

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. CONCEPTO FUNCIONARIO PÚBLICO: 1. Los ministros, a pesar de la vertiente eminentemente pública de sus servicios, no tienen acogida en la amplia acepción de empleados públicos, al ser cualificados miembros del Gobierno, nombrados y separados libremente por el Rey a propuesta del Presidente del Gobierno, constituidos en órganos superiores de los respectivos Departamentos y cuya vocación política excluye de toda idea de profesionalidad. Legalidad de la baja en nómina de las pensiones de ex ministros por alteración de la legislación aplicable. Derechos subjetivos y meras expectativas.—II. SELECCIÓN: 1. La inclusión en una oposición de un ejercicio voluntario y no eliminatorio, de conocimiento del euskera, cuya puntuación máxima no puede superar los cinco puntos, en tanto que los tres obligatorios y eliminatorios han de puntuarse entre uno y diez, no vulnera el artículo 23 CE, ya que a través de aquel ejercicio se persigue tanto el fomento de la lengua de la Comunidad Vasca, patrimonio cultural que debe ser objeto de especial protección, como el conocimiento del derecho de los ciudadanos a usarla. 2. No puede negarse a las Comisiones juzgadoras de concurso para plazas de Profesores Titulares de Universidad la facultad de valorar lo escrito o publicado, a efectos de declarar desierto el concurso, puesto que otra cosa sería reducir su actuación a una mera constatación de su peso o volumen material, en actividad analógica a la de las que adquieren los libros en atención a los metros de estantería que desean cubrir con simple finalidad de ornato. A veces, las deficiencias científicas se ofrecen con una evidencia casi inmediata, por lo que no cabe alegar la insuficiencia del tiempo dedicado por la Comisión a valorar los méritos de la concursante. 3. Inexistencia de violación de los artículos 14 y 23 CE por establecerse una prueba de conocimiento del euskera optativa, no eliminatoria y puntuada de forma notablemente inferior a las restantes. 4. Irrelevancia de la omisión del informe del Director del Departamento en concurso para contratación de Profesorado Universitario al formar aquél parte de la Comisión designada y poder informar a ésta verbalmente. Irregularidades que no afectan a la validez. Opositor a Notarios con un ejercicio aprobado, frente a Notario con diez años de ejercicio. 5. Infracción de los artículos 14 y 23 CE al establecerse un baremo para Concursos a plazas de Profesores Ayudantes de Universidad en que se puntúa, de forma determinante, la prestación anterior de servicios en la propia Universidad.—III. PUESTOS DE TRABAJO: 1. La falta de publicación de la relación de puestos de trabajo no impide la aprobación del Catálogo de Puestos de Trabajo como presupuesto para la aprobación del complemento específico de aquéllos. Criterios para la aplicación de ese complemento. Arquitectos Técnicos.—IV. SITUACIONES: 1. Improcedencia de anular la convocatoria de oposición a una plaza, por solicitarse el reintegro al servicio activo, después de aquélla, por funcionario en expectativa de destino desde hacia veinticuatro años.—V. DERECHOS Y OBLIGACIONES: 1. El derecho a las pensiones, además de ser irrenunciable, inalienable e inembargable, es imprescindible. Aplicación a las de viudedad. 2. Especialidad del régimen de retribuciones del profesorado universitario, en virtud de los artículos 46.1 LRU, 1.2 L. 30/84 y Disposición Final 11 Ley 46/85. El RD 898/1985 no infringe el principio de reserva de Ley, al haberse dictado en virtud de la autorización del artículo 46.1 LRU. 3. Inexistencia de discriminación de los Profesores Titulares de Universidad respecto de los Catedráticos por la asignación del complemento específico, ya que al fijar dicho complemento

habrá de tenerse en cuenta la cualificación de quienes desempeñan el puesto de trabajo. 4. No se considera muerte en acto de servicio, a efectos de pensión extraordinaria de viudedad, el fallecimiento durante un viaje realizado en calidad de vocal de Colegio Profesional. 5. Improcedencia de denegación de solicitud de indemnización de daños y perjuicios al amparo de la LRJAE y la LEF, por jubilación anticipada, al haberse omitido el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado. 6. Según doctrina reiterada, cuando en el ámbito de las Fuerzas Armadas se produce un hecho con resultado de muerte que deriva una declaración de fallecimiento en acto de servicio, el resarcimiento del daño producido se cubre y asume con el señalamiento y abono de pensión extraordinaria, así como de las prestaciones complementarias a que haya lugar. Incompatibilidad con el abono de indemnización conforme a los artículos 40 LRJ y 121 y concordantes LEF.—VI. DERECHOS POLÍTICOS: 1. La negación del supuesto derecho a ser elector en unas elecciones que no se producen en el seno de un sindicato, sino para constituir unos órganos de representación ante la Administración pública, no afecta a la libertad sindical. Alcance de este derecho. 2. Organos de representación de los funcionarios. Inexistencia de discriminación de la CNT Sindicatos «de mayor representatividad».—VII. INCOMPATIBILIDADES: 1. Incompatibilidad en el desempeño de dos puestos públicos con jornada completa. Competencia de la Administración fijarla.—VIII. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Suspensión contraria a la presunción de inocencia. Los daños morales no son ventilables en el proceso de la Ley 62/78. 2. Infracciones. No es posible la incardinación de unos mismos hechos en distintas infracciones para alcanzar sanción más grave. La infracción del artículo 31.1.n) de la Ley 30/84 requiere que hayan recaído tres resoluciones sancionadoras en un año, sin que puedan equipararse las meras propuestas de resolución. 3. Inexistencia de desviación de poder en el acto de notificación de inicio de expediente disciplinario, por entender que supuestamente se persigue una finalidad intimidatoria.

I. CONCEPTO FUNCIONARIO PÚBLICO

1. *Los ministros, a pesar de la vertiente eminentemente pública de sus servicios, no tienen acogida en la amplia acepción de empleados públicos, al ser cualificados miembros del Gobierno, nombrados y separados libremente por el Rey a propuesta del Presidente del Gobierno, constituidos en órganos superiores de los respectivos Departamentos y cuya vocación política excluye de toda idea de profesionalidad. Legalidad de la baja en nómina de las pensiones de ex ministros por alteración de la legislación aplicable. Derechos subjetivos y meras expectativas.*

«Importa en consecuencia configurar a tales efectos lo que la ley llama cuestiones de personal al servicio de la Administración pública, que en el contexto funcional parece equiparar a la categoría genérica de empleados públicos —según los términos utilizados por el precepto—, a la que la doctrina jurisprudencial adjudica una dimensión temporal, cualquiera que sea la situación del interesado, que abarca desde las pruebas de acceso hasta la extinción de la relación jurídica constituida determinante de aquella condición (D. 18 febrero 1988, art. 1427); resulta entonces que, a pesar de la vertiente eminentemente pública de un servicio prestado a la Administración a través de un cargo de rango ministerial, no tendrían acogida en la amplia acepción de empleados públicos, estos cualificados miembros del Gobierno, nombrados y separados por el Rey a propuesta del Presidente del Gobierno (art. 100 CE), constituidos en órganos superiores de los respectivos Departamentos —art. 8.º Ley 10/1983, de 16 de agosto— y cuya vocación política, excluyente de toda idea de profesionalidad, marcan, pese a eventuales coincidencias, acusados rasgos diferenciales con el concepto de funcionarios pú-

blicos que contempla el artículo 1.º de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado —texto articulado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero—.

Establecido lo anterior, al desestimarse en la instancia, la impugnación deducida contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, sobre la baja en nómina de las pensiones de los ex Ministros recurrentes, la naturaleza de tal reclamación y las características graciables y atípicas del derecho en que se fundamenta, permiten considerar sujeta al régimen de apelación ordinario, la sentencia impugnada, y correctamente atribuido su conocimiento a esta Sala con arreglo a las normas de reparto, para adoptar sobre la misma la resolución que proceda.

En cuanto al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, exige por parte del Tribunal interpelado, anticipar un juicio de valor, sobre si la norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo, puede o no resultar contraria a la Constitución —art. 35 LO 2/1979, de 3 de octubre—, propósito necesitado de ciertas precisiones previas, entre las que cabe destacar en primer término la que merece el contenido y alcance de los llamados derechos individuales, cuya restricción, según el artículo 9.3 del texto constitucional, impone a las disposiciones que las contienen, el efecto del principio de irretroactividad en toda su plenitud; ciertamente una interpretación utópica, que pretendiera identificar esta categoría con la que integra los derechos subjetivos, no puede aceptarse y no sólo por la incidencia negativa de esta asimilación, en el inevitable proceso renovador impuesto por la propia dinámica legislativa, sino porque con arreglo al artículo 5.º, 1, de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, los preceptos y principios constitucionales deberán ser interpretados conforme a los criterios expresados por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos y, en consecuencia, existiendo tales precedentes, hay que convenir en la diferencia sustancial establecida entre los derechos individuales, como derechos de la personalidad en su concepción global, incluidos en el título primero de la Constitución, bajo la rúbrica de derechos fundamentales y los derechos subjetivos ordinarios sobre los cuales el legislador puede conceder a la Ley el alcance retroactivo que considere oportuno —STC 20 de julio 1981 (R. T. Const. 27), 4 de marzo 1982 (R. T. Const. 8), 4 febrero 1983 (R. T. Const. 6)— entre los que cabe incluir el relativo a la pensión cuestionada, susceptible de supresión sin incurrir en tacha de inconstitucionalidad.

Tampoco puede considerarse vulnerado el artículo 33.3 de la Constitución por los preceptos que se citan de la Ley 74/80 y 44/81, después de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 29 de julio de 1986 (R. T. Const. 108), sobre la diferencia existente entre los derechos adquiridos y las simples expectativas, limitadas en el supuesto enjuiciado a esperar que no se modifique el criterio que motivó la pensión, pues sólo resultan exporpiables la privación de bienes y derechos e incluso intereses patrimoniales legítimos, aún no garantizados como derechos subjetivos, pero no las meras expectativas; la igualdad de tratamiento en el régimen de supresión a todos ex Ministros y las diferencias entre la pensión cuestionada y las ordinarias de jubilación, destacadas en la sentencia combatida, en orden a la forma y modo de su causación, son circunstancias que obligan a rechazar cualquier propuesta de discriminación en la que fundar el quebrantamiento del artículo 14 de la Constitución.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 23 febrero 1989.*)

II. SELECCIÓN

1. *La inclusión en una oposición de un ejercicio voluntario y no eliminatorio, de conocimiento del euskera, cuya puntuación máxima no puede superar los cinco puntos, en tanto que los tres obligatorios y eliminatorios han de puntuarse entre uno y diez, no vulnera el artículo 23 CE, ya que a través de aquel ejercicio se persigue tanto el fomento de la lengua de la Comunidad Vasca, patrimonio cultural que debe ser objeto de especial protección, como el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a usarla.*

«La presente apelación tiene por objeto la impugnación de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao, de fecha 22 de junio de 1987, desestimatoria del recurso promovido contra el acuerdo del Ayuntamiento de Zamudio, por el que se convocaba una plaza de administrativo, especializado en contabilidad, del grupo Administrativo General para su provisión mediante oposición, en la que se incluían, además de tres ejercicios obligatorios (uno escrito, otro oral y un tercero práctico) puntuables, cada uno de ellos, con un máximo de diez puntos, dos más voluntarios, de carácter mecanográfico el cuarto y versando sobre el conocimiento del euskera el quinto, que podrían ser calificados con un máximo de cinco puntos, arguyendo en síntesis el señor Letrado del Estado, a la sazón apelante, para basamentar su pretensión revocatoria que la específica valoración del euskera como mérito para el acceso a la función pública infringe los artículos 14 y 23 de la Constitución e incurre en discriminación injusta para los sólo castellano parlantes.

La problemática litigiosa que suscita el presente recurso y que fluye de cuanto sintéticamente hemos expuesto en el párrafo anterior, ha sido expresa y concretamente decidida por esta Sala en la Sentencia de 3 de marzo de 1988, dictada en contemplación de supuesto en un todo semejante al que discernimos, y es por ello por lo que nuestra actual argumentación había de reproducir, sustancialmente, la doctrina de orden general que en aquel entonces establecíamos y que se iniciaba destacando cómo a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de la LOPJ, la Constitución española, norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, para a seguido señalar, consecuentemente, que la doctrina emanada de aquél se erige en norma rectora de nuestro enjuiciamiento y, por ende, no podíamos por menos que tener en cuenta la Sentencia pronunciada por el Supremo intérprete de la Constitución el 26 de junio de 1986 (R. T. Const. 82), según la cual y "de acuerdo con la obligación de garantizar el uso de las lenguas oficiales por los ciudadanos (la cooficialidad del euskera resulta del art. 3.2 de la Constitución) y con el deber de proteger y fomentar su conocimiento y utilización, nada se opone a que los poderes públicos prescriban, en el ámbito de sus respectivas competencias, el conocimiento de ambas lenguas para acceder a determinadas plazas de funcionarios o que, en general, se considere como mérito, entre otros, el nivel de conocimiento de las mismas", aunque todo ello ha de hacerse "dentro del necesario respeto a lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la Constitución y sin que en la aplicación del precepto legal en cuestión se produzca discriminación"; el empleo del euskera implica la provisión de medios necesarios y entre ellos la presencia de personal vascoparlante en la Administración "como modo de garantizar el derecho a usarla por parte de los ciudadanos de la respectiva Comunidad".

Establecido, pues, expresamente por el Tribunal Constitucional que resulta conforme con la Suprema ley la exigencia, por los poderes públicos, del conocimiento de las lenguas cooficiales para acceder a determinados puestos administrativos, así como que se repute mérito el conocimiento de la lengua de la respectiva Comunidad Autónoma, cuya doctrina, repetimos, deviene vinculante, y acomodada específicamente a la misma la sentencia impugnada, el problema decisorio en esta alzada, en ponderación de las alegaciones formuladas por el defensor de la Administración, se concreta en la verificación de si la convocatoria, no obstante cuanto hemos expuesto, supone o no una efectiva contravención de los precitados artículos 14 y 23, habida cuenta el condicionamiento, que dejamos con anterioridad subrayado, sancionado por el propio Tribunal Constitucional y al respecto conviene observar que la inclusión, en la oposición, de un quinto ejercicio, de carácter voluntario y no eliminatorio, cuya calificación máxima sólo puede alcanzar cinco puntos, en tanto que los tres obligatorios y eliminatorios han de puntuarse entre cero y diez puntos, no implica la discriminación a que alude el apelante, ni conculca los preceptos constitucionales invocados, ya que a medio del ejercicio voluntario discutido se persigue tanto el fomento de la lengua de la Comunidad Vasca, patrimonio cultural que debe ser objeto de especial protección, como el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a usarla, que es también un derecho constitucionalmente protegido. En suma, pues, el ejercicio sobre el conocimiento del euskera, voluntario y no eliminatorio, insistimos, no quebranta la igualdad de los ciudadanos, en términos de generalidad, ni en orden al acceso a la función pública, en cuanto responde a exigencias objetivas constitucionalmente protegidas en razón de la cooficialidad de lenguas, generadora de aparentes desigualdades, producto del bilingüismo, que no resultan tales en realidad, habida cuenta la existencia de circunstancias de rango fundamental determinantes del especial tratamiento, debiendo finalmente advertirse que, en la oposición puesta en tela de juicio, la especial naturaleza de la plaza convocada no desvirtúa en modo alguno nuestras consideraciones anteriores; toda vez que la función pública de un administrativo, tanto puede ejercerse desarrollando técnica o práctica contable, como relacionándose con los ciudadanos vascos, los cuales tienen reconocido su derecho a utilizar el euskera.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 23 enero 1989.*)

2. No puede negarse a las Comisiones Juzgadoras de Concurso para plazas de Profesores Titulares de Universidad la facultad de valorar lo escrito o publicado, a efectos de declarar desierto el concurso, puesto que otra cosa sería reducir su actuación a una mera constatación de su peso o volumen material, en actividad analógica a la de las que adquieren los libros en atención a los metros de estantería que desean cubrir con simple finalidad de ornato. A veces las deficiencias científicas se ofrecen con una evidencia casi inmediata, por lo que no cabe alegar la insuficiencia del tiempo dedicado por la Comisión a valorar los méritos de la concursante.

«El acto impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa por el cauce de la Ley 62/78 tiene por contenido una declaración del Rector de la Universidad de Málaga que declaraba decierta una plaza de Profesor Titular de dicha Universidad en el área de Ciencias Políticas y de la Administración, a la que había concurrido la señora B. C.

A la vista de esta circunstancia, hemos de indicar que no puede aceptarse la tesis del Fiscal y del Abogado del Estado, en el sentido de que al tratarse de una cuestión de personal al servicio de la Administración Pública que no implica separación de empleados públicos inamovibles, debe declararse indebidamente admitido el recurso de apelación, de acuerdo con lo establecido

en los artículos 9.1 de la Ley citada y 94.1.a) de la Ley de la Jurisdicción. Recientemente esta misma Sala, en Sentencia de 25 de septiembre de 1987, recordaba que con base en el artículo 24.1 de la Constitución ha venido manteniendo un criterio amplio sobre la apelabilidad de las Sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales referentes a la separación de empleados públicos inamovibles, incluyendo en dicho concepto, con la consiguiente posibilidad de apelación, todas las Sentencias que se refieran al ingreso, mantenimiento o ruptura de la relación funcional, en el primero de cuyos supuestos está claramente comprendido el acceso a las categorías de Profesor Titular de Universidad y de Escuela Universitaria por quienes hasta entonces estaban ligados únicamente por una relación de naturaleza contractual.

Conforme a esta doctrina, ha de rechazarse la mencionada alegación de indebida admisión del recurso, como en su día ya lo había hecho la propia Sala de Primera Instancia en su Auto de 15 de junio de 1988.

Entrando en el examen de los motivos sobre los que se articula la pretensión anulatoria de la recurrente, se invoca, en primer lugar, la infracción del principio de igualdad proclamado en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, señalándose por la apelante que aun aceptada la norma que regulaba el concurso y siendo cierto el hecho de que era la única concursante a la plaza, sin embargo la discriminación se le produjo porque la Comisión juzgadora se había separado de los parámetros usuales para otorgar una plaza de Profesor Titular de Universidad, puesto que al considerar los dos libros y los tres artículos científicos que había escrito como una insuficiente actividad científica e investigadora, se apartaba de la exigencia media usual, limitada normalmente a la publicación de la tesis doctoral del candidato.

Respecto a este punto, ha de observarse que tal extremo sobre el uso de las Comisiones Juzgadoras para cubrir plazas de profesores titulares de Universidad no sólo no aparece acreditado, sino que, además, en la hipótesis de que efectivamente así haya acontecido en muchos casos, ello no excluye en ningún caso la facultad de la Comisión para valorar el contenido de lo escrito o publicado por los concursantes, puesto que otra cosa sería reducir su actuación a una mera constatación de su peso o volumen material, en actividad análogica a la de los que adquieren los libros en atención a los metros de estantería que desean cubrir con simple finalidad de ornato.

Precisamente este poco académico criterio es el que parece postular doña María Luisa B., cuando considera que se le ha producido una inconstitucional indefensión al no saber cuál es el número de obras y publicaciones que debe producir para acceder a la plaza.

Finalmente, tampoco puede aceptarse que el tiempo utilizado por la Comisión para valorar sus méritos fuera totalmente insuficiente: primero, porque, aunque suponemos que no será éste el caso de la recurrente, sin embargo no puede ignorarse que a veces las deficiencias científicas se ofrecen con una evidencia casi inmediata y, segundo, porque debe de considerarse que en razón de su especial preparación técnica los vocales de la Comisión ya tenían noticia con anterioridad de los trabajos de la recurrente.

En atención a estas razones y a las expresadas en la Sentencia que se impugna, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la misma.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 31 enero 1989.*)

3. Inexistencia de violación de los artículos 14 y 23 CE por establecerse una prueba de conocimiento del euskera optativa, no eliminatória y puntuada de forma notablemente inferior a las restantes.

«Determinado expresamente por el Tribunal Constitucional que resulta conforme con la Constitución la exigencia, por los poderes públicos, del conocimiento de lenguas cooficiales para acceder a determinados puestos administrativos, así como a que se repite mérito el conocimiento de la lengua

de la Comunidad Autónoma, la cuestión queda reducida a determinar si la convocatoria impugnada en el presente recurso supone o no una contravención de los precitados artículos 14 y 23 de la Constitución. En tal sentido debe destacarse, de una parte, que el ejercicio relativo al euskera no se considera con carácter obligatorio y eliminatorio, sino que se establece con carácter voluntario y como simple mérito, en función del nivel de su conocimiento, para mejorar la puntuación total obtenida en el resto de los ejercicios, y de otra, que la calificación máxima que se puede alcanzar por dicho mérito —5 puntos— es notablemente inferior a la del resto de los ejercicios —42 puntos—, no resultando, por tanto, determinante ni decisivo para obtener plaza objeto de concurso, lo que conduce a confirmar la sentencia apelada, la cual es conforme con lo establecido por esta Sala, entre otras, en Sentencias de 16 de febrero, 6 de abril, 12 y 17 de mayo y 3 de septiembre de 1988.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 7 febrero 1989.)

4. Irrelevancia de la omisión del informe del Director del Departamento en concurso para contratación de Profesorado Universitario al formar aquél parte de la Comisión designada y poder informar a ésta verbalmente. Irregularidades que no afectan a la validez. Opositor a Notarías con un ejercicio aprobado, frente a Notario con diez años de ejercicio.

«Soslayada en esta apelación la cuestión relativa a la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, alegada en la primera instancia en la contestación a la demanda, al no haber recurrido contra la sentencia la representación de la Administración General del Estado, que actuó dicha oposición formal, se ha de entrar en el estudio de las alegaciones formuladas por las partes en este recurso de apelación; ahora bien, es preciso tener previamente en cuenta que el señor R.-M. M., desde un principio está impugnando ante la jurisdicción, la desestimación presunta, producida por silencio administrativo del Rector de la Universidad de Málaga, del recurso de alzada, interpuesto por aquél, contra el Acuerdo de la Comisión de Contratación de la Facultad de Derecho de expresada Universidad, de 5 de octubre de 1983, por el que se propuso para adjudicar la plaza de Profesor Encargado de Curso, a Nivel A), convocada en concurso público, a don Antonio M. G.; pues bien, en referido recurso de alzada, además de invocar los artículos 9.3, 23.2 y 103 de la Constitución española de 1978, se aducía que las plazas relativas al aludido concurso público habían sido adjudicadas a otros aspirantes con expediente académico inferior al hoy recurrente don Juan R.-R. M., así como que en uno de ellos la condición de Notario en ejercicio daba a su designación un marcado carácter transitorio habida cuenta la inminente regulación de las incompatibilidades para dichos cargos; habiéndose de resaltar que en vía administrativa sólo se interesaba que por la Administración se reconsiderara, en el recurso de alzada, el acuerdo de referida Comisión de Contratación, aunque sin expresar cuál fucra la situación jurídica individualizada, en relación con la plaza convocada, del reclamante.

La representación del señor R.-R. M. funda sustancialmente su impugnación de los actos administrativos, y ahora su apelación contra la sentencia de primera instancia que los declaró conformes a derecho: a) En el hecho alegado de desconocer si el concursante don Carlos G. de la C. T. aspiraba a ocupar una plaza del Nivel A) o del Nivel B); mas ello es irrelevante para la actual controversia, ya que referido aspirante en ningún momento concursó para obtener la plaza de Nivel A), sino únicamente solicitó una del nivel B), que posteriormente le fue adjudicada, y a la que nunca aspiró el señor R.-R. M., el cual sólo solicitó una plaza del Nivel A). b) En el hecho alegado de haber sido inducido por el Jefe del Departamento de Derecho Civil, señor C., para avenirse a solicitar solamente la plaza de Nivel A), manifestando

el recurrente que, de haber sabido la dualidad de Niveles, habría optado por solicitar las plazas de ambos; ahora bien, aparte de que la veracidad de dichas afirmaciones no han sido probadas en las actuaciones, es difícil pensar que el peticionario, dada su formación cultural y su condición de persona adulta —que han de suponerse—, se hubiera dejado influir o mediatizar para inclinar su voluntad en tal erróneo sentido. c) En los errores de publicación en los periódicos, que también el recurrente alega, del concurso público; mas a este respecto se ha de considerar que además de que dichos errores iniciales de publicación fueron corregidos en otros posteriores, antes de presentar la solicitud del señor R.-R. M., no se puede desconocer que él mismo alega en la demanda que recibió aclaraciones en visitas personales que, con tal motivo, hizo al Departamento de Derecho Civil, por lo que no cabe ahora alegar desconocimiento o confusión sobre los términos de la convocatoria cuando se acredita su publicación en los periódicos y se reconoce las actuaciones personales encaminadas a obtener datos aclaratorios en relación con la misma. d) En la "falta de notificación" del acuerdo de la Comisión de Contratación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga determinante de la propuesta que habría de elevarse al Rectorado para el nombramiento del aspirante seleccionado por aquélla; ahora bien, aparte de que dicha notificación personal pretendida no ha de estimarse obligada, lo cierto es que desde el momento que el interesado interpuso el recurso administrativo de alzada, dicha notificación, aunque fuera defectuosa, quedó subsanada a efectos de poder impugnar el acto en vía administrativa conforme dispone el artículo 79.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo. e) En la alegada falta de audiencia del Director del Departamento previa al acuerdo de la Comisión de Contratación de actual referencia conforme dispone la Instrucción del Ministerio de Educación y Ciencia, de 8 de junio de 1983; puesto que no exigiéndose que dicho trámite previo sea cumplido en una forma determinada, al ser el propio Director del Departamento miembro de derecho de la expresada Comisión, nada impide que aquél pueda informar verbalmente en la sesión celebrada, en la que se adoptó el acuerdo ahora impugnado, como se acredita por el informe emitido en las actuaciones por el Decanato de la Facultad de Derecho. f) En el alegado "silencio administrativo" producido por la Administración en el recurso de alzada; sin embargo, no es menos cierto que ello no le ha impedido al hoy recurrente para poder acudir a la vía jurisdiccional, tanto en la primera como en esta segunda instancia, al entender desestimado aquel recurso administrativo interpuesto. g) En el hecho aducido de que la Administración no remitió el expediente completo al Órgano Jurisdiccional de la primera instancia, alegando el recurrente que ello le había producido indefensión; ahora bien, se ha de tener en cuenta que además de las actuaciones que constan materialmente en el expediente administrativo, en el recurso tramitado en la primera instancia se recibió el proceso a prueba, dentro de cuyo período se propuso por el demandante y se practicó con las formalidades legales la prueba que éste estimó necesaria para demostrar las alegaciones de su demanda, y, si bien la Administración pudo omitir el envío de algún documento que debería obrar en el expediente administrativo, a ella habría de perjudicar referida omisión, dados los términos de las alegaciones de las partes y los límites de la controversia, que no es otra que la de determinar cuál de los solicitantes tenía más méritos para ocupar la plaza sacada a concurso y en particular expresada determinación se reconducía a contraponer los méritos del señor M. G., que después obtuvo la plaza, y los del hoy recurrente solicitante de la misma, y para la cual no fue designado; amén de que una vez practicadas en el recurso las pruebas propuestas se formularon conclusiones sucintas acerca de los hechos alegados, la prueba practicada, y los fundamentos jurídicos en que el recurrente trataba de apoyar su pretensión (art. 78.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción).

Aun cuando haya acaecido los referidos defectos procedimentales en el expediente administrativo, sin embargo el acto en el mismo producido y

ahora impugnado no se dictó "prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las Normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados", cual es la Comisión de Contratación referida; ni el supuesto analizado se encuentra previsto en el artículo 28 del Texto Articulado de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, por lo que no procede declarar la nulidad radical de los actos al presente combatidos, al no concurrir en los mismos la situación fáctica precisa para aplicar la norma contenida en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo; por otra parte, los defectos de forma apreciados en el expediente no impiden que el acto producido tenga los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, cual es el de designar mediante el mismo, el concursante con mejores méritos a juicio de dicha Comisión, con lo que no se ha producido en el demandante-apelante indefensión de clase alguna, por lo que tampoco se han de anular los actos administrativos impugnados al no encontrarse incurtidos en la normativa contenida en el artículo 48 de la citada Ley de Procedimiento; máxime que aun cuando se acordara en este trámite una nulidad formal del acto y de las actuaciones administrativas para subsanar expresados defectos, cuando la subsanación se llevara a efecto siempre nos encontraríamos con la misma situación fáctica inamovible a valorar, cual es —repetimos— determinar cuál de entre los dos aspirantes a la plaza convocada poseía más méritos para ser seleccionado, cuya situación no podría variar aun cuando se aceptara para ambos los mismos méritos, respectivamente, invocados y aun reconocidos recíprocamente por ellos; sin que sea desdeñable el tener en cuenta que la demora en la resolución definitiva de la controversia, prácticamente, por el tiempo transcurrido la habría de convertir en inoperante.

Del conjunto de los acreditamientos obrantes en las actuaciones administrativas y de las pruebas practicadas en esta vía jurisdiccional en la primera instancia se infiere que: por la Universidad de Málaga fueron convocadas dos plazas distintas para impartir docencia en el área de Derecho Civil, Profesor Encargado de Curso de Nivel A), y otra de Profesor Encargado de Curso de Nivel B), concursando el señor R.-R. M. sólo a la primera de ellas, es decir, a la de Nivel A), en concurrencia con don Antonio M. G., de forma que en ningún momento el hoy recurrente concursó a la plaza de Profesor Encargado de Curso de Derecho Civil a Nivel B), que fue adjudicado a don Carlos G. de la C. T.; asimismo la Comisión de Contratación de la Facultad de Derecho resolvió, proponiendo adjudicar la plaza de Profesor Encargado de Curso de Derecho Civil a Nivel A) a don Antonio M. G., fundamentándose básicamente en que, mientras el recurrente señor R.-R. M. alegaba como mérito preferente la preparación a Oposiciones a Notarías y Registros, preparación llevada a cabo en los dos últimos años y medio, habiendo aprobado en febrero de 1983 el primer ejercicio de Registros —comprensivo de las materias de Derecho Civil, Mercantil, Administrativo y Procesal—; el otro solicitante don Antonio M. G. que después resultó seleccionado para la plaza concursada, no sólo preparó las oposiciones a Notarías, sino que obtuvo plaza en 1973, desempeñó cinco Notarías, y concurriendo a oposiciones entre Notarios obtuvo la plaza de Málaga en 1982 y se posesionó en la misma en marzo del mismo año en que se convocó el concurso; pues bien, como acertadamente informa el Rector de la Universidad de Málaga, mientras uno alegaba haber aprobado un solo ejercicio de las Oposiciones a Notarías del año 1983, el otro concursante, que resultó favorecido con la selección de la Comisión, ya era Notario diez años antes, lo que ha de reconocerse como un mérito preferente respecto del que prepara y triunfa en unas oposiciones respecto del que prepara esas mismas oposiciones, supera un solo ejercicio de ellas, pero no logra triunfar en las mismas; por otra parte, tampoco ha de tenerse en cuenta como causa obstativa a la selección del señor M. G., la inminencia de una normativa futura que habría de determinar ciertas incompatibilidades para el ejerci-

cio de la función docente, pues, aparte de que sería una posibilidad futura, luego ha resultado la posibilidad de que no existan incompatibilidades en los casos de docencia a través de la contratación administrativa.

Al haberlo entendido sustancialmente también así la sentencia recurrida, procedente es su confirmación, habiéndose de desestimar por ello este recurso de apelación contra la misma interpuesto.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 21 febrero 1989.*)

5. Infracción de los artículos 14 y 23 CE al establecerse un baremo para Concursos a plazas de Profesores Ayudantes de Universidad en que se puntúa, de forma determinante, la prestación anterior de servicios en la propia Universidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Sentencia apelada)

«Para resolver adecuadamente las cuestiones que el recurso y su demanda plantea a esta Sala, es conveniente destacar: a) Que el día 5 de mayo del pasado año 1987 se publicó, entre otros, en el diario "ABC" la convocatoria para el concurso público para la adjudicación de contratos de profesores ayudantes y asociados para el curso 1987-88 en la Universidad Complutense. Respecto a las bases para adjudicación de contratos se hacía referencia en la nota a la figura del profesor asociado, regulada en la Ley de Reforma Universitaria —"BOE" 1-2-83—, Real Decreto 1200/1986, de 13 de junio ("BOE" 25 de junio), Real Decreto 989/1986, de 23 de mayo ("BOE" 29 de mayo), así como los Estatutos de la Universidad. Respecto de los Ayudantes se estará a lo establecido en la Ley de Reforma Universitaria ("BOE" 1-9-83) y disposiciones mencionadas para el profesor asociado. Se añadía que se podría presentar las solicitudes directamente en los Centros respectivos, en el plazo de quince días naturales a partir de la fecha de la convocatoria. b) El Vicerrector de Ordenación Académica de la Universidad dirigió una Instrucción a los Decanatos y Departamentos, comunicando los baremos que debían aplicarse en la resolución de los concursos con fecha 29 de abril de dicho año, en la que hacía constar: 1.º) Que el baremo para la elección de Ayudantes aprobado por la Junta de Gobierno de 4 de diciembre de 1986 es el siguiente: 1.º Expediente académico: de 0 a 4 puntos. 2.º Experiencia investigadora y profesional: de 0 a 4 puntos. 2.º) Con carácter transitorio y excepcional, la Junta de Gobierno tomó el acuerdo siguiente para la selección de Ayudantes para el próximo curso académico: "Se considera mérito el desempeño satisfactorio de actividades docentes en una Facultad o Escuela de esta Universidad, en virtud de resolución contractual, con anterioridad al 1 de octubre de 1986. Este criterio se valorará a través del informe del Departamento, y si éste es positivo supondrá una valoración de 10 puntos." 3.º) Por lo que se refiere a la Comisión regulada en el artículo 103.3 de los Estatutos de esta Universidad para dicha selección de Ayudantes, en aquellos Departamentos en que todavía no haya ayudantes de la LRU, tales Comisiones pueden o bien constituirse con sólo dos miembros del Departamento, o bien suplir la falta del Ayudante con un profesor numerario más. Tan pronto como en un Departamento exista un Ayudante LRU, la Comisión deberá formarse en estricta atencencia a lo preceptuado en la referida norma. 4.º) La propuesta del candidato seleccionado, debe venir acompañada de la siguiente documentación: 1.º Certificado de Estudios, Cursos de Doctorado cuando se trate de Ayudantes de Facultad (original o fotocopia). 2.º Por el Departamento o por persona capacitada para ello, debe acreditarse al candidato dos cursos de investigación. Observación final: tras la pertinente consulta al Ministerio, quien a su vez elevó informe al Consejo de Universidades, se admitió que pueden ser contratados

como Ayudante LRV de las Facultades los candidatos de aquellas Facultades en las que, hasta el presente curso, los estudios de Doctorado no duraban más que un año. Es decir, en estos casos se pueden controlar Ayudantes de Facultad LBU con sólo tres años de Post-graduado, siempre y cuando dos de estos años sean de investigación y distintos del tiempo dedicado a los estudios de Doctorado. c) A la vista de ello, los recurrentes que solicitaron tomar parte en los citados concursos por reunir las condiciones establecidas en la convocatoria, al conocer el contenido de la Instrucción, se han dado cuenta de que es imposible que se les adjudique una plaza de profesor, porque, pese a sus expedientes y méritos, estas plazas se otorgarán siempre a las personas que hubieran sido contratadas previamente, aunque tuvieran menos méritos. d) Al sentirse los concursantes ahora recurrentes discriminados y ver vulnerado su derecho de acceder en condiciones de igualdad a una función pública que regulan las leyes, interpusieron mediante escrito de 26 de mayo de 1987 presentado el día siguiente, recurso contencioso-administrativo especial por entender conculcados los artículos 14 y 23.2 de la Constitución española, postulando más tarde en el escrito alegatorio de la demanda una sentencia que declare nulo, anule o revoque y deje sin efecto a la Instrucción objeto del recurso y los concursos celebrados (sic) en su alegación.

Entiende la Universidad demandada en su escrito de contestación que, aunque la parte recurrente impugna la «Instrucción» del vicerrector cuando no es una Instrucción propia, sino un traslado a los Decanos de las Facultades y Directores de Escuelas Universitarias, del baremo aprobado por la Junta de Gobierno de dicha Universidad en sus reuniones de los días 4 de diciembre de 1986 y 26 de febrero de 1987. Añade además que, de acuerdo con el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, la selección, formación y promoción del personal docente e investigador corresponde a la Universidad y el artículo 34 de tal normativa le atribuye la potestad de contratar Ayudantes en los términos establecidos en sus respectivos estatutos. En estos, aprobados por Real Decreto 861/1985, de 24 de abril, el artículo 71.6 atribuye a la Junta de Gobierno la potestad de fijar los criterios para la contratación de los Ayudantes, y el artículo 113.4 establece que aprobará las normas reguladoras de la documentación que deben presentar los candidatos, los baremos de enjuiciamiento de méritos y los órganos competentes para informar el proceso de contratación, entre los cuales se encontrará en todo caso el Consejo de Departamento. Por ello, entiende el Magnífico Rector en su escrito que la Junta de Gobierno al aprobar dichos baremos no hizo sino actuar una potestad concedida en la legislación y a ningún aspirante debería causar extrañeza el que existiese algún baremo establecido que, por otra parte, es la única forma de garantizar los principios de igualdad y capacidad reconocidos en el artículo 41 de la Ley de Reforma Universitaria. El baremo atiende a circunstancias desiguales de quienes pueden concurrir al concurso, por lo que el principio de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias y sólo puede aducirse en su quiebra cuando se dan los requisitos previos de una igualdad de situaciones y se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en relación a una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos y falta, para poder apreciar tal infracción a quienes sin haber estado contratados en esta Universidad con anterioridad a la fecha que figura en el baremo, haya sido beneficiado por tales puntos. Finalmente corresponde a la Universidad de acuerdo con el artículo 1.º de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, el servicio público de la educación superior y las potestades atribuidas, entre las que se encuentra la selección de profesorado. No puede estimarse desviación de poder el hecho de que hayan prestado servicios en la Universidad, les sean tenidos en cuenta tales méritos.

La Sala tiene que partir de que, aunque lo impugnado en esta vía de amparo jurisdiccional de la Ley 62/78 sea la Instrucción del Vicerrector y ésta no sea sino el cumplimiento del baremo aprobado por la Junta de

Gobierno de la Universidad Complutense en sus reuniones de los días 4 de diciembre de 1986 y 26 de febrero de 1987, en realidad es la aplicación en definitiva al concurso público para la adjudicación de contratos para el curso 1987-88 lo que estiman los recurrentes, que conculca los principios fundamentales consagrados en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución española, en cuanto a ellos en el sentido del interés les afecte tal discriminación y aparecen legitimados para el ejercicio de tal pretensión en esta vía jurisdiccional. En nada empece a cuanto se debate en este proceso la potestad y autonomía de la Universidad, reconocida en la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria ("BOE" de 1 de septiembre, número 259), en diversos preceptos (arts. 2.3, etc.), pues todas las Universidades se rigen en definitiva por la citada Ley, por las normas que dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus respectivas competencias y por sus Estatutos (art. 6). Ello sin constar como recsoge el artículo 9.1 de nuestro Texto Fundamental «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Autonomía ciertamente, pero dentro de la Constitución y las leyes. Corresponde por ello a esta Sala determinar si tales acuerdos, trasladados por la Instrucción del Vicerrector a este concurso, han conculcado o no los principios consagrados en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución española y a este respecto debe partirse inexcusablemente que el principio de igualdad previsto en el artículo 14 del Texto supranormativo ha sido reiteradamente interpretado por el Tribunal Constitucional—en las Sentencias 7/82, de 26 de febrero (R. T. Const. 7); 19/82, de 5 de mayo (R. T. Const. 19); 49/82, de 14 de julio (R. T. Const. 49); 59/82; de 28 de julio (R. T. Const. 59); 81/82, de 21 de diciembre (R. T. Const. 81); 70/83, de 26 de julio (R. T. Const. 70), esta última con ciertos matices—, en el sentido de que su aplicabilidad no exige la absoluta prohibición de la diferenciación de trato a diversas categorías de ciudadanos, sino la proscripción de la discriminación entre personas, categorías y grupos, por eso quiebra la igualdad cuando la diferenciación no está basada en motivos objetivos y, por el contrario, no resulta violada cuando dicha diferencia tiene una justificación racional y suficiente, y la igualdad ante la Ley configura, además, un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato análogo, lo que obliga a que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus situaciones jurídicas, abarcando también la igualdad en la aplicación de las normas, de manera que los poderes públicos no pueden en casos sustancialmente iguales modificar el sentido de sus actos, salvo que al apartarse de sus precedentes vaya acompañado de una fundamentación razonada y suficiente. Señala asimismo la Sentencia 103/83, de 22 de noviembre (R. T. Const. 103), del Pleno del Tribunal Constitucional en su Fundamento Jurídico Quinto, que "el artículo 14 de la Constitución, además, establece una serie de discriminaciones que pueden considerarse como típicas", añadiendo que el derecho subjetivo consiste "en el poder de poner en marcha los mecanismos jurídicos idóneos para restablecer la igualdad rota..." y "que la igualdad ante la Ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro haya de considerarse falto de un fundamento racional —y ser por ende arbitraria— por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador. De esta suerte, dos situaciones, consideradas como supuestos de hecho normativos son iguales, si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional". Los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 23 de julio de 1958 del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica y de 27 de octubre de 1975, del caso del Sindicato Nacional de Policía belga), destacan que se produce una discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable, afirmando que la existencia de tal justificación debe

apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, lo que ha sido recogido en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981 (R. T. Const. 34). Sigue diciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se prohíbe en el campo de los derechos y libertades un trato discriminatorio que tenga por base o por motivo una característica personal ("situación"), mediante la cual personas o grupos de personas se distinguen unos de otros (Sentencias de 7 de diciembre, caso Handyside de 18 de enero de 1978, Irlanda contra el Reino Unido, y 7 de diciembre de 1976, caso Kjelsen, Busk Madsen y Pedersen). Volviendo al Tribunal Constitucional, recoge en su Sentencia 3/1983, de 25 de enero (R. T. Const. 3), que el artículo 14 de la Constitución española consagra la igualdad de todos los españoles ante la Ley, prohíbe la discriminación, entre otros factores, por cualquier condición o circunstancia personal y social. En su Sentencia 75/83, de 3 de agosto (R. T. Const. 75), establece que "para actualizar concretamente la constitucionalidad del precepto cuestionado es menester precisar que la prohibición de discriminación enunciada con carácter general en el artículo 14 de la Constitución española y concretamente en acceso y a la permanencia de los cargos y en las funciones públicas en el artículo 23.2 de la Constitución, responde a uno de los valores superiores que según la Constitución han de inspirar el ordenamiento jurídico español, al valor de la igualdad. El derecho de igualdad tiene así un carácter general que comprende a los servidores públicos y actúa, en el acceso a la función pública y a lo largo de la duración de la relación funcional de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública".

La doctrina precedente resulta totalmente aplicable a este supuesto y, además, hay que destacar que si las condiciones del concurso establecen módulo de 0 a 4 puntos para el expediente académico y también para la experiencia investigadora y profesional, al paso que otras titulaciones y certificados se valoran de 0 a 2 puntos, es obvio que lo máximo que pueden valorarse es con diez puntos, y ello teniendo en cuenta un excelente expediente académico (4 puntos), una destacada experiencia investigadora y profesional (4 puntos), y con otras titulaciones y certificados (2 puntos), mientras que "el desempeño satisfactorio de actividades docentes en una Facultad o Escuela de esta Universidad, en virtud de relación contractual, con anterioridad al 1 de octubre de 1986, supone una valoración de 10 puntos, que unidas a cualquier módulo por pequeño que sea, expediente, investigación, etcétera, supone una valoración notablemente superior a favor de los anteriormente contratados. En este sentido supone una desigualdad de tratamiento dar a una persona que ha obtenido 6 puntos frente a otra que ha obtenido 10, tan sólo porque aquella ha sido contratada en la misma Universidad con anterioridad a la fecha señalada y ello con independencia que la otra haya podido estarlo en otra Universidad. Se trata ahora de determinar si ello está justificado o no, pues discriminación existe y con ello se patentiza, que si existe una diferencia de trato jurídico y se solicita la aplicación del artículo 14, compete a los órganos del Estado demandado (en este caso la Universidad), en el procedimiento constitucional la carga de ofrecer la justificación que el diferente trato posee —Sentencias del Tribunal Constitucional 68/82, de 22 de noviembre (R. T. Const. 68), y 34/84, de 9 de marzo (R. T. Const. 34)—. ¿Ha justificado la Administración demandada? Entiende la Sala que ello no ha ocurrido y ello con todo respeto a las alegaciones del Rectorado, que se han recogido en anterior ordinal de estos Fundamentos de Derecho. Efectivamente, a supuestos hechos idénticos como son los aspirantes al Concurso se atribuyen consecuencias no sólo diversas, sino tratamientos discriminatorios. En situaciones del mismo *status* académico en lo esencial se prima al que haya estado contratado en el mismo centro, aunque ambos tengan las mismas obligaciones de colaborar en tareas docentes e investigadoras del Departamento. Pero la desigualdad de trato se

patentiza aún más cuando se trata de concursantes contratados por otras Universidades, porque sólo se prima a los anteriormente contratados en la Complutense y ello con total independencia de su expediente, actividad investigadora de su expediente, actividad investigadora y otros méritos. Este criterio aparece totalmente injustificadora porque no significa algo que indique mayor capacidad o méritos. En este sentido hay que citar con los recurrentes la Sentencia 50/1986, de 23 de abril (R. T. Const. 50), del Tribunal Constitucional, que señala cómo "el artículo 23.2 de la Constitución impone la obligación de exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad...". En este sentido el haber sido contratado por la Universidad Complutense y no por la Autónoma no es un criterio referido a méritos y capacidades y debe reputarse, por ende, discriminatorio. Precisamente el Tribunal Constitucional ha estimado contrario al principio de igualdad la discriminación o función de títulos por centros públicos y privados —Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1984—.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Se aceptan los números Tercero, Cuarto, Sexto y Séptimo de la sentencia apelada y además:

«Por el Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid, se recurre en apelación contra la Sentencia dictada por la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, con fecha 25 de mayo de 1988, que estimando el recurso ante la misma interpuesto, de conformidad a las normas de procedimiento establecidas en la Ley 62/78, en nombre y representación de doña M.^a del Carmen C. del H. y otros, contra la Instrucción del Vicerrector de Ordenación Académica de la Universidad Complutense de Madrid, de 29 de abril de 1987, por la que se transmiten a los Decanatos y Departamentos de dicha Universidad los baremos que deben aplicar las Comisiones de Selección que juzguen los concursos públicos para la adjudicación de contratos de Profesores Ayudantes y Asociados para el curso 1987-88, declara nula dicha Instrucción, por violar los artículos 14 y 23.2 de la Constitución española y, en consecuencia, anula los concursos celebrados en su aplicación, imponiendo las costas a la Administración.

Los Fundamentos de Derecho que contiene la sentencia apelada, bajo sus números Tres, Cuatro, Seis y Siete, plenamente asumibles por este Tribunal, si bien conducen a declarar la nulidad de la Instrucción del Vicerrector de Ordenación Académica de la Universidad Complutense de Madrid, de 29 de abril de 1987, referente al Baremo para la selección de Profesores Ayudantes de dicha Universidad para el curso 1987-88, por infringirse con ella los principios de igualdad ante la Ley y el derecho a acceder a las funciones y cargos públicos en tal condición, derechos reconocidos por los artículos 14 y 23.2 de nuestra Ley Fundamental, no pueden llevar a declarar la nulidad de las adjudicaciones de plazas de Profesores Asociados de la Universidad Complutense de Madrid, para el curso 1987-88, llevadas a cabo en virtud de concursos celebrados en aplicación de la combatida Instrucción, por la evidente razón de que tal Instrucción sólo se refiere a la selección de Profesores Ayudantes, tanto de Facultades como de Escuelas Universitarias; viniendo regulada la figura del Profesor Asociado, según consta en la convocatoria del concurso público para la adjudicación de contratos para el curso 1987-88, obrante en autos a medio de fotocopia; por la Ley de Reforma Universitaria, Real Decreto 1200/86, de 13 de junio; Real Decreto 898/86, de 23 de mayo, así como en los Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid..) (*Sentencia de la Sala 3.^a, 2.^a, 21 mayo 1989.*)

III. PUESTOS DE TRABAJO

1. *La falta de publicación de la relación de puestos de trabajo no impide la aprobación del Catálogo de Puestos de Trabajo como presupuesto para la aprobación del complemento específico de aquéllos. Criterios para la aplicación de este complemento. Arquitecto Técnico.*

«Lo primero que conviene precisar es que la falta de publicación de la relación de puestos de trabajo, a que se refiere el artículo 15 de la Ley de Reforma de la Función Pública —hoy modificado por la Ley 23/1988, de 28 de julio—, en el Organismo Autónomo "Junta de Construcciones, Instalaciones y Equipo Escolar", no podía impedir la aprobación del catálogo de puestos de trabajo en este organismo, pues el Gobierno, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, venía obligado a clasificar los puestos de trabajo en los treinta niveles a que se refiere el artículo 21 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y a asignar un complemento específico a aquellos en que esta asignación fuese necesaria para asegurar que la retribución total de cada puesto de trabajo guarda la relación adecuada con el contenido de especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, peligrosidad o penosidad del mismo. Por ello, la Ley de Presupuestos para 1985, al regular las retribuciones de los funcionarios del Estado incluidos en el ámbito de la Ley 30/1984, hace expresa mención en su artículo 11 a los catálogos aprobados por el Gobierno como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 11.4 de la Ley 50/1984, y la Orden de 15 de enero de 1986, al determinar el ámbito de las relaciones de puestos de trabajo, dice que comprenderán todos los incluidos en los catálogos aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros que deban ser desempeñados por funcionarios públicos.

Dicho esto, el alegato de la entidad accionante de que la catalogación impugnada es inobjetiva o que carece de fundamentación ninguna relación guarda con una supuesta violación del principio de igualdad, pues con independencia de los estudios previos realizados y que se recogen en el expediente, no se ofrece término alguno de comparación que permita extraer una consecuencia discriminatoria para el colectivo de funcionarios cuyos intereses defiende aquélla. Y lo mismo debe decirse respecto a la afirmación de que el acuerdo recurrido altera el régimen retributivo de sus asociados, además de ser un efecto derivado del nuevo sistema que en materia de retribuciones ha venido a establecer la Ley de Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984.

Tampoco se detecta vulneración alguna del artículo 14 de la Constitución porque en el acuerdo impugnado se asignen distintos niveles a los Arquitectos Técnicos, pues corresponden a diferentes puestos de trabajo. Se trata también de una consecuencia del régimen retributivo instaurado por la Ley 30/1984, en el que el sueldo, en función de un índice de proporcionalidad, es igual para cada uno de los grupos en que se organizan los Cuerpos y Escalas, Clases o Categorías, mientras que el complemento de destino viene determinado por el nivel del puesto que se desempeña. Por otro lado, que este nivel sea distinto para los Jefes de Unidades Técnicas Provinciales, según sean de Primera Categoría o de Segunda y Tercera, no quiere decir que los Arquitectos Técnicos resulten discriminados porque el nivel asignado a sus respectivos puestos de trabajo no varíe en función de la categoría de la Unidad Técnica Provincial, porque el derecho a la igualdad jurídica no demanda que se sigan idénticos criterios para la asignación de niveles cuando como en este caso se trata de puestos de jefatura y otros en los que no concurre tal condición.

También hay que decir que la atribución de complemento específico a determinados puestos de trabajo comprendidos en el catálogo anexo al acuerdo recurrido tiene como objetivo dar cumplimiento al mandato del artículo 11.4 de la Ley 50/1984 y, por ello, entre los conceptos que determinan la asigna-

ción de esta retribución complementaria no se encuentra la incompatibilidad del puesto de trabajo, al haber modificado aquél, para los funcionarios del Estado, lo establecido al respecto en el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984. Que no pueda reconocerse compatibilidad alguna al personal que desempeñe puestos que comporten la percepción de complemento específico, como previene el artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, no autoriza a sostener que se discrimina a los funcionarios pertenecientes a las Escalas de Técnicos Facultativos Superiores y de Titulados del Ministerio de Educación y Ciencia por haberse atribuido a los puestos de trabajo reservados a éstos un complemento específico, pues ni se acredita que la finalidad perseguida por la Administración haya sido otra que la de asegurar que la retribución total de estos puestos guarde la relación adecuada con alguno o algunos de los conceptos que se especifican en el artículo 11.4 de la Ley 50/1984, ni se trae a colación ninguna otra situación objetiva concreta con la que poder efectuar una comparación.

Por otro lado, carece de relación con la cuestión litigiosa la invocación que en la demanda se hace del artículo 11.2 de la Ley 53/1984, pues una cosa es que el Gobierno esté autorizado para determinar, con carácter general, las funciones, puestos o colectivos incompatibles con "determinadas profesiones o actividades privadas" para preservar la imparcialidad o independencia del personal de que se trate, el cumplimiento de los deberes del mismo o en definitiva los intereses generales, autorización de la que hizo uso en el artículo 11 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, y otra distinta la prohibición que afecta al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complemento específico para realizar otras actividades en el sector público o privado, con las excepciones previstas en el artículo 16.3 de la Ley 53/1984, pues entonces lo que se trata es de asegurar la íntegra dedicación del funcionario al puesto de trabajo que sirve.

Finalmente, tampoco es relevante a los efectos pretendidos el alegato de que en la Comunidad Autónoma de Andalucía se han distinguido para cada puesto de trabajo, al que se señala complemento específico, el concepto o conceptos que determinan la atribución de aquél, porque el que no se haya hecho así en el acuerdo recurrido podrá ponerse en relación con la motivación del mismo, pero ello no entraña violación del artículo 14 de la Constitución. Y si en la atribución de este complemento existen puestos en que el concepto tomado en consideración no es la incompatibilidad —para los funcionarios del Estado no se tiene en cuenta por el art. 11.4 de la Ley 50/1984—, no significa que en aquella Comunidad Autónoma pueda percibirse complemento específico sin estar afectado por la prohibición establecida en el artículo 16 de la Ley 53/1984, ya que el ámbito de aplicación de esta Ley se extiende, entre otros colectivos, al personal al servicio de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, como previene su artículo 2.º, número 1, apartado b), por lo que basta desempeñar un puesto de trabajo que comporte la percepción de dicho complemento para que el funcionario que lo sirve esté afectado por la aludida prohibición.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 19 enero 1989.*)

IV. SITUACIONES

1. *Improcedencia de anular la convocatoria de oposición a una plaza, por solicitarse el reingreso al servicio activo, después de aquélla, por funcionario en expectativa de destino desde hace veinticuatro años.*

«El dato importante que pone de relieve el informe del Secretario de la Corporación Local de que el recurrente en 23 de mayo de 1960 solicitase su incorporación al servicio activo desde la situación de excedente voluntario en la que se encontraba desde el 31 de julio de 1950, manteniéndose en la si-

tuación de en expectativa de destino desde que en 6 de agosto de 1960 se le concediese el reingreso pero sin plaza, sin que durante el período comprendido entre 1960 hasta el 17 de agosto de 1984 se le adjudicase alguna de entre las numerosas que durante dicho período se han producido, revela una situación excepcional mantenida durante largo período de tiempo. Ciertamente, la Corporación municipal no ha procedido ni a adscribir al recurrente ni a destinarse a plaza alguna de entre las vacantes existentes, pero también es cierto que se ha mantenido el recurrente en una cierta pasividad al respecto sin recabar destino alguno ni incorporarse al desempeño de tareas; y éste, considerando las convocatorias a oposición para cubrir vacantes de entre las de su Cuerpo o Escala que se produjeron en el espacio de tiempo aludido. Y es cuando después de convocar oposición para cubrir otra plaza de Auxiliar en 15 de junio de 1984, se decide a solicitar nuevamente el reingreso en 17 de agosto de dicho año, con lo cual o está desmintiendo la situación en que se encontraba y que hemos descrito, desconociendo así haber estado en excedencia por más de diez años, o está solicitando la incorporación al servicio activo en tiempo en que no existe vacante, porque la sacada a oposición lo ha sido en fecha anterior a su nueva petición. En esta situación hay que concluir que el recurrente está en situación de expectativa de destino desde que se reincorporó al servicio activo porque de estimarse que es ahora, en 17 de agosto, cuando solicita el pase al servicio activo quedaría perjudicada al mantenerse en la situación de excedencia voluntaria durante tan largo período de tiempo que le avocaría a la pérdida de su condición de funcionario, estimando al funcionario recurrente en la situación de en expectativa de destino desde 1960, si bien en una peculiar situación consentida por él, ha de concluirse, por ser consecuente con sus propios actos y conducta seguida hasta el momento, que cuando en 17 de agosto de 1984 solicita destino la realidad demuestra que no existe vacante en la que incorporarle, porque la existente, como otras y tantas veces ha ocurrido, ha sido ya sacada a oposición en acto que además el recurrente no combate, de tal manera que pone por primera vez a la Corporación en situación de desconvocar la oposición para que se pueda producir una vacante, que de todos modos no se sabe si le corresponde al recurrente, que por venir de la excedencia voluntaria ocupa el último lugar de preferencia entre otros funcionarios que se puedan incorporar al servicio activo.

Si en 1979 se producen dos vacantes y en 1982 existen dos vacantes que se sacan a oposición estando el recurrente en expectativa de destino a alguna de ellas, el recurrente desde 1982 a 1984 ha podido interesar su destino vacante que existe, mas no lo ha hecho, sino cuando sacada a oposición la vacante en 16 de junio de 1984 se decide a pedirla en 17 de agosto de dicho año, rompiendo así una conducta que con anterioridad ha venido manteniendo, pero sin posibilidad de lograr esta vez que se desconvoque la oposición para que él acceda a la plaza convocada, por la sencilla razón de que el derecho que tiene a destino y que tantas veces no ha ejercido no está en la disposición del funcionario para ejercitarlo según su conveniencia como si la vacante fuera una reserva a su servicio dependiendo de su voluntad al ser destinado o no a vacante que se produzca, por lo que hay que concluir que su pretensión de que se declare la plena validez del Acuerdo de 6 de agosto de 1960 que le declaró reingresado al servicio activo es innecesaria porque nadie le ha negado su validez y que su petición de 17 de agosto de 1985 no puede ser de reingreso para no contradecir lo anteriormente afirmado de hallarse en situación de en expectativa de destino, sino de destino de plaza concreta que no puede ser la sacada a oposición, porque se solicita con posterioridad a la convocatoria, sin impugnarla simultáneamente, con lo que se está afirmando que no hay plaza disponible para ser destinado a ella, a no ser que el recurrente quiera supeditar a su voluntad las decisiones de la Corporación, que no ha hecho otra cosa que lo que siempre ha venido haciendo tantas cuantas ocasiones se han producido vacantes; así lo ha entendido la Sala de instancia con acierto, por lo que desestimamos el recurso de apelación interpuesto, sin

que hallemos motivos de los que dan lugar a una condena en costas.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 2.ª, 28 marzo 1989.*)

V. DERECHOS Y OBLIGACIONES

1. *El derecho a las pensiones, además de ser irrenunciable, inalienable e inembargable, es imprescriptible. Aplicación a las de viudedad.*

«Conforme a la citada normativa, singularmente el artículo 14 del Decreto 1211/72, los derechos reconocidos por la ley podrán ejercitarse en cualquier momento posterior al hecho que los hizo nacer —para el caso la muerte del esposo de la recurrente—, con lo que se incorpora la tendencia legislativa sin distinción de la clase de pensión de que se trate, dada la generalidad del precepto citado, de que el derecho a las pensiones, además de ser irrenunciable, inalienable e inembargable, está sometido a un peculiar régimen de prescripción, como se establece en el artículo 12.2 del Decreto 1120/66, Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado y que es norma aplicable, como modificativa y complementaria que es, del Estatuto de Clases Pasivas, por imponerlo así la citada Disposición Final 2.ª de la Ley 112/66; régimen de prescripción específico que detalla el artículo 14 del Decreto 1120/66, quien después de disponer que los derechos reconocidos por la ley podrán ser ejercitados en cualquier momento posterior, matiza el contenido de la institución añadiendo que si el derecho se ejercitase después de transcurridos cinco años, los efectos económicos solamente se producirán a partir del día primero del mes siguiente al de la presentación de la oportuna petición, todo lo cual conduce a sentar la conclusión de que estos derechos reconocidos en la ley no prescriben nunca, como con mayor claridad vemos en el artículo 6.2 del Real Decreto Legislativo 670/87, de 30 de abril, según el cual los derechos pasivos son imprescriptibles y están sometidos a un régimen especial de caducidad, que vemos detallado en su artículo 7.ª; texto, ciertamente, no aplicable al caso, pero que lo mencionamos para entender cómo culmina una tendencia a la búsqueda de la imprescriptibilidad de esta clase de derechos y titularidades.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 31 enero 1989.*)

2. *Especialidad del régimen de retribuciones del profesorado universitario, en virtud de los artículos 46.1 LRU, 1.2 L. 30/84 y Disposición Final 11 Ley 46/85. El RD 898/1985 no infringe el principio de reserva de Ley, al haberse dictado en virtud de la autorización del artículo 46.1 LRU.*

«La primera cuestión controvertida en este recurso jurisdiccional se centra en determinar si en la producción del Real Decreto 989/1986, de 23 de mayo, se ha infringido el principio de "reserva de ley" y si, como consecuencia de ello, ha de ser declarado nulo; ahora bien, a este respecto se ha de considerar que el artículo 27.10 de la Constitución española de 1978 reservó a Ley formal la regulación de la "Autonomía de las Universidades" y, en ejecución de tal mandato constitucional, se produjo por el poder legislativo del Estado la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, cuyo artículo 44 establece que el profesorado universitario se regirá por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, por la legislación de funcionarios que le sea de aplicación y, en su caso, por las disposiciones de desarrollo de ésta que elaboren las Comunidades Autónomas, y por los Estatutos de su Universidad; de lo que se infiere que respecto del profesorado universitario se apunta en dicha Ley un régimen especial constituido por la normativa ju-

rídica que escalonadamente relaciona el precepto de la Ley Orgánica citada, de forma que es en segundo lugar la aplicación de la legislación de funcionarios la que ha de observarse dentro de dicho régimen y, en su caso, las disposiciones de desarrollo de aquella Ley que elaboren las Comunidades Autónomas y por los Estatutos de su Universidad; este régimen especial en el aspecto de retribuciones se remarca en dicha Ley Orgánica cuando el artículo 46.1 dispone que "el Gobierno establecerá el régimen retributivo del profesorado universitario, que tendrá carácter uniforme en todas las Universidades"; por otra parte, el artículo 1.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, establece que "en aplicación de esta Ley podrán dictarse normas específicas para adecuarla a las peculiaridades del personal docente e investigador..."; asimismo, la disposición final undécima de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, establece que el Gobierno adecuará las retribuciones del profesorado universitario, funcionario y contratado, al nuevo régimen de dedicación definido por el Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, todo ello en el marco general del nuevo sistema retributivo determinado por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sin que las cuantías reconocidas por el antiguo régimen de dedicación generen derecho alguno, disponiendo igualmente que los profesores universitarios contratados como encargados de curso con nivel de dedicación inferior al C. percibirán sus retribuciones durante el año 1986 en idéntica cuantía a las percibidas en el año 1985; igualmente, el Real Decreto al presente impugnado se funda en la conveniencia de fijar, aunque sea con carácter provisional, las retribuciones de los ayudantes contratados previstos en el artículo 34 de la Ley Orgánica 11/1983 anteriormente citada, así como dictar los oportunos criterios para determinar las retribuciones de los Profesores Asociados y Visitantes regulados en el artículo 33.3 de la mencionada Ley y las de los Profesores Eméritos a que se refiere la Disposición Adicional Séptima de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública; pues bien, en ejecución del artículo 44 de la expresada Ley de Reforma Universitaria se produce el Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario, y, por su parte, el Real Decreto 989/1986 —que ahora se impugna— no hace otra cosa que materializar la autorización del artículo 46.1 de la Ley de Reforma Universitaria citada, cuyo mandato fue reiterado por la Disposición Final Undécima de la Ley 46/1985 antes aludida; por todo ello, en principio, *ha de estimarse la especialidad del régimen retributivo del personal docente universitario, excluyéndose respecto del mismo la aplicación en bloque de la Ley de Funcionarios, todo ello en atención a sus peculiaridades y sin perjuicio de que esta última se aplique respecto de sus criterios generales*; en consecuencia, ha de rechazarse el criterio mantenido en la demanda de que el artículo 24.2 de la Ley 30/1984 es de aplicación al personal docente en cuanto ésta establece la "reserva de Ley" para determinar las retribuciones anuales de los funcionarios en general por tener que reflejar éstas en los correspondientes Presupuestos Generales del Estado y porque —sigue diciendo la demanda— esa manifestación no se ve entorpecida ni modificada por el artículo 1.2 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública; pues bien, este criterio de la demanda —como anteriormente se razona— no puede ser mantenido dado que este citado precepto se encuentra enmarcado dentro de la rúbrica de "ámbito de aplicación" de dicha Ley, refiriéndose al personal concreto que cita al que han de afectar tales "medidas", salvando la posibilidad de dictarse otras específicas cuando se trate de "personal docente" —entre otros que no son del caso—; pues bien, las "medidas" a que se refiere la expresada Ley 30/1984 también afectan al régimen de retribuciones de los funcionarios, por lo que también ha de entenderse que de la aplicación de tales "medidas" podría excluirse el personal docente como efectivamente se hizo mediante la normativa ahora impugnada; por todo lo cual, y en consecuencia, ha de concluirse con la afirmación de que el Real Decreto 989/1986, al presente combatido, no vulnera el principio de "reserva de Ley" invocado en la demanda.

Subsidiariamente la demanda concretamente impugna los artículos 4 y 5 del citado Real Decreto 989/1986, de 23 de mayo; fundando su impugnación, en cuanto al artículo 4.º referido, en el argumento de que tal precepto «consagra una clara y evidente discriminación del personal al que el mismo se refiere, respecto de otro personal contratado en el mismo régimen y con idéntica titulación, quebrando una línea de igualdad en el tratamiento retributivo que ya se contenía en el artículo 14, del Real Decreto 898/1985, de 30 de abril; aduciendo a este respecto que "los parámetros que sirven para el establecimiento de la denuncia, que la demanda formula, en cuanto a desigualdad sin base objetiva y razonable, con conculcación del artículo 14 de la Constitución española, se observa en los siguientes puntos: 1) Los miembros de la Asociación tienen la condición de personal docente universitario contratado en régimen de derecho administrativo y con titulación superior. 2) La Ley 50/1984, de 30 de diciembre, que aprueba los Presupuestos del Estado para el año 1985, establece en su artículo 18 que las retribuciones de los funcionarios interinos y contratados administrativos a partir de los nombramientos que se efectúen en 1985 serán el 80 por 100 de las retribuciones básicas, excluidos trienios, correspondientes al grupo en el que se incluya el Cuerpo en que ocupen vacante y el 100 por 100 de las retribuciones complementarias que correspondan al puesto de trabajo que desempeñe; dicho precepto —dice la demanda— no hace distinción alguna respecto del personal funcionario interino o contratado administrativo, sea cual fuese la Administración en la que presten servicios. 3) La Ley 46/85, de 27 de diciembre, que aprueba los Presupuestos para el año 1986 —sigue diciendo la demanda—, establece en su artículo 14 que los funcionarios interinos y contratados administrativos nombrados a partir de enero de 1986 percibirán el 80 por 100 de las retribuciones básicas y el 100 por 100 de las retribuciones complementarias que correspondan al puesto de trabajo que desempeñen. 4) La Ley 21/1986, de 23 de diciembre, que aprueba los presupuestos del Estado para 1987, posterior en el tiempo al Real Decreto objeto de actual impugnación, establece en su artículo 16, como retribuciones de los funcionarios interinos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, la del 80 por 100 de las retribuciones básicas y el 100 por 100 de las retribuciones complementarias; pero excluye de la regulación de la Ley de las retribuciones del personal contratado administrativo en el ámbito de la docencia universitaria. 5) El parámetro de comparación que consagra la discriminación —sigue diciendo la demanda— es el artículo 4 del Real Decreto impugnado en cuanto que fija en su apartado 1.º que las retribuciones de este personal serán el 80 por 100 de todas y cada una de las retribuciones a que se refiere el artículo 2.º, 1 del Real Decreto; de esta forma, respecto del otro parámetro de comparación —personal contratado e interino de otras Administraciones—, se produce una disminución retributiva del 20 por 100 en los elementos complementarios de las retribuciones, el de destino y el específico; ahora bien, frente a dichas razones y argumentos invocados en la demanda cabe señalar en primer lugar que es el momento de traer a colación todo lo precedentemente expuesto en esta sentencia, en orden a la diferencia legal del sistema retributivo del personal docente que, por ser especial y distinto al del personal no docente no han de extenderse las referencias contenidas en las leyes de presupuestos al personal interino y contratado, como comprensivas del docente y del no docente; asimismo, como acertadamente razona la contestación a la demanda, "la especialidad de la función, así como las particularidades del sistema educativo respecto de la Administración no docente, reflejado todo ello en la regulación de Cuerpos normativos diferentes, justifican suficientemente la diferencia de trato"; pues el principio de igualdad proclamado en la Constitución no implica un tratamiento legal igual a situaciones jurídicas desiguales, reguladas por distintos regímenes distributivos, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, pues tal principio constitucional "hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero

no prohíbe que el Legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso —Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981 (R. T. Const. 34)—.

Otro tanto a lo anteriormente expuesto ha de decirse respecto de la impugnación del artículo 5.º del Real Decreto impugnado, respecto del cual la demanda alega que "por derivación del contenido del artículo 4.º produce también un efecto discriminatorio en cuanto que reproduce la misma disminución porcentual de retribuciones toda vez que la prestación de servicios se realiza en régimen de dedicación a tiempo parcial; ahora bien, por las mismas razones anteriormente apuntadas no se estima que dicho artículo 5.º del Real Decreto combatido conculque el principio de igualdad que consagra el artículo 14 del texto constitucional.

Finalmente, se ha de tener también en cuenta que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de febrero de 1987 (R. T. Const. 26), al resolver un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Reforma Universitaria, declaró ajustados a la Constitución los artículos 44.1 y 46.1 de dicha Ley, de la que arranca todo el especial sistema retributivo del profesorado universitario; asimismo tampoco se puede desconocer la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de fecha 13 de octubre de 1987 —que la contestación a la demanda cita—, en la que resolviendo un recurso contencioso-administrativo planteado también contra el Real Decreto que aquí se cuestiona, destacó que el artículo 1.2 de la Ley de Reforma de la Función Pública era suficiente para habilitar a dictarlo.

Por todo lo anteriormente expuesto, al no invadir el principio de "reserva legal" en la materia y no contravenir el principio de jerarquía normativa contenido en el artículo 24 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, el Real Decreto al presente combatido y, ser ajustados a derecho los artículos 4.º y 5.º de la Disposición General referida al no contravenir el principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución española de 1978, procedente en su mantenimiento; habiéndose de desestimar este recurso contencioso-administrativo contra los mismos interpuesto.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 31 enero 1989.*)

3. Inexistencia de discriminación de los Profesores Titulares de Universidad respecto de los Catedráticos por la asignación del complemento específico, ya que al fijar dicho complemento habrá de tenerse en cuenta la cualificación de quienes desempeñan el puesto de trabajo.

«En el recurso de apelación se insiste en que la fijación del complemento específico para los Profesores Titulares de Universidad es discriminatoria respecto del señalado a los Catedráticos, con violación del principio de igualdad que garantiza el artículo 14 de la Constitución, por corresponder a uno y otro Cuerpo las mismas funciones docentes e investigadoras, pero ha de tenerse en cuenta que para la fijación del complemento de destino correspondiente a un puesto de trabajo también habrá de valorarse la cualificación de quienes lo desempeñen, acreditada por la superación de las pruebas selectivas exigidas para acceder a cada Cuerpo y requisitos exigidos para participar en las mismas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 37 y 38 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, que presupone distinta capacitación profesional en la función docente e investigadora y una particular preparación técnica en el desempeño de las funciones correspondientes al puesto de trabajo.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 1 febrero 1989.*)

4. *No se considera muerte en acto de servicio, a efectos de pensión extraordinaria de viudedad, el fallecimiento durante un viaje realizado en calidad de vocal de Colegio Profesional.*

«A través de la apelación interpuesta contra la sentencia desestimatoria del recurso jurisdiccional del que el presente trae causa, se vuelve a cuestionar la procedencia de los actos administrativos denegatorios de la pensión extraordinaria de viudedad postulada por la recurrente, replanteando la cuestión de si el presupuesto de hecho admitido, consistente en el fallecimiento de don Rafael F. R., funcionario del Cuerpo de Practicantes Titulares del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, cuando regresaba a su domicilio el 24 de junio de 1979, después de presidir una reunión oficial en Utrera en su calidad de Delegados de Ayudantes Técnicos Sanitarios Rurales, a consecuencia de las lesiones sufridas en accidente de tráfico, tuvo lugar en acto de servicio o, lo que es lo mismo, si la vocalía ostentada en el Colegio de Ayudantes Técnicos Sanitarios de Sevilla, en virtud de los artículos 29 y 30 de los Estatutos de dicha Corporación, aprobados por Decreto 1856/78, de 29 de junio, causa directa de su presencia en Utrera, debe o no gozar por ello de la consideración de acto de servicio a efectos del devengo de la pensión extraordinaria prevista en los artículos 205 y 206 del Reglamento del Personal de los servicios sanitarios locales.

En este sentido, la primera distinción que procede es la que media entre una relación estatutaria y otra laboral, lo que impide una equiparación de régimen jurídico entre ambas y la inaplicabilidad al supuesto enjuiciado de disposiciones, doctrina y jurisprudencia de esta última rama del derecho, hecha esta precisión, juega exclusivamente en nuestra hipótesis el Reglamento del personal de servicios sanitarios locales, que vincula la actividad de sus miembros a las prácticas asistenciales que les son propias, entre las que no figuran las asociativas ni las sindicales, de imposible identificación con las anteriores; dicho esto, sólo una violenta distorsión del concepto jurídico indeterminado configurado como acto de servicio podría asimilar lo que es un servicio específico de la función de los practicantes titulares, con menesteres propios de las facultades asociativas que brinda el desarrollo normativo de la institución para defender intereses profesionales de estos colectivos, asimilación, por otra parte, que el mismo carácter extraordinario de la pensión obliga a una interpretación restrictiva.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 16 febrero 1989.*)

5. *Improcedencia de denegación de solicitud de indemnización de daños y perjuicios al amparo de la LRJAE y la LEF, por jubilación anticipada, al haberse omitido el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado.*

«Se interpone el presente recurso por doña María Encarnación M. C., funcionaria del Ministerio de Transporte, Turismo y Comunicaciones, contra la Resolución del citado Departamento, Dirección General de Servicios, Subdirección General de Recursos —de fecha 15 de julio de 1987—, por la que se declara inadmisibile el recurso de alzada deducido por la expresada señora contra la también Resolución del Ilmo. Sr. Subsecretario de dicho Ministerio de fecha 6 de mayo de 1987, que desestimó expresamente la reclamación formulada, mediante escrito de fecha 26 de enero de 1987, por los daños y perjuicios sufridos por la actora con motivo de su jubilación anticipada, reclamación de daños y perjuicios que se fundamenta en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y artículo 122.2 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y 134.1 de su Reglamento. En el suplico de la demanda rectora de las presentes actuaciones postula: "a) La anulación de los actos administrativos impugnados"; y b) El reconocimiento del derecho de la actora "a ser indemnizada por la

diferencia existente entre los haberes pasivos que le sean reconocidos y el sueldo que hubiese disfrutado de continuar en la situación de servicio activo, así como el reconocimiento de la antigüedad a efectos pasivos que le hubiese correspondido de continuar en activo hasta los setenta años de edad, cantidades que cuantificarán actualizarlas en el momento procesal oportuno”.

Como quiera que la demandante aduce en el Fundamento de Derecho XIII, intitulado “Sobre la Resolución del Ministerio de Transporte, Turismo y Comunicaciones de 15 de julio de 1987”, la nulidad de pleno derecho de las resoluciones combatidas, por haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente y prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido —art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo—, a esta cuestión es preciso prestar preferente atención, pues su estimación haría innecesario al entrar a examinar las cuestiones de fondo que en fundamentos de su pretensión se aducen por la parte actora.

Son antecedentes de hecho necesarios tener presentes para el mejor enjuiciamiento de la cuestión controvertida los siguientes: 1.º) La actora, doña María de la Encarnación M. C., funcionaria del Cuerpo Superior de Administración Civil del Estado, con fecha 24 de marzo de 1986, fue jubilada, con carácter forzoso, al haber cumplido la edad de sesenta y seis años, de conformidad con lo previsto en el punto f) de la Disposición Transitoria Novena y artículo 33 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. 2.º) La interesada mediante escrito de 22 de abril de 1986 interpone recurso de reposición contra la resolución que acuerda su jubilación, recurso que es desestimado por la también Resolución de 16 de septiembre de 1986. 3.º) Consentida y firme ésta —a efectos, se dice, de quedar expedita la vía de la declamación e inicio del correspondiente expediente conforme tiene dicho el Consejo de Estado en dictamen de 25 de junio de 1986, en un caso similar—, con fecha 26 de enero de 1987, formula ante el Excmo. Sr. Ministro para las Administraciones Públicas la pertinente reclamación de indemnización, a tenor de lo establecido en el artículo 40.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, artículo 122.2 de la Ley de Expropiación Forzosa y artículo 134.1 de su Reglamento, si bien se hacía constar que caso de que se entendiera que la competencia correspondía al Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones, se remitiera al citado Ministerio la reclamación formulada, como así se hizo. 4.º) El Ilmo. Sr. Subsecretario de este último Departamento por Resolución de 6 de mayo, sin trámite previo, desestima la reclamación de indemnización (erróneamente se indica o llama a la reclamación recurso de reposición); y 5.º) Por escrito de fecha 27 de mayo se interpone recurso de alzada ante el Excmo. Sr. Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones, recurso que no es admitido a trámite por la también Resolución de 15 de julio de 1987.

El artículo 40.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado señala que cuando la lesión sea consecuencia de hechos o de actos administrativos no impugnables en vía contenciosa o, aun siendo impugnables, el perjudicado opte por la vía administrativa, la reclamación de indemnización se dirigirá al Ministro respectivo, o al Consejo de Ministros si una Ley especial así lo dispone, y la resolución que recaiga será susceptible de recurso contencioso-administrativo en cuanto a la procedencia y cuantía de la indemnización, caducando el derecho a reclamar al año del hecho que motive la reclamación.

Asimismo, la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, impone la obligación de ser consultada la Comisión Permanente de dicho Consejo, entre otros asuntos, en las reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado (art. 22.12), por lo que es visto que no habiendo sido consultado el Alto Organismo citado en la presente reclamación se ha incidido por las resoluciones combatidas en la causa de nulidad de pleno derecho de las mismas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo, al haberse omitido tal trámite, entre otros, por lo

que, en consecuencia, resulta haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido, para dictar los actos, procediendo, por todo lo expuesto, la declaración de nulidad de pleno derecho de las resoluciones combatidas y ordenar la retroacción del expediente al momento de la presentación del escrito, formulando la reclamación de indemnización de daños y perjuicios por doña María de la Encarnación M. C., para que el expediente sea tramitado conforme a derecho, recabando los dictámenes y trámites preceptivos y en especial elevar consulta a la Comisión Permanente del Consejo de Estado, y teniendo en cuenta la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal Supremo en sus Sentencias, entre otras, de 15 de julio y 25 de septiembre de 1987, en orden a la competencia del Consejo de Ministros para conocer de reclamaciones como la presente, tramitado que sea el expediente y completo el mismo elevarlo al citado Consejo de Ministros para su decisión.» (Sentencia de la Sala 3.ª, 2.ª, 1 marzo 1989.)

6. *Según doctrina reiterada, cuando en el ámbito de las Fuerzas Armadas se produce un hecho con resultado de muerte que deriva una declaración de fallecimiento en acto de servicio, el resarcimiento del daño producido se cubre y asume con el señalamiento y abono de pensión extraordinaria, así como de las prestaciones complementarias a que haya lugar. Incompatibilidad con el abono de indemnización conforme a los artículos 40 LRJ y 121 y concordantes LEF.*

«Es doctrina ya proclamada por esta Sala, en Sentencia de 9 de febrero de 1987, compartiendo la mantenida por el Consejo de Estado (Dictamen 46131/45686 J. R., de 3 de mayo de 1984), que "cuando en el ámbito de las Fuerzas Armadas se produce un hecho con resultado de muerte del que se deriva una declaración de fallecimiento en acto de servicio (como ocurre en el caso de autos), el resarcimiento del daño producido —en la medida que puede ser imputado al Estado de modo directo y objetivo— se cubre o asume con el señalamiento y abono de la pensión extraordinaria, así como de las prestaciones complementarias a que haya lugar de conformidad con la legislación especial y precisamente como consecuencia de los hechos que motivaron el fallecimiento en acto de servicio. Indudablemente el señalamiento de pensión extraordinaria y demás complementarias constituyen un plus patrimonial que evidencia la asunción por el Estado de unas consecuencias, por vía del abono periódico revisable de la pensión mensual extraordinaria, generadas en un hecho producido dentro del funcionamiento de un servicio público del que ha resultado daño o perjuicio para otras personas. En tal sentido debe entenderse existe una incompatibilidad entre el percibo de esa especial forma de indemnización que significa la pensión extraordinaria por fallecimiento en acto de servicio (y las prestaciones indemnizatorias complementarias a que se ha aludido) y la que hubiera podido constituir —si no existiera este modo de resarcimiento— el abono de la indemnización prevista en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, artículos 121 y concordantes de la Ley de Expropiación Forzosa y demás preceptos aplicables".» (Sentencia de la Sala 3.ª, 1.ª, 21 marzo 1989.)

VI. DERECHOS POLÍTICOS

1. *La negación del supuesto derecho a ser elector de unas elecciones que no se producen en el seno de un sindicato, sino para constituir unos órganos de representación ante la Administración Pública, no afecta a la libertad sindical. Alcance de este derecho.*

«La libertad sindical, como se infiere del contenido del artículo 2.º de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, y ha concretado el Tribunal Constitucional —Sentencia 141/1985, de 22 de octubre (R. T. Const. 141)—, comprende el derecho a constituir sindicatos; el derecho a afiliarse a sindicatos ya constituidos; el derecho negativo de no afiliación; el derecho a desempeñar dentro de los sindicatos creados el conjunto de actividades que se conocen con el nombre de "acción sindical", y, en conexión con esto último, el derecho de los sindicatos a actuar sin entorpecimientos en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios.

No parece, por tanto, que la negación del supuesto derecho a ser elector, en unas elecciones que no se producen en el seno de un sindicato sino para constituir unos órganos de representación ante la Administración Pública, pueda afectar al ejercicio de la libertad sindical. Tampoco la negación del pretendido derecho a ser elegible —la capacidad electoral activa y pasiva coinciden, salvo la excepción prevista, el art. 16.2.c) de la Ley 9/1987—, al menos cuando se pretende su reconocimiento a título personal, como aquí ocurre, puede vulnerar la libertad sindical, sin que quepa olvidar que para la presentación de candidatos están autorizados tanto los sindicatos como las agrupaciones de electores (art. 17). No sería lo mismo el caso si quien pretendiera la inclusión del recurrente en las listas de electores hubiera sido un sindicato, con el propósito de presentar su candidatura a las elecciones. Esto es lo que intentó la "Agrupación de Funcionarios Independientes del Ayuntamiento de Barcelona" al personarse ante la Audiencia Territorial como codemandante, pero su personación que fue rechazada —correctamente— por Auto de 14 de marzo de 1988.

Por último, y en la misma línea dialéctica a que responde el fundamento jurídico anterior, tampoco aparece acreditado que el hoy apelante reuniera a la sazón la cualidad de funcionario en activo del Ayuntamiento de Barcelona. Al contrario, lo que resulta del documento número 7 del escrito de contestación es que no fue incluido en el censo provisional por no ser funcionario ni prestar servicio a la Corporación.

En el recurso de apelación se insiste que la posición del recurrente es sustancialmente idéntica a la contemplada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 78/1982, de 20 de diciembre (R. T. Const. 78), opinión que no podemos compartir, porque aquí no está en juego el ejercicio de unas funciones como representante sindical; aquí lo que se discute es la inclusión de aquél en unas listas electorales, es decir, la cualidad de elector y elegible, para lo que es preciso tener la condición de funcionario en servicio activo —con la matización que se hizo antes—. Si tal condición le debe o no ser reconocida por la Corporación municipal en ejecución de la Sentencia dictada el 22 de diciembre de 1986 por la Audiencia Territorial de Barcelona es una cuestión que no puede ser resuelta aquí y ahora. Y no cabe tampoco argüir que se trata de un problema que se puede solventar atendiendo a actos propios del Ayuntamiento, porque podrá discutirse la procedencia de que con fecha 13 de octubre de 1987 se haya dirigido al recurrente un pliego de cargos —que puede tener su raíz en la nulidad de actuaciones decretada en la sentencia antes citada—, pero lo que no es posible sostener con este único apoyo es que la relación de servicio permanente vigente —los términos de esta proposición podrían formularse inversamente—, cuando la pro-

pia Corporación niega expresamente al interesado la cualidad de funcionario que éste dice tener.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 6 febrero 1989.*)

2. *Organos de representación de los funcionarios. Inexistencia de discriminación de la CNT Sindicatos «de mayor representatividad».*

«La Confederación Nacional del Trabajo (CNT) impugna en el escrito de interposición del recurso, formulado al amparo de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección de los derechos fundamentales de la persona, la Orden del Ministerio para las Administraciones Públicas de 23 de julio de 1987 que convocó elecciones a órganos de representación en la Administración del Estado, por entender que la misma, al establecer que la Junta Electoral General estará compuesta por 24 miembros, 12 en representación de las Administraciones Públicas y otros 12 de las Organizaciones sindicales más representativas, excluye de forma discriminatoria e inconstitucional de la Junta Electoral General, con vulneración del derecho fundamental de libertad sindical reconocido en el artículo 28 de la Constitución, en conexión con el de igualdad del artículo 15, al Sindicato recurrente y a todos los Sindicatos ordinarios, solicitándose también en la súplica de la demanda la nulidad de pleno derecho de los actos, resoluciones e instrucciones adoptados por dicha Junta con exclusión de la CNT, con especial referencia a la, a su juicio, arbitraria inclusión de la Confederación Sindical de Funcionarios Independientes (CSIF), que también supone un trato discriminatorio respecto de la CNT, puesto que aquel Sindicato de funcionarios nunca se ha presentado a unas elecciones generales y no tiene, en consecuencia, mayor representatividad que la CNT, pretensiones desestimadas por la sentencia apelada, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 8 de julio de 1988, insistiéndose en el recurso de apelación que la Orden Ministerial recurrida vulnera los derechos fundamentales de libertad sindical e igualdad reconocidos en los artículos 28 y 14 de la Constitución.

La disposición derogatoria tercera de la Constitución incluye todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en la misma, que ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional, en Sentencias de 2 de febrero y 8 de abril de 1981 (R. T. Const. 4 y 11), en el sentido de que los Jueces y Tribunales ordinarios podrán apreciar por sí mismos la derogación por la Constitución de las leyes precedentes, o, si la conclusión les parece problemática, plantear cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, de donde se infiere, y lo corrobora el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, la sujeción de Jueces y Tribunales a las normas con rango de Ley posteriores a la Constitución en tanto no haya sido declarada su inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, único que tiene competencia para ello de conformidad con el artículo 161.1.a) del propio texto constitucional y artículo 2.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979.

En consecuencia, siendo la propia Ley Orgánica de Libertad Sindical de 2 de agosto de 1985 la que en sus artículos 6.2, 7.1 y 7.2 regula, respectivamente, los criterios para determinar la mayor representatividad a nivel estatal, de Comunidad Autónoma o en un ámbito territorial y funcional específico, criterio de la mayor representatividad que también se establece en las disposiciones transitorias tercera y cuarta de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, la Orden Ministerial recurrida, al establecer que 12 de los 24 miembros de la Junta Electoral General habrán de serlo de las Organizaciones sindicales más representativas, se limita a transcribir lo establecido en la Ley Orgánica de Libertad Sindical y Ley 9/1987, ajustándose a lo establecido en las mismas, por lo que su inconstitucionalidad no puede ser declarada sin que lo

sea previamente la Ley que le sirve de soporte, que, como se ha señalado, no es competencia de este Tribunal.

Además, el propio Tribunal Constitucional en sus sentencias números 53, 65 y 70 de 1982 (R. T. Const. 53, 65 y 70); 4 y 37 de 1983 (R. T. Const. 4 y 37); 20, 26 y 98 de 1985 (R. T. Const. 20, 26 y 98); 9 de 1986 (R. T. Const. 9); en la de fecha 18 de noviembre de 1987 (R. T. Const. 217), antes y después por tanto de haberse promulgado la Ley Orgánica de Libertad Sindical, sentó la doctrina de que el legislador puede válidamente potenciar las organizaciones sindicales de amplia base territorial o funcional que aseguren la presencia de los intereses generales de los trabajadores frente a una posible atomización sindical, a efectos tanto de participación institucional como de acción sindical, señalando que no se lesiona el principio de libertad sindical por el hecho de que se establezcan diferencias entre distintos sindicatos siempre que estén basadas en criterios objetivos y razonables, adecuados al fin perseguido, considerando como criterios válidos a tales efectos los de la mayor representatividad e implantación.

En otro aspecto, la CNT alega discriminación respecto a la CSIF, que en el preámbulo de la Orden impugnada se cita como una de las Organizaciones sindicales que propusieron la inmediata convocatoria de elecciones sindicales en el ámbito de la Administración del Estado, estimando que se vulnera el artículo 14 de la Constitución, puesto que al no haberse celebrado con anterioridad elecciones entre funcionarios no tiene acreditada la mayor representatividad exigida. Debe señalarse a este respecto la inoperancia de las sentencias recaídas en relación con la distribución del patrimonio sindical, en las que se hace referencia a la implantación de la CNT en otras épocas, por lo demás notoria, sin justificar, ni siquiera alegar, que en la actualidad tenga la condición de más representativa, comparación entre CNT y CSIF que, por ser ésta una organización sindical de ámbito funcional y no haberse celebrado con anterioridad elecciones en el mismo, la concurrencia del requisito de la mayor representatividad debe ser apreciado con arreglo a circunstancias o requisitos distintos.

En efecto, de conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en las sentencias antes citadas y, muy especialmente, en las de 18 de noviembre de 1987 y 21 de noviembre de 1988, debe atenderse en estos casos a criterios de objetividad, adecuación, razonabilidad o proporcionalidad, y si en los folios 30 y 31 del expediente administrativo consta, y no ha sido negado, su reconocimiento por el Comité de Libertad de la OIT en el caso 1249 sobre participación en las mesas de negociación de asuntos relativos a la función pública, su intervención en el proceso de negociación de las condiciones de empleo del personal al servicio de la Administración Pública, su participación en órganos representativos como la Comisión Superior de Personal, Mesa de Negociación del Ministerio para las Administraciones Públicas y Juntas Centrales de Retribuciones, su reconocimiento por resoluciones judiciales en ciertos ámbitos territoriales y el resultado obtenido en algunas elecciones parciales, como las celebradas para elegir la Asamblea General de MUFACE, en que obtuvo el 31,71 por 100 de los votos, es preciso llegar a la conclusión de que concurren requisitos objetivos y razonables suficientes para considerar como más representativa a una organización sindical que por razón de su limitado ámbito de actuación no ha participado en anteriores elecciones, supuesto distinto de la CNT, que ha participado en anteriores elecciones sindicales sin acreditar la mayor representatividad, ni concreta siquiera los resultados obtenidos en las mismas, con la necesaria conclusión de que no existe la discriminación alegada, ni vulneración tampoco del principio de igualdad establecido en el artículo 14 del texto constitucional.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 11 febrero 1989.*)

VII. INCOMPATIBILIDADES

1. *Incompatibilidad en el desempeño de dos puestos públicos con jornada completa. Competencia de la Administración para fijarla.*

«Conforme al artículo 9.º de la Ley 53/84, de 26 de diciembre, la autorización o denegación de compatibilidad para un segundo puesto o actividad en el sector público corresponde, entre otros supuestos, al Pleno de la Corporación Local a que figura adscrito el puesto principal y si el recurrente ejercita la opción para continuar con actividad principal, cesando en su actividad secundaria en aplicación de la Disposición Transitoria 1.ª,a) de la referida Ley haciendo indicación de que la actividad principal por la que opta depende de la Excm. Diputación Provincial de Girona, es visto que a ésta corresponde decidir el caso autorizando o denegando la compatibilidad con otra actividad pública secundaria sin que a esta atribución de facultades o competencia obste la redacción del artículo 5.º del Real Decreto 598/85, de 30 de abril, que es esencialmente Decreto sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, Organismos y Empresa dependientes; de entendedhe lo contrario, como hace quien recurre, habría que admitir que un Decreto modifica lo dispuesto por la Ley en cuanto atribuciones de competencias, lo que es imposible a más de vulnerarse la autonomía de la Administración, por lo que se impone la conclusión de que no corresponde decidir al Ministerio de la Presidencia, como es lógico para un funcionario que depende en su actividad principal sólo de una Diputación Provincial, la que por ello es la competente para decidir, sin que exista en el particular ninguna inseguridad jurídica por la interpretación de estos textos y mucho menos ninguna desviación de poder.

En el procedimiento específico de la materia no se observa vulneración sustancial que conlleve a una nulidad de lo actuado por merma de las mínimas garantías esenciales a observar, en primer lugar en razón a que es el propio interesado quien suministra los datos con que opera la decisión del caso, sin que la Administración introduzca otros que el recurrente desconozca y en las resoluciones recurridas sólo se extraen consecuencias jurídicas y en segundo lugar por la razón de que de no haberse presentado la opción, sin más trámites, en aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 1.ª,a), párrafo 2.º, ha de entenderse que se opta al puesto, correspondiente al puesto superior, tratándose como se trata de un funcionario que desempeña simultáneamente dos puestos de trabajo en la Administración Pública, de manera que los efectos de la Ley 53/84 se hubieran producido sin necesidad de más expedientes.

La regla general es la de incompatibilidad de actividades con el desempeño de un segundo puesto de trabajo en el sector público, artículo 1.º de la Ley 53/84, no encontrándose el recurrente en ninguno de los supuestos previstos que autoricen la compatibilidad, como con acierto decide la Administración en atención a la específica situación del recurrente que está plenamente comprendido en cuanto dispone la Disposición Transitoria 3.º de la mentada Ley y el artículo 24 del Real Decreto 598/85, por lo que queda anulada toda compatibilidad de que viniera gozando para dos lugares de trabajo en el sector público con jornada completa, que siempre es fijada por la Administración en atención al interés general de sus servicios; y siendo lo anterior así, la consecuencia inevitable es la legalidad de la no autorización de la compatibilidad solicitada para ejercitar otra actividad pública en el sector público en donde ya se ejerce una actividad principal; así lo entiende con acierto tanto la Administración recurrida como la Sala de Instancia, haciéndose imposible apreciar otra cosa que un correcto ejercicio de facultades conforme a Derecho, sin que pueda sostenerse contra la ante-

rior conclusión que el interesado se vea expropiado o confiscado en derechos adquiridos por cuanto lo decidido acerca de su situación personal deriva directamente y de modo claro de la aplicación de preceptos de rango legal y es consecuencia puesta por la Ley, razones por las que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto, sin que sean de apreciar motivos de los que dan lugar a una condena en costas.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 2.º 28 marzo 1989.*)

VIII. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Suspensión contraria a la presunción de inocencia. Los daños morales no son ventilables en el proceso de la Ley 62/78.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Sentencia apelada)

El Tribunal Supremo confirma la Sentencia apelada, que dice así:

«PRIMERO.—En el presente recurso se impugna el Acuerdo del Subsecretario de Justicia, resolviendo por Delegación del Ministerio, de 9 de enero de 1987, por el que de conformidad con lo establecido en los artículos 383.1, 359 y 360 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por remisión del 474, acordaba declarar en situación de suspenso provisional de funciones, con percibo del 75 por 100 de su sueldo y la totalidad de complemento familiar, si lo tuviere reconocido, al funcionario don Jacobo Q. G., Secretario de la Administración de Justicia con destino en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Tarrasa con eficacia desde la fecha de la adopción del acuerdo.

SEGUNDO.—Con fecha 17 de marzo de 1987, el recurrente, Secretario Judicial señor Q. interpuso recurso de reposición contra el antedicho acuerdo del Subsecretario de Justicia.

El Ministerio de Justicia, con fecha 12 de mayo de 1987, sin constancia ni notificación, resuelve estimar el recurso de reposición porque dejada sin efecto por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial la suspensión provisional de funciones del Magistrado-Juez querrellado, resulta de equidad, que sin necesidad de entrar en cualesquiera otras consideraciones, sea de peor condición el recurrente que el propio Juez.

TERCERO.—El Ministerio Fiscal informa que pese a que *a priori* podría pensarse que el presente recurso carece de objeto, por cuanto la medida de suspensión que se impugna ha sido levantada por la propia autoridad que la dictó, a instancia del aquí demandante; frente a ello hay que recalcar que la medida de suspensión estuvo en vigor casi tres meses y trascendió al público en general a través de los medios de comunicación; por ende, dice, debe entrarse en el fondo del asunto y analizar si la citada suspensión vulneró el principio constitucional de presunción de inocencia.

La representación letrada del Estado solicita la declaración de inadmisibilidad o, en su defecto, de desestimación.

La resolución de la debatida cuestión está en el análisis de las peticiones del recurrente en su escrito de demanda, el cual no sólo recurre por la violación del principio constitucional de presunción de inocencia, sino que solicita indemnización de daños y perjuicios y que se inserte en el "Diario de Tarrasa" la sentencia dictada. Así como el pago de las costas a la parte recurrida.

Respecto de la primera cuestión es cierto que la Administración cierra la puerta al análisis de la violación constitucional del principio de la presunción de inocencia porque da la razón al recurrente, pero se la da des-

pués de interpuesto el recurso que debe conducir a la estimación de éste, porque la resolución de reposición ha sido extemporánea a la interposición y, por lo tanto, no puede entrar a formar parte de ese diálogo, cuando, además, la resolución judicial según las normas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no admite la declaración de inadmisibilidad por ese motivo, al considerar el recurso de reposición como potestativo y fundamentalmente porque imponen las costas a quien se desestiman todas sus pretensiones y, por lo tanto, impone una interpretación restrictiva de todo aquello que en caso de duda pueda llevar a dicha condena.

Las otras peticiones del recurrente no son estimables en este procedimiento, porque los daños morales no son resarcibles en el proceso de la Ley 62/78 cuando de actuaciones *sub judice* se trata, en las que la resolución favorable restablece las cosas a su sitio y en las que no queda más que la repercusión local de la publicación periodística, cuya reposición debe efectuarse en el mismo periódico en que se produjo y por el procedimiento establecido en la legislación vigente sobre cuyo derecho no es posible manifestaciones en esta resolución, por lo que deben desestimarse ambas peticiones.» (Sentencia de la Sala 5.ª, 17 enero 1989.)

2. Infracciones. No es posible la incardinación de unos mismos hechos en distintas infracciones para alcanzar sanción más grave. La infracción del artículo 31.1.n) Ley 30/84 requiere que hayan recaído tres resoluciones sancionadoras en un año, sin que puedan equipararse las meras propuestas de resolución.

«La sentencia impugnada en esta apelación dictada por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona y parcialmente estimatoria del recurso número 52 de 1986, ha de ser íntegramente confirmada en sus propios términos, habida cuenta que en tanto la calificación jurídica que se efectúa de la conducta imputada al demandante, degradándola de falta muy grave a simplemente grave, como la sanción impuesta, sustituyendo la separación del servicio acordada administrativamente por la suspensión de funciones durante tres años se nos manifiestan conformes con el ordenamiento jurídico. En efecto, según señala la Sala de Primera Instancia, la falta muy grave establecida en el artículo 31.1.n) de la Ley 30/84, de 2 de agosto, exige "haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en un período de un año", sin que en el caso enjuiciado concurran tales particulares circunstancias, cual se razona detenidamente en la resolución apelada, pues en modo alguno había sido sancionado el funcionario en los términos previstos en el precepto legal literalmente transcrito y como, de otra parte, resultan correcta la tipificación efectuada y la sanción que se impone, al subsumir los hechos imputados en el artículo 7.ª.h) del Reglamento de Régimen Disciplinario de 16 de agosto de 1969 que describe como infracción grave los "actos que atenten al decoro o dignidad del funcionario o de la Administración" e imponer la corrección de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 18 del propio Reglamento, es por lo que, decimos, resulta ajustada a la normativa vigente y aplicable en el momento actual la sentencia apelada, debiendo agregar que la conducta del Policía Municipal, motivadora de los dos distintos expedientes disciplinarios tramitados, revela ciertamente la comisión de actos atentatorios al decoro o dignidad del funcionario y de la Administración que bien pueden ser considerados, sin incurrir en artificio de clase alguna, como integradores de una falta grave de carácter continuado al modo que esta figura se define en el derecho penal, pues no cabe olvidar que de la naturaleza de éste, en cierto modo, participa el derecho sancionador en el campo del derecho administrativo.

Las alegaciones articuladas por la parte apelante en esta alzada carecen de consistencia y están desprovistas de serio fundamento para obtener la re-

vocación pretendida, por cuanto si, de un lado, *no es posible la incardinación de unos mismos hechos en distintas infracciones para alcanzar sanción más grave*, es de observar, por otro, que en modo alguno puede sostenerse la concreta tipificación descrita en el artículo 31.1.n) de la Ley 30/84 con base en unas meras propuestas de resolución cuando la norma exige terminantemente "haber sido sancionado"; que tampoco cabe disociar los distintos hechos concretos, determinantes de la apertura del expediente, para reputarlos como una pluralidad de faltas graves con sustantividad propia e independiente; que son los mismos hechos imputados los que infringen los deberes éticos que incumben a los funcionarios y atentan al decoro o dignidad tanto del expedientado como de la Administración, y, en fin, que la sanción de suspensión de funciones ha sido impuesta en su grado máximo, mostrándonos como adecuadamente proporcionada en ponderación de las circunstancias del caso.» (Sentencia de la Sala 5.ª, 14 febrero 1989.)

3. *Inexistencia de desviación de poder en el acto de notificación de inicio de expediente disciplinario, por entender que, supuestamente, se persigue una finalidad intimidatoria.*

«La parte apelante expone en su escrito de alegaciones apelatorias, como fundamento de la desviación de poder, la afirmación de que la comunicación que se le hizo por el Delegado Territorial de Bienestar Social de Segovia, en escrito de 6 de febrero de 1985, de que se le había incoado un expediente disciplinario, suponía el ejercicio de las potestades disciplinarias para un fin distinto del previsto por el ordenamiento jurídico, cual era el de presionar al recurrente para que efectuara un reconocimiento médico, para el que carecía de medios técnicos y al que no estaba legalmente obligado. Antes, en la demanda, había alegado con el mismo fin que la desviación de poder se había cometido "al apoyar las infracciones en hechos que —el actor— desvirtúa y al omitir aspectos fundamentales que hacen decaer las faltas imputadas al recurrente... y por la resolución de la Dirección General de Bienestar Social de Segovia de 18 de agosto de 1986 (f. 405 del expediente) por la que se ordena ejecutar la sanción, cuando la resolución sancionadora no se pronuncia sobre ese extremo y tan sólo ordena la notificación al interesado...".

Es clara la inconsistencia de las alegaciones del apelante, pues la expresada comunicación del Director Territorial se hallaba dirigida a los fines que son propios de las potestades administrativas de que era manifestación, en cuanto que no suponía otra cosa que el cumplimiento del mandato legal del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de comunicación de la existencia del expediente sancionador al principal interesado en su incoación, y puesto que el fin intimidatorio que según el recurrente había perseguido dicha comunicación no se apartaba de los que son propios de los expedientes disciplinarios, entre los que lógicamente ha de entenderse comprendido el de prevención especial, en este caso tendente a que cesara la actividad obstruccionista de un Médico Titular que se negaba a cumplir una orden que reiteradamente le había sido comunicada, referente a una actividad sanitaria, comprendida entre las competencias de los Médicos Titulares, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 p. 8 del Reglamento del Personal de los Servicios Sanitarios Locales, Decreto de 27 de noviembre de 1953, en relación con el Reglamento del Cuerpo Médico Escolar del Estado y O. M. de 20 de diciembre de 1934 y Decreto de 25 de agosto de 1978. Y dado que las manifestaciones acotadas en la demanda bajo la invocación formal de desviación de poder no eran sino una reiteración de las anteriores alegaciones referentes al fondo del asunto (las relativas a la inexistencia de los hechos u omisión de aspectos fundamentales), que fueron suficientemente rebatidas por el Tribunal de 1.ª Instancia en su correcta valoración de las pruebas y alcance de las supuestas infracciones formales; o bien, como las referentes a la ejecución

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

no ordenada en la resolución sancionadora, carentes por completo de virtualidad, dado que, como es sabido, el sistema que se sigue por nuestra legislación en orden a las potestades de la Administración es de los calificables como de régimen jurídico-administrativo, en los que la Administración goza de las potestades de autodeclaración ejecutiva de los derechos, en sus relaciones con los particulares, según se infiere de los artículos 45, 101 y 116 de la Ley del Procedimiento Administrativo y artículos 1.º, 103 y siguientes y 122 y siguientes de la Ley Jurisdiccional; de modo que la resolución sancionadora, aunque no lo manifestara, llevaba en sí misma su propia ejecutoriedad, estando en condiciones de ser llevada inmediatamente a efecto, en tanto no fuera suspendida la ejecución de acuerdo con lo previsto en los citados artículos 116 LPA o 122 de la LJ; por lo que, sin infracción legal, el Director General de Bienestar Social de Segovia podía proceder a ordenar la ejecución de la resolución sancionadora, fundándose en la ejecutoriedad de la misma. Lo que, en definitiva, quiere decir que no podía tomarse la conducta de dicho Director General como indicio de desviación de poder.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 2.ª, 16 marzo 1989.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

