efectivo de servicios puede poner de manifiesto la aptitud, experiencia, capacidad o predisposición para desarrollar una determinada función o empleo en el Departamento de referencia, y puede suponer, unos méritos reconocibles y valorables (Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1994 [RTC 1994, 60]) sin excluir el acceso de los que optaron por la prestación social sustitutoria, como sucedería si se estableciera como requisito necesario para el acceso o para el ingreso un tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o militar de empleo, que sí implicaría una restricción previa o una desigualdad de trato, lo que aquí no sucede, al fijarse sólo el tiempo de servicio como mérito baremable, sin rechazar a nadie, ni, en concreto, a quienes, por cualquier razón, no han prestado servicios en las Fuerzas Armadas, y sin que ello implique tratamiento injustificadamente distinto entre quienes los prestaron y no los prestaron, ni adscripción personal a personas individualmente seleccionadas, ni quebrantamiento de los artículos 19 y 20 de la Ley 30/1984, por las razones expuestas, que también sirven de cobertura para no plantear la cuestión de inconstitucionalidad, en cuanto que esta Sala no considera que la previsión legal de referencia, en norma con rango de Ley Orgánica, “pueda ser contraria a la Constitución”, todo lo cual ha de dar lugar a la desestimación del recurso.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 15 diciembre 1997.*)

3. Convocatoria para provisión de Jueces y Magistrados sustitutos. Legalidad. Motivación suficiente de las propuestas de nombramiento.

«Se impugna en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Jordi K. E. y por don Francesc J. G. el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo Ge-

neral del Poder Judicial de 20 junio 1995, publicado en el "BOE" de 10 de julio de 1995, por el que se resuelve el concurso convocado por Acuerdo del Pleno de 22 febrero 1995 sobre convocatoria de plazas de Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos para el año judicial 1995-1996, en cuyo acuerdo recurrido no se les ha nombrado Jueces Sustitutos, siendo nombrada, entre otros, la hoy coadyuvante doña Amalia Montserrat C. C., todos con relación al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Frente a dicho acuerdo los hoy recurrentes solicitan en su demanda que se estime el recurso y se declare no ser conforme a Derecho y que se anulen totalmente los nombramientos de Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos para Cataluña durante el año judicial 1995-1996, y subsidiariamente que se anulen los de quienes no formularon la preceptiva solicitud, con nombramiento de los ahora recurrentes, e indemnización de perjuicios, a cuyo fin invocaron, en síntesis: *a)* que tras la Convocatoria de las plazas de Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos para dicho año judicial, formalizaron la preceptiva solicitud acompañando los documentos exigidos según la mencionada convocatoria, en plazo y forma, sin que los mencionados recurrentes aparecieran nombrados para las plazas solicitadas en el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 20 junio 1995 que resolvió el citado concurso; *b)* que el 11 de julio de 1995 insistieron en su solicitud de ser nombrados Jueces Sustitutos, y, subsidiariamente, que se le informara de los criterios de valoración aplicados por la Sala de Gobierno, constatando uno de los ahora recurrentes, don Francesc J., que había sido propuesto y posteriormente "eliminado" mediante una tachadura sobre su nombre, incluyéndose el de otra persona que efectivamente fue nombrada Juez Sustituta; *c)* que son nulos todos los nombramientos propuestos por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con cita de los artículos 62.1.a) de la Ley 30/1992 y 14, con relación al artículo 103.3 de la Constitución, sobre los principios de igualdad y de mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas, respectivamente; *c)* que el procedimiento concreto de relación aplicable viene determinado genéricamente en los artículos 200 y 201 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y específicamente en el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 15 junio 1987 ("BOE" del 22 de julio) por el que se establece la reglamentación sobre Jueces en régimen de provisión temporal, Magistrados Suplentes y Jueces Sustitutos, ya que el actual Reglamento es posterior a la fecha de la Convocatoria; *d)* que en el artículo 12 del citado acuerdo se establece que las propuestas de nombramiento que formula la Sala de Gobierno se efectuarán con observancia de lo dispuesto en los artículos 200, 201, 212.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y deberán ser motivadas con expresión detallada de las circunstancias personales y profesionales de los propuestos y de las razones de su preferencia sobre los demás candidatos; *e)* que tanto el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sesión de fecha 19 abril 1995 como su modificación mediante Acuerdo de 31 mayo 1995 carecen de la más mínima motivación, ya que son simples listas de personas propuestas y rectificadas sobre las propuestas, mereciendo especial atención cómo se acuerda sustituir la propuesta de uno de los ahora recurrentes por otra persona distinta, sin que del expediente se deduzca ningún motivo; *f)* que son nulos determinados nombramientos, con infracción del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, cuando algunos de los nombrados — que se relacionan a continuación— no han presentado la preceptiva solicitud para el concurso ahora impugnado, o, cuando menos, no existe constancia documental de dicha solicitud, preceptiva conforme a la Base Cuarta de la Convocatoria, hecho que supone, siempre según los actores, la causa de nulidad del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, al prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido; y *g)* que concurre desviación de poder, conforme al artículo 63 de la Ley 30/1992, puesto que los recurrentes ostentan mejor derecho al nombramiento que aquellos que han sido nombrados sin que conste que hubieran solicitado concursar, pues objetivamente tienen mayor derecho acreditado en sus instancias, mientras que, en cuanto a los demás, se ignora cuál fuera el criterio de valoración como consecuencia de la ausencia de motivación; a cuyas alegaciones y pretensiones se opusieron el Abogado del Estado y la parte coadyuvante en sus respectivos escritos de contestación.

No pueden prosperar las pretensiones de nulidad formuladas por los recurrentes con apoyo en los artículos 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, porque, según dicen, lesionan el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, cuales son los referidos a los principios de igualdad y de mérito y capacidad recogidos en los artículos 14 y 103.3 de la Constitución española, aunque, en definitiva, se fundamentan en que en el artículo 12 del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 15 julio 1987, que exige que las propuestas de nombramiento que formula la Sala de Gobierno se efectuarán con observancia de lo dispuesto en los artículos 200, 201 y 212.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que deberán ser motivadas con expresión detallada de las circunstancias personales y profesionales de los propuestos y de las razones de su preferencia sobre los demás candidatos, así como en que también falta motivación en el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sesión de fecha de 19 abril 1995 al igual que en su modificación por Acuerdo 31 mayo 1995, y no pueden prosperar, en cuanto que con claridad consta que las propuestas de nombramiento de aquella primera fecha se hallan suficientemente motivadas, al expresarse que dichas propuestas se han hecho teniendo en cuenta los criterios, requisitos y preferencias legales y reglamentarias, como es de ver en los correspondientes impresos normalizados que obran debidamente cumplimentados y que quedan por fotocopia como antecedente en la Secretaría de Gobierno de dicho Tribunal, constando en dichos impresos los motivos por los que han sido excluidas determinadas personas, mientras que en el Acuerdo que hubo de adoptarse por la misma Sala de Gobierno en fecha de 31 mayo 1995 se especifican los nombramientos y las causas de cada uno (folios 18, 19 y 20 del expediente), lo que obviamente excluye la concurrencia de ausencia de una suficiente motivación, que es lo que alegan los actores para deducir de ello que se ha lesionado su derecho al acceso en condiciones de igualdad, mérito y capacidad.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 15 diciembre 1997.*)

4. *Concurso público para cubrir plazas de Magistrado suplente del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional. Legitimación de la Asociación Profesional de la Magistratura para impugnarlo. Interpretación del artículo 200 LOPJ.*

«La Asociación Profesional de la Magistratura impugna el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial 24 febrero 1993, por el que, "a fin de dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 200, 201 y concordantes de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, y de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial 15 julio 1987", se convoca concurso público para cubrir plazas de Magistrado suplente del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional: concretamente veinticinco plazas para el Tribunal Supremo y dieciséis para la Audiencia Nacional.

Antes de entrar en el estudio de la cuestión de fondo es preciso pronunciarse sobre la legitimación de la Asociación para impugnar el Acuerdo recurrido, toda vez que la Sala, como ha quedado indicado en los Antecedentes de Hecho, sometió a la consideración de las partes, como motivo susceptible de fundar la oposición al recurso, el relativo a la posible falta de legitimación de la Asociación Profesional de la Magistratura para entablar el presente proceso, cuestión que, a la vista de las alegaciones formuladas por las partes, debe resolverse en el sentido de reconocer a la Asociación recurrente legitimación para interponer el recurso, habida cuenta de que entre los fines estatutarios de dicha entidad figura el de defender y velar por los intereses y derechos profesionales de todos sus asociados y, en general, de los miembros del Poder Judicial, sirviendo de cauce a las pretensiones de los mismos, espec-

tos que deben entenderse concernidos por la convocatoria para la designación de Magistrados suplentes, objeto del recurso.

Se alega en la demanda que "la designación de un numeroso grupo de Magistrados suplentes en el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional representa una vulneración de lo establecido en el artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual 'Podrá haber en las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia una relación de Magistrados suplentes que serán llamados, por su orden, a formar las Salas en los casos en que por circunstancias imprevistas y excepcionales no puedan constituirse aquéllas. Nunca podrá concurrir a formar Sala más de un Magistrado suplente. Cada año el Consejo General del Poder Judicial confeccionará la relación a que se refiere el apartado anterior, a propuesta de la Sala de Gobierno correspondiente y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 152.3.3.º"; de cuya regulación extrae la Asociación recurrente las siguientes conclusiones: "a) No está prevista legalmente la figura de Magistrados suplentes ni en el Tribunal Supremo, ni en la Audiencia Nacional. b) Sólo tiene validez jurídica el nombramiento si se está en presencia de circunstancias imprevistas y excepcionales que impidan la formación de la Sala. c) Nunca puede formarse una Sala con más de un Magistrado suplente, lo que es evidente que no tendrá lugar normalmente ni en la Audiencia Nacional (se nombran 17 [sic]), ni en alguna Sala del Tribunal Supremo (en las Salas 2.ª y 3.ª se nombran 7 y 9 respectivamente)". A ello se añade que la Ley sigue en este aspecto "el criterio básico imperante en la Ley Orgánica de 1870, cuyo artículo 79 establecía que el Tribunal Supremo no tendría ordinariamente suplentes, salvo algún caso extraordinario".

Aunque, dada la fecha del Acuerdo impugnado, la redacción de la Ley Orgánica del Poder Judicial que debe tenerse en cuenta es la originaria, interesa señalar que entre las modificaciones introducidas en dicha Ley por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 noviembre, figura la del artículo 200, cuyo apartado 1 tiene actualmente la siguiente redacción: "1. Podrá haber en el Tribunal Supremo, en la Audiencia Nacional, en los Tribunales Superiores de Justicia y en las Audiencias Provinciales una relación de Magistrados suplentes que serán llamados, por su orden dentro del orden u órdenes jurisdiccionales para los que hubieren sido nombrados, a formar las Salas en los casos en que por circunstancias imprevistas y excepcionales no puedan constituirse aquéllas, salvo cuando actúan en régimen de adscripción como medida de refuerzo conforme a lo previsto en esta Ley. Nunca podrá concurrir a formar Sala más de un Magistrado suplente".

Hecha la indicada advertencia, la cuestión planteada en la demanda consiste básicamente en determinar si con anterioridad a la expresada modificación del artículo 200 de Ley Orgánica del Poder Judicial, el nombramiento de Magistrados suplentes en el Tribunal Supremo y en la Audiencia Nacional adolecía de ilegalidad, lo que supondría la nulidad del Acuerdo impugnado, tal y como se postula por la Asociación actora.

En primer lugar debe señalarse que la interpretación excluyente de la figura del Magistrado suplente en el Tribunal Supremo y en la Audiencia Nacional, que en la demanda se atribuye, al artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no puede afirmarse que siga el criterio básico imperante en la Ley Orgánica de 1870, según se afirma, pues, como hace notar el Abogado del Estado, dicha Ley admitía en su artículo 79, aunque con carácter ciertamente restrictivo, la existencia de Magistrados suplentes en el Tribunal Supremo.

En cualquier caso, la cuestión sometida a enjuiciamiento ha sido ya resuelta por Sentencia de esta Sala de 24 enero 1997 (RJ 1997, 1337) que ha desestimado impugnación similar a la presente, dirigida por la misma Asociación Judicial contra Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial 6 octubre 1993 sobre nombramiento de Magistrados suplentes en la Audiencia Nacional, por lo que, en aras del principio de unidad de doctrina, hemos de reiterar aquí la mantenida en dicha sentencia, cuyos razonamientos, si bien referidos a la legalidad de la figura del Magistrado suplente de la Audiencia Nacional, son de aplicación igualmente al caso

del Tribunal Supremo dada la identidad de los motivos de impugnación en ambos supuestos.

Viene a declarar la citada sentencia que el hecho de que el artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial aludiera solamente a las Audiencias Provinciales y a los Tribunales Superiores de Justicia al referirse a la posibilidad de que Magistrados suplentes se integren en las Salas de dichos órganos jurisdiccionales, no es obstáculo para entender que también puedan actuar dichos Magistrados suplentes en la Audiencia Nacional, dado que el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial 15 julio 1987, por el que se establece la reglamentación sobre Jueces en régimen de provisión temporal, Magistrados suplentes y Jueces sustitutos, establece en su Disposición Adicional que "cuando por circunstancias excepcionales y atendidas las necesidades del servicio, se solicitare del Consejo General del Poder Judicial el nombramiento de Magistrados suplentes para el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional o el Tribunal Central de Trabajo, podrá autorizar dicho nombramiento en los términos y por el procedimiento establecido en el presente Acuerdo", disposición ésta cuya validez proclama la propia sentencia destacando al efecto el hecho de que cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial establece el régimen transitorio aplicable al caso —Disposición Transitoria Decimosexta—, ordena que las Salas de Gobierno hagan nueva propuesta de Magistrados suplentes, "cumpliendo lo establecido en la misma" (se refiere a la propia Ley Orgánica), pero sin hacer "la más mínima alusión a que se excluya a dos de las Salas de Gobierno (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) que hasta la entrada en vigor de la expresada Ley podían formular propuestas de nombramiento". Declara también la referida sentencia que dados los términos en que los artículos 326 y 327 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén la posibilidad de que una Sala haya de completarse con Magistrados suplentes, hubiera sido necesaria "una exclusión expresa de la Audiencia Nacional en la Ley Orgánica del Poder Judicial al regular en ésta la actuación de los Magistrados suplentes para poder entender que dichos Magistrados no pueden integrar la Sala del referido órgano jurisdiccional", sin que, por otra parte, en la tabla derogatoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial se haga ninguna mención específica de los indicados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por último, señala la sentencia de constante cita que en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 16/1994, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, se declara en relación con el problema que se viene examinando que "En punto al nombramiento de Magistrados suplentes, y con el fin de despejar dudas de legalidad, la Ley recoge explícitamente la interpretación del artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial mantenida hasta ahora constantemente por el Consejo General del Poder Judicial en sus disposiciones generales, nombramientos y actos de resolución de recursos, en el sentido de que la facultad de nombramiento de Magistrados suplentes alcanza al Tribunal Supremo y a la Audiencia Nacional", lo que pone de manifiesto que el legislador viene a entender como correcta, y la recoge en la nueva redacción de la Ley, la interpretación que venía manteniendo el Consejo General del Poder Judicial, por lo que, concluye la sentencia, no puede afirmarse que la Disposición Adicional del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial 15 julio 1987 no se ajuste a la Ley Orgánica del Poder Judicial al prever el nombramiento de Magistrados suplentes que se cuestionaba.

Aplicada, pues, la anterior doctrina al caso de autos, es evidente que ello ha de conducir al fracaso de la interpretación meramente literalista que en la demanda se mantiene sobre el alcance del artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (según su redacción originaria), cuya pretendida vulneración por la resolución impugnada debe ser consecuentemente rechazada, dado que la convocatoria cuestionada se ampara en lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial 15 julio 1987 que, como ha quedado expuesto, se ajusta a los criterios que informan la citada Ley Orgánica.

Alega también la Asociación recurrente que sólo tiene validez jurídica el nombramiento de Magistrados suplentes si se está en presencia de circunstancias impre-

vistas y excepcionales que impidan la formación de la Sala, según resulta de lo dispuesto en el artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Asimismo se ha pronunciado sobre esta cuestión la citada Sentencia de 24 enero 1997 señalando en su fundamento decimoquinto que “el Consejo General del Poder Judicial, que, conforme resulta del artículo 104.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es el órgano superior de los de gobierno del referido Poder, tiene reconocidas unas competencias, al igual que los demás órganos de gobierno, tendentes a conseguir un regular funcionamiento de los Juzgados y Tribunales. Diversos preceptos de la expresada Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción aquí a tener en cuenta, son expresivos de que en determinadas situaciones una ponderación del correspondiente órgano de gobierno en relación con las circunstancias concurrentes en un determinado Juzgado o Tribunal, es determinante para la solución a adoptar a fin de conseguir un regular funcionamiento de aquéllos. Así, por ejemplo, puede indicarse que conforme al artículo 429 de la indicada Ley, artículo incluido dentro del Título referido a los Jueces en régimen de provisión temporal, las Salas de Gobierno están facultadas para ponderar si los órganos jurisdiccionales vacantes pueden ser servidos adecuadamente mediante sustitución, prórrogas de jurisdicción o comisiones de servicios, o si éstos son insuficientes para asegurar su regular funcionamiento. Asimismo, el artículo 214 de la expresada Ley faculta a las Salas de Gobierno para prorrogar la jurisdicción del titular de un Juzgado de Paz cuando ello resulta aconsejable para un mejor despacho de los asuntos de un determinado Juzgado del mismo grado. Resulta, por tanto, que es un criterio inspirador de la normativa de la Ley Orgánica del Poder Judicial referida a las competencias de los órganos de gobierno, el de que éstos, ponderando las circunstancias existentes, se hallan facultadas para adoptar las medidas más convenientes para el regular funcionamiento de Juzgados y Tribunales”, añadiendo dicha sentencia en el fundamento siguiente que, en consecuencia, «el artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no puede ser interpretado, en relación con el problema que ahora se examina, en los términos literales en que lo hace la Asociación recurrente, sino atendiendo al criterio al que se ha hecho referencia en el razonamiento precedente, conforme al cual las “circunstancias imprevistas y excepcionales” a las que alude el repetido artículo 200 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hacen también referencia a situaciones excepcionales de un Tribunal derivadas de la acumulación de asuntos”; situación en que notoriamente se hallan determinadas Salas del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, en relación con el Acuerdo aquí impugnado.

Por último, tampoco puede aceptarse que el Acuerdo impugnado suponga una infracción del artículo 200.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto dispone que “nunca podrá concurrir a formar Sala más de un Magistrado suplente”, pues, como señala el Abogado del Estado, la actuación en concreto de los Magistrados suplentes nombrados deberá respetar la proporción prevista en dicho precepto (así lo advierte la base novena del propio Acuerdo) por lo que sería el correspondiente acto administrativo de adscripción el susceptible de ser recurrido oportunamente, en su caso, pero sin que ello suponga la invalidez del Acuerdo que se impugna.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 22 diciembre 1997.*)

5. *Nulidad de convocatoria para la provisión de dos plazas de guardia de la Policía Municipal por no ir precedida de la oferta pública de empleo, aunque tales plazas formasen parte de la plantilla. Infracción artículos 1.3 y 18 Ley 30/84 y 91 Ley 7/85.*

«Entrando en el fondo, la cuestión debatida se limitaba a si para la convocatoria referida era legalmente preceptivo o no el que hubiese precedido a la misma la oferta

de empleo público, puesto que en el caso de autos faltaba dicha oferta. La sentencia, en síntesis, razona que el artículo 18.4 de la Ley 30/1984, norma básica aplicable en la Administración Local, reproducida en los artículos 91 de la Ley 7/1985 y 128 del Texto Refundido, aprobado por RD 781/1986, debe ser interpretado en el sentido de que, publicada la oferta de empleo público, es preceptiva la convocatoria de pruebas selectivas para las vacantes incluidas en dicha oferta; pero que la falta de la oferta de empleo público no veda la posibilidad de la convocatoria, si las plazas en cuestión forman parte de la plantilla, por estar incluidas y dotadas en los presupuestos. Consecuentemente con esa interpretación, la sentencia desestima el recurso.

El Abogado del Estado recurrente impugna la sentencia, sosteniendo que la claridad meridiana de la Ley en el punto en litigio se opone radicalmente a la interpretación que de la misma se hace en la sentencia recurrida, aludiendo a la literalidad del artículo 91 de la Ley 7/1985, que transcribe, y haciendo la observación de que el propio Secretario del Ayuntamiento apelado hizo en su momento la observación acerca de la falta del requisito ausente de la oferta de empleo público.

Para el Ayuntamiento demandado, sin embargo, la tesis de la sentencia recurrida es totalmente correcta, remitiéndose a la misma, sin que se aporte en su escrito de impugnación de este tema de fondo, nuevos argumentos dignos de nota.

Planteadas la cuestión básica a decidir, debemos compartir la tesis del Abogado del Estado, pues, en efecto, los términos del artículo 91.2 de la Ley 7/1985, tanto en su literalidad como en el sentido lógico que corresponde a la misma, no admiten otra interpretación que la de que la oferta de empleo público constituye el presupuesto legal de partida, para que de acuerdo con ella pueda realizarse la selección del personal.

El artículo 91 de la Ley 7/1985 es el correlato del artículo 18 de la Ley 30/1984 en el ámbito de la Administración Local, mientras que el párrafo 2 del precepto de primera cita lo es del artículo 19 de dicha Ley 30/1984. Los referidos preceptos regulan dos cuestiones diferentes, que en la tesis de la sentencia apelada se confunden, de modo inadecuado. El que la Administración concernida tenga un deber de proceder a una determinada convocatoria, es perfectamente compatible con el dato de que el presupuesto de la convocatoria deba serlo la previa oferta de empleo público, sin que por tanto pueda diluirse este necesario presupuesto legal de la convocatoria en el deber de verificarla en un determinado plazo a partir de la oferta, que es lo que hace la sentencia apelada.

La cuestión fue abordada por esta Sala en Sentencia de 19 mayo 1994 (RJ 1994, 4428), Recurso núm. 10370/1991, según la cual:

“La exigencia de que a la convocatoria para la provisión de plazas preceda la oferta pública de empleo resulta clara, dado lo dispuesto en los artículos 1.º.3 y 18 de la Ley 30/1984 y 91 de la Ley 7/1985, sin que la falta de la previa oferta pública de empleo, deba obviarse, como el apelante pretende, en razón de que la convocatoria tuvo lugar en el primer trimestre del año natural, con lo que parece hacer equivaler la cronología de la convocatoria con otra exigencia distinta, cual es la de la oferta pública, equivalencia inaceptable. Y no cabe tampoco achacar, como hace el apelante en sus alegaciones, a omisión del Estado la falta de la oferta, para exonerarse de la misma, pues bien claro está en el artículo 91.1 de la Ley 7/1985 que es a las Corporaciones Locales, y no al Estado, a las que incumbe realizar la oferta de sus empleos”.

No estimamos tampoco correcta la tesis de que la convocatoria para la provisión de unas plazas existentes en la plantilla y dotadas presupuestariamente, constituya de por sí una oferta de empleo, pues en la economía, tanto de la Ley 30/1984 como de la 7/1985, es claro que la oferta de empleo público tiene de por sí sustantividad, como acto perfectamente diferenciado.

Frente a las razones que quedan expuestas carecen de entidad las alegaciones impugnatorias del Ayuntamiento apelado sobre la cautela recomendable en las de-

claraciones de nulidad en el orden contencioso-administrativo, sobre la no inclusión del caso en ninguno de los supuestos legales del artículo 47 de la LPA, y sobre la necesidad del elemento de indefensión para la aplicación del artículo 48 de la propia LPA, a su juicio, ausente en este caso, todo lo cual, en su criterio, vedaría la anulación del acto administrativo, reclamada por el Abogado del Estado.

El que las declaraciones de nulidad deban administrarse con moderación, no implica que no deban pronunciarse, cuando se da con claridad el supuesto legal que las determina, cual ocurre en el presente caso, en el que la convocatoria impugnada es contraria a un precepto legal inequívoco, lo que implica la infracción prevista en el artículo 48.1 de la LPA (aplicable al caso por razón del tiempo, correlativo al artículo 63.1 de la Ley 30/1992). Y en cuanto a las consideraciones acerca del elemento de indefensión, debe observarse que el supuesto legal en el que entra en juego, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 48.2 LPA (63.2 de la Ley 30/1992), es el del defecto de forma, que no es aquí el caso, pues de lo que se trata es de la ausencia de un presupuesto legal necesario para la convocatoria.

Se impone, por todo lo expuesto, el éxito del recurso de apelación del Abogado del Estado, y la revocación de la sentencia apelada, estimando el recurso contencioso-administrativo que la misma desestimó, conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2 de nuestra Ley Jurisdiccional, y anulando la resolución recurrida, conforme a lo dispuesto en el artículo 84.a) de la propia Ley.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 5 marzo 1998.*)

6. *Las Bases de la convocatoria vinculan a la Administración, a los Tribunales y a quienes participan en las pruebas, los cuales podrán impugnarlas en el momento procedimental oportuno. «Al concurrir al procedimiento selectivo sin impugnarlas queda impedida la ulterior impugnación de la resolución que en el mismo recaiga por motivos que en su día pudieron hacerse valer por medio del oportuno recurso».*

«Desde tales puntos de vista ha de tomarse en consideración que las sentencias recurridas recogen esa doctrina legal que postula la parte recurrente, que en ellas se alude a que las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones de Selección y a quienes participen en las mismas, así como también establecen que las convocatorias pueden ser recurridas, pero lógicamente dentro de los plazos legales previstos al efecto, sin que pueda aceptarse la tesis de las partes entonces recurrentes en orden a admitir tal posibilidad impugnatoria junto al acto final de resolución del concurso, puesto que ello iría en contra del principio de seguridad jurídica que, sin duda, inspiró el artículo 13.4 del Real Decreto 2223/1984, de 19 diciembre, del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado, según dichas sentencias, criterio éste que, además, ha sido reiteradamente mantenido por esta Sala en Sentencias como las de 19 septiembre 1994 (RJ 1994, 7276), 20 marzo 1995 (RJ 1995, 3553) y 16 junio 1997 (RJ 1997, 5262), conforme a las cuales, en síntesis, resulta que, al suscribir la convocatoria y al participar en las pruebas selectivas, el aspirante aceptó las bases de las mismas, que las bases y la convocatoria pueden ser impugnadas por los interesados, pero en los casos y en los plazos previstos, que aquéllas constituyen la ley del proceso selectivo, y que al concurrir a éste, sin impugnarlas, queda impedida la ulterior impugnación de la resolución que en el mismo recaiga por motivos, que en su día pudieron y debieron hacerse valer por medio del oportuno recurso, relativos a posibles defectos de la citada convocatoria (arts. 3.2 del Decreto 1411/1968, 13.4 del Real Decreto 2223/1984, de 19 diciembre, y Real Decreto 364/1995, de 10 marzo, citados en dichas sentencias), de modo que las sentencias recurridas concuerdan en este punto con la doctrina de esta Sala y, además, con la doctrina legal que se postula, y con la normativa aplicable.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 24 marzo 1998.*)

7. *Pruebas selectivas para la previsión de plazas de alumnos de la Escuela Judicial. Improcedencia de la suspensión de acuerdo por el que se selecciona para realización de la entrevista a los relacionados en una lista anexa. Aun siendo indudables los perjuicios que de la no suspensión podrían derivarse para la actora, debe considerarse prevalente el interés público por la marcha regular de las pruebas.*

«El Tribunal Calificador núm. 1 de las pruebas selectivas para provisión de 213 plazas de alumnos de la Escuela Judicial para su posterior acceso a la Carrera Judicial, convocadas por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 17 mayo 1995, acordó en Sesión celebrada el día 8 de noviembre de 1995, tras examinar los expedientes presentados por los aspirantes en la modalidad de concurso de méritos, seleccionar para la celebración de la entrevista a los relacionados en una lista Anexa.

Contra esta resolución interpuso recurso ordinario doña Celia G. O., solicitando en su escrito la suspensión de la ejecución del Acuerdo impugnado. El Pleno del Consejo acordó con fecha 13 de diciembre de 1995 denegar la solicitud de suspensión, con una doble argumentación: primero, porque los motivos de nulidad de pleno Derecho alegados por la recurrente no eran tan claros y rotundos como exigen los artículos 140.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 111 de la Ley 30/1992 y, segundo, porque la interesada no había acreditado los irreparables perjuicios que podrían acarrearle con el Acuerdo impugnado, debiéndose tener en cuenta, además, que la situación jurídica que pudiera crearse, caso de prosperar el recurso, siempre admitiría las rectificaciones o ajustes correspondientes, resultando que de accederse a la suspensión se produciría una grave perturbación para los intereses públicos y generales. Contra este acuerdo se interpone el presente recurso contencioso-administrativo.

Dos criterios fundamentales se oponen a la estimación del recurso.

El primero, que con fecha 21 de febrero de 1996, el Consejo General del Poder Judicial resolvió desestimar en cuanto al fondo el recurso ordinario durante cuya tramitación se había pedido la suspensión denegada, lo que ha dejado prácticamente vacía de contenido la decisión jurisdiccional sobre dicha denegación.

El segundo, que siendo indudables los perjuicios que podrían seguirse para la actora como consecuencia de que se hubiere estimado su recurso administrativo, sin embargo no cabe negar que el Consejo realizó una adecuada ponderación de los intereses en juego, dando razonable prevalencia al gravamen que la suspensión supondría para los intereses públicos y generales, representados por la conveniencia de la regular marcha en el tiempo de las pruebas para cubrir las plazas convocadas, intereses relevante tanto en el orden de la más pronta acreditación de quienes pudieran acceder a la Escuela Judicial como en el de no perturbar la situación de los restantes interesados en la realización de las pruebas.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 24 abril 1998.*)

II. DERECHOS

1. *Organizaciones Sindicales de la Policía Autonómica. Legalidad del Decreto 253/92 de la Generalidad de Cataluña al tener la cobertura del artículo 18.2 LOFCSE, en cuanto exige que las Organizaciones Profesionales de la Policía Autonómica estén integradas exclusivamente por Mossos d'Esquadra y que los Estatutos se depositen en el Registro especial.*

«El Decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña 87/1987, de 20 febrero, estableció en el apartado b) de su artículo único que para constituir

una Organización Sindical de Policía Autónoma es necesario depositar los respectivos Estatutos en el Registro Especial creado por la indicada disposición, junto con el acta fundacional. El Decreto 253/1992, de 9 noviembre, previno que el artículo único del Decreto 87/1987 pasa a denominarse artículo 1, modificándose el apartado b), que tendrá el siguiente contenido: Para constituir una organización sindical de Policía Autónoma es indispensable que las organizaciones estén integradas exclusivamente por miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra y que se depositen en el Registro Especial los estatutos, junto con el acta fundacional. La Federació de Serveis Públics de la Unió General de Treballadors de Catalunya interpuso recurso contencioso-administrativo contra el referido Decreto 253/1992, que fue estimado por la Sentencia dictada el 17 marzo 1995, por la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que declaró su nulidad en la medida que modifica el apartado b) del artículo único del Decreto 87/1987, entendiéndose que la restricción que se impone a las organizaciones sindicales de Policía Autónoma, al exigir que deben estar integradas exclusivamente por miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra, es materia reservada a la ley, por lo que no puede ser establecida por norma con rango de Decreto, citando al efecto los artículos 28, 103.3 y 104.2 de la Constitución. Contra la referida sentencia ha interpuesto la Generalidad de Cataluña el presente recurso de casación.

El recurso de casación se funda en tres motivos diferentes, los tres amparados en el artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción, en los que se argumenta la aplicación al caso debatido, bien con carácter directo, bien con carácter supletorio, de lo prevenido en Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Estimamos procedente comenzar por examinar el tercer motivo de casación, ya que en él se entiende que la sentencia de instancia ha infringido la disposición final segunda en relación con el artículo 18.2 de la mencionada Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, además de citarse también como vulnerados los artículos 40, 20 y 21 del repetido texto legal. El artículo 28.1 de la Constitución previene, después de establecer el derecho de libre sindicación, que la Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. El artículo 81.1 de la Norma Fundamental exige que tengan la naturaleza de Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, entre los que se encuentra el derecho de libre sindicación, y el artículo 104.2 señala que una Ley Orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Por su parte, el artículo 1.5 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical, prescribe que el ejercicio del derecho de sindicación de los miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que no tengan carácter militar se regirá por su normativa específica, dado el carácter armado y la organización jerarquizada de estos Institutos. De los transcritos preceptos resulta que las limitaciones al derecho de libertad sindical de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad exigen para su validez encontrarse establecidas en una norma con rango de Ley Orgánica, ya se trate de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, dependientes del Gobierno de la Nación, ya de los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas, por lo que al presente litigio interesa (fundamentalmente artículos 28.1 y 81.1 de la Constitución).

El motivo de casación que examinamos, además de citar los artículos 40, 20 y 21 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que no advertimos tengan directa incidencia sobre la cuestión planteada, considera que la sentencia de instancia, al declarar la nulidad del Decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña 253/1992, en la medida en que modifica el apartado b) del artículo único del Decreto 87/1987, esto es, en cuanto impone que para constituir una organización sindical de Policía Autónoma es indispensable que las or-

ganizaciones estén integradas exclusivamente por miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra, vulnera lo prevenido en la disposición final segunda en relación con el artículo 18.2 de la citada Ley Orgánica 2/1986. La disposición final segunda invocada, en su apartado primero, establece que la Policía Autónoma de Cataluña se rige por su Estatuto de Autonomía y normas que lo desarrollen, respecto a las que la Ley Orgánica 2/1986 tendrá carácter supletorio, de conformidad con el artículo 13.1 del Estatuto, que faculta a la Generalidad para crear una Policía Autónoma en el marco del Estatuto y, en aquello que no esté específicamente regulado en el mismo, en el de la Ley Orgánica prevista en el artículo 149.1.29 de la Constitución. El apartado segundo de la referida disposición final determina los artículos de la Ley Orgánica 2/1986 que son de aplicación directa al régimen de la Policía Autónoma de Cataluña. Conforme a esta normativa, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en la parte que no es de aplicación directa a la Policía Autónoma de Cataluña, es de aplicación supletoria a la misma, lo que significa que, si no existe regla de directa aplicación a un supuesto concreto en la normativa territorial de la Comunidad Autónoma, pero tal supuesto concreto se halla previsto en la Ley Orgánica 2/1986, el precepto correspondiente será de aplicación supletoria a la Policía Autónoma de Cataluña, pues así lo ordena inequívocamente la disposición final segunda, apartado primero, a que hemos aludido, cuyo ámbito de aplicación lo constituye, específicamente, "la Policía Autónoma de Cataluña". Pues bien, el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1986 prescribe que los miembros del Cuerpo Nacional de Policía sólo podrán afiliarse a organizaciones sindicales formadas exclusivamente por miembros del propio Cuerpo. La aplicación supletoria de esta norma a la Policía Autónoma de Cataluña determina que los miembros del Cuerpo de Policía Autónoma de Cataluña sólo puedan afiliarse a organizaciones sindicales formadas exclusivamente por miembros del propio Cuerpo, y esto es a lo que vino a dar carácter explícito el Decreto del Gobierno de Cataluña 253/1992, de 9 noviembre, cuando, reformando el Decreto 87/1987, dispuso que para constituir una organización sindical de Policía Autonómica es indispensable que tales organizaciones estén integradas exclusivamente por miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra. Si el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1986, en vez de referirse al Cuerpo Nacional de Policía, mencionase a la Policía Autónoma de Cataluña o, genéricamente, a las Policías de las Comunidades Autónomas, no sería un precepto de aplicación supletoria al caso debatido, sino una norma de aplicación directa. En consecuencia, el Decreto 253/1992, en la parte declarada nula por la sentencia combatida en casación, tiene la cobertura legal que representa la aplicación supletoria, no analógica, del artículo 18.2 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que cumple la exigencia de Ley Orgánica que para las limitaciones al derecho de libertad sindical establecen los artículos 28.1 y 81.1 de la Constitución. Lo expuesto conduce a la estimación del motivo tercero del recurso de casación interpuesto por la Generalidad de Cataluña, lo que hace innecesario el examen de los motivos primero y segundo, y, como consecuencia de ello, a casar y anular la sentencia impugnada y, en su lugar, a desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por la Federació de Serveis Publics de la Unió General de Treballadors de Catalunya contra el Decreto del Gobierno de Cataluña 253/1992, en cuanto exige que para constituir una organización sindical de Policía Autonómica es indispensable que las organizaciones estén integradas exclusivamente por miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra, precepto que debemos confirmar y confirmamos por encontrarlo ajustado a derecho.

Siendo procedente declarar haber lugar al recurso de casación, no apreciamos motivos para imponer las costas en la instancia, debiendo cada parte pagar las suyas respecto a la casación (arts. 131.1 y 102.2 de la Ley de la Jurisdicción).» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 1 diciembre 1997.*)

2. *Traspaso de profesores de la Universidad de origen a Universidades de nueva creación. No vulnera ni el principio de reserva de ley ni el derecho a la permanencia en el cargo público reconocido en el artículo 23.2 CE.*

«El motivo segundo se formula “subsidiariamente, [por] infracción por desconformidad a Derecho”, bajo cuya rúbrica se desarrolla un discurso, que, con deficiente técnica casacional, en vez de referirse directamente a la sentencia, cual es lo precedente, se refiere al artículo 3 de las disposiciones recurridas, sobre cuya impugnación se pronunció la sentencia, lo que supone una confusión, de lamentable frecuencia, en cuanto al objeto de la casación.

Bajo ese inadecuado presupuesto de partida, se alega la “nulidad del artículo 3 de los Decretos en instancia impugnados, a tenor del artículo 48.1 de la LPA, en relación con los artículos 83.2 y 84.a) de la Ley Jurisdiccional, en cuanto disponen automáticamente el traspaso forzoso con carácter definitivo del personal a cada una de las Universidades de nueva creación, sin respeto al principio de voluntariedad, y con total extinción de la relación funcional de cada Universidad de origen, sin reconocimiento del derecho de retorno”.

El desarrollo ulterior del motivo puede sintetizarse en los siguientes términos:

a) Exposición de la Disposición Adicional Primera.2 de las Leyes de creación de las nuevas universidades, destacando que tal disposición “en absoluto contempla tal traspaso [el de los profesores] con carácter necesario forzoso, al margen de la voluntariedad del profesorado afectado, y con total extinción de la relación funcional que, en su día, establecieron voluntariamente con la Universidad de origen”; y que “dicho precepto legal habilitador expresamente se refiere al necesario respeto a los derechos, constitucionales y legales, de dicho personal adscrito a los centros integrados”, imputando al Tribunal *a quo* que no aprecia esa salvedad.

b) Que nada tiene que ver la efectiva adscripción del profesorado a la universidad de nueva creación, que no se discute, con la condición jurídica en que se produzca la adscripción; y que es absurdo afirmar que la opción por la vía del reglamento a favor del traslado forzoso forma parte de la competencia de la Generalitat de creación y coordinación universitaria, pues “no pugnan de ninguna manera las atribuciones relativas a la creación de una nueva universidad con los derechos legales del personal que haya de ser adscrito a ella, vía traslado o vía ingreso *ex novo*, etcétera”.

c) Que el artículo 23.3 CE garantiza, con categoría de derecho fundamental no sólo el acceso sino también la permanencia en las funciones y cargos públicos “con los requisitos que señalen las Leyes”, lo que remite “al ámbito de la reserva de ley que para el estatuto funcional establece el artículo 103.3 CE, en relación con el artículo 44 de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria y con el artículo 1.3 de la Ley 30/1984, de medidas para la Reforma de la Función Pública”, con cita de la STC 94/1987 (RTC 1987, 94).

d) Expresión de discrepancia respecto a la sentencia recurrida sobre la no integración de la adscripción en el estatuto funcional, y en el ámbito del principio de reserva de ley, al tratarse de una adscripción singular.

e) Que “al amparo del artículo 1.3 de la Ley 30/1984 habrá que dilucidar si las situaciones funcionariales, si la movilidad de los funcionarios, o si la extinción de la relación funcional con la Administración en la que se ha ingresado reglamentariamente, forma parte o no del estatuto funcional”, planteamiento que para la recurrente reclama una respuesta afirmativa, y lo que, a su juicio, evidencia la vulneración de la reserva de ley.

f) Remisión a las alegaciones articuladas en el apartado undécimo del escrito de demanda.

g) Remisión en cuanto a la infracción del artículo 14 CE de las alegaciones vertidas en el apartado duodécimo del escrito de formalización de la demanda, tachando de sofisma la apreciación de la sentencia de instancia de que “la comparación

con regímenes jurídicos establecidos en otras autonomías cae fuera de la virtualidad del principio de igualdad", a lo que opone que es incorrecto aplicar ese criterio a funcionarios pertenecientes a cuerpos interuniversitarios, hoy por hoy, estatales.

La enunciación del contenido del motivo evidencia que lo que se pretende con él es replantear ante este Tribunal, como si de un recurso ordinario se tratase, las alegaciones enjuiciadas y rechazadas en la instancia, técnica casacional, que, en razón del carácter extraordinario del recurso, debe ir conducida al fracaso, pues lo obligado es tomar la sentencia como objeto directo de impugnación, evidenciando en qué sentido, en su caso, puedan haberse infringido en ella las normas a que se refiere el motivo.

Desde esa obligada perspectiva deben rechazarse en especial las remisiones expresas a las alegaciones de demanda referidas en los apartados f) y g) anteriores.

En cuanto a las demás debe rechazarse la alegada violación de la reserva de ley en cuanto al estatuto funcional, lo que tiene relación con el contenido alegatorio resumido en los apartados b), c) y d), aceptando por el contrario la corrección jurídica de los argumentos contenidos en el Fundamento de Derecho 3.º de la sentencia.

El principio de reserva de ley tiene que ver con la índole de la norma precisa para la regulación abstracta del estatuto de los funcionarios; pero no se pueden confundir con tal regulación abstracta unas disposiciones, como las recurridas en el proceso, cuya función no es propiamente reguladora, sino que imponen directamente unas adscripciones singulares a unas universidades de nueva creación y consuman su eficacia con esa adscripción.

Una cosa es que, en su caso, los derechos establecidos en el propio estatuto funcional puedan haber sido vulnerados por dichas disposiciones, y otra distinta que el sentido de las mismas sea el de regular en abstracto un contenido estatutario, y por ello les sea aplicable la reserva del artículo 103.3 CE.

Conservan así todo su vigor los razonamientos de la sentencia recurrida, que esta Sala comparte, lo que, por el contrario, conduce al rechazo de las alegaciones al respecto de la recurrente.

En la medida en que en ellas se centra la clave esencial del motivo en el principio de reserva de ley, y que la aplicación de éste se rechaza, el motivo va ya destinado al fracaso.

Con todo, y aun prescindiendo del juego de ese principio, y de su rechazada vulneración, resta un margen para la posible violación del artículo 23.2 CE, si las disposiciones recurridas vulneran de por sí el derecho de permanencia en el cargo, y si, en efecto, su significado, como sostiene la recurrente, es el de la extinción de una relación funcional reglamentariamente establecida; pues si tal ocurriera, dichas normas reglamentarias, por mucho que estén amparadas por la competencia genérica de la Generalidad de creación y coordinación universitarias, no por ello pudieran librarse de la tacha concerniente a su contenido.

Sobre el particular debe observarse que los profesores, a que se refieren las adscripciones forzosas establecidas en los Decretos recurridos, venían ejerciendo sus cargos precisamente en los centros traspasados a las nuevas universidades, y que expresamente se les respetan en dichos decretos los derechos constitucionales y legales.

Ni la condición funcional de los afectados, ni el contenido funcional de sus cargos, ni sus derechos en general resultan afectados por la adscripción forzosa, siendo la única consecuencia la de una novación subjetiva de la Administración de la que dependen, lo que no es suficiente para afirmar desde la perspectiva constitucional del artículo 23.2 CE, que el derecho de los profesores concernidos a la permanencia en el cargo público, al que accedieron, haya sido afectado.

No resulta aceptable el que como parte del derecho constitucional al cargo, y como contenido de los derechos, a cuya salvaguarda obliga la Disposición Adicional Primera.2 de la Ley de creación de las universidades nuevas, pueda incluirse el de mantener su relación con la misma universidad de origen, lo que está en la base de

las alegaciones resumidas en el apartado a) anterior, pues, de ser ello así, de una relación inicial única se deducirían dos: ésta, que subsistiría, y la establecida con las de nueva creación, lo que sin duda excede la garantía de la permanencia en el cargo.

Que ello se haya hecho en otros casos de traspasos de funcionarios entre distintas administraciones, no supone que deba ser una exigencia apriorística, si las leyes de creación de nuevas universidades no lo establecen, cual es aquí el caso.

Establecido que el artículo 23.2 CE no resulta afectado por el traspaso forzoso de funcionarios de las universidades de origen a las de nueva creación, los límites propios de la casación, referidos con anterioridad, vedan el análisis de la relación entre las leyes autonómicas de creación de aquéllas y los Decretos de la Generalidad, en los que, haciendo uso de las facultades de establecer adscripciones de funcionarios, impusieron ésta con carácter forzoso, cuestión aludida en el apartado a) de la precedente sistematización del contenido del motivo, siendo por tanto rechazable en casación tal contenido alegatorio.

Finalmente, en cuanto a la alegada vulneración del principio de igualdad, ya dijimos en su momento que era inaceptable en casación la simple remisión a alegaciones de demanda, ya enjuiciadas en la sentencia recurrida, estimando la Sala sobre el particular impecable el contenido de ésta referente a tal cuestión, e insuficiente, y no compartible, como único contenido de crítica, la afirmación del motivo que quedó referida en el apartado g) *in fine* del resumen precedente.

Se impone, en conclusión, la desestimación del motivo.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 1 diciembre 1997.*)

3. *Retribuciones. Funcionarios al servicio de la Administración española en el exterior. Legalidad párrafos 6.º a 9.º del artículo 4.1 RD 6/1995, de 13 de enero.*

«Diversos funcionarios al servicio de la Administración española con destino en el extranjero, interponen el presente recurso contra el RD 6/1995, de 13 enero, por el que se regula el régimen de retribuciones de los funcionarios destinados en el extranjero, solicitando la anulación de los párrafos sexto a noveno, ambos inclusive, de su artículo 4.1, y que se "reconozca a los funcionarios recurrentes relacionados en el punto cuarto de la demanda (debe entenderse hecho cuarto) de las oposiciones en las XI pruebas selectivas al Cuerpo Administrativo (Orden 14 mayo 1982) y a las XXVII pruebas selectivas al Cuerpo General Auxiliar de la Administración Civil del Estado (Ordenes 17 julio 1981, 22 febrero, 20 marzo y 24 mayo 1982) celebradas en Iberoamérica, así como de las XXIX pruebas selectivas al Cuerpo Auxiliar de la Administración del Estado (Resolución de 23 enero 1985) que, según consta en las mencionadas Ordenes y Resoluciones fueron destinados directamente a sus plazas en el Servicio Exterior del Estado sin ningún límite temporal o plazos mínimos y máximos de permanencia a los mismos".

La fundamentación de la demanda en su conjunto cuestiona la legalidad del establecimiento de coeficientes reductores de la indemnización por disminución de la calidad de vida, sorprendiendo que se solicite no sólo la anulación de dichos coeficientes establecida en el párrafo 2.º del apartado b) del número 1 del artículo (al que corresponde el párrafo sexto de dicho número 1), sino los párrafos sucesivos que matizan en beneficio de los funcionarios la aplicación de dichos coeficientes. La anulación de estos últimos párrafos no tendría, en su caso, un fundamento individualizado en la alegación de los recurrentes, sino que sería mera consecuencia de la falta de su presupuesto de referencia en el párrafo 2.º de dicho apartado b).

En cuanto a la petición de reconocimiento de situación jurídica individualizada, que quedó transcrita, carece de razón de ser, toda vez que, como más adelante se argumentará, el derecho de dichos actores de permanencia sin límite temporal en sus

destinos no está en ningún sentido afectado por el precepto impugnado, ni por tanto puede depender de la pretendida anulación del mismo.

Antes de abordar el examen de los fundamentos de impugnación del precepto citado, conviene destacar que el mismo fue objeto de otro recurso de otros funcionarios del servicio de la Administración española con destino en el extranjero (Recurso 239/1995), en el que se dictó Sentencia desestimatoria el día 19 de mayo pasado (RJ 1997, 4529), en la que se reconocía la legalidad del precepto, si bien la fundamentación del recurso era sólo en parte coincidente con la del actual, por lo que, al margen de lo ya decidido, es preciso enjuiciar de modo individualizado los fundamentos impugnatorios del presente recurso.

Los recurrentes exponen en los hechos de la demanda (lo que no es lo más correcto procesalmente) los que consideran lesiones del Real Decreto, razonando sobre el particular, en una reducida síntesis: *a*) que el módulo de calidad de vida se ve afectado indebidamente por un nuevo concepto de permanencia (hecho 2.º), al establecer unos coeficientes reductores en razón de esa permanencia, en función de los años de permanencia en el puesto, cuyas consecuencias evidencian; *b*) que esa reducción afecta además al módulo de equiparación del poder adquisitivo por aplicación de la fórmula de la indemnización (hecho 3.º); *c*) que no existen plazos de permanencia de los funcionarios recurrentes, a diferencia de los funcionarios de la carrera diplomática, cuyo régimen al respecto pasan a exponer, junto con las ventajas del mismo, ventajas de las que carecen los demás funcionarios (hecho 4.º); *d*) que se produce un agravio comparativo con el personal laboral contratado localmente, poniendo diversos ejemplos de comparación de las retribuciones a partir de los años 7.º y 9.º; *e*) que la reducción del módulo puede considerarse como una sanción disciplinaria de traslado improcedente.

En los fundamentos de derecho se exponen ya lo que los recurrentes consideran violaciones normativas, que examinaremos por su mismo orden de proposición.

Pero con carácter general, y antes de abordar ese examen individualizado, es preciso destacar que el Real Decreto se dicta, como expresa su exposición de motivos, en ejercicio de las facultades de adaptación de la Ley 30/1984 a las peculiaridades, entre otras categorías de funcionarios, del personal destinado en el extranjero, que la cuestionada es una indemnización, cuyo único título es precisamente el Real Decreto, sin que se alegue la existencia de norma de rango superior de la que derive tanto el establecimiento de dicha indemnización, como su concreto régimen o cuantía, lo que supone de partida un margen amplísimo del Gobierno para la regulación de todos esos aspectos.

Hecha esta inicial observación, es ya el momento de acometer el enjuiciamiento de las alegadas violaciones imputadas al Real Decreto.

Comienzan los recurrentes aludiendo a los límites de la potestad reglamentaria y del control de la discrecionalidad, con una exposición de la teoría general, que es en sí irreprochable; pero que no viene acompañada, cual sería inexcusable, de la demostración de que el Real Decreto vulnera los citados límites; tarea que los recurrentes remiten en realidad a los ulteriores fundamentos.

En el fundamento de derecho segundo se dice que "el Real Decreto 6/1995 vulnera el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, artículo 9.3 CE".

Para evidenciar dicha alegada vulneración y en distintos apartados *a*) a *e*) se van detallando una serie de elementos, exponentes de la alegada arbitrariedad.

Se dice en el apartado *a*) que el Real Decreto "impone una medida desproporcionada, que repercute gravísimamente en las retribuciones de los funcionarios destinados en el extranjero".

La calificación de "medida desproporcionada" no deja de ser un juicio de valor subjetivo, si no se indica, como es inexcusable si se discurre en términos de rigor jurídico, cuál pueda ser el índice objetivo para fijar la proporcionalidad adecuada de la medida.

En la Sentencia de 19 de mayo pasado se decía sobre la finalidad de la norma, para ponderar su razonabilidad "que es [la] de procurar la renovación del personal

en las oficinas diplomáticas y consulares de España en el extranjero, lo que es en sí un fin perfectamente lícito y razonable. Y en relación con él el instrumento para estimular la renovación, aplicado del mismo modo a todos los funcionarios, guarda una adecuada relación de proporción, lo que hace que la diferenciación de la cuantía de la indemnización por calidad de vida en los distintos puestos (supuestos, debería decir) de permanencia temporal en un mismo destino en el extranjero se ofrezca a la consideración de la Sala como razonable y justificada, dándose de este modo todos los elementos para que la diferente cuantía de la indemnización en los distintos casos se considere inobjetable desde el principio constitucional de igualdad ante la ley”.

Y en un pasaje anterior, destacando el sentido de “indemnización compensatoria del gravamen que sobre la calidad de vida arroja la permanencia en el extranjero”, se decía que “desde esa perspectiva compensatoria [...] la permanencia en un mismo puesto es reveladora de la adaptación a las circunstancias sociales del país en que se ejerce el trabajo, de modo que disminuyen o desaparecen los elementos relacionados con el gravamen del cambio de modos de vida, que es el que la indemnización trata de compensar; de ahí que si ese gravamen es distinto, la indemnización compensatoria puede ser distinta, sin que se lesione el principio de igualdad”.

Las valoraciones positivas que se hacían en la precedente oportunidad desde la perspectiva del derecho de igualdad, es indudable que pueden utilizarse para el rechazo de un reproche tan inconcreto como el de que se trata de una medida desproporcionada.

Y en cuanto a que la medida repercuta gravísimamente en las retribuciones no es reproche atendible, pues esa repercusión negativa es consecuencia de una opción libre sobre la base de una norma clara, cuyos efectos económicos pueden ser medidos por su destinatario. Que la opción por la permanencia dilatada en un puesto pueda acarrear la pérdida de la ventaja ligada a una permanencia inferior, no es en sí signo de arbitrariedad de una norma, en la que es visible el fin de incentivar los cambios de destino.

Unanse a las consideraciones precedentes las modulaciones de la aplicación de los coeficientes contenidos en los párrafos 3.º y 5.º del apartado *b)* del artículo 4.1, la amplitud de los plazos para la aplicación de los coeficientes, que el cómputo de los plazos de reducción comienza a contarse desde la entrada en vigor del Real Decreto impugnado, como destaca el Abogado del Estado, para llegar a la conclusión de que la medida en cuestión no merece el reproche de desproporcionado que le dedican los recurrentes.

El apartado *b)* del fundamento imputa al Real Decreto que “incorpora con esta determinación una medida incongruente y contradictoria, como refleja la propia Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda en su página 4, ya que la aplicación de los coeficientes degresivos en el módulo de calidad de vida resulta contradictoria con las circunstancias objetivas en base a las cuales se determina y aplica este módulo —lejanía, clima, incomunicación, insalubridad, inseguridad ciudadana, etc.—, circunstancias éstas que son ajenas al período de permanencia en un mismo lugar”.

La censura no es compartible, valiendo para su rechazo lo que ya quedó expuesto antes, al juzgar la razonabilidad de la medida en relación con un fin constatable de incentivar la rotación de los funcionarios.

En el apartado *c)* se dice que el artículo 4 “supone una manipulación de los medios elementales de vida de los funcionarios siendo su decisión sobre el módulo de calidad de vida un clarísimo instrumento coercitivo”.

Se trata de un reproche desmedido, huero de rigor jurídico. No es de recibo tachar de manipulación de los medios elementales de vida un precepto, como el impugnado, que establece una retribución que no viene impuesta por ninguna norma superior, con lo que, como se indicó al principio, se mueve en un ámbito de libertad, tanto para su establecimiento como para la fijación de su régimen, y que se ordena con la suficiente claridad y con la suficiente holgura de plazos, como para que

su destinatario pueda tomar las determinaciones que considere oportunas. Y lo es menos, calificar de instrumento coercitivo a uno, que respeta la libre opción del funcionario en cuanto a su permanencia en los destinos, independientemente de que, en razón del fin de fomentar la rotación, disminuya la cuantía de la indemnización por módulo de calidad de vida, cuando la permanencia dilatada en un mismo destino permite entender que el gravamen de la estancia en un determinado lugar no es significativo, si, pese a las oportunidades de poner fin a esa estancia, se opta libremente por permanecer en ella.

En el apartado *d)* del fundamento se dice que el Real Decreto "provoca unos resultados manifiestamente injustos, siendo la decisión sobre el módulo de calidad de vida objetivamente irrazonable". Se trata de un mero juicio de valor subjetivo, no compartible, bastando para su rechazo con la remisión a lo que ya ha quedado razonado.

Por último, se dice en el apartado *e)* del fundamento que el Real Decreto "no cuenta ni en su expediente ni en su preámbulo con una justificación adecuada y objetiva en relación a esta decisión de tanta trascendencia para la estabilidad económica y familiar de los funcionarios afectados" y que "la movilidad de estos funcionarios puede perfectamente conseguirse con otra serie de medidas razonables justas y congruentes, como sugiere la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda y los sindicatos consultados en el expediente".

Una vez más la parte sustituye la objetividad de juicio por el reproche descalificador.

La lectura de la memoria que obra en el expediente (F. 3) explica con claridad la razón de la introducción de los coeficientes correctos progresivos, de modo que no es aceptable la imputación de la parte. La justificación es adecuada y objetiva, pese al criterio contrario de los recurrentes, y la finalidad explicitada en la memoria se juzga razonable según quedó explicado más atrás.

Rechazados los alegados elementos de arbitrariedad, es claro que nada tiene que ver con el caso la doctrina de las sentencias argüidas por los recurrentes.

El fundamento de derecho III imputa al Real Decreto que "vulnera la reserva de ley que establece el artículo 103.3 de la Constitución para el Estatuto de los funcionarios públicos y en todo caso incurre en fraude de ley".

En el desarrollo del fundamento se dice además que "vulnera esta reserva de ley siendo además contrario a lo dispuesto en las Leyes vigentes de la función pública de 7 febrero 1964, de 2 agosto 1984 y 28 julio 1988".

Se imputa al Real Decreto que se extralimita al ir mucho más allá de su título de denominación.

Se dice que el artículo 4.1.b) del Real Decreto "al obligar al funcionario a trasladarse de su puesto de trabajo a otro país si quiere mantener sus retribuciones, afecta sin duda de forma esencial a la regulación legal del derecho a la inmovilidad geográfica o de residencia contenido en las citadas Leyes de Función Pública".

El elemento de vulneración de la reserva de ley y de vulneración de las Leyes de funcionarios se sitúa así en la afectación sobre la inamovilidad geográfica del funcionario.

El hecho de que la indemnización por compensación de la disminución de la calidad de vida tenga una u otra cuantía, y que esta cuantía pueda ser elemento a considerar libremente por el funcionario en su opción de permanencia o traslado, no puede calificarse, en términos de mínimo rigor jurídico, como regulación lesiva de la inamovilidad, cuando el funcionario es libre de permanecer o no en el destino, y de permanecer, conservando en todo caso una indemnización por módulo de calidad de vida, que en el peor de los casos es de un 40% de la cuantía inicial.

La crítica de la parte no sólo no es compartible, sino que carece por completo del mínimo rigor jurídico, lo que la hace rechazable.

El Real Decreto no es sino ejercicio de la habilitación contenida en el artículo 1.2 de la Ley 30/1984, cumpliendo una función complementaria de la regulación contenida en sede de Ley, cuya Ley da cumplimiento a la reserva constitucional del

artículo 103.3 CE, desplegando el Reglamento una función de colaboración con aquélla, en la regulación de un aspecto parcial del estatuto funcional, y en virtud de una remisión expresa desde la Ley, lo que es constitucionalmente irreprochable.

Desde la perspectiva de la reserva de ley llega a sorprender la propuesta de la parte de que el artículo 1.2 de la Ley 30/1984 podría justificar un estatuto de los funcionarios destinados en el extranjero, a semejanza del existente para el Cuerpo Diplomático, pero no la regulación en sede reglamentaria de un contenido concreto de ese posible estatuto.

Si la habilitación del artículo 1.2 de la Ley 30/1984 no justifica la regulación reglamentaria de ese contenido tan concreto del estatuto funcional, menos podría justificar la regulación de un estatuto específico de mayor amplitud de contenido.

El modo en que se maneja la reserva de ley en la argumentación de la parte no es absoluto convincente.

Por último, en cuanto a la imputación de fraude de ley no pasa de ser un desahogo retórico, carente de una mínima explicación.

El fundamento analizado es, así, rechazable.

El Fundamento de Derecho IV de demanda imputa al Real Decreto que "vulnera el principio constitucional de igualdad que establece el artículo 14 CE".

La alegada desigualdad tiene un triple elemento de referencia: *a)* los funcionarios de la carrera diplomática; *b)* los funcionarios de los mismos cuerpos destinados en España; *c)* el personal laboral contratado en las localidades de las representaciones diplomáticas.

En los dos primeros casos se utiliza como elemento para la comparación el de "la imposición de una movilidad obligatoria, si se quieren mantener las retribuciones económicas".

Si se niega, como se ha negado, al enjuiciar el fundamento anterior, que exista una imposición de una movilidad obligatoria, falta ya la base sobre la que se monta la artificiosa comparación con los funcionarios aludidos.

El hecho de que los funcionarios diplomáticos estuvieran afectados históricamente por una movilidad obligatoria, según dice la parte, y no los de los demás Cuerpos de la Administración, y que en el Real Decreto impugnado se introduzca en el régimen de una determinada indemnización un criterio incentivador de la rotación, respetando no obstante la opción de permanencia, con el percibo en todo caso de un 40% de la indemnización inicial, no entraña que a los funcionarios concernidos por el Real Decreto se les equipare en cuanto a movilidad a los funcionarios de la carrera diplomática sin sus ventajas, pues en un caso la movilidad es obligada, y en el otro deriva, en su caso, de una decisión libre, con lo que, apelar a un juicio comparativo desde la perspectiva constitucional de la igualdad, resulta totalmente absurdo y fuera de lugar.

Y no lo es menos la comparación con los demás funcionarios de las mismas carreras destinados en España, pues la inamovilidad de todos está parigualmente garantizada, sin que se desvirtúe, porque una determinada indemnización de los destinados en el extranjero pueda depender en su cuantía del período de permanencia en el destino.

El hecho de que esa indemnización sólo les esté establecida para los funcionarios del extranjero, no permite que, para enjuiciar la validez del régimen de la misma, pueda acudirse a la comparación con los funcionarios a los que dicha indemnización no les es atribuible.

El término de comparación propuesto es absolutamente inidóneo.

Por último, en cuanto a la comparación de los funcionarios destinados en el extranjero con el personal laboral, se trata de comparar situaciones sometidas a regímenes jurídicos diversos, lo que no es aceptable en términos de igualdad.

En todo caso, los ejemplos propuestos por la parte no son convincentes, pues, habida cuenta de que los plazos para la aplicación de los coeficientes comienzan a partir del Real Decreto —art. 4.1.b), párrafo 2.º, inciso final—, habrá de esperarse a que transcurran esos plazos para poder fijar cuáles sean en ese momento las retribuciones respectivas, lo que es una conjetura de imposible concreción.

Y todo ello sin olvidar que el párrafo 4.º del apartado *b)* artículo 4.1 establece un mecanismo de adaptación de las retribuciones, una vez concluido cada uno de los plazos, "atendiendo a las circunstancias del mercado de trabajo de cada país".

Ha de concluirse así que este tercer término de comparación es tan inidóneo como los dos precedentes.

El fundamento de derecho V se refiere a la "aplicación de un régimen sancionador vulnerando en la práctica los principios constitucionales".

Equiparar al sistema de coeficientes del artículo 4.1.b) del Real Decreto con el traslado con cambio de residencia, previsto como sanción en el artículo 14 del RD 33/1986, sobre la base de que la aplicación de los coeficientes provoca un traslado forzoso, excede de lo argumentalmente tolerable y entra en el terreno del puro dislate.

En el artículo 4.1.b), según se ha razonado con anterioridad, no hay el más ligero atisbo de imposición coactiva de la movilidad, que es siempre una opción libre del funcionario, por lo que el desquiciado argumento de la parte carece de la más mínima base y aun de la mínima seriedad.

Se impone, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 83.1 de nuestra Ley Jurisdiccional.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 19 diciembre 1997.*)

4. *Complemento de jornada normalizada y partida. Nulidad del artículo 66.b), primer guión, del Decreto 294/92, de 27 de octubre, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que lo regula, por contrario al artículo 23.3 Ley 30/1984.*

«El primer motivo de casación, formulado al amparo del número 4.º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, entiende que la sentencia impugnada ha vulnerado el artículo 14 (debemos estimar que alude a la Constitución, por cuanto luego incluye una argumentación en relación con el principio de igualdad), en relación con los artículos 23.3.b) de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y 79.1.b) de la Ley Territorial 6/1989, de 6 julio, de la Función Pública Vasca y la doctrina que los ha interpretado (fundamento primero del escrito de interposición), citando al desarrollar este motivo otros preceptos, entre los que figura el artículo 15.2.c) de la Ley de la Función Pública Vasca (aunque por error se cite como artículo 79). El artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, que tiene el carácter de básico en cuanto al régimen estatutario de los funcionarios públicos, aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas (art. 1.3 de la mencionada Ley 30/1984), establece que constituye una retribución complementaria de los funcionarios el complemento específico, destinado a retribuir «*las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo*» en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad, añadiendo que en ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo. En conexión con esta norma el artículo 15.1.b) de la repetida Ley 30/1984 prescribe que las relaciones de puestos de trabajo indicarán el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario. En forma equivalente se pronuncian el artículo 79.1.b) de la Ley Territorial 6/1989, de la Función Pública Vasca, prescribiendo que el complemento específico será único para cada puesto de trabajo que lo tenga asignado, y el artículo 15.2.c) de dicho texto legal, según el cual, tratándose de puestos de trabajo reservados a funcionarios, se indicará para cada uno de ellos en las relaciones de puestos de trabajo el complemento específico que tengan asignado. Se desprende inequívocamente de los preceptos mencionados, y en particular del artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, que el complemento específico es un concepto establecido por la ley para retribuir las condiciones particulares de cada puesto de trabajo, en atención a las

circunstancias concurrentes en ellos que se enumeran. Existe una correlación legal entre los conceptos de puesto de trabajo y complemento específico, de modo que éste ha de fijarse en las relaciones de puestos de trabajo, en atención a las circunstancias del puesto de que se trate, siempre que sean las comprendidas en la norma legal. Se rompe tal relación, que viene imperativamente impuesta por norma con rango de ley, aplicable a los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, cuando se fija un complemento específico no en conexión con el puesto de trabajo servido por el funcionario, sino con el hecho de que dicho funcionario realice su trabajo en régimen de jornada normalizada y partida, con independencia del puesto de trabajo que pueda desempeñar. Por este motivo el complemento de jornada normalizada y partida que se previene en el artículo 66.b), primer guión, del Acuerdo Regulador de las condiciones de trabajo aprobado por el Decreto del Gobierno Vasco 294/1992, que se devengará por el personal que realice la jornada prevista en el artículo 17 el señalado acuerdo, resulta contrario a lo establecido con carácter imperativo por los artículos 23.3.b) de la Ley 30/1984 y concordantes, que exige que el complemento específico se determine precisamente en atención a las condiciones particulares de cada puesto de trabajo. Así se advierte que los restantes complementos específicos a que alude el artículo 66.b) del Acuerdo Regulador (complemento de especial responsabilidad y dedicación, complemento de disponibilidad y complemento de mayor jornada) se establecen en relación con los puestos de trabajo desempeñados, a diferencia de lo que ocurre con el complemento de jornada normalizada y partida. Lo expuesto conduce a la estimación de este primer motivo de casación, por incurrir la sentencia impugnada en vulneración de los artículos 23.3.b) de la Ley 30/1984 y concordantes (antes mencionados), con la obligada consecuencia de resultar procedente casar y anular la expresada sentencia y declarar la nulidad de pleno derecho de la regulación del complemento de jornada normalizada y partida que se establece en el primer guión del artículo 66.b), objeto de la impugnación en la instancia, y la anulación del Acuerdo del Gobierno Vasco de 9 febrero 1993 que desestimó el recurso de reposición deducido contra la mencionada disposición.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 16 enero 1998.*)

5. Negociación colectiva. Administración Local. Vizcaya. Las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario funcional no permiten que, por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque normativo sea catalogado como plataforma de mínimos.

«En la Sentencia recurrida en casación por el Abogado del Estado, en representación de la Administración del Estado, de fecha 9 mayo 1994, se estimó parcialmente el Recurso contencioso-administrativo (núm. 1350/1989) interpuesto por la Administración del Estado contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ortuella de 27 abril 1989 por el que se adopta el Texto del IX Acuerdo Regulador de las Condiciones de Empleo del Personal al Servicio de las Entidades Forales de 1989 (ARCEPAFE-1989) como Regulador de las Condiciones de Empleo del Personal al Servicio de dicho Ayuntamiento, declarando dicha sentencia la disconformidad a Derecho de los artículos 6.º, C, D y E, 20 y 32, en cuanto al Personal perteneciente a Cuerpos con Habilitación Nacional, Capítulo V del Título I, Título II, Título III, en cuanto suponga cargas presupuestarias para el Ayuntamiento, Capítulo I del Título IV, artículo 127 y Título VI del Acto recurrido, "particulares que debemos anular y anulamos", y desestimando el resto de las pretensiones de la demanda (en la que se solicitaba que se declarara la nulidad o subsidiariamente la anulabilidad del Acuerdo de 27 abril 1989, del Ayuntamiento de Ortuella, por el que se aprobó la aplicación del IX ARCEPAFE).

El Abogado del Estado formula, como motivos del recurso de casación, en primer lugar, al amparo del artículo 95.1.4.º de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, la infracción de los artículos 32, 34, 35 y concordantes de la Ley 7/1987, de 9/1987, de 12 junio, y de la Jurisprudencia dictada en su aplicación, en el sentido de que no es aplicable al Derecho Administrativo la teoría de la norma más favorable, dado el carácter legal y estatutario de la relación de servicio y el principio de irrenunciabilidad de la competencia y de las potestades públicas, citando sentencias del Tribunal Supremo; en segundo lugar, y al amparo del mismo precepto, infracción del artículo 6.4 del Código Civil, por parecerle claro que lo que se persigue con dicho Acuerdo es un resultado prohibido por el Ordenamiento Jurídico, cual es la regulación por convenio de las relaciones de empleo de los funcionarios, más allá de los límites queridos y establecidos por el legislador; y, en tercer lugar, también al amparo del artículo 95.1.4.º de la Ley de esta Jurisdicción, infracción de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, citando sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

El primer motivo del recurso lo articula el Abogado del Estado, como todos los demás, según se indicó, por vía del artículo 95.1.4.º de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en esta ocasión por infracción de los artículos 32, 34, 35 y concordantes de la Ley 9/1987, de 12 junio, de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y de la Jurisprudencia dictada en su aplicación, citando, al efecto, las Sentencias de esta Sala de 5 mayo 1994 (RJ 1994, 4315) y 16 y 30 junio, 1, 12 y 18 julio y 16 septiembre de 1994 (RJ 1994, 5289, 5203, 5688, 5714, 6102 y 7021), y si bien es cierto que en la impugnación debía haber precisado cuáles eran los preceptos no anulados por la sentencia recurrida objeto del recurso de casación, puesto que ésta, con plausible minuciosidad y detalle, ha ido examinando uno a uno los del acuerdo impugnado, anulando una gran parte de ellos, en lugar de pedirse genéricamente en el escrito de interposición del recurso de casación que se declare nulo o que se anule "en todas sus partes el Acuerdo impugnado", según es propio del rigor de la casación, no se aprecia obstáculo insalvable para estimar el motivo, como para un supuesto similar declaró la Sentencia de esta Sala de 3 febrero 1997 (RJ 1997, 923), por exigencias del principio de unidad de doctrina, en cuanto a los artículos 10 y 11 del ARCEPAFE en la medida en que se refieren al personal funcionario de la Corporación, puesto que la argumentación expuesta en el desarrollo del motivo consiste sustancialmente en poner de manifiesto que no es aplicable al Derecho Administrativo la teoría de la norma más favorable, dado el carácter legal y estatutario de la relación de servicio y el principio de irrenunciabilidad de la competencia y de las potestades públicas con cita de sentencias del Tribunal Supremo que se refieren a dicho extremo, al cual y al relativo a las cláusulas de compensación y absorción, recogidas en los mencionados artículos del IX ARCEPAFE, sí se alude en la demanda inicial y en el Fundamento de Derecho 7.º de la sentencia recurrida en casación, que los mantiene.

Tal pronunciamiento, en cuanto a dichos artículos, debe ser declarado contrario a Derecho, según lo que resulta de Sentencias de esta Sala de 7 noviembre y 22 diciembre 1995 (RJ 1995, 8173 y 9673), 3 y 24 febrero y 5 diciembre 1997 (RJ 1997, 923 y 1544), que, además, se remiten a otras anteriores, algunas de ellas citadas por el Abogado del Estado, a cuyo tenor el motivo, relacionado con dichos artículos 10 y 11 que incorporan al Acuerdo las cláusulas de condición más beneficiosa y de compensación y absorción, que constituyen aplicación del principio de norma más favorable, debe prosperar por infracción de los artículos 32 y 35 de la Ley 9/1987, en cuanto que las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario funcional, emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de la legislación de las Comunidades Autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque normativo sea catalogable como plataforma de mínimos, sobre las que puedan actuar las diferentes unidades negociadoras, pactando según el buen criterio de la Mesa de Negociación, re-

frendado por la respectiva Corporación, lo que ha de determinar la estimación de este motivo, en la medida en que dichos artículos se refieren al personal funcionario de la Corporación, y la declaración de nulidad de los mismos.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 20 enero 1998.*)

6. *Complemento de productividad. Puede utilizarse, entre otras finalidades, para retribuir una jornada de trabajo de 40 horas semanales, superior a la normal.*

«La razón fundamental por la que la Sentencia de 20 julio 1995 estimó el recurso interpuesto consiste en afirmar que el complemento de productividad no es el medio legal idóneo para remunerar la realización de una jornada de duración superior a la normal, ya que el artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984 sólo permite que dicho complemento sirva para retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo, conceptos entre los que no considera que sea posible incluir la expresada prestación de una jornada de trabajo superior a la normal. Sin embargo, la sentencia combatida olvida que el artículo 21 de la Ley 31/1990, de 27 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, vigente cuando se dictaron los Acuerdos 22 noviembre 1991 de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, al regular las retribuciones de los funcionarios del Estado incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, estableció en su apartado E) que el complemento de productividad retribuirá el especial rendimiento, la actividad y "dedicación extraordinaria", el interés o iniciativa con que se desempeñen los puestos de trabajo, siempre que redunden en mejorar el resultado del mismo. Es decir, que a los conceptos expresados en el artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984, el artículo 21.E) de la Ley 31/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, añade el de la "dedicación extraordinaria", que se adapta perfectamente a retribuir la prestación de una jornada de 40 horas semanales, superior a la normal de 37 horas y media. El precepto de la Ley 31/1990 se encontraba también contenido en las anteriores Leyes de Presupuestos Generales del Estado, como el artículo 22.E) de la Ley 4/1990, de 29 junio, de Presupuestos para 1990, y el artículo 27.1.E) de la Ley 37/1988, de 28 diciembre, de Presupuestos para 1989, reflejando la voluntad del legislador de considerar el complemento de productividad como una remuneración apta para ser asignada a los funcionarios públicos con el fin de retribuirles una "dedicación extraordinaria" y, por tanto, la prestación de su trabajo durante una jornada superior a la ordinaria, que implica la extraordinaria dedicación exigida por la norma. Hemos de añadir que la prestación del trabajo por el funcionario en jornada superior a la ordinaria, de manera continuada, no puede ser incluida entre las gratificaciones que menciona el apartado d) del artículo 23.3 de la Ley 30/1984, que únicamente permiten retribuir servicios extraordinarios realizados fuera de la jornada normal, sin que tales gratificaciones puedan ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo, por lo que los correspondientes servicios, que se remuneran con las aludidas gratificaciones, tampoco podrán reunir esas cualidades de fijos y periódicos en su prestación, como son los que se refieren a la prestación del trabajo en jornada de cuarenta horas semanales.

En virtud de lo expresado, debemos considerar erróneo el criterio de la sentencia impugnada de que resulta patente que el complemento de productividad no remunera la prolongación de jornada, ya que es posible, conforme a lo prevenido en el artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984 y preceptos citados de las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, que el complemento de productividad constituya un concepto utilizable, junto con los demás que se expresan en las normas mencionadas, para retribuir la prestación de una jornada de trabajo de 40 horas semanales,

superior a la normal. Ahora bien, la doctrina legal que debemos establecer ha de limitarse a lo expuesto, ya que el complemento de productividad puede retribuir también conceptos distintos a la realización de una jornada de trabajo de 40 horas semanales. En consecuencia, debemos fijar como doctrina legal la siguiente: El complemento de productividad, cuando así lo hayan establecido las competentes autoridades administrativas, constituye un concepto que la Administración puede utilizar, junto a los demás que vienen determinados legalmente, para retribuir la prestación de una jornada de trabajo de 40 horas semanales, superior a la ordinaria de 37 horas y media por semana.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 30 enero 1998.*)

7. *Profesores universitarios. La libertad de Cátedra no comporta el derecho a pertenecer a la comunidad docente y científica que libremente eligió el interesado, por lo que no puede ser invocado para oponerse a la adscripción forzosa a una nueva Universidad.*

«El motivo cuarto alega que “la sentencia recurrida infringe los artículos 20.1.c) y 27.10 de la Constitución Española, por cuanto la misma viola el derecho a la libertad de Cátedra y autonomía universitaria”.

En lo atinente a la pretendida vulneración del artículo 20.1.c) CE, en el desarrollo del motivo se relacionan unos determinados párrafos del final del fundamento de derecho tercero de la sentencia, que son el referente de la crítica del motivo.

La transcripción selectiva de párrafos de dicho fundamento no refleja con total exactitud el sentido global del mismo.

En él, sintéticamente, se enjuicia el pretendido derecho del actor a no ser traspasado sin su consentimiento a la universidad de nueva creación. Se razona que es la Ley 36/1991 de la Generalidad de Cataluña, la que dispone de la creación de la nueva universidad y el traspaso a la misma de determinados centros y sus dotaciones de personal, y que el Decreto se funda en las disposiciones adicionales de la ley, que viene a ejecutar la Ley en esos puntos, dejando indemnes los derechos del personal traspasado en el momento de la segregación, entre los que están los derechos estatutarios que el actor consideraba vulnerados.

Es como remate de esa argumentación precedente, como la sentencia recoge los párrafos seleccionados por el recurrente para su crítica, limitada en realidad a imputar a la sentencia que permite que se sacrifique la libertad de cátedra al interés público, que fundamenta la Ley 26/1991 y el decreto impugnado.

El recurrente considera como su pretendido derecho de libertad de cátedra, el “derecho a pertenecer a la comunidad docente y científica que libremente... eligió, esto es, la Universidad de Barcelona, y no el pertenecer a una nueva universidad, creada por el Parlamento de Cataluña, a la que de forma forzosa se le quiere traspasar”; y estima que al permitir la sentencia el traspaso que impugna “se estaría permitiendo a la Administración un medio para poder mover y trasladar las cátedras de las universidades españolas según su libre antojo”, y “así, si por cualquier causa quiere disolver o dispersar una comunidad docente y científica, o unas cátedras determinadas, que pueden ser perjudiciales para unos intereses concretos y determinados, con la simple segregación de determinadas divisiones, y la consiguiente adscripción forzosa de los catedráticos y profesores que la integran a esa nueva Universidad, podría vulnerar, como se hace en la sentencia recurrida, el derecho reconocido y protegido por el artículo 20.1.c) de la Constitución Española”.

Conviene observar que en la instancia no se invocó el artículo 20.1.c) CE, cuya vulneración ahora se alega, si bien es cierto que se aludió al derecho de libertad de

cátedra como contenido de su situación estatutaria, según los Estatutos de la Universidad de Barcelona, lo que justifica que en este particular, y a diferencia de otros anteriores, no consideremos como cuestión nueva la planteada.

Debemos empezar diciendo que la libertad de cátedra es algo diferente del derecho a pertenecer a una determinada comunidad docente y científica y a no ser traspasado de ella.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional 179/1996 (RTC 1996, 179), 212/1993 (RTC 1993, 212) y 217/1992 (RTC 1992, 217) han definido la libertad de cátedra diciendo que "... en cuanto libertad individual del docente, es en primer lugar y fundamentalmente una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones de los docentes en el ejercicio de su función. Consiste, por tanto, en la posibilidad de expresar ideas y convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza, presentando de este modo un contenido, no exclusivamente, pero sí predominantemente negativo".

En sentido similar, sentencia del Tribunal Supremo de 10 febrero 1989 (RJ 1989, 1001).

La pertenencia a una determinada comunidad docente, y el pretendido derecho a no ser traspasado sin el propio consentimiento a otra tiene que ver, en su caso, con la situación estatutaria funcional del profesor, pero es algo ajeno a la libertad ideológica, de la que es manifestación la libertad de cátedra; por lo que el traspaso del actor de su universidad de origen a otra de nueva creación por el traspaso global de los centros de una a otra, así como de las dotaciones de personal de los centros traspasados dispuestos por la ley creadora de la nueva universidad, de la que el decreto impugnado es ejecución en cuanto a dichos traspasos, en nada afecta al derecho fundamental alegado.

Y en segundo lugar, la crítica del recurrente adolece de un evidente exceso, distorsionando el significado del fenómeno jurídico al que se refiere y de la sentencia recurrida, que se pronunció sobre él; pues ni es la Administración la que ha tenido el protagonismo, que el recurrente presenta como vitando, ni en su actuación es constatable el finalismo espúreo de la hipótesis desde la que se formula la crítica. No la Administración, sino el legislador, es el que crea la Universidad por medio de la Ley 36/1991, en cuya disposición adicional 1.ª se establece el traspaso de centros y de las dotaciones de personal adscritos a los mismos, facultando al Gobierno de la Generalidad de Cataluña para llevarlos a cabo. En esas circunstancias hipotetizar sobre posibles abusos de la Administración, lesivos del derecho de libertad de cátedra, como posibilidad permitida por la tesis proclamada en la sentencia, resulta totalmente fuera de lugar.

El motivo se refiere también, como se indicó, a la vulneración de la autonomía universitaria, invocando en abono de la tesis la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 febrero 1987 (RTC 1987, 26), en orden a la vinculación entre la autonomía universitaria y el derecho de libertad de cátedra, arguyendo que el "espacio de libertad intelectual" en que consiste tal libertad, y del que es garantía la autonomía universitaria, "le es privado... al ser segregado contra su voluntad y en aras a un supuesto interés público, de la universidad a la que pertenece, para ser adscrito, por la fuerza y contra su voluntad contra su libertad a una Universidad que le es totalmente ajena, y en donde no puede ejercitar, con plena libertad académica, su labor docente e investigadora...".

Se complementa el desarrollo del motivo censurado que la limitación del derecho la produzca un acto de la Administración cual es el decreto impugnado, y no una ley aprobada por el Parlamento imputando a la sentencia que tolera la limitación del derecho de libertad de cátedra "por un acto administrativo que no es ninguno de los límites que señala el artículo 20.4 de la Constitución", crítica que se culmina con la referencia a los vicios de elaboración del decreto.

Como se ve, el motivo no tiene un contenido específico en el que propiamente se razone la alegada vulneración de la autonomía universitaria, sino que más bien se invoca ésta como un mero eslabón discursivo, para desembocar de nuevo en el derecho de libertad de cátedra.

En la medida en que, según se acaba de razonar, el Decreto impugnado no afecta a la libertad de cátedra, el circunloquio argumental de la autonomía universitaria, sin un razonamiento específico sobre el modo en que pueda haberse vulnerado ésta en la sentencia, para retornar al derecho de libertad de cátedra, resulta a la postre estéril, para justificar esta vulneración, bastando, para rechazarla, con que nos remitamos a lo que ha quedado expuesto.

En todo caso, el hecho de que en ejercicio de las competencias correspondientes a la Comunidad Autónoma de Cataluña, su Parlamento cree una universidad por ley, transfiriendo a la misma centros, que se segregan de otra preexistente, con transferencia de los profesores adscritos a ellos, no es problema que afecte a la autonomía universitaria, siendo al respecto ilustrativa la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la Sentencia 106/1990 (RTC 1990, 106). Según ella:

“La autonomía universitaria no incluye el derecho de las Universidades a contar con unos u otros concretos centros, imposibilitando o condicionando así las decisiones que al Estado o a las Comunidades Autónomas corresponde adoptar en orden a la determinación y organización del sistema universitario en su conjunto y en cada caso singularizado, pues dicha autonomía se proyecta internamente, y ello aun con ciertos límites en la autoorganización de los medios de que dispongan las Universidades para cumplir y desarrollar las funciones que, al servicio de la sociedad, les han sido asignadas o, dicho en otros términos, la autonomía de las Universidades no atribuye a éstas una especie de ‘patrimonio intelectual’, resultante del número de centros, profesores y alumnos que, en un momento determinado, puedan formar parte de las mismas, ya que su autonomía no está más que al servicio de la libertad académica en el ejercicio de la docencia e investigación, que necesariamente tiene que desarrollarse en el marco de las efectivas disponibilidades personales y materiales con que pueda contar cada Universidad, marco éste que, en última instancia, viene determinado por las pertinentes decisiones que, en ejercicio de las competencias en materia de enseñanza universitaria, corresponde adoptar al Estado o, en su caso, a las Comunidades Autónomas”.

Por lo que hace al dato de que la alegada limitación del derecho del actor se haya producido por un decreto, y no por ley (con lo que se está anticipando el contenido del último motivo), debe significar, reiterando lo ya expuesto, que es la Ley 36/1991, la que establece las bases esenciales para la segregación de centros, traspaso a la nueva universidad y adscripción a ella de las dotaciones de personal de los centros transferidos, habilitando al Gobierno de la Generalidad para llevar a cabo las precisiones de la ley por decreto, con lo que el reproche del actor debe ser rechazado.

Y en cuanto al alegado vicio de la elaboración del decreto por la falta de audiencia del Consejo Social, nos remitimos a lo que sobre el particular se expuso más atrás.

Se impone en suma la desestimación del motivo.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 26 marzo 1998.*)

III. PROVISIÓN PUESTOS DE TRABAJO

Provisión de puesto de trabajo. Revisión jurisdiccional de las puntuaciones otorgadas por el Tribunal porque, ante dos plazas sustancialmente iguales, a una de las partícipes se le valora con idéntica puntuación por los méritos específicos, mientras que a la otra se le disminuye medio punto sin justi-

ficación o motivación alguna. Derecho de la perjudicada a ocupar la plaza y al abono de las diferencias de abonos correspondientes.

«Frente a esta estricta y concreta argumentación, la Administración demandada alude a la reserva de discrecionalidad técnica a favor de la Comisión de Valoración, cuyo criterio no sería sustituible ni por el órgano administrativo de revisión ni por los Tribunales, sin que en este caso fuese apreciable una arbitrariedad o desviación de poder que justifique excepcionar aquel principio.

Sobre esta cuestión la jurisprudencia se ha pronunciado en algunas Sentencias, como las de 5 junio y 15 diciembre 1995 (RJ 1995, 4870 y 9621) y 19 julio 1996 (RJ 1996, 5734), en las que rememorando lo dicho en las de 28 enero 1992 (RJ 1992, 110) y 23 febrero 1993 (RJ 1993, 4956), señalábamos que la Sala ha tratado de precisar hasta qué punto la tesis tradicional sobre la imposibilidad jurídica de los Tribunales de Justicia para entrar en el examen de las cuestiones relativas a los conocimientos y méritos de los candidatos no admite fisura alguna. En las sentencias citadas nos hacíamos eco de Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 noviembre 1991 (RTC 1991, 215), que aunque referida a las facultades de unas Comisiones Administrativas de reclamaciones previstas en el ámbito de las pruebas para el profesorado universitario, sin embargo llega a algunas conclusiones interesantes para resolver, con carácter de orientación general, el tema que nos ocupa. En dicha sentencia se parte de los principios de igualdad y de mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas, consagrados en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, para matizar las potestades revisoras de aquellas Comisiones a partir del dato de no considerarlas como un órgano técnico, lo que lleva a la sentencia a esforzarse en distinguir entre “el núcleo material de la decisión técnica”, reservado en exclusiva a las Comisiones Juzgadoras, y sus aledaños constituidos por la verificación de que se haya respetado la igualdad de condiciones de los candidatos y de los principios de mérito y capacidad de los mismos en el procedimiento de adjudicación de las plazas, si bien señalábamos también en nuestras sentencias cómo el esfuerzo dialéctico del Tribunal Constitucional al establecer aquella diferenciación concluía a la postre en la jurídicamente más asequible afirmación de que la no ratificación de la propuesta de provisión de una plaza sólo puede producirse en aquellos supuestos en los que resulte manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidente el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad.

La doctrina reseñada cobra un especial vigor para supuestos como el que constituye el objeto de este proceso: la carencia de cualquier referente objetivo en la comprobación y valoración de los méritos específicos, obliga a ser especialmente sensible a aquellos elementos que puedan revelar una actuación no suficientemente equilibrada de la Comisión, hasta el punto de comprometer la exigible igualdad en el trato al ponderar el mérito y capacidad de los concursantes.

En este caso, ante dos plazas sustancialmente iguales, a una de las partícipes se la valora en ambas con idéntica puntuación por los méritos específicos, mientras que a la otra se le disminuye medio punto, lo cual en una visión harto generosa de las potestades calificadoras de la Comisión, quizás podría admitirse que hallase una explicación plausible en lo afirmado en el informe emitido en período de prueba por el Subdirector Jefe de Personal y Asuntos Generales del Tribunal de Cuentas: “teniendo en cuenta que el Concurso se desarrolla en dos diferentes fases, la Comisión adoptó un procedimiento también diferenciado para cada una de ellas. En efecto, atendiendo al número de solicitudes —mayor en la fase de resultas—, la Comisión decidió aplicar un criterio de puntuación más restrictivo, lo que determinó que, en dicha fase de resultas, la mayoría de los aspirantes pudieran obtener, respecto del mismo puesto, una puntuación inferior”. Sin embargo, no apareciendo descrita ninguna circunstancia objetiva de diferencia entre la señora O. N. y la demandante, el criterio general a que se refiere el informe del Subdirector General resulta de una clara insuficiencia para dar explicación de una merma en la puntuación de ésta que, rebasando su calidad meramente numérica, de ordenación de los

concurstantes, alcanza la eficacia de excluirla totalmente del concurso, cuando para otro puesto igual a las dos se les había reconocido la misma valoración en cuanto a su mérito y capacidad específicas, lo que justifica que anulemos la resolución impugnada y restableciendo a la interesada en la situación jurídica individualizada de ocupar el puesto de trabajo que le fue denegado, y acordemos que sea indemnizada con las diferencias de haberes correspondientes.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 2 marzo 1998.*)

IV. INCOMPATIBILIDADES

1. *Incompatibilidades entre puesto docente en la Universidad de Alcalá de Henares y puesto asistencial en el Hospital Ramón y Cajal del INSALUD de Madrid. Existencia, por ser la actividad asistencial la principal y no ser complementaria de la actividad docente.*

«Los recurrentes fundan la impugnación de la Sentencia de 1 febrero 1990 en lo prevenido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 53/1984, de 26 diciembre, de Incompatibilidades del personal al Servicio de las Administraciones Públicas, según la cual, en tanto se establece la regulación de los hospitales universitarios, la actividad docente de los Catedráticos y Profesores de Facultades de Medicina y Farmacia y de Escuelas Universitarias de Enfermería no precisará autorización de compatibilidad para su complementaria actividad asistencial en los Centros hospitalarios de la Universidad o concertados con la misma, pudiendo desempeñar dichas actividades, en su conjunto, en régimen de dedicación completa o a tiempo parcial. Asimismo invocan en su favor lo establecido en la disposición transitoria segunda, apartado 2, del Real Decreto 1558/1986, de 28 junio, que reguló las bases generales del régimen de concertos de las Universidades con las Instituciones Sanitarias. Este apartado 2 de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1558/1986 fue modificado en virtud del Real Decreto 644/1988, de 3 junio (art. 1), y, por segunda vez, en virtud del Real Decreto 1652/1991, de 11 octubre (art. 2), si bien los recurrentes se acogen a la primitiva redacción del precepto, que era la vigente cuando se dictaron las Resoluciones de 30 julio 1987 originariamente impugnadas, sin que sus pretensiones hubieran de ser objeto de consideración diferente a la vista de las señaladas modificaciones. Pues bien, el apartado 2 de la transitoria segunda del Real Decreto 1558/1986, en su primera redacción, estatuyó que, en tanto no se suscriban los correspondientes concertos, los Catedráticos y Profesores titulares de las Facultades de Medicina y Farmacia y de Escuelas Universitarias de Enfermería no precisarán de autorización de compatibilidad para su complementaria actividad asistencial en el Hospital de la Universidad o concertado con la misma que corresponda, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 53/1984, de 26 diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Los recurrentes pretenden, al amparo de estas normas, que se anulen las resoluciones de la Administración que les declararon en situación de excedencia en el puesto docente que desempeñaban en la Universidad de Alcalá de Henares, por considerarlo incompatible con el puesto asistencial que ejercían también en el Hospital Ramón y Cajal del INSALUD de Madrid, que no constituye un Hospital de la Universidad de Alcalá de Henares ni tiene concierto o previsión del mismo con dicha Universidad. Su pretensión no puede prosperar en esta vía de apelación, como no lo ha hecho en la primera instancia del proceso, ya que para que pudiese producirse la situación de compatibilidad a que aluden la disposición transitoria cuarta de la Ley 53/1984 y el apartado 2 de la disposición transitoria segunda del Real Decreto

1558/1986, era requisito indispensable que la actividad asistencial desempeñada en los Centros hospitalarios fuese complementaria de la actividad docente ejercida en la Universidad (no precisarán de autorización de compatibilidad para su "complementaria actividad asistencial" en los Centros hospitalarios de la Universidad o concertados con la misma, dice la transitoria cuarta de la Ley 53/1984). Los recurrentes desempeñan una actividad médica asistencial que tiene carácter de principal en el Hospital Ramón y Cajal. Independientemente de los matices terminológicos que pueda tener la distinción entre actividad complementaria y actividad secundaria, lo cierto es que la que los recurrentes ejercían en el Hospital Ramón y Cajal no puede calificarse como una actividad asistencial complementaria del puesto docente que ocupaban en la Universidad de Alcalá de Henares, ni existe dato alguno en favor de tal conclusión. Por tanto, no les es aplicable la dispensa de compatibilidad establecida en la disposición transitoria cuarta de la Ley 53/1984 y en el apartado 2 de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1558/1986 (que también se refiere a "la complementaria actividad asistencial" en el Hospital de la Universidad o concertado). Podrá no existir todavía concierto entre la Universidad y el Hospital de que se trate, pero es indispensable que la actividad hospitalaria sea complementaria de la docente, requisito que los recurrentes no cumplen, lo que conduce a la desestimación de su pretensión, como ha verificado con acierto la sentencia apelada.

Lo expuesto determina que debemos rechazar los argumentos en que los recurrentes pretenden fundar su solicitud de anulación de los actos administrativos impugnados y de la Sentencia de 1 febrero 1990. Es cierto que el régimen de compatibilidad a que se acogen es aplicable aunque no exista concierto entre la Universidad y la Institución Sanitaria correspondiente, puesto que el apartado 2 de la transitoria segunda del Real Decreto 1558/1986 se dicta para las situaciones que se presenten "en tanto no se suscriban los correspondientes conciertos", pero esta misma norma mantiene la exigencia, derivada del precepto legal de la Ley 53/1984, de que la actividad asistencial haya de ser complementaria de la universitaria, de acuerdo con lo prevenido en la base decimotercera de su artículo 4.º, sobre régimen de jornada y de incompatibilidades de estos Profesores, a partir del establecimiento de las retribuciones a que se refiere dicha base. Se mantiene que una cosa es actividad complementaria y otra actividad secundaria a efecto del régimen de incompatibilidades, pero ya hemos expresado que, independientemente de matices terminológicos, lo cierto es que la actividad asistencial que los recurrentes prestaban en el Hospital Ramón y Cajal en ningún caso puede ser considerada como complementaria de su puesto de trabajo docente en la Universidad de Alcalá de Henares. Se afirma que no existen Hospitales que puedan considerarse como de la Universidad, debiendo calificarse como tal cualquiera que tenga relaciones con esta Institución, pero aparte de que ello reduciría al absurdo la interpretación de la normativa que nos ocupa, basta examinar la Orden 13 septiembre 1985 ("BOE" del 14 de septiembre) para advertir que se refiere a diversos Hospitales de la Universidad, mencionando entre otros los Hospitales Clínicos de las Universidades Complutenses de Madrid, Salamanca y Zaragoza (art. 1). Invocan los apelantes a su favor la Sentencia de esta Sala de 3 abril 1995 (RJ 1995, 2998), pero dicha sentencia, precisamente, quitó la razón a los recurrentes que postulaban la compatibilidad entre dos puestos de trabajo retribuidos mediante dos nóminas, una de la Universidad y otra de la Seguridad Social, compatibilidad que fue expresamente rechazada por la sentencia, como la que nosotros rechazamos ahora.

Finalmente, los recurrentes intentan acogerse a la protección que deriva del principio de igualdad establecido por el artículo 14 de la Constitución, afirmando que existe en la ley una desigualdad discriminatoria entre los médicos que desempeñan una actividad asistencial en un Hospital concertado con la Universidad y los que la ejercen en Hospitales no concertados. Tampoco es posible aceptar esta argumentación, ya que la ley reconoce la compatibilidad cuando la actividad asistencial es complementaria de la docente, por lo que existe un puesto de trabajo asistencial vinculado al puesto de trabajo en la Universidad, compatibilidad justificada porque,

como acertadamente destaca la sentencia de primera instancia, la actividad docente necesita de la práctica sanitaria. Pero cuando la actividad médica asistencial no es complementaria de la docente no hay razón para dispensar la incompatibilidad, existiendo pues una diferenciación entre los dos regímenes jurídicos que la ley establece que justifica el distinto tratamiento del sistema de incompatibilidades.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 19 diciembre 1997.*)

2. *Incompatibilidades con el sector privado. Imposibilidad de reconocimiento cuando el contenido de la actividad se relaciona directamente con los asuntos sometidos a informe, decisión, ayuda financiera o control en el Departamento, Organismo, Ente o Empresa Pública a los que el interesado está adscrito o presta servicios. No es necesario que el concreto contenido de las específicas funciones que corresponden al puesto de trabajo desempeñado por el funcionario se relacione «directamente» con el de la actividad privada «al bastar que tal relación exista entre las funciones y actividades que se desarrollan en el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado de funcionario al servicio de alguna de éstas (técnico de farmacovigilancia dependiente de la Consejería General de Sanidad, en el supuesto de autos) y las actividades propias del ejercicio como farmacéutico titular de una oficina de farmacia, sobre las que inciden o se proyectan las actividades que desarrolla aquel Organismo o Departamento, al margen de cuáles sean en concreto las concretas funciones que desarrolle en su puesto funcional preciso el interesado».*

«La sentencia recurrida en casación en interés de la ley llega a la conclusión de que son compatibles el desempeño del puesto de trabajo que ocupaba el actor, en el recurso que resolvía, en la Consejería de Sanidad (técnico de farmacovigilancia dependiente de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad) y el ejercicio de la actividad de titular de una Oficina de Farmacia, sobre la base, en síntesis, de que, por un lado, aquel puesto de trabajo no está relacionado orgánica ni funcionalmente con la Sección de Farmacia de dicha Consejería, en vista de las funciones concretas que le corresponden como inherentes a dicho puesto de trabajo, y de que “no existe, por lo tanto, la relación directa señalada por la normativa citada (Ley 53/1984, de 26 abril, y Real Decreto 598/1985, de 30 abril) entre las funciones que se desempeñan en una Oficina de Farmacia y las inherentes al puesto funcional del actor”, así como de que, por otra parte, “tampoco existe la incompatibilidad horaria a la que alude la Administración, teniendo en cuenta que desde que el actor tomó posesión de su puesto funcional en la Consejería de Sanidad, puso al frente de la dirección técnica de la Oficina de Farmacia de la que era titular a dos farmacéuticos sustitutos”.

Ninguna de tales fundamentaciones de la compatibilidad declarada en la sentencia recurrida en casación en interés de la ley, puede ser acogida por esta Sala, toda vez que, en lo que atañe a la denominada “incompatibilidad funcional”, el artículo 11.1.º de la Ley 53/1984 y el artículo 9 del Reglamento de 30 abril 1985, vistos desde la perspectiva del artículo 1.1 y 1.3 de la Ley, establecen que el personal a que se refiere, no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas “que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado”, y que “no será posible el reconocimiento de compatibilidad con actividades privadas... cuyo contenido se relacione directamente con los asuntos sometidos a informe, decisión, ayuda financiera o control en el Departamento».

mento, Organismo, Ente o Empresas Públicas a los que el interesado esté adscrito o preste sus servicios”, de modo que la “relación” entre uno y otro puesto de trabajo determina la incompatibilidad entre ambos, en cuanto que no puede exigirse a efectos de incompatibilidad que el concreto contenido de sus específicas funciones se relacione “directamente” con el que le corresponde como titular de la Oficina de Farmacia, al bastar con que tal “relación” exista entre las funciones y actividades que se desarrollan en el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviere destinado el funcionario al servicio de alguna de éstas (técnico de farmacovigilancia dependiente de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad, en el supuesto de autos) y las actividades propias del ejercicio como farmacéutico titular de una Oficina de Farmacia, sobre las que inciden o se proyectan las actividades que desarrolla aquel Organismo o Departamento, al margen de cuáles sean, en concreto, las concretas funciones que desempeñe en su puesto funcional preciso el interesado.

En lo que respecta a la denominada “incompatibilidad horaria”, el artículo 12.2 de la Ley 53/1984 la refiere a actividades privadas que correspondan a puestos de trabajo que requieran la presencia efectiva del interesado durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las Administraciones Públicas, que sólo podrán autorizarse cuando la actividad pública sea una de las enunciadas en dicha Ley como de prestación a tiempo parcial, y en la sentencia recurrida se excluye dicha forma de incompatibilidad “teniendo en cuenta que desde que el actor tomó posesión de su puesto funcional en la Consejería de Sanidad puso al frente de la dirección técnica de la Oficina de Farmacia de que era titular dos farmacéuticos sustitutos, con la correspondiente autorización del órgano competente”, mas la Sala tampoco puede aceptar tal circunstancia como excluyente de la incompatibilidad, en cuanto que en nuestro Derecho (Sentencias de esta Sala de 30 junio 1995 [RJ 1995, 5248] y 4 abril 1997 [RJ 1997, 2675]) se configura la actividad de asistencia farmacéutica con los caracteres de “servicio público impropio” o de “servicio de interés público” sujetándola a determinadas limitaciones y exigencias, sobre la base de que las oficinas de farmacia prestan una actividad que, aunque privada, es de interés público, considerándose la profesión de farmacéutico como “liberal”, pero sujeta, como servicio público que es, a la intervención administrativa necesaria para garantizar este último, por lo que el ejercicio de la profesión de farmacéutico en Oficinas de Farmacia (Sentencia de esta Sala de 9 junio 1988 [RJ 1988, 4191]) no ha sido nunca un mero ejercicio empresarial o profesional, sino un servicio público sanitario que siempre necesitó autorización administrativa previa, y, a tal efecto, basta citar, sin acudir a los antecedentes legislativos de las Ordenanzas de Farmacia de 1860, el artículo 103 de la Ley 14/1986, de 25 abril, Ley General de Sanidad, que prevé, en su apartado 3.º, que tales Oficinas estarán sujetas a la planificación sanitaria, y, en su apartado 4.º, que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público, así como el artículo 88 de la Ley 25/1990, de 20 diciembre, del Medicamento, que reconoce la competencia de las Administraciones Sanitarias para la ordenación de las oficinas de farmacia a partir de los criterios de atención al servicio público de la salud, que cita el precepto, puesto que, como expresa la Sentencia de esta Sala de 17 septiembre 1992 (RJ 1992, 6872), rige en cuanto a ellas un régimen jurídico propio de establecimientos que prestan un servicio público, de lo que resulta que propiedad del “establecimiento farmacéutico” y titularidad son términos necesariamente unidos.

De todo ello se deduce, en relación con los farmacéuticos sustitutos que el aquí interesado tiene contratados, a los que, según la sentencia recurrida “puso al frente de la dirección técnica de la Oficina de Farmacia de la que era titular”, aunque sean quienes realizan tal actividad profesional, asumiendo la responsabilidad de la misma, que el alcance que, en su legislación específica, tiene la figura del farmacéutico en cuanto a su presencia en la Oficina de Farmacia, viene establecido por el artículo 88.1 de la Ley 25/1990, de 25/1990, de 20 diciembre, a cuyo tenor la presencia y actuación profesional del farmacéutico es requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos, presencia y actuación profesional insoslayables, si

bien la Orden del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social de 17 enero 1980, que desarrolla el Real Decreto 909/1978, de 14 abril, en su artículo 4.º alude a las figuras de Farmacéutico "propietario", a cuyo nombre se extiende la autorización y acta de apertura de la Oficina de Farmacia; de "regente", no propietario de la oficina nombrado para los casos previstos en el artículo 6.2 del mencionado Real Decreto (fallecimiento del titular); de "adjunto", farmacéutico que ejerce, conjuntamente con el o los farmacéuticos propietarios o regentes su actividad profesional en Oficina de Farmacia de la que no es propietario ni copropietario, y de "sustituto", farmacéutico que ejerce, en lugar del propietario o del regente, su actividad en una Oficina de Farmacia, en los casos previstos reglamentariamente.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 24 marzo 1998.*)

V. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Faltas. Jueces y Magistrados. Retraso injustificado y reiterado en el desempeño de la función judicial. Es un concepto jurídico indeterminado. Para su ponderación han de utilizarse tres criterios: la situación general del Juzgado, el retraso materialmente existente y la dedicación del Juez o Magistrado. Supuesto en que no existe la infracción por la concurrencia de un factor patológico causante de la falta de dedicación.*

«Expuestos a grandes rasgos los términos del litigio, hemos de abordar el análisis y decisión, tomando como pauta la doctrina de la Sentencia de 11 junio 1992 de la Sección 1.ª de esta Sala, traída a colación de consuno por la resolución sancionadora y por ambas partes del proceso. Tal doctrina viene ratificada por otras sentencias posteriores de la propia Sección, como las de 3 junio 1994 (RJ 1994, 7374) y 23 enero y 7 febrero 1997 (RJ 1997, 1998 y 1354).

Se dice en el Fundamento de Derecho Tercero de dicha sentencia de 1992 lo siguiente:

“Tercero: El retraso calificado como muy grave en el artículo 417.3 ha de ser ante todo ‘injustificado’.

En efecto, el retraso en el desempeño de las tareas de la función judicial es la faz negativa del deber de dedicación a dicha función. Ello implica que el retraso que integra la infracción disciplinaria es una manifestación o síntoma de la no debida dedicación. Tiene así una clara vertiente subjetiva: puede ocurrir que, materialmente, exista retraso y que, por existir la debida dedicación, aquél no sea constitutivo de infracción —supuestos de exceso de trabajo, falta de personal—.

Y es claro que en estos casos en que existe la debida dedicación el retraso no es injustificado en el terreno disciplinario, es decir, está justificado en dicho ámbito, lo que excluye la antijuridicidad y por tanto toda infracción disciplinaria”.

Y en el Fundamento de Derecho 5.º:

“Quinto: Sobre la base de lo expuesto, el ‘retraso’ en el desempeño de la función judicial, en cuanto núcleo de la infracción disciplinaria que se examina, resulta ser un concepto jurídico indeterminado para cuya concreción han de utilizarse conjuntamente tres criterios.

El primero de ellos es de la situación general del Juzgado en cuanto a asuntos y personal: este dato traza el clima dentro del cual aparecen los dos elementos que seguidamente se indican y que son los protagonistas fundamentales del tipo de falta que se examina.

El segundo es el retraso materialmente existente y que sugiere la posibilidad de una falta de la adecuada dedicación.

El último y decisivo de los elementos a considerar es la dedicación del juez o magistrado a su función. Dato éste central, pues, como se ha advertido, si tal dedicación existió realmente con el alcance exigible, el retraso, por grande que sea, desde el punto de vista disciplinario, resulta inocuo.

De esto último deriva y desde luego se destaca que las actas de la Inspección deben reflejar no sólo los datos que, negativamente, indiquen el trabajo no hecho, sino también y muy destacadamente los que, positivamente, pueden evidenciar el trabajo hecho”.

Del bloque argumental con el que se impugna la sanción el alusivo a la discusión del elemento objetivo del retraso no resulta convincente.

Debe partirse del dato de que dicho retraso se refiere a unas actuaciones judiciales muy concretas, como las sentencias, y a un período asimismo perfectamente definido, como es el que abarca del 21 de noviembre de 1992 a 21 de noviembre de 1994, lo que supone que el retraso imputado al demandante se refiere a actuaciones circunscritas a actuaciones de su personal intervención.

Las alegaciones que se vierten en el hecho 2.º de la demanda en relación con el extremo que analizamos carecen de eficacia convictiva para eliminar el hecho del retraso imputado, explícitamente reconocido por el expedientado en su declaración en el expediente.

Que en el momento de la posesión del actor, que tuvo lugar en el Juzgado de lo Social núm. 9 de Valencia el 13 de julio de 1989 según consta en certificación aportada en trámite de prueba, se encontrase con un gran número de “señalamientos realizados por su antecesor, a razón de 36 a 42 por semana, es decir, más de 160 sentencias por mes”, podía explicar el retraso en dictar las sentencias de los procesos señalados por dicho antecesor, si ese número de los procesos señalados por dicho antecesor fuese excesivo; pero en modo alguno explica el retraso en dictar sentencias en los procesos señalados por el actor más de tres años después, en razón de un número de señalamientos decidido ya sólo por él.

En todo caso el número de señalamientos semanales referido, siendo ciertamente muy elevado, no es algo totalmente excepcional en los Juzgados de lo Social; y es, por otra parte, argumentalmente distorsionadora la observación de que dichos señalamientos se correspondieran al número de sentencias que se indican, pues es sabido que en el proceso laboral, que consiste fundamentalmente en un juicio verbal, existe un trámite previo de conciliación, y que es corriente que un porcentaje significativo de los procesos concluya en ese trámite por conciliación de las partes (art. 75 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por RDLeg. 1568/1980, vigente en el momento de la toma de posesión del actor, y art. 84 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por RDLeg. 521/1990, por limitarnos a la normativa vigente en el período al que se refiere el expediente).

Que el expedientado careciese de experiencia en el orden social, cuando se posesionó del Juzgado, podía ser una dificultad en los momentos iniciales de su ejercicio en él; pero no más de tres años después; ello aparte de que la inexperiencia no pueda servir de excusa, cuando el nombramiento para el Juzgado es consecuencia de una petición libre del Magistrado, y no una decisión impuesta.

Que el Juzgado de lo Social núm. 9 de los de Valencia careciera de todo soporte informático y que en tal sentido informase el Inspector Delegado de la Unidad Inspectora Séptima, como consecuencia de la visita girada el día 16 de marzo de 1995 (folio 135 del expediente), podría servir de excusa, si la imputación fuese de otro signo; pero no cuando lo imputado se refiere a una actuación tan personalizada como la de dictar sentencia, en la que la intervención de la informática es mucho menos relevante, cuando no nula. La informática podrá ayudar, aligerándola, a la tarea mecánica de la transcripción de la sentencia por el personal auxi-

liar, pero no a la elaboración de la sentencia por el Magistrado. La observación sería, tal vez, atendible, si nos encontrásemos ante retrasos de menor entidad y si las sentencias retrasadas hubieran estado minutadas y pendientes de transcripción: pero ni ése es el caso, ni probablemente si lo fuese se hubiese seguido el expediente.

Respuesta semejante merece la alusión a la inestabilidad de la plantilla, que además no es en el caso actual especialmente caracterizada, según lo consignado al respecto en el informe de la Inspección antes referido, en la que se reflejan unos cambios que están dentro de lo normal.

Igualmente inconvincente es la alusión a los datos estadísticos del informe de la Inspección de reiterada cita, con base en los cuales se dice que "durante los años 1992 a 1994 tienen entrada un nivel promediado de asuntos cifrado en 877 expedientes por año, lo que arroja un resultado de cuatro señalamientos diarios y cuatro sentencias diarias de promedio". Tales datos de señalamientos y sentencias no se contienen en dicho informe, siendo una pura elaboración de la parte, en la que ni se indica cómo se ha llegado a la citada cifra de señalamientos, y en la que, de nuevo con patente distorsión de la realidad procesal laboral, se identifica el número de señalamientos con el de sentencias, extremo sobre el que ya antes nos pronunciáramos.

Por último, no es adecuada la comparación que se hace en el apartado final del hecho 2.º de la demanda, que analizamos, con las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que además ni se aprueba, ni con el tiempo empleado por éste para la decisión de los recursos, obtenido de la alusión en el tan reiterado informe al tiempo entre la remisión de los procesos recurridos en el Juzgado y su devolución por el Tribunal una vez resueltos los recursos. De lo que se trata en el expediente no es del retraso en la decisión de un proceso desde la entrada en el Juzgado hasta su terminación por sentencia, que sería, en su caso, lo que pudiera dar pie al uso de tal término temporal de comparación, sino el retraso en dictar las sentencias desde que los juicios señalados por el expedientado quedaron vistos para ella.

Hemos de concluir por ello que el retraso imputado, en cuanto dato meramente objetivo, y en cuanto elemento de la infracción, según el análisis de nuestra Sentencia de 11 junio 1992, existió realmente, y su realidad no resulta en modo alguno desvirtuada por las alegaciones de demanda.

Por otra parte, la prueba practicada no revela que la situación general del Juzgado en cuanto a asuntos y personal, supusiera un marco negativo a ponderar a la hora de enjuiciar la dedicación del Magistrado expedientado.

El número de asuntos puede considerarse ciertamente elevado; pero no en un grado excepcional entre los de los Juzgados de lo Social, ni existen datos de insuficiencia de personal. Pero en todo caso, y reiterando lo que ya se expuso en otro momento, esos elementos podrían tener significación, si se tratara de analizar la significación de los mismos respecto de otro tipo de retrasos; pero no en este caso, en el que el retraso se refiere a una actitud tan personal e intransferible del Magistrado, como es la de dictar la sentencia en los procesos que por propia decisión ha señalado.

Si se tratara de retrasos en el señalamiento de los asuntos, podría tener explicación la excusa de su excesivo número; pero cuando se trata del retraso en dictar la sentencia en asuntos que quedaron vistos para ella, se parte de una previa dosificación de los mismos por el Magistrado, mediante su señalamiento, lo que resta significación al número de asuntos, y desde luego a la situación de la plantilla de personal.

Cuestión distinta es la de la posible justificación del retraso, en razón de la patología que aquejaba al actor, con lo que hemos de pasar al análisis del segundo bloque argumental de la demanda.

Ante todo, y siguiendo la doctrina de la sentencia de tan reiterada cita, lo que cuenta en la infracción por la que fue sancionado el actor no es tanto el elemento objetivo del retraso, cuanto lo que ese elemento revela de la actitud de dedicación

del Juez o Magistrado, lo que dota a la infracción de un significado subjetivo, en el que debe centrarse nuestra atención.

En circunstancias normales un retraso como el producido en este caso no ofrecería duda en cuanto a su correcta subsunción en el tipo de infracción imputada al recurrente y en la adecuación de la sanción impuesta; pero en este caso el factor patológico, acreditado por los peritos que intervinieron en el expediente, es especialmente relevante, y en realidad determinante de la anomalía producida, por muy significativa que sea, y lo es ciertamente. El significado de ese elemento subjetivo no puede ser sustituido, como se hace en la resolución sancionadora impugnada, por la repercusión social de los retrasos y por la índole de los intereses concernidos en los procesos.

Los dos informes periciales obrantes en el expediente coinciden en la apreciación de que el actor estaba aquejado de una depresión, cuya entidad y repercusión en el trabajo quedan claras en ambos informes. Ocurre que esa depresión coincide en su inicio y su desarrollo con el período en que se produjeron los retrasos, y culmina con la formal baja por enfermedad.

Ambos informes prestan base a la apreciación de que hasta producirse la baja el actor tenía una capacidad sumamente disminuida para poder adoptar las delicadas decisiones que comporta el dictado de las sentencias.

En el informe médico laboral del doctor S. S. se lee, entre otros particulares de interés:

“Desde entonces se ha ido instaurando un cuadro depresivo que cursa con ansiedad, ausencia de ideas constructivas, pérdida de la capacidad de placer, insomnio, pesadillas, falta de concentración y agotamiento físico (astenia)”.

Y más adelante:

“Hay que destacar que se trata de un paciente que, por su personalidad, no ha visitado a ningún facultativo, ni se ha hecho ningún chequeo médico desde hace mucho tiempo (ni recuerda cuándo), es rebelde a tomar medicamentos. Personalmente, al observar su estado psicofísico, le he recomendado en varias ocasiones que debería ponerse en manos de especialistas y permanecer una temporada de baja laboral, pero probablemente por exceso de trabajo, nunca hasta ahora ha hecho caso de mis observaciones, de ser así el cuadro depresivo no tendría la intensidad que presenta y el tiempo de curación sería más corto”.

La conclusión final de dicho informe es harto expresiva:

“El paciente presenta lesiones que valoradas —dentro de una relación lesión/tarea— no le permiten el desarrollo de su profesión habitual ya que debe permanecer sin enfrentarse a ningún tipo de situación que genere *stress*, asimismo debe realizar ejercicio físico moderado y continuar con la medicación antidepresiva y ansiolítica hasta que se evidencie una mejoría en su estado de ánimo”.

A su vez el informe médico forense de 28 de abril de 1995, emitido por la doctora doña Elvira G. L., médico forense, y por la psicóloga doña Adriana R. A. ratifican el informe antes referido.

Son destacables del mismo la siguiente:

“Valoración Médico-Legal:

El explorado presenta y refiere una sintomatología que sin ser psicótica, que pudiera vulnerar su capacidad cognitiva y volitiva, es compatible con una depresión reactiva a su situación familiar (enfermedad de su mujer) y que le menoscaba su capacidad de concentración y atención, impidiéndole la realización de su trabajo habitual”.

Y las siguientes:

“Conclusiones:

1.º) Don Joaquín N. F. presenta una sintomatología clínica compatible con una depresión reactiva a su situación familiar.

2.º) Dicha depresión le menoscaba fundamentalmente, de cara a su trabajo, su capacidad de atención y concentración.

3.º) Se recomienda tratamiento médico y baja laboral hasta su mejoría”.

En esas circunstancias patológicas y en un Juzgado de notable carga de trabajo no es extraño que la correcta atención de éste resultase sensiblemente resentida, sin que ello denote, no obstante, una actitud voluntaria o negligente de falta de dedicación al desempeño de su tarea, sino más bien de impotencia para cumplirla en los términos procesalmente correctos.

La observación de la estadística de los años en que se produjo el retraso demuestra que en el año 1992, año en que se inicia su proceso patológico, dictó 432 sentencias, en el año 1993, 391, y en el año 1994, 333, números sin duda escasos en relación con la carga de trabajo que evidencia dicha estadística, pero no reveladores de una total falta de dedicación.

Por el contrario, las circunstancias patológicas del actor, pericialmente constataadas, y la índole de la enfermedad, hoy en día, lamentablemente, al alcance del conocimiento común, permiten pensar en una dramática lucha por dominar, sin conseguirla, una tarea que no se quiere abandonar, hasta que la enfermedad impone finalmente su mandato.

La valoración de la pericia que se hace en la resolución recurrida, y que quedó reflejada en el fundamento de derecho primero, no es en absoluto comparable.

En vez de atenerse a la valoración médico legal o a las conclusiones, cual sería lo lógico, extrayendo de ellas las consecuencias que, en su caso, procedieran, lo que se hace es fundar el juicio sobre la capacidad del actor en el relato de la actitud de aquél en su exploración médico-forense, para de ello extraer un juicio propio sobre dicha capacidad, para el que el órgano sancionador carece de la adecuada formación. Hay incluso un cierto componente de distorsión del sentido del informe médico-forense, que revela una apreciación probatoria errónea.

Hemos de concluir, en suma, que en este caso el retraso, probado, no es revelador de la falta de dedicación del actor a su cometido profesional, sino de su impotencia por razón de enfermedad, en cuyas circunstancias no apreciamos que se den los elementos del tipo de infracción por el que ha sido sancionado.

La resolución impugnada después de rechazar la eficacia justificadora de la enfermedad, cierra su razonamiento diciendo que “en todo caso, el Magistrado expedientado podría haber solicitado la correspondiente licencia por razón de enfermedad”. Sin negar que eso hubiera sido lo correcto, no puede negarse tampoco que la índole de la enfermedad que aquejaba al actor, según el reflejo de la misma que puede leerse en el informe del doctor S. S., citado antes, explica la resistencia a aceptar con realismo la propia impotencia y el intento dramático, y a la vez erróneo, por cumplir el cometido profesional.

El catastrófico resultado de esa falta de realismo, explicable por la enfermedad, no es, sin embargo, exponente de una actitud subjetiva de falta de dedicación, que es la clave de la infracción por la que el actor ha sido sancionado, según la Sentencia de 11 junio 1992 de constante cita.

No existiendo la infracción, la sanción del actor por ella resulta contraria a derecho, debiendo estimar el recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2 de nuestra Ley Jurisdiccional, con la correspondiente anulación de la resolución recurrida.» *Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 22 enero 1998.*)

2. *Procedimiento sancionador. Aplicabilidad de los principios esenciales del artículo 24 CE. Los dos trámites esenciales, al efecto de que el inculpa-do tenga oportunidad de alegar lo que convenga a su derecho y proponer las pruebas que estime pertinentes, son el traslado del pliego de cargo y el de la propuesta de resolución.*

«Por Resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 3 diciembre 1991 se acordó la separación del servicio de don Francisco José G.-A. D., funcionario del Cuerpo Administrativo de la Administración de la Seguridad Social, por haber incurrido en la falta muy grave de abandono del servicio, tipificada en el artículo 6.c) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 enero. La Resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 15 febrero 1993 desestimó el recurso de reposición promovido por el señor G.-A. D. contra la resolución antes citada. El interesado interpuso contra dichas resoluciones recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por Sentencia dictada el 26 julio 1994 por la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, que anuló las resoluciones impugnadas por no ser conformes al ordenamiento jurídico, ordenando reponer las actuaciones del expediente disciplinario al momento de notificación del acuerdo de incoación del mismo y designación de Instructor y Secretario, por estimar que las notificaciones que en el referido expediente se han dirigido al inculpa-do, practicadas por correo certificado con acuse de recibo, son nulas y le han producido indefensión contraria al artículo 24 de la Constitución. Contra la indicada sentencia el señor Abogado del Estado, en representación de la Administración General del Estado, ha deducido el presente recurso de casación.

El recurso de casación se funda en un único motivo, formulado al amparo del número 4.º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de este Tribunal Supremo de 16 diciembre 1991 (RJ 1991, 9218), 18 diciembre 1991 (RJ 1991, 9455), 22 junio 1992 (RJ 1992, 4708), 14 octubre 1992 (RJ 1992, 7591) y 30 noviembre 1993 (RJ 1994, 1230). Por otra parte, el señor Abogado del Estado, antes de exponer la doctrina que contienen las sentencias invocadas, mantiene que consta en el expediente administrativo que el funcionario sancionado interpuso recurso de reposición contra la resolución por la que se acordó su separación del servicio, que de la lectura de dicho escrito se desprende que tuvo conocimiento del expediente administrativo, ya que hace referencia al pliego de cargos e incluso afirma la existencia de un escrito, dirigido al Instructor, pidiendo que se suspendiese la tramitación del expediente por estarse instruyendo contra él determinadas diligencias penales, así como que consta notificada la propuesta de resolución el 19 de junio de 1991; con lo que debemos estimar que la parte recurrente defiende que al expedientado no se le produjo la indefensión que la sentencia de instancia ha considerado motivo para la resolución estimatoria del recurso, que retrotrae las actuaciones del expediente disciplinario al momento de la notificación del acuerdo de incoación y de nombramiento de Instructor y Secretario.

Para resolver estas primeras argumentaciones en que pretende fundarse el recurso de casación hemos de partir de la conocida doctrina según la cual los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicados a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Norma Fundamental (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 junio [RTC 1981, 18]). Por ello, la imposición de las sanciones administrativas ha de verificarse a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el mencionado artículo 24, esto es, un procedimiento en que el presunto inculpa-do tenga oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga y proponer las pruebas que estime perti-

nentes (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 125/1983, de 26 diciembre [RTC 1983, 125]). En este sentido, dos son los trámites esenciales del procedimiento sancionador en materia disciplinaria de los funcionarios públicos: el traslado del pliego de cargos, en que puede el inculpado no sólo alegar, sino solicitar la práctica de las pruebas que para su defensa crea necesarias, y el de la propuesta de resolución (arts. 36 y 43 del Reglamento de Régimen Disciplinario de 10 enero 1986).» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 23 enero 1998.*)

3. Régimen disciplinario. Jueces y Magistrados. Legitimación del denunciante para impugnar en vía contenciosa un acuerdo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ que resolvió archivar una denuncia contra un Juez. Análisis crítico de la doctrina procedente. Se trata de una cuestión casuística. Necesidad de que se acredite la existencia de un interés legítimo del recurrente, que pueda ser soporte de su legitimación procesal. Supuesto en que no se da.

«La Sala es consciente de la doctrina contenida en sentencias anteriores, que, en general, rechazaron la falta de legitimación procesal, al tiempo que confirmaban las resoluciones del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de inadmisión de recursos de alzada contra las de la Comisión Disciplinaria, de archivo de denuncias, o de archivo de actuaciones disciplinarias por falta de legitimación del demandante, pero al abordar nuevamente la cuestión se siente comprometida a reexaminarla, porque considera que existen aspectos de la misma que pueden haber pasado desapercibidos en la citada jurisprudencia y que justifican una solución diferente.

Partiendo de que la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos, la Sala entiende que la existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que de partida sitúa el análisis en la búsqueda de ese interés, cuya alegación y prueba, cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se lo arroga.

La Sala estima que el referente de ese interés no puede ser un determinado acto de un determinado procedimiento administrativo, que sólo tiene, en su caso, una relación instrumental con la satisfacción de dicho interés, sino que éste debe tener una entidad sustantiva, y no meramente formal, y que, en principio, debe ser el mismo el que esté en la base del procedimiento administrativo y del proceso contencioso-administrativo de impugnación de las resoluciones dictadas en aquél.

La consecuencia inmediata de este planteamiento es que, si se niega la condición de parte en el procedimiento administrativo, por falta de interés en él, falta ya una base (en términos sustancialistas) para poder sustentar esa misma condición en un ulterior proceso impugnatorio de actos de aquél, pues el mero dato formal de la existencia de un acto dictado en el procedimiento administrativo no tiene entidad para alumbrar un interés nuevo, diferenciable del inexistente antes.

En esta nueva línea de reflexión la Sala comparte las razones de la jurisprudencia al principio aludida, que confirmó las declaraciones de inadmisibilidad de recursos de alzada ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial por falta de legitimación de los denunciantes-recurrentes contra resoluciones de archivo de denuncias o de diligencias disciplinarias de la correspondiente Comisión del mismo, si bien da el paso nuevo de entender que las mismas razones deben extenderse al proceso.

La Sala estima que la clave para la determinación de si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución del Consejo General del Poder Judicial, dictada en expediente abierto a virtud de denuncia de un particular por

una hipotética responsabilidad de un Juez, debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción al Juez puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera.

Será así en cada caso, y en función de lo pretendido, como pueda darse la contestación adecuada, no siéndolo la de que la imposición de la sanción constituye por sí misma la satisfacción de un interés, lo que constituiría una petición de principio.

El litigante que no obtiene en un proceso, o en unas diligencias judiciales, la respuesta favorable que pretende, no podrá corregir la que estima solución adversa, sobreponiendo a la vía jurisdiccional seguida un ulterior procedimiento disciplinario contra el Juez del que no obtuvo la solución de la que se estimaba acreedor.

El procedimiento disciplinario ni puede interferir un proceso en curso, ni alterar las resoluciones del mismo, ni es instrumento de satisfacción de los intereses debatidos en el proceso.

No cabe así que esos mismos intereses puedan operar como base de legitimación del denunciante, en cuanto interesado en obtener que se imponga una determinada sanción a un Juez.

Entre el interés legitimador del proceso previo y el hipotético interés en obtener la sanción de un Juez, que, a criterio de la parte, no satisfizo aquel interés del proceso, existe una diferencia cualitativa indudable, un salto lógico indiscutible.

En precedentes sentencias de esta Sala se ha hecho referencia a la posibilidad de que pueda servir de base del interés legitimador el que la imposición de la responsabilidad disciplinaria a un Juez, a consecuencia de una denuncia de parte, pueda constituir el *ulterior fundamento de pretensiones* de responsabilidad del Estado, prevista en el artículo 121 CE.

La Sala debe volver sobre este argumento, planteándose como cuestión lo que en él se proclama como dato.

El artículo 121 CE tiene su desarrollo legal en el Título V del Libro III de la LOPJ ("De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia"), y en concreto en el artículo 293.2.

No hay base en ese concreto precepto, ni en la Ley en general, para sostener que la proclamación de la anormalidad del funcionamiento de la Administración de Justicia haya de derivar de una previa corrección disciplinaria impuesta al titular del órgano jurisdiccional al que se imputa aquélla.

Incluso un planteamiento como el que se analiza, para el que no se encuentra base discernible en la LOPJ, podría generar una distorsión institucional.

Para la reclamación de indemnización por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia se concede una acción sometida a un plazo limitado de un año, y debe formularse ante el Ministerio de Justicia. Ese sistema se altera si a la reclamación referida se le antepone una acción disciplinaria ante el Consejo General del Poder Judicial, con eventual derivación Contencioso-Administrativa, lo que operaría en deterioro del reducido plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, que, sin duda, debe establecerse en relación con el hecho en que consiste el funcionamiento anormal, y no con la eventual sanción de quien lo hubiera ocasionado.

Reconsiderada así la relación entre la eventual responsabilidad patrimonial *ex* artículo 11 CE y la responsabilidad disciplinaria del causante del funcionamiento anormal, la Sala estima que en nada se potencia la primera por la segunda, ni los procedimientos conducentes a su establecimiento respectivo, por lo que no encuentra en la referencia al artículo 121 CE base de anclaje de un interés legitimador del denunciante en vía disciplinaria, sobre la que poder sustentar, en su caso, una hipotética condición de parte en el procedimiento administrativo a que pueda dar lugar la denuncia, o una derivada condición de parte procesal en un ulterior recurso contencioso-administrativo de impugnación de resoluciones dictadas en aquel procedimiento administrativo.

La amplitud con la que la jurisprudencia viene interpretando el artículo 28.1.a) de nuestra Ley Jurisdiccional, por exigencias del artículo 24.1 CE, y la sustitución

del concepto de interés directo por el de interés legítimo, no llega hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés real. Por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional [STC 143/1987 (RTC 1989, 143), F. 3.º], el interés legítimo, al que se refiere el artículo 24.1 —en el que debe disolverse el concepto más restrictivo del artículo 28.1.a) LJCA—, “equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta” [SSTC 60/1982 (RTC 1982, 60), 62/1983 (RTC 1983, 62), 257/1988 (RTC 1988, 257) y 97/1991 (RTC 1991, 97), entre otras].

Si, pues, según antes se ha razonado, ese hipotético interés no se da en el caso concreto, porque la situación jurídica del denunciante-recurrente no experimenta ventaja alguna por el hecho de que se sancione al Juez denunciado, es claro que aunque se tome un nuevo rumbo en la jurisprudencia, no se violenta en lo más mínimo el principio general de flexibilidad con la apreciación del requisito procesal de la legitimación.

Por último, debe analizarse si la modificación de los artículos 423 y 425 de la LOPJ por la LO 16/1994, supone que se ha atribuido expresamente a los denunciantes legitimación para la interposición del recurso contencioso-administrativo, confiéndoles de modo especial la que no se deriva de la genérica aplicación del artículo 28.1.a) de la LJCA.

La Sala toma en cuenta al respecto las siguientes expresiones contenidas en los preceptos de la LOPJ: 1) Al ocuparse de la sanción de advertencia, el artículo 422.1, párrafo segundo, dispone que “contra la resolución que recaiga sobre dicha clase de sanción podrá interponer el sancionado con carácter potestativo, antes de acudir a la vía Contencioso-Administrativa, recurso administrativo, y el denunciante, en su caso, acudir a la vía Contencioso-Administrativa de acuerdo con las normas de legitimación establecidas en la Ley reguladora de la expresada Jurisdicción”; 2) El artículo 423.2, párrafos segundo y tercero *in fine*, no permiten al denunciante recurrir las decisiones sobre la iniciación y decisión del expediente disciplinario en vía administrativa, “sin perjuicio de la legitimación que ostente como interesado en la vía jurisdiccional”; 3) El artículo 425.8, párrafo primero *in fine*, manda notificar al denunciante la resolución del expediente sancionador, “quien únicamente podrá recurrir, en su caso, en vía Contencioso-Administrativa”. Se aprecia, pues, claramente que el artículo 422.1, párrafo segundo, se remite para determinar la legitimación del denunciante a las normas establecidas en la Ley de la Jurisdicción, no habiendo razón para seguir distinto criterio en los demás supuestos previstos por la LOPJ. Por otra parte, el modo potencial del verbo “ostente” (art. 423.2, párrafos segundo y tercero) y los términos “en su caso” (art. 425.8, párrafo primero) son de por sí suficientemente expresivos de que no se está haciendo una regulación directa de la legitimación procesal de los denunciantes para impugnar los acuerdos de la Comisión Disciplinaria, sino que se trata de una remisión a la regulación contenida fuera de esos preceptos. En consecuencia, la normativa contenida en la LOPJ no tiene virtualidad para modificar el régimen procesal precedente en cuanto a la legitimación de los denunciantes, sino que lo único que hace es salvar la legitimación que pudiera derivar del artículo 28.1.a) de la Ley Jurisdiccional, cuyo alcance en su proyección al supuesto examinado ha quedado ya razonado.

Lo que hacen los preceptos en los que se insertan las expresiones antes indicadas es negar expresamente a los denunciantes la posibilidad de interponer recursos administrativos, consagrando, en definitiva, la doctrina consolidada del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que había declarado la inadmisibilidad de los recursos de alzada de los denunciantes contra resoluciones de la Comisión Disciplinaria, siendo ése su auténtico significado innovador, y no otro.

Hemos de concluir, en suma, que en el presente caso no se acredita la existencia de un interés legítimo del recurrente, que pueda ser soporte de su legitimación procesal, por lo que en su ausencia carece de tal legitimación, debiéndose declarar la inadmisibilidad del recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 82.b) de nuestra

Ley Jurisdiccional, absteniéndonos de entrar a decidir sobre el fondo, sin que a ello sea obstáculo la pretensión indemnizatoria por supuesto error judicial ejercitada por el actor ante el Ministerio de Justicia, pretensión que no forma parte del objeto del proceso, ni siquiera como base de un interés legitimador en la exigencia de responsabilidad disciplinaria de los órganos judiciales denunciados, según ha quedado expuesto en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 27 enero 1998.*)

4. *Sanciones disciplinarias. Están sometidas al control jurisdiccional que «se extiende tanto a los aspectos estrictamente reglados como a los discrecionales. Entre los puntos que pueden y deben ser objeto de la oportuna revisión jurisdiccional, si ha lugar a ello, está el principio de proporcionalidad de la sanción, que exige la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada». Posibilidad de que el Tribunal modifique una sanción de separación del servicio por la de dos años de suspensión de funciones.*

«Entrando, pues, a conocer del recurso de casación promovido por el Ayuntamiento de L'Escala, el primer motivo que invoca, con base en el artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción, se divide en cuatro apartados (señalados con las letras A, B, C y D), en cada uno de los cuales se mencionan preceptos diferentes, por lo que procederemos a examinarlos separadamente, en cuanto constituyen realmente distintos motivos de casación. En el apartado A) el Ayuntamiento estima que la sentencia de instancia incurre en infracción del artículo 21.1.h) y disposición final tercera de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. El artículo 21.1.h) atribuye al Alcalde las facultades de ejercer la Jefatura de la Policía Municipal, así como el nombramiento y sanción de los funcionarios que usen armas. El contenido de este artículo, a juicio del Ayuntamiento recurrente, debe ponerse en relación con la disposición final tercera, según la cual el personal de la Policía Municipal gozará de un estatuto específico, teniendo en cuenta la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. De estos preceptos deduce el Ayuntamiento de L'Escala que cuando el Tribunal *a quo*, a pesar de considerar probados los hechos por los que se impuso la sanción de separación del servicio al Cabo don Nicolás L. S., atenuó la sanción aplicada, incurrió en una clara infracción de la facultad del Alcalde para sancionar a los funcionarios que usen armas, facultad que le está atribuida por la Ley. Carece de interés destacar que la sanción enjuiciada no la impuso el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de L'Escala, sino el Pleno de la Corporación Municipal (sesión extraordinaria de 19 de noviembre de 1992). La parte recurrente olvida que las resoluciones de las autoridades y órganos de las Corporaciones Locales sujetos al Derecho Administrativo están sometidas al control de los Tribunales de Justicia pertenecientes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, según los artículos 106.1 de la Constitución y 1 de la Ley de la Jurisdicción. Tal control incluye las sanciones disciplinarias y se extiende tanto a los aspectos estrictamente reglados como a los discrecionales, ya que discrecionalidad administrativa no significa en modo alguno exención del control judicial. Entre los puntos que pueden y deben ser objeto de la oportuna revisión jurisdiccional, si ha lugar a ello, está el principio de proporcionalidad de la sanción, que exige la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. El principio de proporcionalidad de la sanción y su aplicación a un supuesto de hecho concreto está íntegramente sometido al control de los Tribunales de Justicia, que deben valorar si la Administración ejerció o no debidamente las facultades que el ordenamien-

to jurídico le concede para aplicar a una falta disciplinaria una u otra sanción, y si, al ejercitar tal facultad, ha respetado o no el principio de proporcionalidad entre la infracción cometida, las circunstancias de toda clase que en ella concurren y la sanción impuesta. El principio de proporcionalidad de la sanción, como cualquier otra manifestación de la actividad discrecional de la Administración, no constituye una zona inmune al control jurisdiccional. En consecuencia, la Sala de instancia ha procedido conforme a derecho al revisar la sanción que se sometía a su consideración, estimando, no de una manera arbitraria y carente de justificación, sino en virtud de las razones que expresa (fundamento de derecho séptimo), que dicha sanción (la de separación del servicio) era desproporcionada y debía ser sustituida por la de dos años de suspensión de funciones con pérdida de retribución, sin infringir por ello los preceptos que se citan en el presente motivo casacional, que establecen una facultad de la Administración municipal, pero no la declaran exenta del control jurisdiccional. El motivo debe ser desestimado.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 20 febrero 1998.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

