CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. SELECCIÓN: 1. *Profesores universitarios. Comisión de reclamaciones. No sólo examina los aspectos formales. Puede penetrar en el fondo cuando «a la vista de los currículos de los concursantes y demás documentación aportada por los mismos, de los criterios de calificación de las pruebas establecidas por el órgano calificador, de los informes emitidos por sus miembros y de los restantes en su caso obrantes en el expediente administrativo, resulta manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidente el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad». 2. Comisiones examinadoras. Como regla general los Tribunales de Justicia no pueden revisar sus criterios de valoración, aunque se trate de materias jurídicas. Esta regla quiebra cuando, cualquiera que sea la materia sobre la que versen las pruebas, es evidente el error padecido por la Comisión al calificar como correcta o incorrecta una respuesta. Supuesto en que no se dan estas circunstancias pues la conclusión a que llega la Sala de instancia sobre la corrección jurídica de las soluciones ofrecidas por el aspirante no resulta de un examen de tales soluciones del que se deduzca clara e indubitadamente su acierto, sino que precisa de un razonamiento que exige la toma en consideración de diversas normas jurídicas, algunas de ellas de Derecho transitorio.*—II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: 1. *Provisión de puestos de trabajo. Centros públicos de Preescolar, EGB y EE. Legalidad de los artículos 3 y 10 RD 895/1989, al ser la negociación colectiva en el ámbito funcionarial de consagración exclusivamente legal. 2. Provisión de puestos de trabajo. Administración local. Limitar a los funcionarios de la propia Corporación convocante la concurrencia al concurso para su provisión vulnera el artículo 101 L. 7/85. Posibilidad de recurrir en apelación la Sentencia correspondiente porque, al comprender los acuerdos en que tal medida se contiene el catálogo de puestos de trabajo, la plantilla y las cláusulas para su dotación, dada la doctrina jurisprudencial que les reconoce una cierta vocación normativa, cabe integrar el caso en el apartado 2.b) del artículo 94.1, y no en el apartado a).*—III. DERECHOS: 1. *Retribuciones. Funcionarios de correos. Por penosidad festiva por servicios en sábado. Derecho a percibirla. Mientras el complemento específico se fija para cada puesto de trabajo en atención a las características de su función con independencia del tiempo en que se lleve a cabo —23.2.b) L. 30/84—, la gratificación por servicios extraordinarios retribuye trabajos realizados «en una jornada que no se considera normal» —23.2.d) L. 30/84—. Revisión. 2. Complemento de plena dedicación. Derecho a percibirlo de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que ocupan puestos de trabajo idénticos con las mismas características que los ocupados por otros cuyos titulares lo venían percibiendo, con independencia de que los puestos ocupados por aquéllos no estén catalogados. Revisión. 3. Artículo 23.2. Análisis por el TS de la doctrina del TC. Distinción entre funciones y cargos públicos. En cuanto a éstos, sólo cuando estemos en presencia de* representantes *elegidos por sufragio universal estaremos en el objeto del artículo 23.1 CE. 4. Derechos. Profesores de EGB. Casa-habitación. Aunque los maestros no tienen en la actualidad derecho a casa-habitación o una compensación económica equivalente, los Ayuntamientos no pueden desafectar edificios escolares, incluida la casa-habitación, sin autorización de la Administración competente. 5. Ascenso. Oficinas militares. De Teniente a Capitán. Disposición Transitoria 4.ª L. 48/1981, 24 diciembre. No exigencia de previa vacante. Revisión. 6. Derechos pasivos. Accidente de soldado con pérdida de visión en un ojo, cuando se dirigía a la pensión con pase de fin de semana. Improcedencia por no estar probado que proviniese del acuartelamiento. El RD 1234/1990, de 11 de octubre, recoge el concepto de accidente «in itinere» que se halla consolidado en nuestra legislación laboral. 7. Funcionarios. Administración local. Convenios colectivos. «Las características de*

pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario funcionarial emanado de la legislación básica del Estado y en su caso de las Comunidades Autónomas, no permiten que, por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque normativo sea catalogable como plataforma de mínimos, sobre la que puedan actuar las diferentes unidades negociadoras.» El artículo 94 L. 7/85 no exige que la jornada de trabajo de los funcionarios locales sea la misma *que la de los estatales, sino que será* en cómputo anual *la misma que se fije para éstos.*—IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. *Artículo 23.2 CE. «Lo que protege cuando se invoca respecto de un acto que incide en la carrera administrativa de un funcionario es exclusivamente el derecho a la igualdad.» Es correcta la invocación de este precepto por un Tribunal para anular un acto sancionador, en cuanto considera la sanción como discriminatoria.* 2. *Sanción. Sobre la base de una condena penal. «No es razonable acordar la separación definitiva del servicio sobre la base de una condena penal que no es firme y que, por consiguiente, puede ser revocada.»* 3. *Aplicación de las normas sancionadoras posteriores siempre que resulten más favorables para el inculpado. La conducta del actor, policía municipal, que se apoderó de dos paquetes que contenían 48 latas de espárragos depositados judicialmente en las dependencias de la policía municipal, no es por ello susceptible de ser tipificada como falta muy grave de probidad, pero sí debe sancionarse como falta grave de atentado a la dignidad de la Administración. Abandono de servicio.*—V. RÉGIMEN JURÍDICO: *Funcionarios. Régimen Jurídico. No cabe recurso de casación contra autos recaídos en ejecución de sentencia si resuelven cuestiones no decididas en aquélla cuando la sentencia no era susceptible de casación.*

I. SELECCIÓN

1. *Profesores universitarios. Comisión de reclamaciones. No sólo examina los aspectos formales. Puede penetrar en el fondo cuando «a la vista de los currículos de los concursantes y demás documentación aportada por los mismos, de los criterios de calificación de las pruebas establecidas por el órgano calificador, de los informes emitidos por sus miembros y de los restantes en su caso obrantes en el expediente administrativo, resulta manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidente el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad».*

«Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre la cuestión de las potestades de las comisiones de reclamaciones de las Universidades en los concursos para la provisión de cátedras, consolidando una doctrina que resumimos a partir del contenido de la Sentencia de 28 enero 1992 (RJ 1992, 110). Decíamos en ella que en Sentencia de 26 diciembre 1990 (RJ 1990, 10235) habíamos fijado nuestra postura sobre el problema, que concretábamos en determinar si las facultades revisoras de la comisión se refieren solamente al examen de la legalidad externa del procedimiento seguido en la valoración de las pruebas o si, por el contrario, pueden entrar en las cuestiones relativas a los conocimientos y méritos de los candidatos, es decir, en materias sobre las que los Tribunales de Justicia consideramos normalmente que no podemos enjuiciar, por formar parte de lo que se llama discrecionalidad técnica de la actividad administrativa, no susceptible de ser valorada con el instrumental jurídico que nos corresponde manejar. Delimitada así la cuestión, notábamos que la característica que el artículo 43.2 de la Ley de reforma universitaria impone a los Catedráticos de la Universidad que forman la Comisión es que tengan "amplia experiencia docente e investigadora", sin que se haga mención alguna a que deban tener cualquier cualificación en disciplinas jurídicas. Esta circunstancia nos indica que, independientemente de cuál sea su especialidad académica, se les considera aptos para valorar la capacidad docente e investigadora de los que participen en los concursos.

Continuábamos nuestro razonamiento señalando que la anterior consideración nos permite calificar de jurídicamente correcto que el preámbulo del Real Decreto 1888/1984 diga que el recurso específicamente académico ante el Consejo de Universidades atenderá a las cuestiones de fondo, es decir, a la valoración de los méritos de los candidatos realizada por la Comisión y no sólo a los aspectos formales del procedimiento. Aunque este texto haya perdido valor a raíz de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 43.3 de la Ley de reforma universitaria, no obstante expresa la intención del legislador de que la posibilidad de revisión de la actuación de la Comisión juzgadora tenga el alcance al que nos hemos referido, como pone de manifiesto, por otra parte, el hecho de que reglamentariamente se le haya reconocido la posibilidad de solicitar los asesoramientos que considera oportunos (art. 14.4 del Real Decreto 1888/1984).

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 215/1991, de 14 noviembre (RTC 1991, 215), también se ha ocupado del tema. En ella se parte de los principios de igualdad y de mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas, consagrados en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, para matizar las potestades revisoras de la Comisión de reclamaciones, teniendo en cuenta que, a diferencia de las Comisiones juzgadoras, considera el Tribunal que aquélla no debe calificarse de órgano técnico. Sobre esta base y la afirmación posterior de que hay datos suficientes en el artículo 43 de la Ley de reforma universitaria para entender que su función revisora no se circunscribe a los aspectos formales de los concursos, la sentencia hace un encomiable esfuerzo para distinguir entre el "núcleo material de la decisión técnica", reservado en exclusiva a las Comisiones juzgadoras, y sus aledaños, constituidos por la verificación de que se haya respetado efectivamente la igualdad de condiciones de los candidatos y los principios de mérito y capacidad de los mismos en el procedimiento de adjudicación de las plazas, si bien a la postre este esfuerzo dialéctico concluye en la jurídicamente más asequible afirmación de que la no ratificación por la Comisión de reclamaciones de la propuesta de provisión de una plaza sólo puede producirse en aquellos supuestos en los que —a la vista de los currículos de los concursantes y demás documentación aportada por los mismos (publicaciones, proyecto docente y de investigación expuestos en el segundo ejercicio), de los criterios de calificación de las pruebas establecidas por el órgano calificador, de los informes emitidos por sus miembros y de los restantes, en su caso, obrantes en el expediente administrativo— resulta manifiesta la arbitrariedad en la adjudicación efectuada y, por tanto, evidente el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad que rigen el concurso y el menoscabo del derecho a la igualdad de los candidatos propuestos. Esta jurisprudencia ha sido posteriormente ratificada también en las Sentencias de 23 febrero y 3 diciembre 1993 (RJ 1993, 1190 y 9530), y en la de 9 julio 1994 (RJ 1994, 6014).

En este caso, del examen de la extensa y pormenorizada resolución de la Comisión de reclamaciones, contra la que se interpuso el presente recurso, se desprende que la citada Comisión realizó un análisis directamente referido a la observancia en el proceso de selección de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad de los aspirantes, concluyendo después de un estudio detallado de las actuaciones de que había constado el proceso selectivo, que la Comisión de selección no había aplicado criterios de valoración que se encontraban entre los que se habían hecho públicos en la convocatoria del concurso (como la docencia en Italia, la valoración de Congresos, o la actividad científica), apreciándose una clara tendencia a valorar de modo preferente los criterios que favorecían al candidato, y minusvalorando o prescindiendo de aquellos que pudieran favorecer a la reclamante, siendo de destacar que los cuatro miembros de la Comisión que otorgaron su voto al candidato lo hicieron amparándose en la adecuación de la "docencia" al perfil de la plaza, faltando una apreciación precisa y razonada de un aspecto tan importante como es la labor científica de ambos concursantes.

En este sentido, debe señalarse que el contundente dictamen elaborado por dos expertos italianos —cuya competencia y cualificación profesional parece indudable

a juicio de esta Sala— a solicitud de la Comisión de reclamaciones no fue el soporte exclusivo en el que se basó dicha Comisión para revisar el juicio de la Comisión de selección, sino un auxilio especializado en la materia sometida a debate que no hizo sino confirmar las apreciaciones de la propia Comisión de reclamaciones.

Por otra parte, la tacha del breve tiempo —dos días en España— con que se pretende desvirtuar el dictamen de los expertos, no tiene el valor decisivo que se postula para minusvalorar su actuación, en primer lugar porque no habría inconveniente en admitir que si lo hubieran considerado necesario, se les remitiera con antelación a su propio país copia de la documentación precisa y, en segundo lugar, porque también es hecho notorio que serían los propios expertos los específicamente cualificados para determinar y seleccionar tanto el tiempo como el material que considerasen preciso para emitir sus juicios de valor.

Tampoco tiene relevancia especial que en sus expresiones puedan rastrearse posibles intervenciones desarrolladas en español, puesto que no reglamentada específicamente su forma de intervención, nada se opone a que incluso participasen en alguna fase deliberativa de la Comisión de reclamaciones.

Por ello, no puede decirse, como pretende la parte apelante, que en este concreto supuesto la Comisión de reclamaciones haya incurrido en un exceso de atribuciones por haber suplantado o sustituido el juicio técnico de la Comisión de selección. Al contrario, y como se ha dicho, la Comisión de reclamaciones realizó —con el auxilio de dos expertos— un minucioso examen del caso desde la perspectiva de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad consagrados en el artículo 23.2 de la Constitución, y observó que no se habían aplicado —o que aun habiéndose aplicado se habían minusvalorado claramente— determinados criterios de valoración que figuraban entre los previamente fijados en la convocatoria, constatándose además una tendencia cierta a resaltar los criterios favorables para el candidato, marginando los favorables para la reclamente. No habiendo existido, pues, el exceso de atribuciones denunciado por el apelante, procede confirmar la resolución impugnada, desestimando el presente recurso de apelación.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 11 diciembre 1995.)*

2. *Comisiones examinadoras. Como regla general los Tribunales de Justicia no pueden revisar sus criterios de valoración, aunque se trate de materias jurídicas. Esta regla quiebra cuando, cualquiera que sea la materia sobre la que versen las pruebas, es evidente el error padecido por la Comisión al calificar como correcta o incorrecta una respuesta. Supuesto en que no se dan estas circunstancias pues la conclusión a que llega la Sala de instancia sobre la corrección jurídica de las soluciones ofrecidas por el aspirante no resulta de un examen de tales soluciones del que se deduzca clara e indubitadamente su acierto, sino que precisa de un razonamiento que exige la toma en consideración de diversas normas jurídicas, algunas de ellas de Derecho transitorio.*

«La argumentación desarrollada por la Sala de instancia para fundamentar su decisión reitera anteriores pronunciamientos de la misma Sala en los que se parte de una doctrina general —que se refiere a las matizaciones que, según ella, deben introducirse en la jurisprudencia que señala que las resoluciones de los Tribunales calificadores de las pruebas de los concursos y oposiciones no son revisables por la jurisdicción contencioso-administrativa—, y de otra específica, concretada al caso debatido.

Por lo que se refiere a la tesis general, la Sala de primera instancia afirma que la

doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido de que solamente es aplicable cuando falte una prueba pericial practicada por profesionales de igual o superior titulación académica que la de los componentes del Tribunal calificador, prueba pericial que no sería precisa cuando las preguntas sobre las que se debate versan sobre cuestiones jurídicas, por entrar éstas dentro del ámbito competencial de los órganos jurisdiccionales.

Tal como se plantea esta doctrina, la hemos rechazado en reciente Sentencia de 29 julio 1994 (RJ 1994, 6001). Decíamos en ella que "por el contrario, cualquiera que sea la ciencia, saber o técnica que deban acreditar los partícipes en los concursos y oposiciones, sigue, en principio, con plena vigencia la reiterada jurisprudencia sobre el particular, que encomienda en exclusiva la valoración a las Comisiones administrativas constituidas al efecto, a las que no pueden sustituir en cuanto a sus conclusiones valorativas los Tribunales de Justicia.

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

Es cierto, por otra parte, que la doctrina jurisprudencial sobre los límites de los órganos jurisdiccionales para criticar las decisiones administrativas sobre pruebas selectivas ha hecho frecuente referencia a la falta en aquéllos de conocimientos específicos. Pero este fundamento no quiere decir que cuando concurra la presunción de este conocimiento, como acontece en el caso de las materias jurídicas, la aptitud para invalidar las decisiones de los órganos administrativos sea superior, ya que en definitiva las Comisiones se constituyen normalmente con una multiplicidad de procedencia en sus componentes, dirigida a establecer no solamente la objetividad e imparcialidad del conjunto, sino también el valor circunstancial que debe darse a cada una de las pruebas o ejercicios en función de la finalidad de selección, de modo que según las plazas que traten de cubrirse, la Comisión pueda considerar más o menos puntuales los diversos contenidos de las contestaciones, misión en la que no puede ser sustituido por ningún órgano ni administrativo ni jurisdiccional.

Todas estas consideraciones nos permiten aproximarnos a la idea de que —cualquiera que sea la materia sobre la que versen las pruebas— solamente en los supuestos en que sea evidente el error padecido por la Comisión al calificar como correcta o incorrecta una respuesta, de modo que sea realmente inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica, admitir la tesis de la Comisión determinante de

aquella valoración, resulte permisible que con todas las cautelas y atendiendo a una casuística muy estricta, los Tribunales de Justicia puedan llegar a la conclusión de que los órganos administrativos no han tenido en cuenta manifiestas condiciones de mérito del partícipe en los concursos u oposiciones o bien que han computado favorablemente contestaciones manifiestamente equivocadas, siendo el caso más claro en este sentido el que se daría en el supuesto de operaciones matemáticas o de habilidades comprobables numéricamente, respecto a cuyo resultado quedase perfectamente acreditada la solución errónea tenida por buena por la comisión o, a la inversa, la acertada que hubiese sido rechazada.

Continuábamos en la sentencia citada indicando que tenidos en cuenta los límites y precauciones reseñados, que en definitiva tratan de evitar los casos extremos, en los que la en principio inatacable discrecionalidad técnica en que se fundan las resoluciones de los órganos encargados de calificar las oposiciones y concursos para acceder a la función pública, pueda dar lugar a decisiones en que sea ineludible apreciar una vulneración del fin perseguido por aquéllas, en orden a determinar en quiénes concurren los mejores méritos y capacidad, por ser concluyente el error técnico padecido por aquéllos, debemos entrar en el examen del caso concreto que aquí enjuiciamos.

Pues bien, partiendo del sistema seguido, consistente en un conjunto de preguntas a las que se ofrecían cuatro respuestas posibles, de las que solamente una se consideraba válida por el Tribunal de exámenes, la sentencia de instancia entendió que las preguntas números 57 y 82 ofrecían en ambos casos, de entre las cuatro respuestas posibles, dos que podían entenderse correctas, resultando que en ambos casos el actor contestó señalando como correctas dos contestaciones que no eran las consideradas válidas por el Tribunal de exámenes, pero que sin embargo pueden estimarse acertadas de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico español.

Ahora bien, en ambos casos no se aprecia un error evidente o manifiesto por parte del Tribunal de exámenes cuando consideró como respuestas válidas otras distintas a las señaladas por el recurrente. La conclusión a la que llega la Sala de instancia sobre la corrección jurídica de las soluciones ofrecidas por el aspirante no resulta de un examen de dichas soluciones del que se desprenda clara e indubitadamente su acierto, sino que, al contrario, precisa de un razonamiento que exige la toma en consideración de diferentes normas jurídicas, algunas de ellas de derecho transitorio, en el caso de la pregunta relativa a las resoluciones del Encargado del Registro Civil; y en cuanto a la referente al número de Diputados en el Congreso, la opción acogida por el Tribunal calificador ofrece un engarce tan directo e inmediato en la Constitución, que realmente impide también aceptar que podamos sustituir su criterio al alegirla como correcta.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 15 diciembre 1995.)*

II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

1. *Provisión de puestos de trabajo. Centros públicos de Preescolar, EGB y EE. Legalidad de los artículos 3 y 10 RD 895/1989, al ser la negociación colectiva en el ámbito funcionarial de consagración exclusivamente legal.*

«Es objeto del presente recurso la impugnación de los artículos 3.º, 10 y concordantes del RD 895/1989, de 14 julio, por el que se regula la provisión de puestos de trabajo de centros públicos de Preescolar, Educación General Básica y Educación Especial, por parte del Sindicato de Trabajadores de la Enseñanza de la Región de Murcia.

En tesis del Sindicato recurrente, dichos preceptos se oponen al Acuerdo suscri-

to con anterioridad al Real Decreto entre las representaciones de la Administración del Estado y de los Sindicatos ANPE, CC.OO., FETE-UGT y UCSTE sobre condiciones de trabajo de los profesores de enseñanza no universitaria, y que, elevado a la aprobación del Consejo de Ministros, la recibió en su reunión de 25 de noviembre de 1988, al amparo del artículo 35 de la Ley 9/1987, de 12 junio, de Organos de Representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, lo que determina la invalidez de los preceptos reglamentarios impugnados.

Para el Abogado del Estado, sin embargo, ni existe oposición entre los preceptos citados y el referido acuerdo, ni el negado caso de que existiera el artículo 35 de la Ley 9/1987 impondría por ello la invalidez del Real Decreto, que es producto no sólo de las negociaciones habidas con los sindicatos firmantes del Pacto de noviembre de 1988, sino de las habidas con las Comunidades Autónomas.

Expuestas esquemáticamente las líneas del debate sometido a nuestra decisión, es claro que éstas se mueven en dos planos lógicos distintos: uno, de carácter general sobre el efecto jurídico que pueda producir la contradicción existente entre un acuerdo de los previstos en el artículo 35 de la Ley 9/1987 y la ulterior norma reglamentaria reguladora de la misma materia que el acuerdo, y otro, de carácter más concreto, cual es la existencia o no en este caso de contradicción entre el acuerdo y las normas reglamentarias citadas.

Procederemos en diferentes apartados a analizar cada una de las dos cuestiones, si bien, para mayor claridad del ulterior discurso, bueno es empezar, transcribiendo aquí los preceptos reglamentarios, y la parte del acuerdo, entre los que se afirma la existencia de contradicción.

Los preceptos reglamentarios son del siguiente tenor:

"Artículo 3.º El sistema normal de provisión de los puestos de trabajo de los Centros antes mencionados, a desempeñar por los funcionarios del Cuerpo de Profesores de Educación General Básica, lo constituye el concurso.

Este concurso, que tendrá una periodicidad anual, constará de dos fases consecutivas:

Primera: Provisión de puestos, por especialidades, agrupados en zonas educativas que establecerán el Ministerio de Educación y Ciencia y las Comunidades Autónomas.

Segunda: Adscripción del Profesorado a localidad y Centros concretos.

Con carácter previo a la primera fase las Administraciones Públicas competentes abrirán convocatoria para que los Profesores que se encuentren en alguno de los supuestos a que alude el artículo 18 y que otorgan derecho preferente a una localidad o zona determinada, puedan hacer valer el mismo."

"Artículo 10. En la primera fase del concurso los destinos se adjudicarán por zonas, con indicación de la especialidad del puesto de trabajo.

En la segunda fase del concurso se realizará, de acuerdo con lo que establezca cada Administración Educativa al respecto, la adscripción del Profesorado que haya alcanzado destino en la primera, a localidad y Centro concretos, respetándose en todos los casos la especialidad de la vacante adjudicada en la primera fase.

A la convocatoria de esta segunda fase podrán concurrir los Profesores que vinieran prestando servicios con carácter definitivo en la respectiva zona, y que lleven al menos dos años desde la toma de posesión del último destino, a fin de facilitar su movilidad dentro de la misma.

Asimismo, y con el fin de obtener Centro concreto, deberán acudir a esta segunda fase aquellos Profesores que alcanzaron la reserva de plaza a una localidad o zona determinada por el mecanismo establecido en el último párrafo del artículo 3.º.

En esta segunda fase, en la que las prioridades se determinarán por el mismo baremo que se establece en los artículos 21 y 22 del presente Real Decreto, no se podrá cambiar de especialidad o clase de vacante, ni de zona.

La adjudicación de un determinado puesto de trabajo no exime de impartir otras

enseñanzas o actividades que puedan corresponderles de acuerdo con la organización pedagógica del Centro."

Por su parte el Acuerdo de noviembre de 1988, en los particulares atinentes al objeto del proceso, es del siguiente tenor:

"II.—Concurso de traslado (EGB).
Con el fin de que los centros docentes públicos dispongan de los especialistas necesarios para una enseñanza más rigurosa y diversificada, de promover la estabilidad de las plantillas docentes indispensables para que los claustros desarrollen la programación pedagógica de acuerdo con los contenidos y objetivos de la enseñanza, el Ministerio de Educación y Ciencia y los Sindicatos coinciden en la necesidad de publicar un Real Decreto sobre provisión de puestos de trabajo por concurso en los centros de Preescolar, EGB y Educación Especial, en los primeros meses del año 1989, que entrará en vigor en la convocatoria de concurso de traslados en el inicio del curso escolar 1989/1990.
A tal efecto, el Ministerio de Educación y Ciencia y los Sindicatos acuerdan los siguientes principios básicos:

1. Concurso único y anual por especialidades y a centros.
2. ...
(...)."

Procediendo de lo más general a lo más concreto, empezaremos por el análisis de la primera de las cuestiones antes enunciadas.
Sobre el particular es ciertamente parca la argumentación del sindicato recurrente, en orden a fijar la fundamentación normativa de la invalidez que proclama.
Tras aludir a la exposición de motivos de la Ley 9/1987, concreta la parte su argumentación diciendo que "salvadas las peculiaridades para el ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, las reglas fundamentales de la adopción de acuerdos entre la Administración Pública y los órganos sindicales en orden a la determinación de las condiciones de trabajo, surgen del mismo principio general que rige cualquier negociación colectiva en el campo laboral y, por consiguiente, la previsión de la vinculación de los pactos adoptados que contiene el artículo 35 de la Ley 9/1987, debe entenderse surgida del mismo principio que informa el artículo 37.1 de nuestra Constitución al garantizar la fuerza vinculante de los convenios.
Siendo ello así, dado que, como ha quedado expuesto, el Decreto 895/1989, de 14 julio, supuso un apartamiento por parte de la Administración estatal del acuerdo tomado previamente entre el Ministerio de Educación y los Sindicatos (...) ello conllevaría como consecuencia necesaria la invalidez, por contrarios a derecho, de aquellos preceptos...".
La contestación del Abogado del Estado (Fundamento de Derecho Cuarto) es en el punto que nos ocupa más parca aún, pues se limita a decir que "en todo caso (y lo decimos en último término) lo que sí está claro es que el artículo 35 de la Ley 9/1987, de 12 junio, de Organos de Representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, no impondría en ningún caso la invalidez del Real Decreto aquí impugnado, como se deduce de la simple lectura de dicho precepto".
Ninguna de las tesis opuestas nos parece técnicamente rigurosa.
La de la parte actora, al reconducir los acuerdos entre la Administración y los Sindicatos (adviértase que por la fecha del cuestionado, anterior a la Ley 7/1990, de 19 julio, de negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo, no cabe hablar aún de negociación colectiva *stricto sensu*) al principio que informa el artículo 37.1 de la Constitución, es sumamente vaga, e inexacta. Sumamente vaga, pues el principio informativo aludido no es un título preciso sobre el que poder asentar una concreta caracterización de los acuerdos referidos (sí como negocios jurídicos o como normas), que es el presupuesto ineludible para poder fijar cuál sea el efecto que pueden producir respecto de la disponibilidad por el Gobierno de su potestad reglamentaria, y sobre la validez jurídica de un reglamento, dictado en ejercicio de esta potestad, pero desconocedor de un compromiso previamente asumido.

E inexacta por cuanto que la negociación colectiva en el ámbito de la función pública ni puede constitucionalmente asimilarse a la negociación colectiva en el ámbito laboral, ni puede reconducirse al artículo 37.1 CE, como ha tenido ocasión de proclamar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1982 [RTC 1982, 57], Fundamentos de Derecho 4.º, 5.º y 6.º) y la de esta misma Sala (Sentencias, entre otras, de 14 julio 1994 [RJ 1994, 6017], Recurso de Casación 777/1992, y 1 febrero y 30 junio 1995 [RJ 1995, 1210 y 5107], Recursos 835/1992 y 836/1992).

La negociación que nos ocupa es de consagración exclusivamente legal, de la Ley 9/1987, siendo sólo esta Ley (no olvidemos que el caso actual se sitúa temporalmente antes de la Ley 7/1990) la base normativa para establecer el alcance y significado jurídico de dicha negociación.

Por lo expuesto, no cabe asimilar el régimen de los acuerdos analizados al de los Convenios Colectivos laborales, cuyo significado como normas tiene un fundamento preciso, aparte de en el artículo 37.1 de la CE, en los artículos 3.º.1.*c)* y Título III de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, por razón de tiempo); mientras que la Ley 9/1987 no facilita datos inequívocos para una configuración clara desde la alternativa conceptual negocio-norma.

Mas en todo caso pueden encontrarse en la Ley 9/1987, y en contra de la tesis del Abogado del Estado, bases precisas en las que poder sustentar una teoría de invalidez de las normas reglamentarias contrarias a los acuerdos previstos en su artículo 35, pues la regulación legal de los mismos sólo tiene sentido sobre la base de su eficacia vinculante. La validez y eficacia de éstos, a que se refiere el párrafo 3.º del artículo 35 citado sólo puede tener existencia real si se les reconoce la de vincular a la Administración que los aprueba expresa y formalmente.

En la regulación contenida en los artículos 30 y siguientes de la Ley 9/1987, en concreto en sus artículos 32, 35 y 37, en conexión con el artículo 3.º.2.*b)* de la Ley 30/1984, puede verse una reserva desde la Ley para la negociación respecto a las materias enunciadas en el primero de los preceptos, y en la misma medida una limitación a la posibilidad de que la ordenación de esas materias pueda realizarse por vía reglamentaria. Tal posibilidad queda limitada, según lo dispuesto en el artículo 37.2, a los casos en que no se produzca el acuerdo en las negociaciones o no se alcance la aprobación expresa y formal a que alude el artículo 35. Esto sentado, si respecto a una determinada materia de las comprendidas en el artículo 32 de la Ley 9/1987, se ha producido el acuerdo regulado en el artículo 35, y éste ha merecido la aprobación expresa y formal del órgano competente para darla, faltará el presupuesto para que el Gobierno, al margen del Acuerdo, o contradiciéndolo, pueda ejercer respecto a ella su potestad reglamentaria, cuyo presupuesto se asienta en la hipótesis negativa contraria, prevista en el artículo 37.2; por lo que el ejercicio de la potestad reglamentaria en esas circunstancias vendría a ser contrario a los artículos 35 y 37.2, y esa infracción del ordenamiento jurídico así producida merecería la sanción establecida en el artículo 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, o en todo caso la del artículo 48.1 del propio texto, por remitirnos a la normativa aplicable por razón de tiempo (en la normativa actualmente vigente, los correlativos arts. 62.2 y 63.1 de la Ley 30/1992).

Se ha de aceptar así, pese a la parquedad de la fundamentación, la tesis general del sindicato recurrente de que una eventual contradicción entre un acuerdo alcanzado y un reglamento posterior que lo desconoce es causa de invalidez de la norma reglamentaria.

Desde ese punto de partida genérico el análisis de este caso debe descender al plano más concreto de si, en efecto, existe la contradicción entre el acuerdo traído a colación y los preceptos reglamentarios impugnados.

Sobre el particular debe observarse que el acuerdo referido no agota la regulación en la materia alusiva a los Concursos de Traslado, sino que se limita a establecer unos principios básicos, a desarrollar en el ulterior Real Decreto, cuya publicación expresamente está prevista en aquélla.

La validez del real decreto ulterior en línea de principio no parece que ofrezca objeción alguna, naturalmente siempre que su contenido no se aparte de los principios básicos acordados.

En este punto la tesis impugnatoria del Sindicato recurrente, expresada en el hecho "Tercero" de su demanda, es la de que "frente a lo convenido acerca de que los

concursos fuesen a centros, adjudicándose los destinos vacantes solicitados que hubiera en los mismos, en la disposición impugnada se establece un sistema diametralmente opuesto por cuanto que, dividido el concurso en dos fases, los destinos en la primera se adjudicarán en las zonas educativas que se establezcan, siendo, una vez alcanzado destino en una de éstas (la cual ya no se podrá cambiar en la segunda fase) cuando se haría la adscripción a localidad y centros concretos. Resulta claro (continúa el hecho aludido) que por este medio se posibilita que un funcionario concursante que en ejercicio de su derecho de promoción y movilidad profesional y de su libertad a pretender alcanzar un único centro concreto, se pueda, no obstante, encontrar destinado al fin del concurso en cualquier otro centro o localidad que realmente no desee pero que esté dentro de la zona de delimitación, y ello porque la opción inicial que deberá hacer y le vinculará será la de la zona y ésta va a poder comprender sectores territoriales, en determinados casos, muy amplios. Esto supone (finaliza la argumentación) una evidente merma o limitación a la libertad y voluntariedad en la opción de los concursantes".

Si tal fuera el sistema establecido en los artículos 3 y 10 del Real Decreto recurrido, y tales sus efectos, sería claro que ese régimen reglamentario vendría a desvirtuar los principios básicos pactados en el Acuerdo de noviembre de 1988. Pero no hay nada en dichos preceptos, ni en otros del Real Decreto que avale esa argumentación de la parte.

Si las convocatorias realizadas en el marco del Real Decreto establecieran el sistema que el sindicato recurrente ve consagrado en el Real Decreto, serían dichas convocatorias, y no el Real Decreto, las impugnables, pues el contenido real de éste no las cubriría.

La distinción en dos fases del concurso no implica que en la primera se tenga que solicitar en abstracto un destino de una determinada zona y especialidad, y no de un puesto concreto de un centro y localidad igualmente concreta, con la consecuencia de que el resultado de la primera fase comporte el riesgo de ser destinado dentro de la zona y especialidad a centro y localidad no deseados. Ningún precepto del Real Decreto impone ni aquella exigencia, ni estas consecuencias.

Por el contrario, y según aduce convincentemente el Abogado del Estado, la primera fase del concurso tiene un mero significado burocrático dentro de un concurso único, en el que nada impide que puedan solicitarse puesto y localidades concretos, y en el que todos los concursantes, aunque su posible acceso al concurso antes de la decisión final de éste pueda tener lugar en momentos distintos (así obliga a entenderlo el párrafo 3.º del art. 10), verán medidas sus solicitudes en un momento final único con arreglo a un único baremo. En realidad, y aunque quizás los términos utilizados al referirse a la primera fase puedan no ser los más adecuados, el significado de ésta puede entenderse que es el de un mero expediente técnico de selección provisional, que no determina adscripción definitiva del concursante a ningún puesto concreto, ni de los solicitados, ni menos de los no solicitados, aunque comprendidos en el marco abstracto de una zona y especialidad.

Como tal expediente técnico de selección de solicitudes, la primera fase carece de la virtualidad que el sindicato recurrente le atribuye, y sus efectos meramente internos y provisionales no permiten que se le pueda atribuir la sustancialidad lesiva que el recurrente le atribuye.

Que el concurso único se configure sobre la base de una única fase, en la que los concursantes soliciten en un mismo momento los centros concretos que les interesen, y se decida de modo global y único, mediante la adscripción de los solicitantes a los centros solicitados, según el resultado de la ponderación de sus méritos con un único baremo, o que las solicitudes puedan tener momentos sucesivos, pero el momento final de las adscripciones sea único y sobre la base de un baremo asimismo único, es alternativa de mero significado burocrático, que en ambos de sus términos se ajusta a la exigencia de que el concurso sea único y anual por especialidades y a centros, que es el principio básico acordado, cuyo desarrollo en la norma reglamentaria es lógicamente compatible con diversas alternativas de articulación técnica.

Ha de concluirse así que no existe la contradicción entre el acuerdo invocado y los artículos 3 y 10 que el recurrente alega, por lo que no existe motivo legal para la invalidez que éste postula. Se impone por ello la desestimación del recurso.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 16 noviembre 1995.)*

2. *Provisión de puestos de trabajo. Administración local. Limitar a los funcionarios de la propia Corporación convocante la concurrencia al concurso para su provisión vulnera el artículo 101 L. 7/85. Posibilidad de recurrir en apelación la Sentencia correspondiente porque, al comprender los acuerdos en que tal medida se contiene el catálogo de puestos de trabajo, la plantilla y las cláusulas para su dotación, dada la doctrina jurisprudencial que les reconoce una cierta vocación normativa, cabe integrar el caso en el apartado 2.b) del artículo 94.1, y no en el apartado a).*

«Limitar a los funcionarios de la propia Corporación convocante la concurrencia al concurso de provisión de puestos de trabajo, en contra de lo que dispone el artículo 101 de la Ley 7/1985, según el cual los puestos de trabajo vacantes que deban ser cubiertos por funcionarios (que no sean los de habilitación de carácter normal) se proveerán por concurso de méritos entre funcionarios que pertenezcan a cualquiera de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las provisiones por libre designación.

El primer problema que se nos plantea es de índole procesal, porque al haberse debatido en el proceso sobre una cuestión de personal, en principio la sentencia debería considerarse inapelable, de acuerdo con el artículo 94.1.*a)* de la Ley de la Jurisdicción, texto anterior a la Ley 10/1992. Pero examinada la resolución impugnada, vemos que su fundamento se encuentra en lo acordado por el Pleno de la Corporación en sesiones celebradas los días 26 de diciembre de 1986 y 2 de diciembre de 1988, sobre normas de provisión de puestos de trabajo, de cuya aplicación derivan las que la parte demandante ha considerado infracciones legales del acto impugnado. Ahora bien, como dichos acuerdos contienen el Catálogo de puestos de trabajo, la Plantilla y las cláusulas para su dotación, a efectos procesales debemos acogernos a la doctrina jurisprudencial que les reconoce una cierta vocación normativa, suficiente para integrar el caso en el supuesto del apartado 2.*b)* del mencionado artículo.

Siendo indudable que, abstractamente considerado, el sistema arbitrado por la Diputación Provincial de La Coruña vulnera frontalmente lo dispuesto en los artículos 97 y 101 de la Ley 7/1985, en los términos expresados por la Sala de primera instancia, solamente la razón coyuntural a que se alude por la entidad demandada, en el sentido de que se trata de adoptar la plantilla preexistente a un nuevo catálogo de puestos de trabajo, sin aumentar aquélla, podría justificar, desde un punto de vista material, la actuación administrativa denunciada. Pero es que además de no ser éste un supuesto legalmente previsto, de todas formas las "normas de provisión de puestos de trabajo" acordadas por la entidad apelante —en las que se basa jurídicamente la decisión impugnada— ni siquiera responden a esta finalidad puramente circunstancial, sino que, por el contrario, se articulan como un sistema general, sustitutivo del inexistente desarrollo de la legislación básica en materia de función pública local, previsto en el artículo 168 del Real Decreto Legislativo 781/1986, con vocación de subsistencia mientras aquél no se lleve a efecto y cuya vulneración de la legalidad a la razón vigente hacen acreedores al pronunciamiento de nulidad a los actos aplicativos de las mismas.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 30 noviembre 1995.)*

III. DERECHOS

1. *Retribuciones. Funcionarios de correos. Por penosidad festiva por servicios en sábado. Derecho a percibirla. Mientras el complemento específico se fija para cada puesto de trabajo en atención a las características de su*

función con independencia del tiempo en que se lleve a cabo —23.2.b) L. 30/84—, la gratificación por servicios extraordinarios retribuye trabajos realizados «en una jornada que no se considera normal» —23.2.d) L. 30/84—. Revisión.

«La cuestión referida a si los funcionarios de Correos adscritos a Servicios Ambulantes tienen derecho al percibo de la denominada "penosidad festiva" en razón de los servicios prestados durante las horas de sábado, como equiparación a los trabajos realizados en días no laborables —domingos y festivos—, ha sido ya objeto de estudio y resolución por esta Sala en sus Sentencias de 8 marzo 1994 (RJ 1994, 1884) y 24 enero 1995 (RJ 1995, 636 y 637) —dos—, dictadas en sendos recursos de revisión de similar planteamiento al que ahora enjuiciamos —aunque éste se limite sólo a la cuestión relativa a la "penosidad festiva" y en dichas sentencias, además, se abordó también la posible compatibilidad de aquella penosidad con la "nocturna", lo que se denegó, al igual que se ha declarado en la sentencia objeto de este recurso de revisión—. Pues bien, en las antes mencionadas sentencias se establece como doctrina que habremos de seguir ahora en correcta aplicación de los principios de unidad de doctrina y de seguridad jurídica, que la precitada "penosidad festiva" debe ser reconocida como derecho a percibirla por aquellos funcionarios adscritos a Servicios Ambulantes de Correos, habida cuenta las exigencias del principio de igualdad, basadas en la comparación con la situación jurídica de otros funcionarios en los que concurre identidad de razón, y de la doble vía retributiva que abren los apartados *b)* y *d)* del artículo 23.2 de la Ley 30/1984, de 2 agosto; mientras que el complemento específico se fija para cada puesto de trabajo en atención a las características de su función, con independencia del tiempo en que se lleve a cabo —apartado *b)*—, la gratificación por servicios extraordinarios retribuye trabajos realizados "en una jornada que no se considera normal" —apartado *d)*—.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 25 octubre 1995.)*

2. *Complemento de plena dedicación. Derecho a percibirlo de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que ocupan puestos de trabajo idénticos con las mismas características que los ocupados por otros cuyos titulares lo venían percibiendo, con independencia de que los puestos ocupados por aquéllos no estén catalogados. Revisión.*

«Para decidir cuál es la doctrina que se considera correcta, hay que estar, por razones de unidad de doctrina a lo que ya se dijo en las Sentencias de este Tribunal de 3 julio 1992 (RJ 1992, 5675) y 14 octubre 1993 (RJ 1993, 7626), en que resolvieron el dilema en contra de la tesis de la Abogacía del Estado al entender, en un caso similar, que era conforme a Derecho una sentencia como la ahora recurrida, argumentando que es cierto que el complemento de plena dedicación, que trae causa del Real Decreto-Ley 9/1984, de 11 julio —arts. 2.2 y 7.3—, que regulaba a la sazón las retribuciones de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado desarrollado por el Real Decreto 1781/1984, de 26 septiembre —art. 5.º—, y éste a su vez por la O. 23 octubre 1984 —art. 3.º—, constituía una retribución complementaria de determinados puestos de trabajo, concretamente, de aquellos cuyo desempeño exigía una "dedicación y responsabilidad especiales". También es cierto que la determinación de estos puestos correspondía al Ministerio del Interior, pero no lo es menos que constatado por la Sala sentenciadora que los puestos de trabajo ocupados por los recurrentes eran idénticos y reunían las mismas características, tanto en categoría como en trabajo, que otros, cuyos titulares venían percibiendo el complemento de plena dedicación, no puede erigirse en obstáculo al reconocimiento del derecho a percibir

el expresado complemento la falta de catalogación de tales puestos, no sólo porque esto supondría dar una solución meramente formal al caso litigioso cuando el Tribunal *a quo* entiende ya acreditado que los referidos puestos de trabajo exigen una especial dedicación, sino también porque al dirigirse los interesados a la Administración solicitando se les concediera el derecho al percibo del complemento de plena dedicación, ya estaban cuestionando, aunque implícitamente, la no inclusión en el catálogo de los puestos servidos por ellos.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 11 noviembre 1995.)*

3. *Artículo 23.2. Análisis por el TS de la doctrina del TC. Distinción entre funciones y cargos públicos. En cuanto a éstos, sólo cuando estemos en presencia de* representantes *elegidos por sufragio universal estaremos en el objeto del artículo 23.1 CE.*

«Es ya el momento de examinar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 23.2 CE, que es el derecho que los recurrentes estiman violado.

Al respecto son especialmente ilustrativas las Sentencias 23/1984, de 20 febrero; la 71/1989, de 20 abril [RTC 1989, 71]; 212/1993, de 28 junio [RTC 1993, 212], y 80/1994, de 14 marzo [RTC 1994, 80], así como el Auto número 942/1985, de 18 diciembre, evidenciadores de una doctrina consolidada, que nos impide considerar incluidas en el artículo 23.2 funciones o cargos diferentes de los aludidos en aquélla.

Bueno es reproducir aquí lo que sobre el alcance del artículo 23.2 se dice en la última de las sentencias citadas, que reitera la doctrina de las precedentes:

"Comenzando por el examen del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2, es necesario recordar que este Tribunal ha declarado que en este precepto, que distingue entre 'funciones' y 'cargos públicos', se reconoce de un lado, el derecho a acceder a puestos funcionariales y, de otro, dos derechos —sufragio activo y pasivo— que enmarcan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo, sino también el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa (STC 1989, 71). Del primero de los dos derechos hemos dicho que el artículo 23.2 comprende, no sólo el acceso a la función pública, sino también el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa (SSTC 192/1991 [RTC 1991/192], 200/1991 [RTC 1991, 200] y 212/1993 [RTC 1993, 212], entre otras). Del derecho a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al Estado y a los entes territoriales en que se organiza territorialmente de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución —Comunidades Autónomas, Municipios y Provincias— (STC 23/1984). Añadiendo, a continuación, que el artículo 23.2 es un reflejo del Estado democrático en el que —art. 1.2— la soberanía reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado.

En la STC 212/1993 señalamos que la vinculación del derecho de acceso a 'cargos públicos' con el concepto de representatividad política derivada de la interpretación del artículo 23.2 en conexión con el artículo 23.1 (SSTC 23/1984, 32/1985 [RTC 1985, 32], 149/1988 [RTC 1988, 149] y 71/1989 y AATC 837/1985 y 880/1985) nos ha llevado a concluir que en nuestro Derecho, sobre la base del artículo 23.1 CE, no todo derecho de participación ha de ser siempre un derecho fundamental. Los límites objetivos del derecho enunciado en este precepto vienen dados por dos de los elementos del poder jurídico en él configurado. En primer lugar, por sus titulares ('los ciudadanos'), de tal modo que la situación subjetiva así reconocida lo es *uti cives* y no en favor de cualesquiera categorías de personas (profesionalmente delimitadas, por ejemplo). En segundo lugar, complementariamente por el contenido del

mismo, de la situación jurídica subjetiva enunciada, que, dejando de lado la participación 'directa' irrelevante para el supuesto actual, se enuncia como derecho a participar 'por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal' (ATC 942/1985)."

Y sobre la interconexión entre el apartado 2 del artículo 23 y el 1, como clave éste para la determinación del alcance de aquél, cuando de la definición de "cargos públicos" se trata, es asimismo conveniente ceder de nuevo la palabra al Tribunal Constitucional en su STC 71/1989, F. 3.º:

"Estos dos últimos derechos se presuponen mutuamente, existiendo entre ellos tan íntima relación que no es excesivo considerarlos modalidades o vertientes del mismo principio de representación política, pero ello no quiere decir que se manifiesten tan absolutamente fusionados que no sea posible conceptuarlos, dentro de la intensa interdependencia que los caracteriza, como derechos susceptibles de tratamiento autónomo en el que pueden aislarse lesiones que afecten, a los efectos del recurso de amparo, tan sólo a uno de ellos, pues así lo permite el reconocimiento diferenciado que de los mismos hace el artículo 23 de la Constitución, garante en su número 1 del derecho de participar en los asuntos públicos, aparte de poder hacerlo directamente en los supuestos que proceda, mediante representantes libremente elegidos —derecho electoral activo— y en su número 2 del derecho de acceder a cargos públicos como tales representantes —derecho electoral pasivo—."

Se marca en el pasaje transcrito la íntima relación entre los dos apartados del artículo 23, que es lo que cuenta para la identificación objetiva de los cargos públicos aludidos en el apartado 2, y el posible tratamiento autónomo de dichos dos apartados con la posibilidad de que las violaciones de cada uno de ellos puedan aislarse.

Encontrándonos, como es aquí el caso, en trance de decidir sobre la identidad del cargo, en cuanto protegible ex artículo 23, es claro que es la íntima relación, a la que se refiere la sentencia, lo que nos interesa, y que para esa definición es intrascendente el aislamiento posible de las lesiones a los apartados 1 ó 2.

Por último, en la cita jurisprudencial que nos ocupa, es fundamental la del Auto 942/1985 en el que se declaró la inadmisibilidad de un recurso de amparo contra la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, y en el que, entre otras razones para ella, que no hacen aquí al caso, se examinaba la posible inclusión de tales "cargos públicos" en el artículo 23.1 CE, y se decía, para negarla:

"En nuestro Derecho, sobre la base del artículo 23.1 no todo derecho de participación ha de ser siempre un derecho fundamental. Los límites objetivos del derecho enunciado en este precepto, vienen dados, por lo que aquí importa, por dos elementos del poder jurídico en él configurado. En primer lugar, por sus titulares ('los ciudadanos'), de tal modo que la situación subjetiva así reconocida lo es *uti cives* y no en favor de cualesquiera categorías de persona (profesionalmente delimitadas, por ejemplo). En segundo lugar, complementariamente por el contenido del mismo de la situación jurídica subjetiva enunciada que —dejando de lado la participación 'directa'—, irrelevante para el supuesto actual se enuncia como derecho a participar 'por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal'. Estas proposiciones parecen claras en cuanto al carácter del derecho declarado: Sólo cuando la participación lo sea a través de 'representantes' (y en orden a la noción de 'representación' empleada por la norma fue concluyente la Sentencia 10/1983 [RTC 1983, 10], en su fundamento jurídico 2.º) y cuando —en coherencia con la titularidad difundida del derecho— la elección de éstos se realice mediante 'sufragio universal' (en cualquier ámbito territorial) estaremos en el objeto del artículo 23.1 de la Constitución. Fuera de este punto quedarían, pues, cualesquiera otros títulos de participación que, configurados como derechos subjetivos o de otro modo, puedan crearse en nuestro ordenamiento."

Llegados a este punto, si el contenido del artículo 23.2, en cuanto a la definición

del "cargo público", debe integrarse con el del núm. 1 del propio precepto, si ello determina, como uno de los perfiles de configuración del cargo concernido, la necesidad del elemento de que se acceda a él por elección por sufragio universal, y si por falta de este elemento el Tribunal Constitucional no consideró incluible en el artículo 23.1 CE el cargo de vocal del Consejo General del Poder Judicial, cargo que está establecido directamente en la Constitución, en su artículo 122.3, y es de directa designación por las Cámaras legislativas, es lógico concluir que el cargo de miembro del Consejo de Administración del Ente Público Radio Televisión, de simple creación legal, cualquiera que sea la enjundia de su significación política, y cuyo órgano elector es el mismo que el de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, no puede merecer una calificación constitucional ex artículo 23.2 CE que se le negó a éstos.

Lo contrario sería apartarnos de la doctrina constitucional referida, lo que no nos corresponde.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 24 noviembre 1995.)*

4. *Derechos. Profesores de EGB. Casa-habitación. Aunque los maestros no tienen en la actualidad derecho a casa-habitación o una compensación económica equivalente, los Ayuntamientos no pueden desafectar edificios escolares, incluida la casa-habitación, sin autorización de la Administración competente.*

«El abogado del Estado, en representación de la Administración del Estado impugna en el presente recurso la Sentencia número 418 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 13 octubre 1990, recaída en el proceso contencioso-administrativo número 504/1989 (T), que declara ajustado a Derecho el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de San Martín de Valdeiglesias, de 29 junio 1989, por el que se acordó la desafectación de las viviendas de Profesores de Educación General Básica, ubicadas en el edificio sito en la carretera de Toledo números 4 y 6 del referido municipio. La apelación se fundamenta en la doctrina de las Sentencias de esta Sala de 20 septiembre 1988 (RJ 1988, 7232), 14 noviembre 1989 (RJ 1989, 8303), 18 abril y 17 julio 1190 (RJ 1990, 3652 y 6643). Por el contrario, el Ayuntamiento apelado, en apoyo del criterio de la sentencia de primera instancia señala: *a)* el derecho a casa-habitación de los funcionarios públicos ha sido suprimido por la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Reforma de la Función Pública (artículo 23); *b)* la obligación de soportar los municipios las cargas estatales fue suprimida, con carácter general, por la disposición adicional 6.ª del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local, retirándose en las disposiciones posteriores, como recoge el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, aprobatorio del Texto Refundido de Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local; y *c)* no se puede considerar derogado el precepto de la Ley de Educación Primaria (hoy, con carácter reglamentario) que obliga a los Ayuntamientos a facilitar gratuitamente viviendas a los maestros, en cuanto a la gratuidad y vigente en el resto.

La cuestión suscitada en la apelación, referida a si los Ayuntamientos pueden o no desafectar los edificios de su propiedad destinados a viviendas de Profesores de Enseñanza General Básica, sin autorización de la Administración competente en materia educativa, del Estado o de la correspondiente Comunidad Autónoma, ha dado lugar a múltiples decisiones, no siempre coincidentes, de Tribunales de primera instancia, como consecuencia, sin duda, de la heterogénea y cambiante normativa aplicable, aunque también a una jurisprudencia que se ha ido consolidando progresivamente en múltiples Sentencias de este Alto Tribunal; la más reciente de 10 noviembre 1995 (RJ 1995, 8565), que viene a resumir lo señalado, entre otras, en Sentencias de 20 septiembre 1988, 14 noviembre 1989, 18 abril, 17 julio y 14 diciembre 1990 (RJ 1990, 9971), 2 enero 1991 (RJ 1991, 529), 25 marzo y 21 abril

1994 (RJ 1994, 2500 y 3381). Esta última corriente jurisprudencial, que se inspira en la distinción entre la obligación de proporcionar casa-habitación a los Profesores de Educación General Básica y el régimen peculiar de los edificios originariamente destinados a este fin, singularizados, a su vez, por su procedencia y destino respecto de los otros bienes municipales, puede sintetizarse en los siguientes términos: *a)* los Ayuntamientos no están sujetos a dicha obligación de proporcionar casa-habitación en forma gratuita o a una compensación económica equivalente, habiéndose extinguido tal obligación con la Ley de Bases de Haciendas Locales de 3 diciembre 1953 (disposición adicional 4.ª), lo que vino a ratificar la disposición adicional 6.ª.4 de la Ley de Régimen Local de 24 junio 1955; *b)* los artículos 51 y 52 del Decreto 193/1967, de 2 febrero, que establecían un sistema de colaboración entre el Estado y las Corporaciones locales para las construcciones escolares y contemplaban un derecho a casa-habitación de los maestros, no fueron derogados por la Ley de Educación 14/1970, de 4 agosto (disposición transitoria 9.ª y final 4.ª), ni tras la Constitución, por la Ley Orgánica de Educación, LO 8/1985, de 3 julio (disposición transitoria 5.ª), aunque dicha normativa, con valor reglamentario, no hacía pesar sobre los Ayuntamientos la obligación de proporcionar la vivienda, con carácter unilateral e incondicionado, sino con el mismo enfoque del artículo 25.2.*n)* de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 abril, y la disposición adicional 2.ª de la citada LO 8/1985, como competencia municipal de cooperación con las Administraciones Educativas correspondientes; *c)* los Ayuntamientos pueden poner fin a cesiones gratuitas gravosas para el Erario municipal o buscar contrapartidas (como cesiones en arrendamiento u otras distintas) para los bienes patrimoniales que destinen a casa-habitación de los Profesores de Educación General Básica, pero respetando siempre el régimen propio de los bienes de que se trata; *d)* los edificios escolares que alberguen servicios docentes de enseñanza primaria, incluidas las viviendas de maestros, a que se refiere el mencionado artículo 51 de la Ley de Enseñanza Primaria, cualquiera que hubiese sido el procedimiento de financiación, resultan de propiedad de los Municipios, pero no pueden destinarse a otros servicios o finalidades sin autorización del Ministerio de Educación y Ciencia o, lógicamente, de quien le sustituya en sus competencias, quedando vinculados a su afectación originaria; *e)* en el caso de bienes demaniales, como ocurre con los edificios escolares de que se trata, su disposición requiere la previa desafectación al servicio público de enseñanza, y tal desafectación, aun siendo competencia exclusiva de los Ayuntamientos para los bienes demaniales de titularidad municipal, requiere la autorización de la Administración Educativa (art. 23 de la Ley de 16 marzo 1964, y art. 51 del Texto Refundido de la Ley de Enseñanza Primaria de 1967, cuya vigencia vienen a recordar el art. 2, apartado 6, del Real Decreto 3186/1978, de 1 diciembre, y el Real Decreto 605/1987, de 10 abril, sobre procedimiento de autorización previa a la desafectación de los edificios públicos escolares de propiedad municipal); y *f)* el expresado sistema de desafectación no puede considerarse contrario al principio de autonomía municipal, puesto que se trata de la desafectación de un bien que, aun cuando sea de propiedad del municipio, se halla afecto a un servicio público que no es estrictamente municipal como ocurre con el educativo.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 4.ª, 11 diciembre 1995.)*

5. *Ascenso. Oficinas militares. De Teniente a Capitán. Disposición Transitoria 4.ª L. 48/1981, 24 diciembre. No exigencia de previa vacante. Revisión.*

«Se impugna en este recurso de revisión la Sentencia de 13 septiembre 1989 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo —Sección Octava— del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en los recursos acumulados 473/1988, 474/1988 y 475/1988 con fundamento en el apartado 102.1.*b)* de la Ley de esta Jurisdicción por

entender los recurrentes que es contradictoria con la Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete, con sede en Murcia, de 19 octubre 1988.

La sentencia ahora objeto de impugnación desestima el recurso contencioso-administrativo deducido por los actores —Tenientes del Cuerpo de Oficinas Militares que aspiran al ascenso al empleo inmediatamente superior— por entender exigible el requisito de la previa vacante para la promoción, mientras que la sentencia ofrecida como contraste no impone dicha exigencia. La razón de esta disparidad obedece a una diferente interpretación de la disposición transitoria 4.ª de la Ley 48/1981, de 24 diciembre, sobre ascensos militares.

La contradicción apuntada ha sido ya resuelta por esta Sala y Sección en Sentencias de 19 diciembre 1989 (RJ 1989, 9638) y 11 julio 1991 (RJ 1991, 6317), dictadas como consecuencia de dos demandas de revisión deducidas por la Abogacía del Estado en relación con otros tantos recursos contencioso-administrativos, en sentido coincidente con la solución patrocinada por la sentencia ofrecida ahora como contradictoria, por lo que, obligado resulta declarar la procedencia del presente recurso, sin necesidad de reproducir la argumentación vertida en dichas sentencias por ser conocida por las partes, y a la que, en todo caso, ahora nos remitimos.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 12 diciembre 1995.)*

6. *Derechos pasivos. Accidente de soldado con pérdida de visión en un ojo, cuando se dirigía a la pensión con pase de fin de semana. Improcedencia por no estar probado que proviniese del acuartelamiento. El RD 1234/1990, de 11 de octubre, recoge el concepto de accidente «in itinere» que se halla consolidado en nuestra legislación laboral.*

«En el único motivo de casación, formulado al amparo del artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción, se alega la infracción por la sentencia impugnada del artículo 2.2.*c)* del Real Decreto 1234/1990, de 11 octubre, en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 abril 1992 (RJ 1992, 2847). La esencia de la argumentación que hace valer el señor Abogado del Estado consiste en mantener que, dadas las circunstancias del caso, no puede considerarse accidente *in itinere*, por clara ruptura del nexo causal entre el accidente sufrido y el camino necesario para salir o regresar del cuartel, el padecido por una persona que precisamente en el disfrute de un permiso realiza actividades totalmente ajenas a lo que significa el ir o el volver del lugar del acuartelamiento, y señala que en este sentido se pronunció la Sentencia de esta Sala de 20 abril 1992 que no calificó como accidente en acto de servicio u ocurrido con ocasión o como consecuencia del mismo un accidente de tráfico que sufrió un Cabo al regresar a su domicilio después de asistir a las clases del curso de formación profesional de segundo grado que a la sazón estaba realizando durante el tiempo libre de la tarde, estando fuera de servicio. Frente a ello don Silvio Javier D. P. manifiesta, en su escrito de oposición al recurso de casación, que no veía interrumpida su jornada laboral por ningún permiso semanal, sino que cada semana, con alguna intermitencia, cesaban por varias horas los servicios inmediatos que prestaba, teniendo su motivación en la conveniencia de los jefes de servicio de las correspondientes dependencias; que, teniendo asignada una labor complementaria y trascendente para el servicio de la agrupación, y debido a esa labor de asistencia y compañía permanente a sus superiores, se encontraba fuera del cuartel en el momento en que ocurrió el atentado que le hizo perder un ojo; solicitando la confirmación de la Sentencia impugnada de 10 diciembre 1992.

El artículo 2.2.*c)* del Real Decreto 1234/1990, de 11 octubre, establece que tendrán la consideración de accidentes en acto de servicio, a efecto de causar la procedente prestación del régimen de Clases Pasivas del Estado, "los que se produzcan al

ir o al volver del lugar de servicio", recogiendo así el concepto de los accidentes *in itinere* que se encontraba consolidado en nuestra legislación laboral. La cuestión planteada en el presente recurso de casación se centra exclusivamente en decidir si el soldado don Silvio Javier D. P., que prestaba su servicio militar en la Compañía del Cuartel General de la Brigada Aerotransportable con sede en La Coruña, sufrió el accidente que le produjo la pérdida de la visión del ojo izquierdo cuando se dirigía del cuartel en el que estaba destinado a la pensión en que pernoctaba las noches de sábado y domingo, o bien el accidente se produjo cuando iba a la citada pensión pero sin regresar a ella desde el acuartelamiento. A este respecto la Sentencia de 10 diciembre 1992, impugnada en la presente casación, considera hechos que resultan incontrovertidos los siguientes: "El día 8 de noviembre de 1986 (el soldado don Silvio Javier D. P.) se encontraba en la ciudad de La Coruña, donde cumplía el servicio militar, y sobre las 23 horas y 30 minutos, cuando se dirigía a la pensión que ocupaba para el disfrute del permiso de fin de semana, fue objeto de una agresión por parte de tres personas, que le exigieron la entrega del dinero que portaba y, ante su negativa, uno de ellos le dio un golpe con un objeto punzante en el ojo izquierdo, produciéndole lesiones que le ocasionaron la pérdida de visión del mismo con incapacidad notoria para el servicio militar" (fundamento de derecho primero). No expresa la sentencia en esta relación de hechos que estima probados por don Silvio Javier D. P. saliese del acuartelamiento o lugar donde prestaba su servicio como soldado, indicando solamente que se dirigía a la pensión que ocupaba para el disfrute del permiso de fin de semana, aunque después (fundamento de derecho tercero) argumenta que no aparece demostrado que desde la salida del cuartel se interfiera un hecho distorsionante capaz de impedir la calificación de las lesiones sufridas como causadas al volver del lugar de servicio. Sin embargo, examinadas las actuaciones, resulta que ni en las declaraciones prestadas por don Silvio Javier D. P. el 4 de diciembre de 1986 y el 16 de marzo de 1990, ni en el parte de accidente firmado el 10 de noviembre de 1986 por el Teniente Jefe Accidental de la Compañía del Cuartel General de la Brigada Aerotransportable, se manifiesta que cuando el soldado señor D. P. sufrió el accidente que le ocasionó la pérdida de la visión en el ojo izquierdo saliese del acuartelamiento, indicando únicamente el lugar a que se dirigía, pero no aquel del que procedía, y constando en el aludido parte de accidente que el soldado disfrutaba en el momento en cuestión de "pase de fin de semana".

A esta falta de adecuada constancia de que el interesado volvía del lugar de servicio cuando se produjeron los hechos se une la circunstancia de la hora en que se realizaron, pues bien fuera a las 23,30 horas del 8 de noviembre de 1986, bien a las 2,30 horas de la madrugada del día 9 de noviembre, ya que a ambas existen referencias en el expediente administrativo, lo cierto es que dichas horas no resultan normales para la conclusión de los servicios prestados por un soldado en un acuartelamiento. Si, como don Silvio Javier D. P. alega, prestaba unos servicios extraordinarios y permanentes, era imprescindible probar este hecho con las oportunas declaraciones de sus superiores (o por cualquier otro medio suficiente para acreditarlo), carga de la prueba que pesaba sobre el recurrente en la instancia, puesto que es él quien alega el hecho cuestionado, cuya justificación es determinante de la estimación de la pretensión que ejercita. No resultando demostrado, por tanto, que el lesionado procediese del cuartel cuando se produjo el hecho que le ocasionó la lesión, sino únicamente que se dirigía a la pensión que ocupaba durante los permisos de fin de semana, permiso del que se hallaba entonces disfrutando, hemos de entender que el soldado lesionado había iniciado el permiso de fin de semana y no volvía del acuartelamiento ni de cumplir deberes militares cuando se produjo el accidente, por lo que la sentencia impugnada vulnera lo establecido en el artículo 2.2.*c)* del Real Decreto 1234/1990, que sólo otorga la consideración de accidente en acto de servicio a los que se produzcan al ir o al volver del lugar de servicio, siendo así que, como hemos puesto de manifiesto, no consta que el soldado don Silvio Javier D. P. sufriese el accidente de que se trata en la presente *litis* al volver del lugar de servicio, sin que sea necesario considerar infringida la Sentencia de este Tribunal Supre-

mo de 20 abril 1992, invocada por la parte recurrente, que no resuelve la cuestión de un accidente que se pretende sufrico *in itinere*. Lo expuesto conduce a la estimación del motivo de casación invocado por el señor Abogado del Estado y consiguiente anulación de la Sentencia de 10 diciembre 1992 objeto del referido recurso, y, en su lugar, en virtud de los razonamientos que han quedado expresados, entendemos que procede desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por don Silvio Javier D. P. contra la Resolución de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa de 8 mayo 1991, que consideró pertinente no declarar la inutilidad física en acto de servicio del ex soldado señor D. P., y contra la Resolución del Ministerio de Defensa de 2 septiembre del mismo año, que desestimó el recurso de alzada deducido contra el acuerdo antes citado, actos administrativos que debemos confirmar y confirmamos por encontrarse ajustados a derecho, debiendo cada parte satisfacer las costas causadas en este recurso de casación y no apreciándose la concurrencia de las circunstancias exigidas por el artículo 131.1 de la Ley de la Jurisdicción para efectuar una expresa declaración en cuanto a las costas producidas en la instancia, en aplicación del artículo 102.2 del citado Texto Legal.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, 19 diciembre 1995.)*

7. *Funcionarios. Administración local. Convenios colectivos. «Las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario funcionarial emanado de la legislación básica del Estado y en su caso de las Comunidades Autónomas, no permiten que, por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque normativo sea catalogable como plataforma de mínimos, sobre la que puedan actuar las diferentes unidades negociadoras.» El artículo 94 L. 7/85 no exige que la jornada de trabajo de los funcionarios locales sea* la misma *que la de los estatales, sino que será* en cómputo anual *la misma que se fije para éstos.*

«Al amparo del mismo artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se alega por el recurrente la infracción de los artículos 32 y 35 de la Ley 9/1987, ya que según se aduce el acuerdo recurrido excede de las materias que pueden ser objeto de negociación, en lo referente a la aplicación de la teoría de la norma más favorable, dado el carácter legal y estatutario de la relación de servicio, y el principio de la irrenunciabilidad de la competencia y de las potestades públicas.

El principio o teoría en cuestión —la aplicación de las cláusulas de condición más beneficiosas y de compensación y absorción— aparece recogido en los artículos 10 y 11 del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Empleo del Personal de la Administración Local y Foral de Euskadi (ARCEPAFE) —objeto de la inicial impugnación—, y mantenido como legal por la sentencia recurrida, en su fundamento 7.º, extremo que debe ser declarado contrario a Derecho, conforme a la tesis del recurrente, que es la que ha sido mantenida por este Tribunal en las Sentencias que aquél cita de 5 mayo 1994 (EJ 1994, 4315) y 22 octubre 1993 (RJ 1993, 7544), luego reiteradas por otras varias, en las que se expresa que las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario funcionarial, emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de la legislación de las Comunidades Autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque normativo sea catalogable como plataforma de mínimos, sobre la que puedan actuar las diferentes unidades negociadoras, pactando según el buen criterio de la Mesa de Negociación, refrendado por la respectiva Corporación.

Bajo el artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se alega la infracción del artículo 94 de la Ley 7/1985, por el capítulo del ARCEPAFE

—capítulo I del Título I— según el cual la jornada de trabajo queda fijada en 1.692 horas anuales. La fundamentación del Abogado del Estado descansa en que es tajante la afirmación del precepto legal invocado en cuanto a que la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración Local, debe ser la misma que la de los funcionarios del Estado, sin que quepa el mantenimiento de otra menor porque, como se dice en la sentencia recurrida, la fijada por acuerdo convencional, sea "casi igual" a la legalmente establecida.

El motivo, tal como lo ha planteado el Abogado del Estado, está abocado al fracaso.

El artículo 94 de la Ley 7/1985 no dice como en el motivo se sostiene, que "la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración Local sea 'la misma' que la de los funcionarios de la Administración del Estado" sino que "la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración Local *será en cómputo anual* la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado".

El hecho de que la de éstos (funcionarios Civiles del Estado) esté fijada en cómputo semanal según Instrucción de 21 de diciembre de 1983 y que la igualdad establecida en el precepto aludido lo sea en cómputo anual, que, debe observarse está reflejada en norma de rango superior, especial y posterior y que, por tanto ha de prevalecer sobre la citada Circular, exige de quien impugnada, por ilegal, la jornada de unos determinados funcionarios de la Administración Local (en este caso la de 1.692 horas anuales), por contrario al artículo 94 de la Ley 7/1985, que establezca cuál sea "en cómputo anual" la jornada de los funcionarios de la Administración del Estado, pues es este parámetro temporal de referencia, y no el semanal, el que cuenta.

Está fuera de lugar la imputación al Tribunal *a quo*, de que estima ilegalmente la jornada de los funcionarios de la Administración del Estado cuando el que tenía la carga de establecerla (puesto que la anualización de la jornada no la establece directamente la norma aplicable a los funcionarios del Estado), no la ha calculado de ninguna forma, limitándose a proponer una comparación sobre parámetros temporales distintos.

Se impone, por tanto, la desestimación del motivo.

Por último al amparo de la misma norma procesal —art. 95.1.4.º de la LJCA— se alega la infracción de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, en relación con la doctrina legal establecida en la Sentencia 82/1986 (RTC 1986, 82) del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, de 16 abril 1990 (RJ 1990, 4978), respecto de la exigencia del euskera para puestos que no estén vinculados directamente a la utilización por los ciudadanos de la lengua propia de su Comunidad.

Este motivo debe ser desestimado, no sólo por la indeterminación con que está expuesto, dado que no se cita el concreto extremo de la sentencia y del acuerdo inicialmente recurrido, por aquélla mantenido, que se opone a los preceptos y doctrina legal alegada, sino porque constituye una cuestión nueva, no alegada en la instancia anterior, bajo la perspectiva legal y jurisprudencial, ahora aducida.

En consideración a lo expuesto procede revocar la sentencia impugnada en cuanto mantuvo los extremos del ARCEPAFE relativos a la teoría de la norma más favorable —arts. 10 y 11—, con estimación del inicial recurso contencioso-administrativo en lo referente a esos extremos. Respecto de las costas cada parte soportará las causadas a su instancia; sin que se aprecien motivos para una condena por las del inicial recurso contencioso-administrativo.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 22 diciembre 1995.)*

IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Artículo 23.2 CE. «Lo que protege cuando se invoca respecto de un acto que incide en la carrera administrativa de un funcionario es exclusivamente el derecho a la igualdad.» Es correcta la invocación de este precepto por un Tribunal para anular un acto sancionador, en cuanto considera la sanción como discriminatoria.*

«La sentencia recurrida ha estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto conforme al procedimiento previsto en la Ley 62/1978 por la representación de don Alfredo R. S. contra la Orden del Ministerio de Justicia de 26 noviembre 1991 por la que se acuerda la pérdida de su condición de funcionario del Cuerpo Nacional de Oficiales de la Administración de Justicia y su consiguiente baja en el servicio, en aplicación del artículo 26.1.*f)* del Reglamento Orgánico del Cuerpo, aprobado por Real Decreto 2003/1986, de 19 septiembre, por haber sido condenado por Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, de 18 septiembre 1991, como autor de los siguientes delitos: un delito de exacciones ilegales, a la pena a la multa de 200.000 pesetas, con arresto sustitutorio de un mes, e inhabilitación especial para el cargo de funcionario de la Administración de Justicia por tiempo de seis años y un día; un delito de cohecho, a la pena de un mes y un día de arresto mayor, multa de 40.000 pesetas, con arresto sustitutorio de seis días, e inhabilitación especial para el referido cargo por tiempo de seis años y un día; un delito de coacciones, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 40.000 pesetas con igual arresto sustitutorio que el caso anterior; y a las penas accesorias de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena. Dicha sentencia se hallaba pendiente de recurso de casación interpuesto por el señor R. S.

El Tribunal de instancia estima el recurso por entender que la resolución administrativa impugnada infringe el artículo 23.2 de la Constitución, ya que la aplicación del citado artículo 26.1.*f)* del Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, sin haber adquirido firmeza la condena penal impuesta al recurrente, supone una interpretación arbitraria, irrazonable y discriminatoria de dicho precepto en relación con otras previsiones de dicho Reglamento y de la Ley Orgánica del Poder Judicial que la sentencia cita. Al margen de esta argumentación, que constituye la *ratio decidendi* del fallo impugnado, se extiende después la sentencia en consideraciones sobre la cobertura legal del precepto reglamentario aplicado que no pasan de ser meros *obiter dicta*.

Como primer motivo de casación, al amparo del artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción, alega el Abogado del Estado la infracción del artículo 23.2 de la Constitución, argumentando que no ha sido interpretado con arreglo a la jurisprudencia constitucional, según la cual dicho precepto constitucional contempla dos supuestos: acceso a cargos de representación política y a puestos de la función pública o funcionariales. En este segundo caso, dice el representante de la Administración, el derecho reaccional que se reconoce a los funcionarios se limita a la igualdad, mientras que tratándose de los cargos y funciones representativos "los requisitos que señalen las Leyes" sólo serán admisibles en la medida en que sean congruentes con esa naturaleza y, por ello, tanto las normas que los establecen como sus actos de aplicación pueden ser enjuiciados constitucionalmente no sólo por quiebra de la igualdad, sino por cualquier otro género de inadecuación. Sin embargo, concluye el Abogado del Estado, la sentencia recurrida ha aplicado al presente caso la doctrina que el Tribunal Constitucional establece únicamente para los cargos y funciones representativos.

Ciertamente se trata de una concepción que tiene apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pudiéndose citar en este sentido, entre otras resoluciones, el Auto 191/1991, de 17 junio: "lo que protege el artículo 23.2 cuando se le invoca

respecto de un acto que incide en la carrera administrativa de un funcionario es exclusivamente el derecho a la igualdad. En efecto, si bien el citado precepto constitucional resulta aplicable también a los cargos y funciones públicos no representativos, y no sólo a los de origen electivo, el contenido del derecho es distinto en uno y otro caso. En relación con los cargos funcionariales o, más ampliamente, no representativos, lo que el artículo 23.2 otorga 'es un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la Jurisdicción ordinaria y en último término ante este Tribunal, toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad' (Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1986 [RTC 1986, 50], fundamento jurídico 4.º). Por el contrario, en el caso de los cargos y funciones representativos y, en general, de los cargos y funciones cuya naturaleza esencial viene definida por la propia Constitución, 'los requisitos que señalen las Leyes' a que alude el inciso final del artículo 23.2 únicamente serán admisibles —dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1990 (RTC 1990, 24), fundamento jurídico 2.º— en la medida en que sean congruentes con esa naturaleza, y, por consiguiente, tanto las normas que los establecen como los actos de aplicación de éstas pueden ser traídos ante este Tribunal no sólo por quiebra de la igualdad, sino por cualquier otro género de inadecuación".

Pero el motivo no puede prosperar pues, como señala el Ministerio Fiscal, la sentencia recurrida repetidamente declara que la interpretación que la Administración hizo al artículo 26.1.*f)* del Reglamento Orgánico es discriminatoria, y así lo explica con mayor o menor acierto, de modo que sitúa la cuestión dentro del principio de igualdad, con lo que no puede decirse que haya contrariado la doctrina constitucional según la cual el artículo 23.2, en su vertiente de acceso a la función administrativa, se constriñe a la posible vulneración de la igualdad, lo que determina el fracaso del motivo.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 20 noviembre 1995.)*

2. *Sanción. Sobre la base de una condena penal. «No es razonable acordar la separación definitiva del servicio sobre la base de una condena penal que no es firme y que, por consiguiente, puede ser revocada.»*

«En el segundo y último motivo, también al amparo del ordinal 4.º del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional, denuncia el Abogado del Estado la infracción del artículo 26.1.*f)* del Real Decreto 2003/1986, de 19 septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, por considerar que este precepto reglamentario no exige la firmeza de la condena penal.

También debe ser rechazado este motivo pues el hecho de que en su literalidad el artículo citado no exija la firmeza de la condena penal, no excluye la interpretación que hace el Tribunal de instancia, con un criterio jurídico riguroso, en el sentido de que no es razonable acordar la separación definitiva del servicio sobre la base de una condena penal que no es firme y que, por consiguiente, puede ser revocada; criterio que la propia Administración ha seguido en casos idénticos al de autos, aplicando el mencionado precepto reglamentario una vez declarada firme la sentencia penal, según consta en las actuaciones de instancia (Ordenes de 11 enero, 11 y 16 septiembre y 3 noviembre 1991, y de 31 enero 1992, publicadas, respectivamente, en el BOE de 25 de enero de 1991; 25 de septiembre de 1991; 2 de octubre de 1991 y 15 de enero de 1992).

Por último, discrepa el Abogado del Estado de las consideraciones que contiene la sentencia acerca de la cobertura legal del citado artículo 26.1.*f)* del Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, pero tales consideraciones, como se dijo con anterioridad y el propio representante de la Administración reconoce, no son sino meros *obiter dicta*, por lo que

no deben ser objeto de examen en casación.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 20 noviembre 1995.)*

3. *Aplicación de las normas sancionadoras posteriores siempre que resulten más favorables para el inculpado. La conducta del actor, policía municipal, que se apoderó de dos paquetes que contenían 48 latas de espárragos depositados judicialmente en las dependencias de la policía municipal, no es por ello susceptible de ser tipificada como falta muy grave de probidad, pero sí debe sancionarse como falta grave de atentado a la dignidad de la Administración. Abandono de servicio.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO
(Sentencia apelada)

«Muestra la parte actora conformidad a los hechos determinantes de la sanción disciplinaria impuesta, sustancialmente coincidentes con los relatados en la sentencia judicial obrante en el expediente, salvaguardando así el principio de subordinación de los actos sancionatorios de la Administración a la autoridad judicial (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 enero 1987 [RJ 1987, 256) y 12 diciembre 1987; Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 octubre [RTC 1983, 77]). Queda circunscrita, pues, la cuestión litigiosa, y así lo anuncia la parte actora en su escrito de demanda, a la calificación que dichos hechos merecieron a la Administración Municipal y al reconocimiento de los derechos económicos correspondientes al período en que permaneció en situación de suspensión provisional de funciones.

Reiterando la doctrina expuesta en anteriores pronunciamientos, recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 mayo 1989 (RJ 1989, 3835) "que el artículo 9.3 de la Constitución establece el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, por lo que *a sensu contrario* las normas sancionadoras posteriores serán de aplicación siempre que resulten más favorables para el inculpado, no siendo óbice para la aplicación de la norma más favorable que el procedimiento sancionador se encuentre en fase de impugnación jurisdiccional, y que en la normativa disciplinaria posterior a la Constitución han desaparecido algunas de las infracciones tipificadas como muy graves en la anterior, cual sucede con la falta de probidad moral y material, que en la actualidad no se halla recogida entre las muy graves que enumeran los artículos 31 de la Ley de Reforma de la Función Pública de 2 agosto 1984 y 6 del Reglamento disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado aprobado por Real Decreto 33/1986". Además la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, aplicable a los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales (art. 2.º), singularmente en lo que al régimen disciplinario se refiere (art. 52), no contempla entre las faltas muy graves, únicas sancionables mediante separación del servicio, la falta de probidad moral y material (arts. 27 y 28). Tampoco lo hace, como queda dicho, el artículo 31 de la Ley 30/1984 (precepto básico de régimen estatutario aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas, según su artículo 1.º), ni el artículo 6 del Reglamento que lo desarrolla (Real Decreto 33/1986), a los que se remite el artículo 47.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, el cual derogó el Real Decreto 3046/1977. Pero entre los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad figura la adecuación al ordenamiento jurídico, especialmente, ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y actuar con integridad y dignidad, siendo responsables personal y directamente por los actos que en su actuación pro-

fesional llevaren a cabo, vulnerando tales principios (art. 5.º, Ley Orgánica 2/1986). Esos principios básicos constituyen, según el preámbulo de esta Ley un auténtico Código deontológico, inspirado en singulares declaraciones del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas. Ello, unido a que su régimen disciplinario viene a inspirarse en unos principios acordes con la misión fundamental que la Constitución les atribuye (art. 6.º.9, Ley 2/1986; art. 104, Constitución Española), conduce a estimar que la conducta del actor, al apoderarse de dos paquetes que contenían 48 latas de espárragos y que se hallaban depositados judicialmente en las dependencias de la Policía Municipal, si bien no subsumible en ninguna de las faltas calificadas como muy graves en las disposiciones antes mencionadas, viene a ser constitutiva, sin embargo, de atentado a la dignidad de la Administración, que como falta grave venía tipificada en el artículo 7.º.*h)* del Decreto 2088/1969, vigente al tiempo de producirse los hechos (art. 53, en relación con la disposición transitoria 5.ª, del Decreto 3046/1977). Ilícito administrativo que persiste en la legislación posteriormente dictada, con carácter de falta grave [art. 7.1.*ñ)* del Real Decreto 33/1986, en relación con el artículo 147.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986], y que también venía tipificado como tal en el artículo 208.11 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, modificado por Real Decreto 1346/1984, al que se remitía el artículo 27.4 y disposición transitoria cuarta, apartado 2, de la Ley Orgánica 2/1986. Remisión que ahora ha de entenderse al Real Decreto 884/1989, cuyo artículo 7.º.7, también sigue contemplando la infracción cometida. En efecto, desaparecida como falta muy grave la falta de probidad, con la que venía a corregirse la infracción de normas deontológicas, la vulneración de tales normas constituye el ilícito administrativo grave antes señalado, al quebrantar la consideración pública de la Administración en que el actor estaba integrado (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 marzo 1981 y 7 octubre 1986).

El abandono del servicio sigue constituyendo falta muy grave en la legislación sobrevenida a los hechos enjuiciados, anteriormente mencionada [art. 27.3.*f)*, Ley Orgánica 2/1986; art. 31, Ley 30/1984 y apartado *c)* del art. 6 del Real Decreto 33/1986]. Pero la realización de dicho ilícito administrativo exige propósito intencionado de incumplir los deberes inherentes al destino, desentendiéndose deliberadamente del ejercicio de las funciones propias (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 mayo 1989), abandono del servicio de forma clara, total y expresa, o realizando actos que demuestren el deseo de romper la relación funcionarial (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 noviembre 1984 [RJ 1984, 5395]); o absoluta abstención en las obligaciones y responsabilidades del cargo asignado, incumplimiento de los deberes inherentes a la función y deliberado propósito de apartarse o desentenderse totalmente del ejercicio del cargo con una clara intencionalidad de no prestar servicio (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 abril 1988 [RJ 1988, 3314]). Por ello, la conducta observada, dejación del concreto cometido desempeñado (prácticas de motorista) para apoderarse de los objetos depositados en el propio recinto y prosecución acto seguido de dicho cometido, no reviste la naturaleza de la infracción de abandono de servicio, al no concurrir los elementos inherentes al tipo de ilícito y no haber razón, por tanto, para, dividiendo los hechos, considerar cometidas dos infracciones.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO
(Tribunal Supremo)

«Aceptamos los Fundamentos de Derecho Primero, Segundo y Tercero de la sentencia apelada,

Son antecedentes de este recurso: primero, que como consecuencia de haber sustraído el 22 de enero de 1985 dos paquetes conteniendo veinticuatro latas de espárragos en conserva cada uno, valorados en 5.760 pesetas, el Policía Municipal recurrente fue sancionado por el Ayuntamiento de Burgos, separándolo definitivamente

del servicio, como autor de dos infracciones muy graves, consistentes en falta de probidad moral y material y abandono del servicio, previstas, respectivamente, en el artículo 53.*b)* del Real Decreto 3046/1977, de 6 octubre, y en el 31.1.*c)* de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Reforma de la Función Pública; segundo, que interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución sancionadora y aceptados los hechos por el demandante, pidió en la demanda que la infracción fuese rebajada a la categoría de grave, así como determinadas pretensiones en orden a las remuneraciones que debía percibir durante el tiempo que había permanecido en situación de suspensión provisional de funciones; tercero, que la sentencia apelada, estimando en parte el recurso, resolvió sancionar al recurrente, como autor de una falta grave de atentado a la dignidad de la Administración, con la suspensión de funciones por el tiempo de quinientos setenta y ocho días, así como declarar su derecho al abono de determinadas remuneraciones durante los períodos que indica del tiempo en que había permanecido en situación de suspenso provisional.

Apelada la sentencia por el Ayuntamiento de Burgos, nuestra primera manifestación debe ser dirigida a fijar los límites del conocimiento que nos compete en esta fase de apelación, que por imperativo de lo dispuesto en el artículo 94.1.*a)* de la Ley de la Jurisdicción (texto anterior a la Ley 10/1992) queda limitado a si resultaba conforme a derecho la decisión municipal de imponer al actor la sanción de separación del servicio, punto sobre el cual poco puede añadirse a la detallada argumentación sobre la que se funda la sentencia apelada, perfectamente acorde con la doctrina del Tribunal Supremo sobre el concepto de la infracción disciplinaria del abandono de servicio y el efecto retroactivo de las normas sancionadoras más favorables.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 14 diciembre 1995.)*

V. RÉGIMEN JURÍDICO

Funcionarios. Régimen Jurídico. No cabe recurso de casación contra autos recaídos en ejecución de sentencia si resuelven cuestiones no decididas en aquélla cuando la sentencia no era susceptible de casación.

«La Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en Recurso número 803/1987, no obstante versar sobre la resolución de un concurso, para cobertura de una cátedra de la Universidad de Valencia, en el Area de Conocimiento de Filología Catalana, fue posible recurrirla en apelación ante esta Sala Tercera (Sección 7.ª), en razón a la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, reflejada en numerosas Sentencias —cuyo abundante número hace ociosa su cita— en la que, interpretándose con generosidad, el artículo 94.1.*a)* de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su primitiva redacción, se equiparaba, a efectos de apelabilidad de las Sentencias dictadas sobre cuestiones de personal, "la separación" y "el acceso" a cargo público, siempre que uno y otro supuesto estuviera referido a "empleados públicos inamovibles".

Así se pudo llegar a la estimación de aquel recurso de apelación, y a que esta Sala, en su Sentencia de fecha 24 marzo 1992 (RJ 1992, 2805), revocara la Sentencia de instancia anulando las Resoluciones impugnadas que habían resuelto el concurso en favor del aspirante don Alberto G. H. V., y los actos del concurso desde la primera de las pruebas, retrotrayendo las actuaciones del concurso al momento inmediatamente anterior al de dicha primera prueba, para que continuara celebrándose, teniendo en cuenta, en la evaluación de todos los concursantes, el doble perfil de la plaza convocada (Historia Social de la Lengua Catalana, y Literatura Catalana).

Alterado, sustancialmente, el régimen de recursos a virtud de la Ley 10/1992, de 30 abril, por la que ha desaparecido de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción el recurso de apelación, para introducir el recurso de casación, hoy el Auto dictado por la Sala de Instancia, en ejecución de aquella Sentencia dictada por esta Sala Tercera, resolviendo el recurso de apelación, en el que se acuerda "tener por ejecutado por la demandada Universidad de Valencia el Fallo recaído en estas actuaciones", no es susceptible de ser recurrido en casación, pues aunque el artículo 94.1, C dispone, que previo recurso de Súplica —número 2— son susceptibles de recurso de casación los Autos "recaídos en ejecución de Sentencia siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla, o que contradigan lo ejecutoriado", ello está subordinado, a lo que dice el párrafo primero del apartado 1, de dicho artículo 94, en el que se lee que son susceptibles del recurso de casación "en los mismos casos previstos en el artículo anterior", y en éste [el art. 83.2*a)*], se exceptúa del recurso de casación las Sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública, salvo las que "estrictamente" afecten a la extinción de la relación de servicio de los que ya tuvieren la condición de funcionarios públicos, dentro de cuya salvedad no es comprensible hoy el caso sobre el que versa la Sentencia ejecutariada —concurso para acceso a una cátedra—, y sobre el que no cabe proyectar, como venimos reiteradamente diciendo, aquella doctrina de esta Sala, creada en torno al primitivo artículo 94.1*a)* de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dado el máximo rigor de la expresión "estrictamente" contenida en el vigente artículo 93.2*a)*.» *(Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 5 diciembre 1995.)*

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA