

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## B) PERSONAL

**SUMARIO:** I. CUERPOS DE FUNCIONARIOS: 1. *Cuerpo de Inspectores de Educación y Ciencia. Acceso, provisión de puestos de trabajo e integración de los actuales Inspectores RD 2193/95, de 28 diciembre: Falta de entidad de los defectos formales en su elaboración. Legalidad de los artículos 17 a 23, salvo el artículo 20.2, en cuanto, al prever convocatorias de turno especial, contradice la DA 1.º LO 9/95, que prevé solamente una.* 2. *Cuerpo de Maestros. Ingreso al amparo de la DT 5.º de la LOGSE. Constituye un sistema especial y transitorio, por lo que no le son aplicables los principios o reglas de un sistema selectivo previsto para situaciones de normalidad. Legalidad RD 574/91.*—II. SELECCIÓN: 1. *Ingreso en la Carrera Judicial. Juristas de reconocida competencia. Régimen Jurídico. No cabe exigir la práctica de trámites no previstos en la normativa aplicable ni en las bases, que fueron consentidas.* 2. *Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia. Valoración, con seis puntos como máximo, del conocimiento de la lengua de la Comunidad Autónoma. Justificación objetiva y razonable. Proporcionalidad al fin de la norma.* 3. *Opositor que, según la Comisión de Médicos de la Administración, sufre enfermedad que le impide el normal ejercicio de su función. Legalidad de la resolución que le excluye, tras superar las pruebas selectivas, dado que, por el ámbito de constantes dudas en que se produce el doctor informante en el proceso, no se ha desvirtuado el dictamen de la Comisión.*—III. PLANTILLAS Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: 1. *Promoción interna. Interpretación y alcance del artículo 22.1 L. 30/84. La promoción interna debe tener lugar exclusivamente de un grupo de titulares a otro inmediato superior.* 2. *Relaciones de puestos de trabajo. Aunque tienen vocación normativa, son actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, pero no auténticos reglamentos. Aunque han de ser públicas, en el sentido de que puedan ser conocidas por quien lo desee, del artículo 15 L. 30/84 no deriva que cualquier modificación que les afecta haya de publicarse en el «BOE».*—IV. DERECHOS: 1. *Derecho al puesto. Jueces en régimen de provisión temporal. Cese por el transcurso del año para el que fueron nombrados. No se requiere la previa autorización del CGPJ.* 2. *Director de Departamento Universitario. Legalidad del artículo de los Estatutos que exige al candidato Catedrático la mayoría simple de los votos emitidos, y que, de no obtenerla, pueda ser candidato un Profesor titular. En el espíritu de la LORU se halla que todos los cargos representativos universitarios sean electivos y cuenten con el respaldo suficiente de su sector. Los Estatutos universitarios no son Reglamentos ejecutivos de la LORU, sino autónomos, por lo que sus normas sólo pueden ser consideradas ilegales si contradicen frontalmente las normas legales que configuran la autonomía universitaria.* 3. *Complemento específico. Artículo 23.3.b) L. 30/84. Finalidad y circunstancias por las que puede concederse. Supuesto en que se atiende a criterios distintos de los contemplados por el legislador. Ilegalidad.* 4. *Retribuciones. Complemento específico. Legalidad de acuerdo de una entidad local por el que se atribuye a todos los funcionarios, en base a la presunción de legalidad, ya que el Abogado del Estado no ha probado que no fuese procedente en ningún caso.*—V. INCOMPATIBILIDADES: *Incompatibilidad con actividad en el sector privado. Puesto de trabajo que requiera la presencia efectiva del interesado y jornada de trabajo en la Administración que no sea a tiempo parcial. Singularidad de los farmacéuticos titulares. Artículo 12.2 y DT 6.º L. 53/84.*—VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. *Jueces y Magistrados. Falta disciplinaria de desconsideración con Letrado por expresiones vertidas en auto que desestima recurso de reforma. La intención encubierta de ataque dialéctico personalizado del Abogado no justifica el que, implicándose de modo personalizado en el ataque a él dirigido con ese mismo carácter, acepte el reto dialéctico, respondiendo a él con una contundencia mayor. El titular de un poder estatal debe estar sometido a la servidumbre personal de refrenar las naturales reacciones, cuando se siente personalmente*

*ofendido por quien se dirige a él en términos que estime contrarios al respeto que le es debido. El desequilibrio que en el puro plano de las relaciones humanas se produce entre el titular del poder y el que se dirige a él en modo inadecuado, es sacrificio debido por aquél a la respetabilidad del propio poder que ejerce. 2. Jueces y Magistrados. Denuncia. La potestad revisora del Tribunal se agota en el análisis de la legalidad del acto que acuerda archivar la denuncia, sin que pueda pretenderse probar en el proceso los hechos denunciados, lo que, en su caso, correspondería al expediente disciplinario, si por el éxito del recurso contencioso se anulase el acto recurrido y se ordenase la incoación. 3. Pérdida de la condición de funcionario por haber sido condenado en la jurisdicción penal a seis años y un día de inhabilitación especial por infidelidad en la custodia de documentos. La resolución que la acuerda no tiene carácter sancionador y puede adoptarse sin audiencia. 4. Régimen disciplinario. Policías locales. Con arreglo al artículo 52 de la Ley Orgánica 2/86, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el régimen disciplinario de los Cuerpos de Policía Local se rige por lo establecido en dicha Ley, sin que la referencia que dicho precepto contiene a las disposiciones dictadas por las Comunidades Autónomas implique que las normas específicas contenidas en la LO citada deban entenderse sustituidas por la normativa general de la función pública con la que la respectiva Comunidad regule el régimen jurídico de sus funcionarios públicos, cuyo ámbito no abarca a los Cuerpos de Policía Local. 5. Cuerpo Nacional de Policía. Non bis in idem. Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección. El delito de cohecho y la infracción consistente en la comisión del delito doloso vulneran el mismo interés jurídico —el correcto funcionamiento de la Administración pública—, por lo que no se trata de ilícitos independientes, sino que el disciplinario queda comprendido en el penal. 6. Régimen disciplinario. Sanción de separación de servicio, por abandono de destino. Desproporción.*

## I. CUERPOS DE FUNCIONARIOS

*1. Cuerpo de Inspectores de Educación y Ciencia. Acceso, provisión de puestos de trabajo e integración de los actuales Inspectores RD 2193/95, de 28 diciembre: Falta de entidad de los defectos formales en su elaboración. Legalidad de los artículos 17 a 23, salvo el artículo 20.2, en cuanto, al prever convocatorias de turno especial, contradice la DA 1.ª LO 9/95, que prevé solamente una.*

«La Asociación Nacional de Catedráticos de Bachillerato interpone recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 2193/1995, de 28 diciembre, por el que se establecen las normas básicas para el acceso y la provisión de puestos de trabajo en el Cuerpo de Inspectores de Educación, y la integración en el mismo de los actuales Inspectores, y contra la Orden de 22 enero 1996, por la que se convoca concurso-oposición para el acceso al Cuerpo de Inspectores de Educación, en turno especial, por ser un desarrollo de aquél.

En su escrito de demanda, la Asociación solicita, en primer lugar, la declaración de nulidad del Real Decreto por haberse infringido las normas reguladoras del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, contenidas en los artículos 129 y ss. de la Ley de Procedimiento Administrativo. Así, se dice que siendo este Real Decreto desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 9/1995, de 20 noviembre, de participación, evaluación y gobierno de los Centros docentes; sin embargo, resulta que la memoria justificativa, la memoria económica y el informe de la Secretaría General Técnica son anteriores a la fecha de aprobación de dicha Ley Orgánica. De este modo, el Reglamento se ha elaborado antes de la promulgación y publicación de la ley de cuyo desarrollo se trata. Por otra parte, consta en el expediente que en el procedimiento de elaboración se convocó la Mesa Sectorial correspondiente, pero no que la reunión de la Mesa se lleva a efecto. En fin, el Consejo de Estado emitió su preceptivo dictamen con fecha 27 de diciembre de 1995, sólo un

día antes de que el Proyecto de Real Decreto fuera debatido por el Consejo de Ministros, pareciendo, por tanto, imposible que el dictamen estuviese adjuntado a la documentación que el Consejo de Ministros analizó. Y, desde luego, no se respetó el plazo de ocho días establecido en el artículo 131 de la Ley de Procedimiento Administrativo de remisión al resto de los Ministros, no constando en el expediente que se alegaran razones de urgencia para abreviar o suprimir este plazo, con mayor motivo teniendo en cuenta que, dada la naturaleza de este Real Decreto, tales razones de urgencia eran inexistentes.

Ninguno de estos argumentos, que se basan en la irregularidad formal del procedimiento seguido para elaborar el Real Decreto, tiene suficiente entidad como para considerar que los trámites realizados fueran insuficientes para alcanzar el fin perseguido de desarrollar reglamentariamente la mencionada Ley Orgánica 9/1995, de 20 noviembre, o que hayan generado algún tipo de ilegal falta de audiencia motivadora de una declaración de nulidad.

En efecto, por lo que se refiere a la circunstancia de que las memorias e informes internos de la propia Administración se hubieran confeccionado con anterioridad a la fecha de aprobación de la Ley Orgánica a cuyo desarrollo reglamentario atiende el Real Decreto, es de notar que partiéndose en ellos del mismo presupuesto legal que posteriormente fue aceptado por las Cortes Generales, su finalidad de ilustrar al Gobierno sobre los elementos económicos, técnico-jurídicos y de oportunidad que concurrían en el proyecto que le había sido remitido se vio plenamente cumplida, por lo que en este sentido nada se puede objetar jurídicamente a que los estudios pertinentes se hubieran realizado antes de la aprobación parlamentaria de la Ley.

Por otra parte, en cuanto al denunciado incumplimiento de la obligación de remitir el proyecto, con ocho días de antelación, a los demás Ministros (art. 131 de la Ley de Procedimiento Administrativo), tampoco puede considerarse como defecto invalidante, porque el proyecto lo es ya antes de ser sometido a consulta del Consejo de Estado, como se deduce con claridad de la dicción del artículo 130.3 de la propia Ley de Procedimiento, por lo que nada obsta a que esta remisión se hubiera podido hacer con anterioridad a dicha consulta y, en segundo lugar, porque no habiendo objetado los Ministros concernidos a la efectividad de la remisión y habiendo participado en la deliberación del Consejo de Ministros, es necesario entender que se consideraron suficientemente informados y que por eso resultaría inútil una retroacción del procedimiento basada en el incumplimiento de la estricta literalidad del citado artículo 131.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Algo análogo procede indicar respecto al hecho de que el dictamen del Consejo de Estado se emitiese el día anterior a la deliberación del Consejo de Ministros: si éste se dio por suficientemente enterado de su contenido —por otra parte favorable—, nada se puede objetar jurídicamente desde este punto de vista a la aprobación del Real Decreto.

Por último, en cuanto a la reunión de la Mesa Sectorial correspondiente, constando en el expediente que fue convocada y no habiéndose objetado por los sindicatos componentes de la misma la realidad de su intervención, habremos de dar por buena y suficiente la nota de 12 de diciembre de 1995, a la que se refiere el Consejo de Estado en su informe, en la que se afirma que el proyecto había sido debatido en la Mesa Sectorial para el personal docente en Centros Públicos.

A continuación se centra la parte recurrente en los aspectos sustantivos o de fondo de su impugnación. Comienza, en este sentido, recordando cómo estaba configurada la Inspección docente en la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, posteriormente modificada en este punto por la Ley 23/1988. Así, la Ley 30/1984 estableció en la Disposición Adicional 15.ª, núm. 7, un sistema según el cual los puestos de trabajo correspondientes a la Inspección educativa serían cubiertos mediante adscripciones temporales de funcionarios docentes del Grupo A o B que cumplieran determinados requisitos, por períodos no consecutivos que en ningún caso podrían ser inferiores a tres años ni superiores a seis. Pos-

teriormente, y tras la reforma operada por la Ley 23/1988, se estableció el derecho a los funcionarios docentes al desempeño de la función inspectora por tiempo indefinido (pudiendo, no obstante, estos funcionarios reincorporarse a puestos docentes a través de los concursos ordinarios de provisión). Por otra parte, la misma Disposición Adicional 15.ª de la Ley 30/1984 suprimió los antiguos Cuerpos de Inspectores, y a sus funcionarios los integró en el llamado CISAE (Cuerpo de Inspectores al Servicio de la Administración Educativa), con carácter de "a extinguir". Era, por tanto, manifiesta la voluntad del Legislador de suprimir los Cuerpos de Inspección y transformar la función inspectora en una función desempeñada por los propios funcionarios docentes, primero temporalmente y luego con carácter indefinido (que no definitivo).

Sin embargo —continúa diciendo la parte actora—, esta regulación ha sido sustancialmente modificada por la Ley Orgánica 9/1995, que en su Título IV —"De la Inspección Educativa"— crea el Cuerpo de Inspectores de Educación, reinstaurando de este modo la realización de la función educativa mediante un auténtico cuerpo de funcionarios. La Disposición Adicional 1.ª de la Ley regula el acceso a este nuevo Cuerpo para los funcionarios docentes que venían realizando, con arreglo a la antigua regulación, la labor inspectora, mediante un sistema de ingreso privilegiado, según el cual quienes pertenezcan al Grupo A acceden al nuevo Cuerpo automáticamente (apartado tercero de la Disposición Adicional 1.ª); mientras que para quienes pertenecen al Grupo B se articula una doble posibilidad: o bien una integración automática una vez que hayan accedido al Cuerpo de profesores de enseñanza secundaria por el sistema de promoción interna establecido en la Disposición Adicional 16.ª de la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo, o bien a través de concurso oposición mediante un turno especial *ad personam*, posibilidades que ingringen los principios de igualdad, mérito y capacidad consagrados en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución.

Precisamente, el Real Decreto impugnado dedica los artículos 17 a 23 a regular la integración de los funcionarios docentes en el nuevo Cuerpo de Inspección, estableciendo en el artículo 20.2 la realización de dos convocatorias de aquel "turno especial", infringiendo de este modo también la Ley Orgánica 9/1995, que sólo prevé la convocatoria de un turno especial.

Así pues, el artículo 17 del Real Decreto impugnado infringe los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, porque integra automáticamente en el nuevo Cuerpo a los funcionarios del Grupo A que desempeñaban la función inspectora, concediéndoseles como antigüedad en ese nuevo Cuerpo la correspondiente a los años en que desempeñaron tal función; y como quiera que durante aquel tiempo permanecían en situación administrativa de servicio activo en sus Cuerpos de origen, retroactivamente se les declara en excedencia voluntaria en ellos.

Y, a su vez, también deben considerarse inconstitucionales, por infringir asimismo los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, los artículos 18 y siguientes, relativos a la integración de los funcionarios del Grupo B. Por lo que respecta a los que se integran mediante el acceso a otro Cuerpo del Grupo A, se produce un claro fraude de ley, desde el momento que se utiliza un mecanismo de promoción de los funcionarios docentes para un fin completamente distinto. Y en cuanto al llamado "turno especial", por encima de tal denominación se trata de un auténtico concurso restringido *ad personam* en el que sólo pueden participar ellos y para consolidar la plaza que de hecho desempeñan.

De este modo se perjudican los legítimos intereses de todos los docentes que en su día no accedieron a la función inspectora por la temporalidad que la caracterizaba, pero desean aspirar al nuevo Cuerpo de Inspección a la vista del novedoso régimen jurídico de éste. La generalidad de los docentes va a ver conculcados sus derechos al disminuir sus posibilidades de promoción, por contraposición con la vía privilegiada de acceso que se proporciona a los que actualmente desempeñan la función inspectora.

Finaliza su argumentación la Asociación recurrente exponiendo que en caso de

que la Sala considere que la redacción de la Disposición Adicional 1.<sup>ª</sup> de la Ley Orgánica 9/1995 impida fallar a su favor, deberá suscitar la cuestión de inconstitucionalidad de esta norma legal.

A gran parte de estas cuestiones hemos contestado —en sentido desestimatorio— en nuestra Sentencia de 5 mayo 1998 (RJ 1998, 4836).

Decíamos en ella que “el artículo 17 viene a reproducir en su apartado 1 lo establecido en la Disposición Adicional 1.<sup>ª</sup>, 3, primer inciso, de la Ley Orgánica 9/1995. Ciertamente que dicha Ley Orgánica nada prevé, en cambio, sobre la determinación de la antigüedad en el Cuerpo de Inspectores de Educación de los funcionarios integrados en el mismo, ni respecto a la conservación del puesto de función inspectora que vinieran desempeñando, extremos a los que se refiere el apartado 2 de dicho precepto reglamentario, pero el reconocimiento de antigüedad en el referido Cuerpo a partir de la fecha de acceso como docentes a la función inspectora, no es sino lógica consecuencia de la propia integración, ya que ésta ha sido decidida por el legislador precisamente por haber accedido previamente los funcionarios integrados a la función inspectora. Y en cuanto a la conservación del puesto de inspección que venían desempeñando, ello se debe al hecho de haberlo obtenido a través del oportuno concurso previsto en la Disposición Adicional 15.<sup>ª</sup>, 7, de la Ley 30/1984.

Algo análogo sucede con el artículo 18 del Real Decreto recurrido, puesto que reproduce lo establecido en la Disposición Adicional 1.<sup>ª</sup>, 4, a), de la misma Ley Orgánica, salvo en lo relativo al reconocimiento de antigüedad en el Cuerpo de Inspectores de Educación y a la conservación del puesto de función inspectora que los funcionarios integrados (esta vez procedentes de Cuerpos Docentes del Grupo B) venían desempeñando, cuestiones a las que la Ley Orgánica no se refiere y sobre las cuales debe reiterarse lo antes expuesto. Por lo demás, la exigencia reglamentaria de haberse efectuado la primera renovación de tres años, a que se refiere el apartado 7 de la Disposición Adicional 15.<sup>ª</sup> de la Ley 30/1984, es coherente con la integración de los funcionarios procedentes de Cuerpos Docentes del Grupo B una vez que accedan a alguno de los Cuerpos del Grupo A, ya que para la integración de éstos la Ley Orgánica 9/1995 exige aquella primera renovación de tres años.

Por último, lo establecido en el artículo 19 del Real Decreto encuentra cobertura en la Disposición Adicional 1.<sup>ª</sup>, 4, b), de la citada Ley Orgánica. En cuanto a la previsión reglamentaria acerca de la antigüedad en el Cuerpo de Inspectores de Educación, sobre la que también aquí guarda silencio la Ley Orgánica, basta con dar por reproducido lo expuesto con anterioridad”.

Respecto a la alegada infracción de los artículos 23.2 y 103.3 del Texto Constitucional, afirmábamos en la citada sentencia que las infracciones constitucionales denunciadas se refieren en realidad a la normativa legal de la que es aplicación y desarrollo el Reglamento impugnado en esta sede, de modo que, caso de estimarse por la Sala tales vulneraciones, habría de plantearse cuestión de inconstitucionalidad, como se interesa por la entidad recurrente.

Sobre este particular decíamos que “según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo, los principios de igualdad y de mérito y capacidad en el acceso a las funciones y cargos públicos, no son exigibles con la misma intensidad cuando se trata, dentro ya de la misma, del desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa; doctrina aplicable en este caso, ya que no se está en presencia del acceso a la función pública, sino de la integración en el nuevo Cuerpo de Inspectores de Educación de funcionarios docentes pertenecientes a Cuerpos del mismo grupo de clasificación o del grupo inferior, pero en este supuesto por vía de promoción interna. En el presente caso, además, aparte de que dichos principios ya fueron respetados en el momento de acceso a la función pública, se da la circunstancia de que los funcionarios integrados en el nuevo Cuerpo habían accedido a la función de inspección de educación a través del concurso previsto en la Disposición Adicional 15.<sup>ª</sup> de la Ley 30/1984, ‘de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad’ y previa la superación del curso de especialización a que dicha disposición se refiere. *Item* más, en el caso de los funcionarios pertene-

cientes a Cuerpos docentes del Grupo B, la integración requiere conforme a lo establecido en la Disposición Adicional 1.<sup>ª</sup>, 4, de la Ley Orgánica 9/1995, además de haber accedido a la función inspectora en la forma expuesta, el previo acceso a alguno de los Cuerpos del Grupo A mediante el procedimiento selectivo establecido en la Disposición Adicional 16.<sup>ª</sup>, 2, de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, o la superación del concurso-oposición especial previsto en el apartado b) de la citada Disposición Adicional 1.<sup>ª</sup>, 4, de la Ley Orgánica 9/1995”.

Concluimos nuestro razonamiento indicando que a mayor abundamiento “la doctrina del Tribunal Constitucional admite que, en determinados supuestos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la ley pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria, al aparecer esa diferenciación como un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de ley con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, como es la propia eficacia de la Administración Pública, por lo que en este caso la desaparición del antiguo sistema de inspección, la creación del Cuerpo de Inspectores de Educación y la necesidad desde el primer momento de poner en funcionamiento al mismo, justificarían plenamente, si no lo estuviera ya, la constitucionalidad de las medidas adoptadas, que no podían tacharse de falta de objetividad y razonabilidad”.

Esto nos lleva a tratar algunas especificaciones utilizadas en la argumentación contenida en la demanda de este proceso y que no resultan contestadas en los razonamientos que hemos reproducido de la Sentencia de 5 mayo 1998.

Así, se nos dice que el Real Decreto, al fijar dos convocatorias del turno especial, infringe la Ley Orgánica 9/1995, que prevé solamente una.

Examinado el apartado 4, b), de la Disposición Adicional 1.<sup>ª</sup> de la Ley, observamos que su redacción puede dar lugar, efectivamente, a dudas interpretativas sobre si la especial forma de acceso en él prevista para el Cuerpo de Inspectores de Educación debe de consumarse mediante una sola convocatoria o si este límite no se ha fijado por el legislador. Atendiendo, sin embargo, a que en el precepto legal se habla de “un concurso-oposición”, “un turno especial” y de “el citado concurso-oposición”, de ello puede deducirse que, en sentido literal, el legislador quiso referirse a un solo acto de convocatoria y realización de las pertinentes pruebas, criterio gramatical que viene avalado por la finalidad de la norma, que no es otra que arbitrar una forma excepcional de acceso al nuevo Cuerpo de Inspectores de Educación para los funcionarios que, estando ya adscritos a la función inspectora, sin embargo pertenecieron a Cuerpos Docentes del Grupo B, excepcionalidad que postula en favor de una interpretación restrictiva de esta posibilidad, pues en otro caso podría incluso llegar a admitirse que por vía reglamentaria esta forma de acceso quedara siempre abierta, en detrimento del sistema ordinario regulado en el artículo 38 de la propia Ley.

En la demanda se suplica también se declare nula la Orden de 22 enero 1996, por la que se convocó concurso-oposición para acceso al Cuerpo de Inspectores de Educación, en turno especial, para la que se había pedido ampliación del recurso contencioso-administrativo mediante escritos dirigidos a la Sala el 6 y el 22 de febrero de 1996.

Dos razones se oponen a esta pretensión.

La primera, de índole procesal, porque en la providencia de admisión del recurso, de 29 de febrero del mismo año —no impugnada por la entidad recurrente—, no se hizo alusión alguna a la ampliación solicitada ni se tomaron las medidas procesales oportunas exigidas por el artículo 46 de la Ley de la Jurisdicción, por lo que, en principio, ha de concluirse que dicha Orden no ha sido objeto del proceso.

De todas formas, no estará de más indicar que aceptada en esta sentencia la constitucionalidad y legalidad general del turno especial, lo único que podría afectar a la Orden sería la nulidad que vamos a pronunciar del artículo 20.2 del Reglamento, pero solamente en cuanto prevé dos convocatorias, por lo que no afirmado por nadie que la contenida en la Orden sea la segunda, tampoco en esta perspectiva

su contenido podría ser tachado de ilegal.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 17 junio 1998.*)

*2. Cuerpo de Maestros. Ingreso al amparo de la DT 5.ª de la LOGSE. Constituye un sistema especial y transitorio, por lo que no le son aplicables los principios o reglas de un sistema selectivo previsto para situaciones de normalidad. Legalidad RD 574/91.*

«La sentencia recurrida, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden de 29 abril 1991 de la Consejería de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalidad Valenciana, por la que se convocaron pruebas selectivas para cubrir 980 plazas del Cuerpo de Maestros, anula el baremo contenido en el anexo I y condena a la Administración a su modificación y a la nueva valoración de las pruebas conforme a los criterios sentados en la propia sentencia, consistentes en la separación de la valoración de la fase de oposición de la de concurso y la reducción de la valoración de los méritos, especialmente la de la experiencia previa, fijándolos en las cuantías que el fallo señala.

Antes de abordar el examen de los recursos conviene recordar que, como se indica en los autos resolutorios de los correspondientes recursos de queja, aquéllos han sido admitidos al amparo del artículo 93.3 de la Ley de la Jurisdicción por cuanto el contenido de la sentencia recurrida supone la inaplicación de una disposición general estatal, cual es el Real Decreto 574/1991, de 22 abril, por el que se regula transitoriamente el ingreso en los Cuerpos a que se refiere la Ley Orgánica 1/1990, de 3 octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, del que es aplicación la Orden de convocatoria impugnada, lo que implica, lógicamente, que el conocimiento de la Sala deba limitarse al análisis de la legalidad del mencionado texto reglamentario.

Cada uno de los motivos únicos de casación que se invocan en los recursos interpuestos por el señor Abogado del Estado y por la representación de doña María Amparo A. B. y otros, así como los dos motivos aducidos por la Generalidad Valenciana, acogidos todos ellos al número 4.º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, coinciden en denunciar la infracción de la Disposición Transitoria 5.ª, 2, de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, así como del Real Decreto 574/1991, de 22 abril, por el que se regula transitoriamente el ingreso en los Cuerpos de Funcionarios docentes a que se refiere dicha Ley Orgánica, en relación con la doctrina jurisprudencial de este Tribunal y del Tribunal Constitucional, lo que permite y aconseja el examen conjunto de los cuatro motivos, para cuyo enjuiciamiento es conveniente partir de la argumentación en que la sentencia recurrida funda su fallo.

Comienza el Tribunal de instancia por analizar el contenido de la Disposición Transitoria 5.ª, 2, de la LOGSE, de la que extrae dos consecuencias: "la primera, que se trata de una norma excepcional y transitoria, por lo que su interpretación debe ser restrictiva, y la segunda, que existe un doble sistema de valoración, el de oposición, para el contraste de los conocimientos de los contenidos a impartir y de los recursos didácticos y pedagógicos, y el de concurso de méritos para la valoración de los académicos, entre los que se priman los servicios previos prestados en la enseñanza pública". Examina a continuación la sentencia recurrida el Real Decreto 574/1991, que desarrolla el sistema de selección a que se refiere la mencionada Disposición Transitoria de la LOGSE, destacando que su artículo 23 establece que resultarán seleccionados en el sistema de selección regulado en los artículos anteriores aquellos aspirantes que, habiendo obtenido al menos cinco puntos agregando las valoraciones a que se refieren los artículos 20 (valoración de conocimientos sobre contenidos curriculares y dominio de recursos didácticos y pedagógicos) y 22 (las

calificaciones contenidas en el expediente académico correspondiente al título exigido para el ingreso, los cursos de formación y perfeccionamiento superados, así como los otros posibles méritos relacionados con el expediente académico, excluida en todo caso la experiencia previa (prevista en el art. 21), y ordenados según la puntuación total obtenida en las valoraciones previstas en los artículos 20, 21 y 22 (incluida ya la de la experiencia previa), obtengan un número de orden igual o inferior al número de plazas ofrecidas, por lo que, señala el fallo impugnado, "el requisito para superar la fase de selección previa es superar cinco puntos entre la fase de oposición, que se puntúa de 1 a 10, y los méritos del expediente académico, de 1 a 2, y los cursos de formación y perfeccionamiento, hasta 1 punto, de forma que es posible que se supere el proceso de selección pese a haber sacado un 2 sobre 10 en la fase de oposición", sistema al que se ajusta la Orden impugnada. A ello agrega la sentencia que de la indicada normativa se deduce que no se observa el principio de igualdad en el acceso al ejercicio de las funciones públicas, pues "se valora en 1 punto la titulación que constituye el requisito básico para participar en la oposición, cuando, por este mismo carácter básico, no debería puntuarse sino el exceso en las calificaciones sobre el aprobado de la asignatura, ya que sólo esto representa un mérito. Del propio modo, la valoración mínima se establece en una valoración parcial de 5 puntos sobre 10 para el aprobado, sin tener en cuenta el número de convocatorias consumidas, anteriores suspensos, etc. Y si esto puede ser calificado de arbitrario, también lo es el que se valore tres veces más la realización de tres cursos de perfeccionamiento y formación (a los que normalmente sólo podrán asistir funcionarios y no los que se presenten como libres), frente a una valoración de 0,2 puntos para la posesión de dos licenciaturas o una licenciatura y doctorado, además de la exigida", llegando así el Tribunal *a quo* a la conclusión de que la Orden impugnada vulnera los principios de igualdad, mérito y capacidad que se consagran en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución y artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 agosto.

La razón del fallo judicial recurrido descansa, pues, de un lado, en que debe separarse la valoración de la fase de oposición de la de concurso, considerando contrario a la Disposición Transitoria 5.<sup>a</sup>, 2, de la LOGSE la agregación para la valoración de esa primera fase de ciertos méritos académicos, y, de otro, en que deben reducirse las cuantías de las valoraciones de determinados méritos, especialmente la de la experiencia previa, por estimar que tal y como se hallan fijadas en el baremo vulneran el principio de igualdad.

Los motivos que conjuntamente se examinan deben ser estimados, pues carece de fundamento la ilegalidad del Real Decreto 574/1991, que la sentencia recurrida aprecia para anular la convocatoria impugnada en cuanto aplica fielmente lo dispuesto en dicha norma reglamentaria.

En primer lugar, hay que resaltar que este Alto Tribunal ha tenido ocasión de enfrentarse reiteradamente a impugnaciones del Real Decreto 574/1991, que es fundamento de la convocatoria ahora cuestionada, pudiendo citarse las Sentencias de 14 abril y 10 noviembre 1992 (RJ 1992, 2915 y 9112), 27 abril 1993 (relativa a la misma Orden aquí recurrida), 15 diciembre 1993 (RJ 1993, 9517) y 20 mayo 1994 (RJ 1994, 4437), en las que se ha apreciado la constitucionalidad de dicha norma estatal y su ajuste a la LOGSE, debiendo señalarse que el juicio de constitucionalidad en aquéllas realizado ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en repetidas Sentencias a partir de la 185/1994, de 20 junio (RTC 1994, 185), que desestima un recurso de amparo contra la de este Tribunal Supremo de 14 abril 1992. Es cierto que, en los casos citados, la impugnación del Real Decreto 574/1991 no se concretó en la valoración de la prueba oral, 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, como señaló la Sala en Sentencia de 6 marzo 1995 (RJ 1995, 2312), en recurso similar al presente, 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 los cursos de perfeccionamiento, que no son privativos de ningún colectivo, ya que pueden haber sido realizados por aspirantes de uno u otro grupo, contrariamente a lo que se dice en la sentencia recurrida, y, por otra parte, los cursos no son de mera asistencia, pues han de ser al menos de treinta horas y ser superados, siendo 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 o interinos, podrá hablarse de preferencia, si hay insuficiencia de plazas, de modo que, en conclusión, no cabe entender que se trate de un factor excluible por la Disposición Transitoria 5.<sup>ª</sup> de la LOGSE, o incorporado arbitraria o desproporcionadamente a la norma reglamentaria, dada la puntuación de hasta 1,5 puntos que se le atribuye sobre 10 posibles, en la primera fase.

Centrándonos ya en los razonamientos de la sentencia acerca de que la puntuación de la primera fase o prueba debe contemplar únicamente el examen realizado oralmente, se trata de una argumentación que, como ya hemos dicho en ocasiones prácticamente idénticas —Sentencias de 6 marzo 1995 y 28 septiembre 1996 (RJ 1996, 8331)—, “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.<sup>ª</sup> LOGSE— de concurso-oposición, ni lo es por su contenido y significación”. Se trata, añadíamos en dichas sentencias, de “un sistema excepcional y transitorio, que ofrece en sí razones atendibles para que el legislador haya querido, a su través, liquidar situaciones de interinidad. Esa excepcionalidad impide que, como viene a hacerse en la sentencia impugnada, puedan traerse al procedimiento selectivo cuestionado, principios extraídos, o reglas propias de formas selectivas reguladas para situaciones de normalidad”. Por consiguiente, concluíamos en las citadas sentencias, la primera fase no es una oposición en el sentido estricto del término. “sino una prueba mixta en que los conocimientos se demuestran mediante los que se acreditan oralmente, en una exposición a la que ha precedido la posible consulta durante dos horas de material sobre el tema a exponer, y el añadido de otros previamente adquiridos y acreditados a través del expediente académico, cursos de formación permanente o títulos académicos, al modo que es frecuente en la adquisición de otras plazas docentes”.

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

Por último, es asimismo rechazable la infracción del principio de igualdad que en la sentencia recurrida se atribuye a la valoración de determinados méritos del baremo contenido en el anexo II del Real Decreto 574/1991, pues a lo ya expuesto en relación a los cursos de perfeccionamiento y su valoración debe añadirse que, como ha señalado la citada STC 185/1994, lo único relevante desde la perspectiva del principio de igualdad es que las determinaciones del *quantum* que debe atribuirse a cada uno de los méritos se realicen con carácter general y abstracto para todos los concursantes, como aquí sucede.

Finalmente, en cuanto al máximo de 6 puntos que el Real Decreto señala a la experiencia previa, y que la sentencia recurrida juzga excesivo, tanto la jurisprudencia de este Tribunal como la del Tribunal Constitucional, a las que se ha hecho referencia en el fundamento de derecho cuarto, han declarado que al representar ese máximo un 31,57 por 100 del total de puntos que pueden obtenerse en el procedimiento

de selección, puede considerarse que se sitúa dentro del límite de lo tolerable, debiendo tenerse en cuenta, además, que, como ya se ha dicho, se está en presencia de un régimen transitorio excepcional previsto por el legislador, y, por otra parte, que es la propia LOGSE la que ordena que se otorgue un valor preferente a la experiencia previa; y que su cómputo no es incondicional, sino supeditado a la obtención de un mínimo de 5 puntos por conocimientos curriculares y méritos académicos.

Procede, por todo lo expuesto, estimar los cuatro motivos de casación invocados al amparo del artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción, y, declarando haber lugar a los recursos interpuestos, casar la sentencia recurrida para, en su lugar, desestimar el recurso contencioso-administrativo por ser conforme a Derecho la disposición reglamentaria impugnada indirectamente e inaplicada por el Tribunal de instancia.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 14 julio 1998.*)

## II. SELECCIÓN

1. *Ingreso en la Carrera Judicial. Juristas de reconocida competencia. Régimen Jurídico. No cabe exigir la práctica de trámites no previstos en la normativa aplicable ni en las bases, que fueron consentidas.*

«Por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 17 mayo 1995 se convocaron pruebas selectivas para la provisión de 213 plazas de alumnos del Centro de Selección y Formación de Jueces y Magistrados para su posterior acceso a la Carrera Judicial, de cuyas plazas se asignaban 142 al turno de oposición libre y se reservaban 71 para ser provistas por concurso entre juristas de reconocida competencia.

Con arreglo a las normas reguladoras del concurso entonces vigentes (art. 313 LOPJ, en su redacción anterior a la LO 16/1994, y Orden del Ministerio de Justicia de 1 agosto 1991, modificada por la de 30 junio 1993), para valorar los méritos el Tribunal podrá convocar a los solicitantes "para mantener una entrevista individual de una duración máxima de una hora, en la que se debatirán los citados méritos" (art. 313.5 LOPJ), disponiendo la norma décima, 2, de la Orden de 1 agosto 1991 que "los aspirantes que superen la puntuación mínima fijada por el Tribunal", serán convocados para celebrar dicha entrevista "con objeto de valorar adecuadamente los méritos alegados y, en función de los mismos, su aptitud para acceder a la Carrera Judicial".

Por Acuerdo de 8 noviembre 1995, el Tribunal fija en 14 puntos la puntuación mínima para ser llamado a la entrevista y selecciona los aspirantes que debían celebrarla, en cuya relación, publicada en el "Boletín Oficial del Estado" del día 11 de dicho mes de noviembre, no figuró el recurrente al haber obtenido 9,91 puntos en la evaluación de sus méritos.

Concluidas las entrevistas, el Tribunal, en su reunión de 11 diciembre 1995, aprobó la relación de aspirantes que las habían superado, con las puntuaciones finales correspondientes, y declaró vacantes 46 plazas de las 71 reservadas al concurso, que acrecerán a las correspondientes al turno de oposición. Contra dicho acuerdo interpuso el actor recurso ordinario, que fue desestimado por Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 17 abril 1996, aquí impugnado.

Como primer motivo de impugnación alega el actor que no se le concedió la audiencia preceptiva en el procedimiento selectivo para tener la oportunidad de formular alegaciones con anterioridad a la aprobación de la relación de aspirantes que han superado las entrevistas, con la consiguiente indefensión que ello le ha producido, y que tampoco se le ha concedido la oportuna audiencia en el recurso ordinario.

La alegación no puede prosperar, pues ni en el Reglamento de ingreso al servicio de la Administración del Estado, tanto el aprobado por Real Decreto 2223/1984, de

19 diciembre, como el que lo ha sido por Real Decreto 364/1995, de 10 marzo, ni en la normativa que rige el concurso aquí enjuiciado, ni en las bases de su convocatoria, se halla prevista en el procedimiento selectivo la audiencia reclamada, como tampoco era exigible en el recurso ordinario a tenor de lo dispuesto en el artículo 112.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre. Pero es que, además, en ningún caso se ha originado la indefensión del actor que ha interpuesto el recurso que ha estimado oportuno contra el acto que ha considerado igualmente oportuno (dejando de impugnar, curiosamente, en su momento, el acuerdo por el que no fue incluido entre los llamados a la entrevista) y que incluso ha tenido acceso ante este Alto Tribunal disponiendo de cuantas oportunidades le reconoce la Ley para formular las alegaciones que haya estimado convenientes a su derecho.

Aduce el demandante que la convocatoria no contiene el sistema de calificación de los méritos, según exige el artículo 16.h) del Real Decreto 364/1995, de aplicación supletoria, pues el baremo de la Orden de 1 agosto 1991 se limita, en general, a fijar una puntuación máxima para cada uno de sus apartados, pero no establece el sistema de calificación que comprenda los criterios de modulación de los distintos méritos y su traducción en una puntuación concreta, cuya omisión, añade el actor, obligó sin duda al Tribunal a establecer unos criterios de valoración a los que tuvo que ajustarse, criterios que debían figurar en el expediente y que, sin embargo, no se han aportado, lo que ha impedido discutirlos jurídicamente, con la consiguiente indefensión.

El razonamiento expuesto debe ser rechazado en cuanto supone impugnación de las bases de la convocatoria, ya que habiéndolas consentido el actor, no puede cuestionar su legalidad al no haber obtenido un resultado favorable en las pruebas. Con independencia de ello, debe señalarse que la norma décima de la Orden de 1 agosto 1991, modificada por la Orden de 30 junio 1993, contiene el sistema de evaluación de los méritos con arreglo al baremo que la misma establece. Cuestión distinta es que la aplicación por el Tribunal de dicho baremo no haya satisfecho las aspiraciones del recurrente.

Por otra parte, ni del Reglamento General de ingreso al servicio de la Administración del Estado, antes citado, ni de las bases de la convocatoria, que con subordinación a la Ley rigen las pruebas selectivas, se deduce la necesidad de publicación del acuerdo que, en su caso, hubiera adoptado el Tribunal para la valoración provisional de los méritos de los concursantes. Es más, sobre esta cuestión ya se ha pronunciado la Sala en Sentencia de 8 noviembre 1991 (RJ 1991, 8006), recaída en recurso planteado también con ocasión de concurso de acceso a la Carrera Judicial en el que el Tribunal calificador, con respecto a los criterios de valoración establecidos, "acordó no recogerlos en el acta, por cuanto en nada alteran el mandato normativo", en cuya sentencia se declara: "... Naturalmente que no existe obstáculo alguno para que el Tribunal calificador autolimite su discrecionalidad técnica de modo más intenso, fijando unos criterios complementarios de valoración de los méritos, pero el procedimiento de selección no resulta viciado porque tales criterios no lleguen a establecerse o no se expliciten, ya que a lo único que se encuentra preceptivamente sujeta la actuación calificadora del Tribunal es a las bases de la convocatoria que constituyen la Ley del concurso".

Ha de concluirse, pues, que no existe la infracción procedimental que se denuncia, ni se ha originado la indefensión del actor, que no cabe residenciar en su exclusión de la relación de aspirantes seleccionados por la insuficiente valoración que obtuvieron sus méritos con arreglo al baremo que el mismo consintió.

Tampoco puede prosperar la supuesta falta de motivación del acto recurrido. El Real Decreto 364/1995, de aplicación supletoria según se ha dicho, dispone en su artículo 22 que los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos deberán ser motivados, añadiendo: "La motivación de los actos de los órganos de selección dictados en virtud de discrecionalidad técnica en el desarrollo de su cometido de valoración estará referida al cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria".

En el presente caso, el acto originariamente impugnado está constituido por el

acuerdo del Tribunal calificador que aprueba la relación de aspirantes que han superado las entrevistas, con las puntuaciones finales correspondientes, acto éste que, como el precedente por el que fueron convocados a la entrevista los concursantes que habían superado la puntuación mínima fijada por el Tribunal, han sido dictados en el legítimo ejercicio de la discrecionalidad técnica del órgano de selección, con arreglo a las bases de la convocatoria, pues tanto la valoración provisional de los méritos como la efectuada en virtud de las entrevistas y la calificación final obtenida constituyen decisiones encomendadas a la discrecionalidad técnica del Tribunal y que éste ha adoptado conforme a los conceptos y dentro de los límites establecidos en el baremo de la convocatoria, por lo que aparece fielmente respetada la motivación exigida por el citado precepto reglamentario.

Afirma el actor, con cita de jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Constitucional, que la presunción de legalidad de que goza la discrecionalidad técnica del Tribunal del concurso puede quedar desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el Órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, y, en el presente caso, señala el demandante, no hay posibilidad de conocer si ha habido un proceder razonable, dada la ausencia de justificación del criterio seguido en la valoración de los méritos.

Pues bien, no puede decirse que la argumentación del recurrente desvirtúe la presunción de razonabilidad que, según reconoce, ampara la actuación del Tribunal calificador, ya que, como ya se ha dicho, la falta de constancia de los criterios complementarios de valoración seguidos por el Tribunal no vicia el procedimiento y, por otra parte, la valoración que hace el actor de sus propios méritos, atribuyéndoles una puntuación superior a 15 puntos, no es bastante para desvirtuar la razonabilidad de la que ha efectuado el Tribunal con arreglo al baremo establecido, ni para demostrar la existencia de desviación de poder o arbitrariedad que excluyan la legitimidad del respeto a la discrecionalidad técnica del Órgano calificador.

Por último, cita el demandante el caso de dos concursantes que, pese a no haber alcanzado inicialmente la calificación mínima de 14 puntos, fueron admitidos a la entrevista.

El dato no es verificable al no figurar en el expediente la lista de los aspirantes convocados a la entrevista, pero la alegación es irrelevante pues el principio de igualdad sólo es invocable dentro de la legalidad y, por otra parte, tal irregularidad o error, de haber existido, no fue determinante de la exclusión del actor de la entrevista, que se debió únicamente al hecho de no haber obtenido sus méritos la puntuación mínima fijada por el Tribunal.

Es asimismo irrelevante que el recurrente considere excesivas las puntuaciones totales de ciertos aspirantes, en relación con las que obtuvieron inicialmente, pues esc exceso, en su caso, en nada le perjudicó, ya que lo que le impidió figurar en la relación de concursantes que superaron la entrevista y que resultaron seleccionados, no fue la superior puntuación de dichos aspirantes, puesto que quedaron vacantes 46 plazas de las 71 asignadas al turno de concurso, sino el no haber accedido a la celebración de la entrevista.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 4 junio 1998.*)

*2. Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia. Valoración, con seis puntos como máximo, del conocimiento de la lengua de la Comunidad Autónoma. Justificación objetiva y razonable. Proporcionalidad al fin de la norma.*

«Se impugnan en este proceso los artículos 5.4, 11.4 y 20.4, en relación con la disposición adicional segunda, del Reglamento Orgánico de Oficiales, Auxiliares y

Agentes de la Administración de Justicia, aprobado por el Real Decreto 249/1996, de 16 febrero, en los que se previene, en esencia, que en los concursos para la provisión de plazas por promoción interna y en las convocatorias territorializadas que se verifiquen en aquellas Comunidades Autónomas que tengan lengua oficial propia y que hayan recibido los correspondientes traspasos, el conocimiento de la misma se valorará hasta el máximo de seis puntos.

Sustancialmente, los argumentos esgrimidos por los demandantes en apoyo de su pretensión anulatoria son los siguientes: primero, vulneración del artículo 471 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que la valoración del conocimiento de las lenguas autonómicas está limitada a la provisión de vacantes en concursos de traslado, pero no para los casos de ingreso en los respectivos Cuerpos; segundo, infracción del artículo 23.2 de la Constitución, al ser los preceptos mencionados discriminatorios para los españoles de Comunidades carentes de lengua oficial autonómica; tercero, contradicción con el carácter de Cuerpos Nacionales que para los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes establece el artículo 454.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A estos razonamientos ha respondido en sentido desestimatorio la Sentencia de 13 abril 1998 (RJ 1998, 4614). Decíamos en ella que los preceptos impugnados no pueden dar lugar a la desigualdad que la parte recurrente invoca, ya que se refieren exclusivamente, en su ámbito de aplicación, a las "convocatorias territorializadas", en aquellas Comunidades Autónomas que tengan lengua oficial propia, esto es, a aquellas convocatorias para puestos de trabajo en la Comunidad Autónoma de que se trate y que sólo han de surtir efecto dentro de dicha Comunidad Autónoma, en la que es necesario exigir como mérito el conocimiento de la lengua propia de la Comunidad (art. 471 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En las convocatorias territorializadas para puestos de trabajo de Comunidades Autónomas con lengua oficial propia, la diferencia entre quienes conocen esta lengua, que ostentan el mérito correspondiente, y quienes no la conocen, obedece a una justificación objetiva y razonable, proporcionada al fin de la norma, puesto que el servicio de estos puestos de trabajo dentro de la Comunidad Autónoma (únicos a los que se refiere la convocatoria territorializada) se verá beneficiado por el conocimiento de la lengua cooficial propia. En las convocatorias que no afecten a puestos de trabajo de una Comunidad Autónoma con lengua oficial propia no hay desigualdad ni discriminación alguna, ya que respecto a ellas no tiene aplicación el mérito que regulan los artículos 5.4 y 11.4 impugnados. Por otra parte, las normas combatidas tienen su cobertura legal en los artículos 471 y 491.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El artículo 471, aplicable a todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, establece que en los concursos para la provisión de plazas en el territorio de aquellas Comunidades Autónomas que tengan una lengua oficial propia, se valorará como mérito el conocimiento de ésta en los términos que se establecerán reglamentariamente. El artículo 491.2 (aplicable a Oficiales, Auxiliares y Agentes) previene que, de conformidad con lo establecido en el artículo 315 de la propia Ley Orgánica, la convocatoria para las pruebas de selección y perfeccionamiento podrá ser territorializada, y el aspirante deberá optar por uno de los ámbitos territoriales que exprese la convocatoria y, de resultar aprobado, será destinado obligatoriamente a alguna de las vacantes radicada en el mismo. En conclusión, la valoración como mérito del conocimiento de la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma, en los concursos para la provisión de plazas de Oficiales y de Auxiliares por el turno de promoción interna en concurso restringido, que tiene su ámbito de aplicación exclusivamente en las convocatorias territorializadas, esto es, limitadas a puestos de trabajo de la Comunidad Autónoma, ni vulnera el principio de igualdad, por limitar su eficacia a los puestos que se exija como mérito el conocimiento de la lengua cooficial propia, ni se opone a los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, preceptos que le proporcionan la cobertura legal necesaria (arts. 471 y 491.2 antes mencionados). Por lo que concierne al artículo 20.4, en él se previene que el mérito (que sólo tiene asignada la referida cualidad de "mérito") que reconoce que el turno de promoción interna sólo será aplicable en el ámbito de la Co-

munidad Autónoma, con lo que los efectos son equivalentes en los dos supuestos (turno libre y turno de promoción interna).

El Voto particular expresado en la propia sentencia ampliaba el argumento de legalidad sobre el sentido general de los enunciados artículos 5.4 y 11.4.

Los que suscribimos aquel voto señalábamos que “en sí mismo entendido, y aisladamente considerado, el artículo 471 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no puede ser título legal de habilitación de unas normas reglamentarias que, como los artículos 5.4 y 11.4, se refieren al ingreso en cuerpos nacionales”.

Ocurre, sin embargo, que las convocatorias territorializadas de promoción interna en concurso restringido suponen una conjunción de los artículos 471 y 491.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conjunción con la que se establece el título legal de habilitación de los preceptos reglamentarios discutidos, al tiempo que se sientan las bases adecuadas para poder rechazar (en el plano meramente cualitativo en el que, por ahora, nos movemos) la imputación de desigualdad.

El artículo 491.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite las convocatorias territorializadas, siendo una consecuencia inmediata de la territorialización el que los momentos, jurídicamente distintos, de ingreso en los Cuerpos nacionales y de provisión de plazas se aproximan, hasta fundirse prácticamente en uno solo, pudiendo ya operar en esa fusión el artículo 471 LOPJ, como título legal de habilitación al Reglamento para la valoración como mérito del conocimiento del idioma.

En la territorialización regulada en el artículo 391.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial debe destacarse un doble factor, que es de especial relevancia para la solución del problema que analizamos: primero, que la territorialización determina que “se agrupen las vacantes de uno o varios territorios”; y segundo, que “el aspirante deberá optar por uno de los ámbitos territoriales que exprese la convocatoria, y de resultar aprobado, será destinado obligatoriamente a alguna de las vacantes radicadas en el mismo”.

Esa necesaria opción determina una consecuencia trascendental: el que aunque el ingreso lo sea a un Cuerpo Nacional y la prueba de selección sea única, a resolver por un Tribunal asimismo único (art. 7 del Real Decreto impugnado), en realidad las vías de ingreso se diversifican por el hecho de la territorialización, al tiempo que ésta determina una inmediata fusión entre los fenómenos del ingreso en el Cuerpo y de provisión de las plazas, volatilizándose el ingrediente de abstracción del ingreso en el Cuerpo, y prevaleciendo el de provisión de la plaza, pues aquel ingreso de antemano está preordenado a la provisión de las plazas de un determinado ámbito. Es precisamente la primacía real del elemento de la provisión de las plazas en la fusión jurídica de los artículos 471 y 491.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial lo que permite, y justifica, que la provisión del primero pueda desplegar su virtualidad en las convocatorias territorializadas.

El riesgo de desigualdad por la aplicación de baremos distintos en los distintos ámbitos territorializados se desvanece, si se advierte que la propia territorialización determina un efecto diversificador de los cauces de ingreso, como se adelantó.

Es presupuesto de la desigualdad, en los términos en los que los plantea la recurrente, la concurrencia de los concursantes; pero por principio la territorialización, según se ha explicado, elimina la posibilidad de esa concurrencia, pues los diversos ámbitos de territorialización, dada la necesaria opción de los concursantes por uno de ellos, acotan espacios estancos, rigiendo en cada uno de ellos el mismo baremo. El mérito especial del idioma en los ámbitos en donde no opere, no puede determinar una posición de ventaja o desventaja entre los concursantes concurrentes en él, en relación con los que concursan en un ámbito en el que sí opere ese mérito especial, pues uno y otros no concurren en el ingreso.

Podría pensarse que la concurrencia posible, si no en el cauce diversificado de ingreso, puede darse en el espacio común del Cuerpo único al que se accede a través de los distintos cauces. Mas en esa concurrencia el mérito del idioma no opera (lo que sería de todo punto inadmisibles, si la ventaja del idioma razonable en un ámbi-

to determinado, se proyectase fuera de él, en donde deja de serlo), pues lo impiden el artículo 20.4.b) *in fine* del Reglamento (“... y sólo será aplicable en el ámbito de”) y el artículo 106 (“Los méritos y baremaciones que hayan de surtir efectos exclusivos en aquellas Comunidades Autónomas que hayan recibido los trasposos de medios personales para el funcionamiento de la Administración de Justicia, serán recogidos, a estos efectos, en uno de los correspondientes subescalafones”).

Si se tiene en cuenta la valoración de méritos establecida en los baremos de los artículos 5.2 y 11.2 del Reglamento (entre los que, por cierto, se establece, como tal, el conocimiento de las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas, junto con el de las extranjeras, previsión y valoración que estimamos razonable) se observa que tales baremos constituyen un mínimo común denominador en todos los ámbitos afectados por la territorialización, siendo elemento común de referencia desde la perspectiva abstracta y unitaria del ingreso en los Cuerpos nacionales únicos.

A ese mínimo común denominador se le adiciona en las Comunidades con lengua oficial propia, distinta del castellano, la valoración como mérito especial del conocimiento de aquélla. Mas debe observarse que ese mérito no sustituye a ninguno de los que integran el citado mínimo común denominador (que en ese caso no se daría, y lo que sería inaceptable), sino que se adiciona a él. Ello supone que a la hora de establecer posibles comparaciones entre la carga de méritos necesarios para ingresar en el cuerpo común a través de los distintos ámbitos territoriales en los que no opera como mérito especial cualificado el del conocimiento de un idioma oficial de Comunidad Autónoma, distinto del castellano, puede ingresarse con sólo los méritos del baremo común; mientras que en los ámbitos en que opera aquel mérito especial pueden ser precisos, además de los méritos del baremo común, los del específico de ese ámbito territorial, en el que se incluye el del idioma. En otros términos, desde el plano comparativo del Cuerpo único común lo expuesto supone que puede ingresarse en él con menor puntuación en los ámbitos territoriales en que no existe mérito de un idioma oficial, distinto del castellano, especialmente valorable; mientras que en los ámbitos territoriales en los que sí opere ese mérito especialmente cualificado, la puntuación necesaria para el ingreso puede tener que ser mayor.

Si al propio tiempo se recuerda que el conocimiento del idioma, en cuanto mérito especial, no opera después en el escalafón común único, dado lo dispuesto en los artículos 20.4 y 106 del Reglamento, se llega a la conclusión de que ninguna desventaja se produce por el cómputo del idioma en unos ámbitos, para los que ingresan por otros ámbitos distintos.

Limitada la funcionalidad del mérito especial discutido a sólo el ámbito de las Comunidades Autónomas con idioma oficial propio, el hecho de que en ese ámbito se considere como mérito el conocimiento del idioma para la provisión de las plazas del mismo (que es, no se olvide, ingrediente especial del fenómeno de la territorialización), tiene cobertura legal en el artículo 471 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y no lesiona el principio de igualdad, pues dentro de ese limitado ámbito es razonable que se valore especialmente el conocimiento del idioma, como mérito.

La comparación entre el que lo reúne y el que no, no puede presentarse como factor de desigualdad, pues todo mérito determina un trato diferencial entre los que lo tienen y los que carecen de él, siendo un factor de diferenciación perfectamente objetivo, razonable y adecuado a un fin perfectamente legal.

Así pues, la valoración especial del idioma, al no proyectarse fuera del ámbito en el que se computa, no puede generar situación alguna de desigualdad para los situados fuera de él (tanto en el momento del ingreso común como en la ulterior dinámica de las carreras).» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 16 junio 1998.*)

3. *Opositor que, según la Comisión de Médicos de la Administración, sufre enfermedad que le impide el normal ejercicio de su función. Legalidad de la resolución que le excluye, tras superar las pruebas selectivas, dado que, por el ámbito de constantes dudas en que se produce el doctor informante en el proceso, no se ha desvirtuado el dictamen de la Comisión.*

«Por el Ayuntamiento de Bilbao se convocó una oposición libre para la cobertura de plazas de subalterno vacantes en la plantilla de funcionarios de la Corporación. La base 2.ª de la convocatoria establecía los requisitos para poder optar a las plazas, figurando entre ellos "no padecer enfermedad o defecto físico que impida el normal desempeño de la función, para lo cual la Corporación exigirá, en el momento que estime oportuno, los certificados médicos necesarios u ordenará los reconocimientos convenientes". A su vez, la base octava, relativa a la "relación de aprobados, presentación de documentos y nombramientos", disponía que los opositores propuestos por órgano de selección deberían presentar un "certificado médico, expedido por los servicios médicos de la Corporación, de no padecer enfermedad o defecto físico que impida el normal ejercicio de la función".

Don José Luis D. P. superó las pruebas selectivas, por lo que se le requirió para que presentase la documentación antes citada, para lo que acudió a realizarse análisis de sangre y orina al Centro Municipal de Salud del Ayuntamiento. Dichos análisis arrojaron un resultado de "hepatopatía en evolución con marcadores bioquímicos de origen tóxico-exógeno", por lo que, en atención a esta circunstancia, fue excluido de la lista definitiva de seleccionados.

Disconforme con la exclusión, don José Luis D. P. interpuso recurso de reposición, aportando análisis clínicos realizados por otros facultativos con resultados normales. No obstante, dicho recurso fue nuevamente desestimado, por lo que interpuso recurso contencioso-administrativo.

En su escrito de demanda, reiteró el interesado, aportando informes médicos, que no padecía ninguna enfermedad que le impidiera desarrollar las funciones de subalterno con normalidad.

Dada la naturaleza de la cuestión debatida en el proceso, la Sala de Primera Instancia acordó la práctica de una prueba pericial, que fue cumplimentada por un médico designado por la Sala, cuyo informe señaló que el recurrente presentaba una cifra elevada de transaminasas, posiblemente debida a padecer "hepatitis B". Requerido el perito para que aclarara algunos extremos de su informe, puntualizó que, en su opinión, la patología que pudiera padecer no le impedía el normal ejercicio de la profesión de subalterno.

Con fecha 2 abril 1991, la Sala de Primera Instancia dictó Sentencia estimatoria del recurso, en atención a los resultados de la prueba pericial y los propios certificados médicos aportados por el recurrente, declarando su derecho a ser nombrado para una de las plazas de subalterno convocadas.

Contra la sentencia interpuso recurso de apelación el Ayuntamiento de Bilbao, en el que el gran tema a debate es el de la valoración jurídica de los diversos informes médicos que obran en las actuaciones, a la vista que de ellos depende el hecho básico determinante de la legalidad de la decisión administrativa que constituye el objeto del proceso, esto es, si el señor D. P. padece o no enfermedad que le impida el desempeño de la función pública a la que aspira.

Visto el tema en esta perspectiva, el necesario punto de partida es el informe de la Comisión Médica de los Servicios Médicos Municipales, evacuado en trámite de recurso de reposición, con fecha 2 de febrero de 1987, en el que ratificando su anterior dictamen de considerar al interesado no apto para ocupar la plaza de Ordenanza de Escuelas, niega cualquier valor al análisis presentado por el mismo para destruir aquella conclusión, con expresión de las razones científicas que es específica.

Dada la presunción de objetividad del dictamen de este organismo médico oficial, en principio la destrucción de sus conclusiones es carga que recae sobre el administrado, carga de la que ha intentado aliviarse acudiendo a la pertinente prueba pericial en el proceso, dando lugar al informe médico evacuado en 30 de enero de 1990, en el que el doctor C. F., además de las manifestaciones que antes hemos reseñado, consideró que "el interesado tiene una hepatopatía cuya etiología, diagnóstico, evaluación, pronóstico y conducta a seguir más lo daría el estudio anatómo-patológico mediante la práctica de una biopsia hepática".

Atendiendo a esta indicación pericial, en esta segunda instancia ordenamos, para mejor proveer, que por el doctor C. H. se emitiese un nuevo informe sobre los extremos señalados, previo el pertinente estudio anatómo-patológico, así como sobre la posible incidencia de la hepatopatía del actor sobre el normal ejercicio de las funciones de subalterno del Ayuntamiento de Bilbao, a lo que el perito contestó que no podía efectuar el informe solicitado, dado su carácter de Médico de Medicina General, siendo lo pedido propio de especialistas de cirugía del aparato digestivo y de anatómo-patología.

Ante esta situación, en que las conclusiones del doctor informante en el proceso se han mantenido en un ámbito de constantes dudas, opciones y condicionantes respecto al diagnóstico de la enfermedad y sus consecuencias, con leal confesión de la insuficiencia de los medios a su alcance para llegar a unas valoraciones más precisas, entendemos —en contra del criterio de la Sala de Bilbao— que realmente el dictamen de la Comisión de Médicos de la Administración no ha sido desvirtuado, lo que nos obliga a estimar el recurso de apelación.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 17 julio 1998.*)

### III. PLANTILLAS Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

#### 1. *Promoción interna. Interpretación y alcance del artículo 22.1 L. 30/84. La promoción interna debe tener lugar exclusivamente de un grupo de titulares a otro inmediato superior.*

«Por Resolución de 24 mayo 1991 del Servicio Andaluz de Salud se convocaron pruebas selectivas para el ingreso en el Grupo de Gestión de Función Administrativa del Estatuto de Personal no Sanitario dependiente del organismo. Contra determinados puntos de dicha resolución y contra la denegación presunta, en virtud de silencio administrativo, del recurso promovido al efecto, don Joaquín M. M. interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado en parte por Sentencia dictada el 25 septiembre 1995 por la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, que anuló los actos impugnados en el particular relativo a la inclusión en la base 2.2.1 de la convocatoria de los aspirantes pertenecientes al Grupo Auxiliar. En efecto, de las plazas convocadas, una parte de ellas quedaba reservada a la promoción interna y la citada base 2.2.1 establecía que los aspirantes por promoción interna debían pertenecer al Grupo Auxiliar o Administrativo de la Función Administrativa del Estatuto de Personal no Sanitario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, con destino en plaza en propiedad del Servicio Andaluz de Salud. La sentencia indicada entiende que dicha base es contraria al artículo 22.1 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, precepto que se encuentra integrado entre las bases del régimen estatutario de todos los funcionarios públicos, conforme al artículo 1.3 de la citada Ley, previniendo el párrafo primero del mencionado artículo 22.1 que las Administraciones Públicas facilitarán la promoción interna consistente en el ascenso desde Cuerpos o Escalas de un Grupo de

titulación a otros del inmediato superior. Pues bien, la base 2.2.1 impugnada, entendiéndose la Sentencia de 25 septiembre 1995, es parcialmente contraria a lo dispuesto en el artículo 22.1 de la Ley 30/1984, en cuanto permite el acceso al Grupo de Gestión de Función Administrativa a los Auxiliares, pese a pertenecer a un Grupo de titulación no inmediatamente inferior al del Grupo a que aspiran (el Grupo inmediatamente inferior al de Gestión está constituido por el Administrativo). El artículo 22.1, en opinión de la Sala de instancia, no se opone a lo dispuesto en el artículo 34.4.1.c) de la Ley 4/1990, de 29 junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, porque cuando este precepto señala que en las pruebas selectivas podrá reservarse para el sistema de promoción interna un porcentaje no superior al 50 por 100 de las plazas que se convoquen, al que tendrá acceso el personal de categorías inferiores, está regulando las pruebas selectivas en general, refiriéndose a las pruebas de acceso a los distintos Cuerpos, lo que le obliga a utilizar el término en plural, por lo que en modo alguno resultaba correcto el término "categoría inferior" en singular, es decir, en "pruebas selectivas" para los distintos Grupos tendrá acceso el personal de "categorías inferiores", mientras que en pruebas selectivas para un Grupo determinado tendrá acceso el personal de "categoría inferior". Esta interpretación, añade la sentencia que examinamos, implica que el artículo 14.1 del Real Decreto 118/1991, de 25 enero, que reguló la selección del personal y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, refiriéndose a que tendrá acceso al sistema de promoción interna el personal estatutario fijo o de plantilla de la correspondiente Administración Pública perteneciente a Grupos de clasificación iguales o inferiores, devenga inaplicable, por cuanto que al sustituir la palabra "categoría" por la de "Grupo" y añadir "iguales o inferiores" se excede de lo ordenado por la norma legal habilitante, que es el artículo 34.4 de la Ley 4/1990 antes mencionado (como se desprende del número 4 de dicho apartado 4), infringiendo así el principio de jerarquía normativa. Contra la referida sentencia han interpuesto recursos de casación don Enrique B. E. y los demás litisconsortes enumerados en el encabezamiento de la presente resolución, representados por el Procurador don Luciano R. N., doña María Angustias M. S. y demás litisconsortes igualmente mencionados, representados por el Procurador don Alejandro G. S., y el Servicio Andaluz de Salud. La Sentencia de esta Sala de 7 octubre 1997, dictada en el Recurso de Casación número 8587/1995, resolvió un supuesto análogo al que ahora plantean los recursos de casación interpuestos, con motivo de la anulación por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada de base equivalente incluida en la Convocatoria hecha por el Servicio Andaluz de Salud de pruebas selectivas para el ingreso en el Grupo Técnico de Función Administrativa del Estatuto de Personal no Sanitario dependiente del organismo, por lo que en la presente resolución nos sujetaremos a sus criterios, tanto por aplicación del principio de unidad de doctrina como por considerarlos ajustados al ordenamiento jurídico.

Los motivos tercero y cuarto del recurso de casación interpuesto por don Enrique B. E. y demás litisconsortes, fundados en el número 4.º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, son en realidad uno mismo, ya que en ellos se alega, por una parte, aplicación indebida del artículo 22.1 de la Ley 30/1984 y, por otra, interpretación errónea y no aplicación de los artículos 34.4.1.c) de la Ley 4/1990 y 14.1 del Real Decreto 118/1991, vicios que son consecuencia indeclinable de la aplicación, que la parte recurrente estima indebida, del artículo 22.1 de la Ley 30/1984. En estos motivos se discute la procedencia de la inaplicación del artículo 14.1 del Real Decreto 118/1991, por lo que debemos examinarlos en cuanto a este aspecto. Lo mismo cabe decir del motivo segundo del recurso promovido por doña María Angustias M. S. y demás litisconsortes, por infracción de los preceptos antes mencionados, en relación con la disposición transitoria cuarta y preceptos concordantes de la Ley 30/1984, que también citan los demás recurrentes; así como de los motivos primero y segundo del recurso deducido por el Servicio Andaluz de Salud, que también constituyen un mismo motivo, al referirse a la aplicación indebida del artículo

22.1 de la Ley 30/1984 y consiguiente infracción del artículo 34.4.1.c) de la Ley 4/1990 y 14.1 del Real Decreto 118/1991. Pues bien, estos motivos, cuya sustancia es la misma, han de ser desestimados por cuanto se refieren a la impugnación indirecta del artículo 14.1 del Real Decreto 118/1991, en virtud de lo expuesto en la Sentencia de esta Sala de 7 octubre 1997, anteriormente mencionada (fundamento de derecho segundo). Recogiendo en lo procedente lo allí expuesto hemos de reiterar que el artículo 14 del Real Decreto 118/1991 dice que "con carácter general, y respecto al número global de plazas que se convoquen anualmente, podrá reservarse hasta un 50 por 100 de las mismas para su provisión por el sistema de promoción interna, al que tendrá acceso el personal estatutario fijo o de plantilla de la correspondiente Administración Pública perteneciente a grupos de clasificación de los establecidos en el artículo 3.º del Real Decreto-ley 3/1987, de 11 septiembre, iguales o inferiores...". La sentencia de instancia afirma que este precepto reglamentario se aparta tanto del artículo 22.1 de la Ley 30/1984 como del artículo 34.4.1.c) de la Ley 4/1990, en la interpretación que la sentencia hace de dicha norma, en cuanto en ambos la condición de la promoción interna es que tenga lugar exclusivamente de un grupo de titulación a otro inmediato superior. No poniéndose en duda que éste es el sentido exacto de lo establecido en el artículo 22.1 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y que se trata de un precepto declarado básico en el artículo 1.3 de la misma, y por eso aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas, la necesaria conclusión jurídica es que la interpretación dada por la Sala de Granada al artículo 34.4.1.c) de la Ley 4/1990 es la única conforme con aquella naturaleza básica del citado artículo 22.1, porque, aunque se admita que con arreglo a la disposición transitoria cuarta de la Ley 30/1984, el Personal estatutario no Sanitario de las Instituciones de la Seguridad Social, al que se refieren las pruebas convocadas, debe regirse por la legislación que al respecto se dicte, sin embargo las especialidades que pueden contenerse en esta legislación no pueden alcanzar a vulnerar el sentido y límites de las normas básicas, dictadas al amparo del artículo 149.1.18.º de la Constitución. Por eso no cabe sino aceptar el sentido que en la sentencia de instancia se da al artículo 34.4.1.c) de la Ley 4/1990 y, consecuentemente, considerar inaplicable el artículo 14.1 del Real Decreto 118/1991 en la interpretación pretendida por los recurrentes, lo que comporta la desestimación de los motivos de casación enjuiciados en el presente fundamento de derecho.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 26 junio 1998.*)

*2. Relaciones de puestos de trabajo. Aunque tienen vocación normativa, son actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, pero no auténticos reglamentos. Aunque han de ser públicas, en el sentido de que puedan ser conocidas por quien lo desee, del artículo 15 L. 30/84 no deriva que cualquier modificación que les afecta haya de publicarse en el «BOE».*

«Contra esta sentencia interpone el Abogado del Estado recurso de casación, al amparo del artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo 15 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. En este sentido alega que el procedimiento de elaboración y modificación de las relaciones de puestos de trabajo no es el previsto con carácter general en los artículos 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, sino el especial regulado en el mencionado artículo 15, que para las modificaciones de dichas Relaciones no exige la publicación puntual en el Diario Oficial, dado que la misma no resulta necesaria para su publicidad, habida cuenta del limitado círculo de sus destinatarios, para quienes serviría a efectos de publicidad, la notificación personal, como sucedió en el caso enjuiciado.

El artículo 15 de la Ley de Reforma de la Función Pública dice que "las relaciones de puestos de trabajo serán públicas", pero no especifica la forma que debe adoptar esta publicidad. Por su parte, una Orden de 2 diciembre 1988 dice, en su artículo quinto, que las relaciones iniciales de puestos de trabajo aprobadas por la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones serán publicadas en el "Boletín Oficial del Estado" y que, asimismo, se publicarán periódicamente en dicho Boletín las relaciones de puestos de trabajo actualizadas.

El problema jurídico que se plantea en este proceso es si el requisito de publicidad exigido por el mencionado artículo 15 se satisface con la forma prevista al efecto en la citada Orden, teniendo en cuenta que en el caso aquí debatido la actuación administrativa que constituye el objeto del litigio se justifica por la Administración en la existencia de una mera modificación de la preexistente relación de puestos de trabajo de los Servicios periféricos de la Secretaría General de Asuntos Penitenciarios, por lo que, en principio, no resultaría de la mencionada Orden que fuese exigible para su eficacia la publicación en el Boletín Oficial, de modo que sólo una interpretación del artículo 15 antes citado de la que se dedujera que también para las modificaciones fuese necesaria esa forma concreta de publicación permitiría dar por jurídicamente correcto el contenido de la sentencia de instancia.

En efecto, en ella esta conclusión se establece sobre la base de considerar las relaciones como reglamentos organizativos, sometidos al principio general de publicidad de las normas, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.

La Sala no participa de este criterio. En Sentencias de 3 marzo 1995 (RJ 1995, 2305) y de 28 mayo 1996 (RJ 1996, 4653) hemos dicho que el Tribunal Supremo ha establecido la vocación normativa de las relaciones de puestos de trabajo para justificar que, a pesar de merecer la calificación de cuestiones de personal, sin embargo se hayan considerado apelables las sentencias pronunciadas sobre las mismas, dándoles así, desde el punto de vista estrictamente procesal, el tratamiento propio de las disposiciones generales, pero sin que por eso haya desconocido que materialmente su verdadera sustancia jurídico-administrativa es la de los actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, de donde viene aquella vocación normativa, pero excluyendo en todo caso que sean auténticos reglamentos.

Atendiendo a esta doctrina, no resulta exigencia impuesta por la Ley que cualquier intervención modificativa en las relaciones que deba ser publicada en el Boletín, pues lo único que impone es que sean públicas, en el sentido de que pueda ser conocida por quien lo desee, requisito claramente cumplido para el recurrente, al que en el acto impugnado se le hizo conocer la existencia de la modificación y que por eso pudo haberla combatido, sin que por tanto se le haya causado indefensión alguna respecto a un acto cuya eficacia no dependía de haber sido reproducido en el Diario Oficial.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 26 junio 1998.*)

#### IV. DERECHOS

1. *Derecho al puesto. Jueces en régimen de provisión temporal. Cese por el transcurso del año para el que fueron nombrados. No se requiere la previa autorización del CGPJ.*

«Como primer motivo de impugnación se alega en la demanda vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, por entender que el Acuerdo de la Comisión Permanente de 16 enero 1996 carece de motivación, ya que, a juicio del recurrente, el artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial que correspondía aplicar no era el 432.2, sino el 433.1.e), habida cuenta de la comunicación del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía exponien-

do las razones para no prorrogar el nombramiento del actor, destacándose en la demanda la circunstancia de que el expediente disciplinario al que se alude en dicha comunicación fue archivado por Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial de 17 mayo 1996.

Tal razonamiento no puede ser compartido por la Sala, pues, con independencia de que el artículo 24.1 de la Constitución no es de aplicación a la cuestión planteada, toda vez que la resolución impugnada no ha recaído en un procedimiento de carácter sancionador, sino en un expediente para la prórroga, en su caso, del nombramiento de Jueces en régimen de provisión temporal al transcurrir el período de un año por el que fueron designados, es lo cierto que en el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía va se dijo que no se prorrogaba el nombramiento, entre otros, del demandante, "conforme a lo dispuesto en el artículo 432.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio", precepto éste según el cual los nombramientos se harán por un año, que podrá prorrogarse por otro más, y en el acuerdo de la Comisión Permanente se expresa que los Jueces en provisión temporal que se relacionan, entre los que figura el actor, "deberán cesar en sus cargos el día en que se cumple el año desde que tomaron posesión de sus cargos". Es claro, por tanto, que el cese del recurrente como Juez en régimen de provisión temporal se ajustó a lo dispuesto en el artículo 432.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y así se dijo de modo explícito, por lo que carece de fundamento la pretendida falta de motivación del indicado acuerdo de la Comisión Permanente.

Cuestión diferente es que, según la tesis del demandante, el artículo que debió aplicarse era el 433.1.e) de la citada Ley Orgánica, pero aunque esto fuera cierto no supondría la falta de motivación que se denuncia, sino la inadecuación de la que el acto expresa, situación a la que no cabría atribuir lesión del artículo 24.1 de la Constitución, en la hipótesis de que fuera aplicable al caso de autos, pues es doctrina constitucional reiterada la de que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva comprende la obtención de una respuesta razonable y motivada, no garantiza el acierto de la decisión adoptada, ni preserva de eventuales errores en el razonamiento jurídico, ni en la elección de la norma aplicable (cfr. SSTC 77/1986 [RTC 1986, 77], 119/1987 [RTC 1987, 119], 211/1988 [RTC 1988, 211], 127/1990 [RTC 1990, 127], 210/1991 [RTC 1991, 210], 55/1993 [RTC 1993, 55], 211/1994 [RTC 1994, 211] y 309/1994 [RTC 1994, 309]). Pero es que, además, el artículo 433.1.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere al cese de los Jueces en régimen de provisión temporal, no por el transcurso del año para el que fueron nombrados, como aquí sucede, sino por falta de aptitud o idoneidad para el ejercicio del cargo o cuando dejen de atender diligentemente los deberes de éste. Ciertamente es que la decisión de no prorrogar el nombramiento del demandante se debió a las razones que se indicaban en la comunicación del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 10 de enero de 1996, pero no se le cesó antes de transcurrir el año para el que fue nombrado, en cuyo caso hubiera sido necesario, efectivamente, proceder conforme al artículo 433.1.e), sino que se acordó simplemente no prorrogar el nombramiento, haciendo uso para ello de la discrecionalidad técnica que asistía al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y que, en consideración a aquellas razones, le permitió, con arreglo al artículo 431.2, no ajustarse al baremo de méritos que dicho artículo establece para los nombramientos y que es aplicable también a sus prórrogas en virtud de la remisión que contiene el artículo 432.2.

Por lo demás, no puede tomarse en consideración el hecho de que se hubiera archivado el expediente disciplinario que se seguía al actor, pues tal expediente, en el que el Instructor había propuesto una sanción de cien mil pesetas por falta grave, fue archivado por la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial por no hallarse sujeto el expedientado a responsabilidad disciplinaria por haber cesado el 15 de marzo de 1996 al término del período de su nombramiento.

Insistiendo en la pretensión de acogerse a las garantías consagradas en el artículo 24 de la Constitución, alega también el demandante la vulneración de su derecho de defensa y del principio de presunción de inocencia, reconocidos en el apartado 2

de dicho precepto constitucional, razonando que tales infracciones se deben a la ausencia de hechos en la Resolución del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 diciembre 1995 y a la circunstancia de no haberse precisado cuál ha sido la causa de su cese, de entre las contempladas en el artículo 433.1.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Para rechazar este alegato basta con reiterar que las garantías del artículo 24 de la Constitución sólo son aplicables en el ámbito administrativo a los procedimientos de carácter sancionador, naturaleza de la que carece el que aquí nos ocupa. A mayor abundamiento, la argumentación del actor no podría demostrar las vulneraciones constitucionales que invoca, pues, como ya se ha dicho, el precepto aplicado no fue el artículo 433.1.e), sino el 432.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, por otra parte, no puede alegar el recurrente que desconocía los hechos que determinaron la decisión de no prorrogar su nombramiento, cuando tales hechos, al menos los más significativos, dieron lugar a la instrucción de un expediente disciplinario con propuesta de sanción por falta grave, que fue archivado lógicamente al haber sido cesado el actor al término del período de su nombramiento.

Igual suerte desestimatoria debe seguir la pretendida nulidad del acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía por haber sido adoptado sin autorización de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, pues la denegación de la prórroga del nombramiento no requiere la previa autorización del Consejo General del Poder Judicial, según se desprende del artículo 154.1 del Reglamento 1/1995, de 7 junio, de la Carrera Judicial, que sólo exige dicha autorización para acordar la prórroga.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 3 junio 1998.*)

*2. Director de Departamento Universitario. Legalidad del artículo de los Estatutos que exige al candidato Catedrático la mayoría simple de los votos emitidos, y que, de no obtenerla, pueda ser candidato un Profesor titular. En el espíritu de la LORU se halla que todos los cargos representativos universitarios sean electivos y cuenten con el respaldo suficiente de su sector. Los Estatutos universitarios no son Reglamentos ejecutivos de la LORU, sino autónomos, por lo que sus normas sólo pueden ser consideradas ilegales si contradicen frontalmente las normas legales que configuran la autonomía universitaria.*

«La sentencia recurrida ha estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don José Ramón S. R., Catedrático de la Universidad del País Vasco, contra el Acuerdo de 2 julio 1990 del Consejo del Departamento de Ingeniería Eléctrica de dicha Universidad, por el que se resolvió rechazar su candidatura al cargo de Director del mencionado Departamento y abrir el turno correspondiente al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad, fundando sustancialmente el Tribunal de instancia su decisión en que al disponer los Estatutos de la Universidad en su artículo 94.2, en el que se basa el acuerdo impugnado, que el Catedrático candidato para ser proclamado deberá conseguir la mayoría simple de los votos válidamente emitidos, precisando en su apartado 3 que si ningún candidato Catedrático alcanza dicha mayoría podrá ser elegido Director un Profesor Titular, contraviene frontalmente la Ley Orgánica de Reforma Universitaria, que exige en el artículo 8.5 que la elección se realice entre Catedráticos y establece que sólo procederá la elección entre Profesores Titulares cuando no haya candidato de aquella primera categoría, por lo que, concluye el fallo recurrido, el límite de las mayorías exigidas estatutariamente para ser elegido por el primero de los turnos excede del ámbito normativo es-

pecífico que al Estatuto de la Universidad demandada confiere la Ley, resultando incompatible con ésta y por lo mismo debe ser inaplicable para resolver la litis, conforme dispone el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Antes de entrar en el examen del recurso conviene recordar que su admisión se ampara en el artículo 93.3 de la Ley de la Jurisdicción, al responder el razonamiento seguido por el Tribunal de instancia al mecanismo de la impugnación indirecta de disposición general, pues en otro caso el recurso habría sido inadmisibile con arreglo al apartado 2.a) de dicho precepto, por tratarse de una cuestión de personal que no afecta a la extinción de la relación funcional del recurrente en la instancia. Ello significa, lógicamente, que el conocimiento de la Sala queda limitado al análisis de la legalidad de la disposición impugnada indirectamente, que en este caso es el artículo 94 de los Estatutos de la Universidad del País Vasco, aprobados por Decreto del Gobierno Vasco de 18 marzo 1985, cuestión a la que, efectivamente, se ciñe el único motivo de casación que formula la Universidad recurrente, como se verá seguidamente.

Al amparo del número 4.º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, aduce la Universidad recurrente, como único motivo de casación, que la sentencia vulnera, por inaplicación, el artículo 94 de sus Estatutos e infringe los artículos 8.5, 17 y 21 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 agosto, de Reforma Universitaria, así como la doctrina sentada por la Sentencia de este Alto Tribunal de 28 septiembre 1993, por entender que el mencionado precepto estatutario se ajusta al principio de electividad del cargo de Director de Departamento, que establecen los artículos 17 y 21 de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria, y respeta la preferencia que para ocupar dicho cargo señala el artículo 8.5 de la misma Ley Orgánica, conforme ha declarado en supuesto similar la citada sentencia de este Tribunal.

La cuestión que plantea este recurso se reduce, como ya se ha dicho, al enjuiciamiento de la legalidad del artículo 94 de los Estatutos de la Universidad del País Vasco, del que es aplicación el acuerdo impugnado, legalidad que la sentencia recurrida niega en cuanto dicho precepto dispone que, para ser proclamado electo, el candidato catedrático tiene que conseguir la mayoría simple de los votos del Consejo del Departamento y que, en el caso de que ningún catedrático alcance dicha mayoría, podrá ser elegido un profesor titular de acuerdo con el mismo procedimiento, lo que, afirma la sentencia, contradice frontalmente lo establecido en el artículo 8.5 de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria, según el cual "la dirección de cada Departamento corresponderá a uno de sus catedráticos, y, de no haber candidato de esa categoría, a uno de sus profesores titulares", pues la preferencia del Cuerpo de Catedráticos que la Ley establece supone, a juicio de la Sala de instancia, que "si hay candidatos de dicho Cuerpo, la elección se debe verificar entre ellos, y si sólo concurre un candidato catedrático no ha lugar a abrir el proceso electivo por el turno de profesores titulares, debiendo ser nombrado el único candidato que optó a la dirección del Departamento".

Para resolver sobre la compatibilidad de los referidos preceptos y, en consecuencia, acerca de la legalidad de la disposición estatutaria impugnada indirectamente, conviene recordar, como hemos señalado en ocasiones similares (Sentencias de 28 septiembre 1993 [RJ 1993, 6561] y 19 mayo 1997 [RJ 1997, 3959], citada la primera de ellas en el motivo de casación), que la Ley Orgánica de Reforma Universitaria establece el carácter electivo de los cargos universitarios, toda vez que: el artículo 4.º dispone que las Universidades se organizarán de forma que en su Gobierno y en el de sus centros quede asegurada la representación de los diferentes sectores de la comunidad universitaria, de acuerdo con las funciones que les corresponden; el artículo 13.2 establece que la elección de los representantes de dicha comunidad en los Consejos de Departamentos y demás Organos de Gobierno y de Representación, se realizará mediante sufragio universal, libre, igual, directo y secreto; el artículo 17 señala que los Consejos de Departamento eligen a su Director; y el artículo 21 que los Directores de Departamento serán elegidos entre Catedráticos y Profesores Titulares, de acuerdo con lo dispuesto en los Estatutos de la Universidad y sin perjuicio

de lo establecido en el apartado 5 del artículo 8.º. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que el Tribunal Constitucional, en Sentencias 55/1989 (RTC 1989, 55) y 130/1991 (RTC 1991, 130), citadas por la sentencia recurrida, ha declarado que los Estatutos de las Universidades, aunque tengan su norma habilitante en la Ley de Reforma Universitaria, no son en realidad normas dictadas en su desarrollo, sino reglamentos autónomos en los que se plasma la potestad de autoordenación de la Universidad en los términos que permite la ley, por lo que solamente puede tacharse de ilegal alguno de sus preceptos si contradice frontalmente las normas legales que configuran la autonomía universitaria, siendo válida toda norma estatutaria respecto de la cual quepa alguna interpretación legal.

Pues bien, desde la indicada perspectiva el motivo debe ser acogido, ya que la interpretación que la sentencia recurrida hace de los artículos 94 de los Estatutos de la Universidad y 8.5 de la Ley de Reforma Universitaria, contradice el régimen general de elecciones de los cargos universitarios, regulado en los artículos 4, 13.2, 17 y 21 de la citada Ley, y la jurisprudencia de las mencionadas sentencias del Tribunal Constitucional, así como la doctrina de las sentencias de este Tribunal de 28 septiembre 1993 y 19 mayo 1997, antes citadas, que en casos similares al presente llegaron a una solución contraria a la de la sentencia aquí recurrida, y ello porque los preceptos de la Ley de Reforma Universitaria, a los que se ha hecho referencia, tal y como se dijo por este Tribunal en las sentencias citadas, obligan a que todos los cargos universitarios sean electivos, siendo los Estatutos de cada Universidad, ante la falta de una regulación expresa en la normativa estatal, los que deben establecer el procedimiento electoral respetando el marco legal, que es lo que han hecho los Estatutos de la Universidad recurrente, cuyo artículo 94 no cabe decir que deba ser inaplicado por oponerse frontalmente al artículo 8.5 de la Ley de Reforma Universitaria, por cuanto que cabe en alguna de las interpretaciones posibles de este precepto legal, dado que, como se señala en la citada Sentencia de 19 mayo 1997, al dar preferencia, en la primera votación, a los Catedráticos, como únicos posibles candidatos, respeta la legalmente conferida a esos funcionarios para la dirección del Departamento, sin que la exigencia estatutaria de mayoría simple para ser elegido en esa primera elección, haya de entenderse como extralimitación respecto del régimen legal del artículo 8.5, pues está en el espíritu general de la Ley de Reforma Universitaria, que exige que todos los cargos representativos universitarios sean electivos y cuenten con el respaldo suficiente de su sector, en este caso de los miembros del Departamento, cuya dirección (arts. 8.º.5 y 21), no hay que olvidar, puede ser ostentada también por Profesores Titulares, aunque su candidatura deba respetar la preferencia legalmente conferida a los Catedráticos; frente a todo lo cual no cabe oponer, como hace la parte recurrida, la doctrina de la STC 26/1987, de 27 febrero (RTC 1987, 26), dictada en recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno vasco contra determinados preceptos de la Ley de Reforma Universitaria, entre los que se encontraba el artículo 8.º.5, pues en los razonamientos que en esa sentencia se exponen para declarar la constitucionalidad de dicho precepto, nada hay que obstaculice la acomodación a lo dispuesto en el mismo de la norma estatutaria de cuya legalidad se trata, según la interpretación que, como se ha expuesto, debe hacerse del precepto legal.

Estimado el único motivo de casación invocado, procede dar lugar al recurso, revocando la sentencia recurrida y, en virtud de los mismos argumentos expuestos, desestimar el recurso contencioso-administrativo por ser conforme a Derecho el artículo 94 de los Estatutos de la Comunidad del País Vasco, impugnado indirectamente e inaplicado por el Tribunal de instancia.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 24 junio 1998.*)

3. *Complemento específico. Artículo 23.3.b) L. 30/84. Finalidad y circunstancias por las que puede concederse. Supuesto en que se atiende a criterios distintos de los contemplados por el legislador. Ilegalidad.*

«El único 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 incurre en infracción del artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y de la jurisprudencia, citando al respecto las Sentencias de este Tribunal Supremo de 13 octubre 1986 (RJ 1986, 5336) y 20 mayo 1994 (RJ 1994, 5305). El artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984 (que se encuentra mencionado entre las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos ex artículo 1.3 del citado texto legal) establece que el complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo “en relación a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad”, debiendo venir fijado en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo —art. 15.1.b)—. El Acuerdo del Gobierno valenciano de 16 enero 1992, en cuanto en el apartado relativo a los complementos específicos fija éstos en atención a otras circunstancias, según pone de manifiesto la sentencia de instancia (fundamento de derecho tercero a que anteriormente hemos hecho alusión), como ocurre cuando toma en cuenta si el funcionario pertenece al Grupo C o al Grupo D para variar el señalado complemento, resulta contrario al citado artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, que ordena que el complemento específico se destine en las relaciones de puestos de trabajo a retribuir las condiciones particulares de cada puesto en atención a los conceptos que enumera, que no son los que toma en consideración el acuerdo anulado, lo que conduce a la desestimación del motivo casacional invocado por la Generalidad Valenciana.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 8 mayo 1998.*)

4. *Retribuciones. Complemento específico. Legalidad de acuerdo de una entidad local por el que se atribuye a todos los funcionarios, en base a la presunción de legalidad, ya que el Abogado del Estado no ha probado que no fuese procedente en ningún caso.*

«El señor Abogado del Estado interpuso recurso contencioso-administrativo, al amparo del artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, contra el Acuerdo plenario del Ayuntamiento de Almorox (Toledo) de 10 marzo 1988, por el que se asignaba el concepto retributivo “complemento específico” a todos los funcionarios de la Corporación, solicitando se declare la nulidad de dicho acuerdo, en cuyo recurso, seguido ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, recayó Sentencia desestimatoria con fecha 28 diciembre 1991, contra la que se ha interpuesto el presente recurso de apelación por la representación de la Administración del Estado.

Para fundamentar el fallo desestimatorio, considera el Tribunal *a quo* que si bien el complemento específico es un concepto destinado a retribuir especiales condiciones en las que se encuentran determinados puestos de trabajo, “cuando la aplicación del complemento se generaliza en pequeñas organizaciones administrativas —como lo es la Administración demandada, que cuenta con tan sólo seis funcionarios en su plantilla—, la misma no resulta disconforme a Derecho, habida cuenta de que ese escaso número de funcionarios tiene que llevar a cabo todas y cada una de las funciones que cumplen las Corporaciones Locales, por lo que no es de extrañar que elementos tales como su dedicación, les hagan acreedores del complemento debatido”.

Combate el señor Abogado del Estado la sentencia apelada, dando por reproducidas las alegaciones que se formularon en la demanda y que consistieron, en síntesis, en entender que la generalización del complemento específico es contraria a la naturaleza singular y limitada de este concepto retributivo, según resulta de lo dispuesto en el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, de 2 agosto, y en el artículo 4 del Real Decreto 861/1986, de 25 abril.

En ocasión similar a la presente (Sentencia de 3 abril 1995 [RJ 1995, 4110]), en la que se debatía la asignación de complemento específico a todos los funcionarios de una Diputación Provincial, la Sala ha declarado que "para destruir la presunción de legalidad del acuerdo impugnado no basta con invocar la improbabilidad, que no imposibilidad, de que en todos los puestos concurren elementos que justifiquen la existencia del complemento específico, en mayor o menor cuantía, olvidando que resulta igualmente improbable que en ninguno de ellos se den dichos elementos, cuando es razonable que en algunos concurren las características necesarias para la asignación de dicha retribución complementaria. Por ello, la anulación del acuerdo en este punto hubiera requerido que el Abogado del Estado acreditara que en ninguno de los puestos apareciera justificada la concesión del complemento o, al menos, precisara en cuáles de ellos no lo estaba, pero al no haberlo hecho así, la mera "improbabilidad", por su carencia de certeza y su imprecisión, no puede determinar la declaración de ilegalidad del acuerdo con la consecuencia de privar de complemento específico a la totalidad de los puestos, sin haber entrado a examinar las características de ninguno de ellos para comprobar si reúnen o no los requisitos a que se refiere el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984 y el artículo 4 del Real Decreto 861/1986, de 25 abril.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 4 septiembre 1998.)

## V. INCOMPATIBILIDADES

*Incompatibilidad con actividad en el sector privado. Puesto de trabajo que requiera la presencia efectiva del interesado y jornada de trabajo en la Administración que no sea a tiempo parcial. Singularidad de los farmacéuticos titulares. Artículo 12.2 y DT 6.ª L. 53/84.*

«El aludido derecho no ha quedado desvirtuado por la publicación de la Ley de Incompatibilidades 53/1984, en lo que se refiere a lo establecido en el artículo 12.2 de la misma respecto a las actividades privadas que correspondan a puestos de trabajo que requieran la presencia efectiva del interesado, y su posible incompatibilidad con la jornada de trabajo en la Administración Pública que no sea a tiempo parcial, ya que la Disposición Transitoria 6.ª de la Ley citada exceptúa de la misma precisamente a los Farmacéuticos Titulares; en el bien entendido supuesto que la expresión "obligados a tener farmacia" contenida en dicha Disposición Transitoria no supone una posible diferenciación entre dos hipotéticos tipos de Farmacéuticos titulares, los que estén obligados a tener farmacia y los que no lo estén. Por la simple circunstancia de ser nombrado Farmacéutico Titular del partido se asume la obligación de desempeñar las funciones públicas inherentes al cargo, y por lo tanto se está obligado "a tener oficina de farmacia abierta en la propia localidad en que ejercen su función" (Disposición Transitoria 6.ª de la Ley de 26 diciembre 1984).» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 4.ª, 29 abril 1998.)

## VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Jueces y Magistrados. Falta disciplinaria de desconsideración con Letrado por expresiones vertidas en auto que desestima recurso de reforma. La intención encubierta de ataque dialéctico personalizado del Abogado no justifica el que, implicándose de modo personalizado en el ataque a él dirigido con ese mismo carácter, acepte el reto dialéctico, respondiendo a él con una contundencia mayor. El titular de un poder estatal debe estar sometido a la servidumbre personal de refrenar las naturales reacciones, cuando se siente personalmente ofendido por quien se dirige a él en términos que estime contrarios al respeto que le es debido. El desequilibrio que en el puro plano de las relaciones humanas se produce entre el titular del poder y el que se dirige a él en modo inadecuado, es sacrificio debido por aquél a la respetabilidad del propio poder que ejerce.*

«El Ilmo. Sr. D. José Ramón M. C. recurre en este proceso la Resolución del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 10 enero 1996, que desestimó su recurso de alzada contra el Acuerdo del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 septiembre 1995, por el que se le imponía la sanción de advertencia, como autor de una falta leve de desconsideración, prevista en el artículo 419.2 de la LOPJ.

La conducta por la que el recurrente fue sancionado consistió en la utilización de unas determinadas expresiones en un Auto de 1 junio 1995, en el que el hoy recurrente, Magistrado Juez titular del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Cataluña, desestimó el recurso de reforma interpuesto por el penado Jorge A. L. y por el Ministerio Fiscal contra Auto de 24 abril 1995, denegatorio de permiso de salida de dicho penado.

La cuestión a decidir en el presente recurso es la de si el uso por el recurrente de las expresiones antes referidas puede considerarse, o no, como constitutivo de la falta leve de consideración por la que ha sido sancionado, y en consecuencia, si el acuerdo del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña referido, que le impuso la sanción de advertencia y la resolución del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que desestimó el recurso de alzada contra ese acuerdo resultan, o no, conformes a derecho, al estimar que el recurrente cometió la falta leve por la que fue sancionado.

La Sala estima que, en efecto, las expresiones contenidas en el auto aludido merecen la valoración que se les dio en el acuerdo del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y en el del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y que las argumentaciones críticas del recurrente no resultan compatibles, manteniendo por tanto su vigor fundamentador las que se contienen en el acuerdo y resolución referidos.

Es, ciertamente, aceptable de partida el planteamiento del actor de que las expresiones por las que fue sancionado constituían la contestación a otras de signo personalizado vertidas en su recurso de reforma por el letrado, que después se dolió ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del trato recibido del recurrente como réplica en su auto. Debemos, por tanto, situarnos en ese contexto, como, por lo demás, se han situado tanto el acuerdo del Presidente como la resolución del Pleno del Consejo.

De tal escrito de recurso de reforma deben destacarse las expresiones referidas por el recurrente: "si este Juzgado no cree o duda de la efectividad del tratamiento, como convicción personal, ello no ha de ser óbice para que aplique la legalidad aunque no esté de acuerdo con su contenido"; "este Juzgado parte de la invariabilidad

de las personas, incluso después de diez o quince años"; "este Juzgado cree que una persona que delinque cuando tiene 18 años es igual, en todo, cuando tiene 36"; "por eso, ante un caso como el presente ha de acudir a criterios extralegales" (por referencia a los criterios utilizados en el auto recurrido que, según acredita su lectura, son los de la multirreincidencia del penado y su peligrosidad, inducida de su riquísimo historial delictivo: diez robos, ejecutoriamente condenados, dos asesinatos —ejecutorias del año 1979 y 1989—, tenencia de armas, hurto, quebrantamiento de condena...); "en cuanto a la 'peligrosidad', solamente cabe preguntarse ¿de qué dato objetivo y actual extrae el juzgador tal conclusión?, ¿con qué supuesto rigor —el que debe tener mínimamente una resolución judicial— se ha afirmado?".

Tales expresiones, especialmente la primera de las entrecomilladas, revelan una intención, encubierta de modo no excesivamente sutil, de ataque dialéctico personalizado contra el titular del Juzgado, que no de crítica jurídica de una determinada argumentación. Potencia tal apreciación el hecho precedente de varias querellas por prevaricación contra el Magistrado, no admitidas a trámite, suscritas por el mismo letrado, por actuaciones judiciales de similar sentido a la que era objeto del recurso de reforma, dato éste que, obviamente, debe considerarse que era del conocimiento de ambos protagonistas personales del suceso de autos, y que, en una consideración realista de los hechos, inequívocamente tiene el valor de referente implícito de tal expresión, lo que sitúa ésta en la dimensión real de enfrentamiento personal. El dato de las querellas viene perfectamente probado en el expediente.

En esas circunstancias, y ante el significado atribuible a las expresiones del escrito del letrado, podría existir una base para cuestionar su licitud en cuanto ejercicio de su libertad de expresión y de defensa (arts. 437 LOPJ y 42 del Estatuto General de la Abogacía —RD 2090/1982—) e incluso para que se suscitase la posibilidad de una actuación disciplinaria contra el Letrado, sobre la base de los artículos 437.1 (necesaria sujeción de los Letrados al principio de buena fe), 442.2 y 449.1 de la LOPJ, por faltar al respeto debido al Juez, respeto que de modo específico le viene profesionalmente impuesto al Letrado por el artículo 48 del Estatuto General de la Abogacía, sin que nos corresponda pronunciarnos sobre la conducta del Letrado, que no es objeto de este proceso, más allá de la indicación de ese tratamiento posible, aunque debamos tenerla en cuenta como presupuesto del comportamiento del Magistrado recurrente, pues sólo así se explica su sentido.

Pero el hecho de que el Magistrado pudiera haber reaccionado en los términos precisados, en ejercicio de su condición de titular de un poder estatal, contra lo que considerase agresión dialéctica no respetuosa, no justifica el que, implicándose de modo personalizado en el ataque a él dirigido con ese mismo carácter, acepte el reto dialéctico, respondiendo a él con una contundencia mayor, que es lo que la Sala, compartiendo el criterio de las resoluciones recurridas, entiende que ocurrió.

El titular de un poder estatal, como es el poder judicial, debe estar sometido a la servidumbre personal de refrenar las naturales reacciones, cuando se siente personalmente ofendido por quien se dirige a él en términos que considere contrarios al respeto que le es debido, pues esa posible falta de respeto tiene en el ordenamiento jurídico la precisa consideración (art. 449.1 LOPJ) y el procedimiento de respuesta (art. 451 LOPJ) que se acaban de indicar, en los que ante todo está presente la consideración institucional del poder. Esa dimensión de relación de poder se enturbia, cuando la objetividad de la defensa del mismo se sustituye por el subjetivismo ofendido del que lo ostenta, y desde él, situándose en una posición de pura relación personal, se contesta a lo que se considera ofensivo con expresiones que en un sentir común pueden ser consideradas como inadecuadas al trato que debe darse desde un Juzgado a los profesionales que actúan ante él. Esa humana inclinación a la escalada verbal en la respuesta a lo que se considera ofensivo, utilizando recursos dialécticos de similar sentido; pero de un mayor nivel de contundencia, que es actitud tolerable en las relaciones *interprivatos*, no lo es, sin embargo, en las relaciones de un titular del poder judicial con quien se dirige a él en esa consideración.

El desequilibrio que en el puro plano de las relaciones humanas se produce entre el titular del poder y el que se dirige a él en modo inadecuado, es sacrificio debido por aquél a la respetabilidad del propio poder que ejerce.

Es por ello por lo que la contextualización de las frases del auto del recurrente a las que se imputa la consideración de trato desconsiderado al Letrado, no puede diluir el significado que de consuno le han atribuido las resoluciones recurridas.

En ese sentido, la afirmación contenida en el razonamiento jurídico del acuerdo del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, reiterada en la resolución del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de la inadmisibilidad de un *animus retorquendi*, debe ser compartida por la Sala.

La consideración en el trato de los titulares de los órganos jurisdiccionales hacia los Letrados que actúan ante ellos no es algo que deban ganar éstos en razón de su propio trato cortés, sino que es un deber apriorístico de aquéllos, razón por la que la eventual falta de respeto de los Letrados no puede justificar la infracción del deber institucional de tales titulares.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 24 abril 1998.*)

2. *Jueces y Magistrados. Denuncia. La potestad revisora del Tribunal se agota en el análisis de la legalidad del acto que acuerda archivar la denuncia, sin que pueda pretenderse probar en el proceso los hechos denunciados, lo que, en su caso, correspondería al expediente disciplinario, si por el éxito del recurso contencioso se anulase el acto recurrido y se ordenase la incoación.*

«Conforme tenemos dicho en reiterados autos de la Sala en recursos de súplica de sentido similar al actual (entre otros, Autos de 19 junio 1997 —recurso 48/1996—, 23 julio 1997 —recurso 668/1995—, 9 octubre 1997 —recurso 627/1996—, 31 octubre 1997 —recurso 232/1996—, 1 diciembre 1997 —recurso 113/1996—, 15 diciembre 1997 —recurso 309/1997—, 17 diciembre 1997 —recurso 476/1995—, 30 enero 1998 —recurso 654/1995—, 3 marzo 1998 —recurso 637/1997—), la potestad revisora de este Tribunal en casos como el que nos ocupa se agota en el análisis de la legalidad del acto que resuelve archivar la denuncia en función del material instructorio obrante en las actuaciones administrativas. La razón estriba en que el régimen legal de la prueba en los procedimientos disciplinarios —artículo 425 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tanto en su versión primigenia como en la actual— no autoriza que se practiquen otras que las que acuerde el Instructor de oficio o a propuesta del interesado (también a instancia del Ministerio Fiscal), entendiéndose por interesado no el denunciante, sino el Juez o Magistrado contra quien se dirija el procedimiento, lo que es aplicable *mutatis mutandi* a las informaciones previas a la incoación del expediente o, en su caso, archivo de las actuaciones. Por eso carece de trascendencia para la resolución de este proceso la prueba de los puntos de hecho fijados en el otro sí de la demanda, cualquiera que sea la relación que puedan tener con los que fueron objeto de la denuncia, pues entender otra cosa entrañaría desconocer el régimen legal de comprobación de los hechos que puedan dar lugar a responsabilidad disciplinaria, dando al denunciante en la vía jurisdiccional una intervención que la Ley no le reconoce en las actuaciones administrativas.

No cabe confundir el objeto del proceso, que es el acto de archivo de la denuncia, con la pretendida prueba de la supuesta falta denunciada, siendo los únicos elementos de referencia para el análisis de la legalidad de aquel acto su relación con la denuncia, que como tal, ya consta acreditada, y sin que pueda pretenderse

probar en el proceso los hechos denunciados, lo que, en su caso, correspondería al expediente disciplinario, si por el éxito del recurso contencioso se anulase el acto recurrido y se ordenase su incoación.» (*Auto de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 7 mayo 1998.*)

3. *Pérdida de la condición de funcionario por haber sido condenado en la jurisdicción penal a seis años y un día de inhabilitación especial por infidelidad en la custodia de documentos. La resolución que la acuerda no tiene carácter sancionador y puede adoptarse sin audiencia.*

«La Sala de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el actor contra la resolución del Ministerio de Obras Públicas y Transportes por la que se declaró su cese en el servicio activo y la pérdida de la condición de funcionario, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, por haber sido condenado en la Jurisdicción Penal a la pena de seis años y un día de inhabilitación especial, entre otras, por la comisión de un delito continuado de infidelidad en la custodia de documentos.

Contra esta sentencia se interpone el presente recurso de casación, que se articula en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 95.1.4.ª de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 47.C) de la Ley de Procedimiento Administrativo, al haberse dictado la resolución administrativa "de plano", es decir, con omisión absoluta del procedimiento administrativo sancionador legalmente establecido.

Es reiterada la jurisprudencia de la Sala (plasmada, entre otras, en Sentencias de 9 mayo 1991 [RJ 1991, 6613], 13 marzo y 25 octubre 1995 [RJ 1995, 3191 y 7629] y 3 marzo 1997 [RJ 1997, 2163]) en el sentido de que las resoluciones que acuerdan la pérdida de la condición funcional como consecuencia de la imposición de la pena de inhabilitación, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, no tienen carácter sancionador, sino que responden al ejercicio de facultades administrativas en materia de personal y que la previsión contenida en el citado precepto guarda perfecta coherencia con el requisito de aptitud para el acceso a la función pública exigido por el artículo 30.1.e) de la misma Ley, de modo que la pena de inhabilitación actúa, respecto de la pérdida de la condición funcional, a modo de condición resolutoria *que opera automáticamente* tan pronto como se produce el hecho determinante previsto en la Ley, que es justamente la imposición de la sanción penal. Así pues, tratándose de una consecuencia automática de la imposición de una pena, la resolución que acuerda la pérdida de la condición funcional *no* requiere un previo procedimiento administrativo que incluya el trámite de audiencia, ya que la Administración se limita a constatar la existencia de tal sanción y aplicar la consecuencia jurídica querida por la Ley.

El segundo motivo de casación se articula igualmente al amparo de lo dispuesto en el artículo 95.1.4.ª de la Ley Jurisdiccional, alegándose por el recurrente infracción del artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, en relación con los artículos 9.1, 24 y 25 de la Constitución española. Sostiene el recurrente que la interpretación del citado precepto que han mantenido tanto la Administración como la Sala de instancia, supone o implica la imposición de un nivel de punibilidad que excede o sobrepasa el contenido estricto de la sentencia penal de cuya ejecución se trataba. Así, se infringen los principios de legalidad penal (art. 25 CE) y tutela judicial efectiva (art. 24 CE) desde el momento que la sentencia recaída en la jurisdicción penal limita temporalmente los efectos de la pena accesoria de inhabilitación especial, pero al acordarse la pérdida de la condición de funcionario se sobrepasa dicho límite temporal. Concluye el recurrente que el artículo 37.1.d) de la

Ley de Funcionarios Civiles del Estado debe interpretarse en el sentido de que la condena a la pena de inhabilitación especial determina el cese en el servicio por idéntico periodo de tiempo a aquel que se determina como de inhabilitación en el proceso penal.

Tampoco este motivo puede prosperar, pues, como han señalado las Sentencias de esta Sala anteriormente referidas, y singularmente la más reciente de 3 marzo 1997, no puede apreciarse infracción alguna del artículo 24.1 de la Constitución, toda vez que no se trata de ningún procedimiento sancionador, sino de la ausencia sobrevenida de la aptitud para el ejercicio de funciones públicas como consecuencia de la imposición de la pena de inhabilitación especial. Por otra parte, carece también de fundamento la alegada violación del artículo 25.1 de la Constitución, pues la aplicación del artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado en nada afecta al principio de legalidad que en materia sancionadora consagra dicho precepto constitucional. Además, la interpretación del artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado que el recurrente propugna no es compatible con la clara y terminante redacción de dicho precepto, y habiendo sido rechazada por la Sala en las mencionadas Sentencias de 9 mayo 1991, 25 octubre 1995 y 3 marzo 1997.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 18 mayo 1998.*)

4. *Régimen disciplinario. Policías locales. Con arreglo al artículo 52 de la Ley Orgánica 2/86, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el régimen disciplinario de los Cuerpos de Policía Local se rige por lo establecido en dicha Ley, sin que la referencia que dicho precepto contiene a las disposiciones dictadas por las Comunidades Autónomas implique que las normas específicas contenidas en la LO citada deban entenderse sustituidas por la normativa general de la función pública con la que la respectiva Comunidad regule el régimen jurídico de sus funcionarios públicos, cuyo ámbito no abarca a los Cuerpos de Policía Local.*

«El segundo motivo, al amparo del ordinal 4.º del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional, alega infracción de los artículos 27, 28 y 52 del Real Decreto 33/1986; de los artículos 7 y 14 de la Ley 6/1989, de la Función Pública Vasca; y de los artículos 6, 7, 8 y 13 del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo de Policía Nacional (*sic*), aprobado por Real Decreto de 14 julio 1989, por entender que la Ley Orgánica 2/1986 no era aplicable al caso, sino estas otras normas, que consideran como falta grave, y no muy grave, el incumplimiento de órdenes o instrucciones de los superiores referidas al servicio o la falta de obediencia.

Con independencia de que no se exponen las razones por las que puedan haber sido vulnerados los artículos 27 y 28 (el 52 no existe) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado de 10 de enero de 1986, relativos a la iniciación del procedimiento disciplinario, y de que el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción veda la invocación que se hace de la infracción de los artículos 7 y 14 de la Ley de la Función Pública Vasca, cuya vulneración, por otra parte, tampoco se alcanzaría a comprender, al referirse tales preceptos, respectivamente, al Consejo Vasco de la Función Pública y a las relaciones de puestos de trabajo, y abstracción hecha, en fin, de que el Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por Real Decreto 884/1989, de 14 julio, tipifica en su artículo 6.4, como falta muy grave, la misma conducta que describe el artículo 27.3.d) de la Ley Orgánica 2/1986, el motivo no puede prosperar, pues, como explica la sentencia recurrida, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el régimen disciplinario de los Cuerpos de Policía Local se rige por lo establecido en dicha Ley Orgánica, sin que, como hemos dicho en la citada Sentencia de 3 abril 1998, la referencia que dicho precepto contiene

a las disposiciones dictadas por las Comunidades Autónomas, implique que las normas específicas contenidas en la Ley Orgánica citada deban entenderse sustituidas por la normativa general de la función pública con la que la respectiva Comunidad regule el régimen jurídico de sus funcionarios públicos, cuyo ámbito no abarca a los Cuerpos de Policía Local.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 29 mayo 1998.*)

5. *Cuerpo Nacional de Policía. Non bis in idem. Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección. El delito de cohecho y la infracción consistente en la comisión del delito doloso vulneran el mismo interés jurídico —el correcto funcionamiento de la Administración pública—, por lo que no se trata de ilícitos independientes, sino que el disciplinario queda comprendido en el penal.*

«Por Sentencia de 25 febrero 1988 de la Audiencia Provincial de Málaga se condenó al policía del Cuerpo Nacional de Policía don José Antonio C. I. como autor de dos delitos de cohecho, previstos y penados en los artículos 390 y 393 del Código Penal (texto entonces vigente), a las penas de suspensión de todo cargo público durante seis meses y 40.000 pesetas de multa por cada uno de los delitos. Los hechos que dieron lugar a la condena consistieron, en esencia, en que los días 28 de agosto y 1 de septiembre de 1986 don José Antonio C. I., prestando servicio, obtuvo la entrega de determinadas cantidades de dinero en dirhams de súbditos marroquíes, siendo el equivalente en pesetas de tales cantidades las de 940 pesetas (el 28 de agosto) y 607 pesetas (el 1 de septiembre), cantidades que se entregaron a cambio de que el citado funcionario de policía no procediese a expulsar a dichos súbditos marroquíes de Melilla o de que les devolviese su documentación (una más detallada exposición de los hechos se encuentra en el número cuarto de los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida en casación, sin perjuicio de su más perfecta descripción en los hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 febrero 1988, incorporada al expediente administrativo). Por estos hechos se instruyó expediente disciplinario a don José Antonio C. I. y a otro funcionario de policía (a quien el presente recurso no concierne) que concluyó mediante Resolución de 1 diciembre 1989 de la Secretaría de Estado para la Seguridad-Dirección de la Seguridad del Estado, que impuso a don José Antonio C. I., como autor de dos faltas muy graves previstas en el artículo 27.3.b) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la sanción de separación del servicio por cada una de ellas, Resolución que fue confirmada por la de 14 junio 1990, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto. El citado artículo 27.3.b) de la Ley Orgánica 2/1986 califica como falta disciplinaria muy grave "cualquier conducta constitutiva de delito doloso". Don José Antonio C. I. formuló contra dichos actos recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por la Sentencia dictada el 3 mayo 1995 por la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, que aplicó al supuesto enjuiciado el principio *non bis in idem*, anulando las resoluciones administrativas impugnadas y dejando sin efecto la sanción disciplinaria de separación del servicio. Contra la referida sentencia el señor Abogado del Estado ha promovido el presente recurso de casación.

El único motivo del recurso, formulado al amparo del número 4.º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, entiende que la sentencia de instancia ha infringido el artículo 27.3.b) de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en relación con la Sentencia del Tribunal Constitucional 234/1991, de 10 diciembre (RTC 1991, 234), y las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 diciembre 1991 (RJ

1991, 9335) y 16 diciembre 1994 (RJ 1994, 10480). La esencia de la argumentación empleada consiste en defender que en supuestos equivalentes al presente la sentencia citada del Tribunal Constitucional (234/1991) y las mencionadas del Tribunal Supremo aceptan la posibilidad de la doble sanción, penal y administrativa. Se expone que la irreprochabilidad penal de los policías no distingue entre los delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos y los demás. Se añade que el bien jurídico que protege el delito de cohecho es la recta prestación de la función pública, mientras que el bien jurídico protegido por la infracción del artículo 27.3.b) de la Ley Orgánica 2/1986 es la irreprochabilidad penal de los policías; que el tipo de la infracción administrativa es la comisión de un delito doloso, no habiendo razón para excluir de ella los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos. Finalmente, a juicio de la parte recurrente, la diferencia en la construcción del tipo milita también en favor de la compatibilidad de la pena y la sanción disciplinaria.

El motivo de casación no puede prosperar. El principio *non bis in idem*, que se encuentra íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el artículo 25 de la Constitución, exige que no se imponga a un sujeto una duplicidad de sanciones, penal una y administrativa o disciplinaria otra, cuando se aprecie entre las dos sanciones la triple identidad de sujeto, objeto y fundamento. En el presente caso no hay duda alguna que existe identidad entre los hechos sancionados por el delito de cohecho y los castigados por la infracción disciplinaria, consistente en realizar cualquier conducta constitutiva de delito doloso, siendo el mismo el sujeto sancionado y estando éste ligado con la Administración en virtud de una relación de sujeción especial, al ser funcionario público perteneciente al Cuerpo Nacional de Policía. Ahora bien, es la propia Sentencia del Tribunal Constitucional 234/1991, en la que pretende fundarse el motivo casacional, citando una frase contenida en su fundamento jurídico 2.º (*in fine*), la que expone una doctrina contraria a la estimación del recurso hecho valer por la Administración. En efecto, la referida sentencia indica que para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado. Añade que las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales (entre los que se encuentra la aplicación del principio *non bis in idem*, debemos apostillar). Y destaca que “para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección”. En el supuesto que se enjuicia en este proceso debemos entender, como lo ha hecho la sentencia de instancia, que tanto el delito castigado (delito de cohecho) como la infracción administrativa (que se remite a cualquier conducta constitutiva de delito doloso) vulneran el mismo interés jurídicamente protegido —el correcto funcionamiento de la Administración—, por lo que no se trata de ilícitos independientes, sino que el disciplinario queda comprendido en el tipo penal. En este sentido, el cohecho es un delito incluido en el Título del Código Penal dedicado a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Cuando se está castigando el delito de cohecho el bien jurídico protegido es el correcto y eficaz funcionamiento de la Administración (que actúa a través de sus funcionarios, en este caso del funcionario del Cuerpo Nacional de Policía don José Antonio C. I.), por lo que no debe permitirse que dichos funcionarios utilicen la función pública que ejercen para la percepción ilegítima de cantidades de dinero de los particulares, con el pretexto de la realización de actos del funcionario que no deben ser retribuidos, como señala el artículo 390 del Código Penal (en la redacción aplicada al caso). Pues bien, no podemos decir que cuando la Administración impone a don José Antonio C. I. la sanción de separación del servicio por los mismos hechos que han dado lugar a la condena por dos delitos de cohecho, basándose en que se tipifica como falta disciplinaria muy grave cualquier conducta del funcionario constitutiva de delito

doloso, haya tratado de proteger un bien jurídico distinto del antes enunciado: el correcto y eficaz funcionamiento de la Administración, con el fin de no permitir que los funcionarios utilicen la función pública para la percepción ilegítima de cantidades de dinero (u otros regalos, como expresa el tipo penal) de los particulares. No cabe decir que en este segundo caso el bien jurídico protegido es simplemente la irreprochabilidad del funcionario de la policía, porque la sanción disciplinaria persigue una finalidad más amplia, conectada indudablemente con la legítima, correcta y eficaz actuación de la Administración por medio de sus funcionarios. El bien jurídico protegido es el mismo en ambos casos (pena y sanción disciplinaria), lo que comporta la confirmación de la tesis de la sentencia impugnada, por cumplirse los requisitos para la aplicación al supuesto objeto del proceso del principio *non bis in idem*.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 12 junio 1998.*)

#### 6. Régimen disciplinario. Sanción de separación de servicio, por abandono de destino. Desproporción.

«El demandante, funcionario del Ayuntamiento de Peguerinos (Avila), se reincorporó a su puesto de trabajo, tras permanecer por dos años en la situación administrativa de excedencia voluntaria, el día 13 de julio de 1992, causando baja por incapacidad laboral transitoria el día 17 de agosto siguiente, a causa de un accidente laboral acaecido el día 15 de dicho mes de agosto, que le produjo un esguince de tobillo. Habiendo sido dado de alta de este padecimiento, el día 18 de septiembre de 1992, no se presentó a su puesto de trabajo. Por esta razón, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento acordó instruirle expediente disciplinario por la posible comisión de una falta de abandono de servicio.

Instruido el expediente, el Pleno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el día 25 marzo 1993, dictó Resolución en la que se consideraba hecho probado que el expedientado debía haberse reincorporado a su puesto de trabajo a partir del día 18 de septiembre de 1992, pero no compareció durante el resto del mes de septiembre ni a lo largo del mes de octubre, sin justificación alguna para dicho comportamiento. Tales hechos fueron calificados como constitutivos de la falta muy grave de abandono de servicio, tipificada en el artículo 31.1.C) de la Ley 30/1984, de 2 agosto. No apreciándose circunstancia alguna que pudiera atenuar la conducta del funcionario, se acordó imponerle la sanción de separación del servicio. Interpuesto recurso de reposición contra este acuerdo, fue desestimado por nueva Resolución del Pleno de 25 mayo 1993.

En cuanto al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Peguerinos —que debe considerarse admisible por cuanto que de prosperar daría lugar a la anulación de la sentencia de instancia y a la consiguiente confirmación del acto administrativo originariamente impugnado—, el mismo se articula al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 31.1.C) de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en relación con los artículos 14 y 15 del Real Decreto 33/1986, de 10 enero, que aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios, y por infracción de la jurisprudencia sobre la procedencia de la imposición de la sanción de separación del servicio en caso de comisión de la infracción muy grave de abandono del destino. Considera esta parte recurrente que las circunstancias en que se produjo el abandono del servicio por parte del funcionario expedientado justifican sobradamente la imposición de la separación del servicio, habiendo dos sentencias de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, dictadas a propósito de recursos con similar contenido, que han considerado procedente la imposición de esta máxima sanción.

Con este razonamiento, como decíamos también en la citada Sentencia de 18 febrero 1998, se está planteando el problema de la proporcionalidad de la sanción, condición que el Ayuntamiento considera que se había cumplido a plena satisfacción, al con-

currir la circunstancia de que el funcionario sancionado había permanecido seis semanas consecutivas sin presentarse a su puesto de trabajo, lo que equipararía su caso a los resueltos por las Sentencias de esta misma Sala de 28 noviembre 1989 (RJ 1989, 8099) y de 8 abril 1994 (RJ 1994, 4310), en las que ante conductas análogas, se estimó proporcional la sanción de separación definitiva del servicio.

El motivo no puede prosperar. El criterio de proporcionalidad aplicado por la Sala resulta de una perfecta razonabilidad, si tenemos en cuenta que consideró aplicable la sanción inmediatamente inferior a la de separación del servicio, pero en su máxima extensión, lo que no contradice en absoluto la posición jurisprudencial de este Tribunal Supremo en las sentencias aportadas por la representación procesal del Ayuntamiento, ya que en ellas se dan circunstancias no exactamente coincidentes con las que definen el caso resuelto en este proceso, ya que en una de ellas —la de 28 noviembre 1989— se acreditó una reiterada negativa del funcionario afectado a reincorporarse al puesto de trabajo, precedida de un desempeño manifiestamente irregular de las funciones propias del cargo, mientras que en la otra —de 8 abril 1994— se da por probado que el sancionado permaneció algo más de cuatro meses sin intentar reincorporarse al puesto de trabajo, después de disfrutar de un permiso de tres meses, elementos diferenciadores de suficiente entidad como para que debamos aceptar que la proporcionalidad ha sido bien valorada en la sentencia que se impugna.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 19 junio 1998.*)

Rafael ENTRENA CUESTA



# CRONICA ADMINISTRATIVA

