

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## B) PERSONAL

**SUMARIO:** I. SELECCIÓN: 1. Oposiciones y concursos. Administración local. Tribunales. Los Vocales representantes de Profesorado Oficial no han de ser necesariamente funcionarios de carrera de Cuerpos docentes universitarios, y su nombramiento no corresponde a la Universidad, la cual no ha de participar en el procedimiento que se sigue al efecto. Artículo 4 RD 712/82, de 2 de abril. 2. Oposiciones. Ingreso Policía Municipal. Nulidad, por discriminación por razón de sexo, de la exigencia de que los aspirantes varones hayan cumplido el servicio militar o hayan sido declarados exentos. 3. Oposiciones. Nombramiento de comisión conforme a las Bases. No cabe impugnarlo alegando la invalidez de éstas cuando previamente habían sido consentidas. 4. Oposiciones Concurso. La discrecionalidad técnica de los Tribunales y Organos Calificadores para valorar los ejercicios de una oposición es doctrina reiterada. 5. Oposiciones y concursos. Los Tribunales no pueden sustituir con sus propias valoraciones las que hayan hecho las comisiones o Tribunales que intervienen los concursos y oposiciones. El hecho de que un vocal otorgue su voto a un opositor calificado peor que otro por aquél en la fase inicial no comporta desviación de poder, pues el juicio pudo alterarse a través de las pruebas orales. 6. Comisiones o Tribunales. Pruebas de idoneidad. Son las Comisiones las competentes para valorar la capacidad docente e investigadora y el historial académico de los candidatos, sin que su criterio pueda ser revisado por la Administración o por los Tribunales de Justicia. 7. Selección. Funcionarios locales con habilitación de carácter nacional. Su selección corresponde a la Administración del Estado, por lo que no cabe incluirlos en las convocatorias a realizar por la Administración local.—II. DERECHOS: 1. Abono de cantidades indebidamente dejadas de percibir en virtud de nombramiento acordado por sentencia firme. La efectividad del reconocimiento de este derecho se encontraba subordinada a que el recurrente, mediante la toma de posesión, que no efectuó, adquiriese la condición de funcionario de carrera. 2. Complemento de destino Naturaleza. «Es una retribución complementaria asignada por razón del desempeño de puestos de trabajo que requieren particular preparación técnica o impliquen especial responsabilidad que es independiente de la titulación y capacitación técnica exigida para el ingreso en Cuerpos determinados.—III. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Sanciones. Funcionarios Administración Local. Improcedencia después de renuncia válida y eficaz a la condición de funcionario. Notificación de la incoación de expediente después de la presentación del escrito de renuncia. No cabe aplicar analógicamente el artículo 45.4. LF porque el otorgamiento de la excedencia voluntaria es una concesión que depende de la buena marcha del servicio.

## I. SELECCIÓN

*1. Oposiciones y concursos. Administración local. Tribunales. Los Vocales representantes del Profesorado Oficial no han de ser necesariamente funcionarios de carrera de Cuerpos docentes universitarios, y su nombramiento no corresponde a la Universidad, la cual no ha de participar en el procedimiento que se sigue al efecto. Artículo 4 RD 712/82, de 2 de abril.*

«En esencia, la cuestión de fondo aquí debatida hace referencia a la correcta o incorrecta composición del Tribunal que había de juzgar el concurso para la provisión de la plaza de Oficial Mayor de la Diputación de La Coruña. Aparte de esta cuestión —que es orgánica más que de personal— se esgrime la existencia de desviación de poder y otras cuestiones más que serán examinadas después.

En relación con aquella primera y fundamental cuestión —corrección o incorrección de la Comisión encargada de resolver el concurso— los apelantes suscitan tres motivos o causas en que fundan su apelación por este extremo: *a)* si los vocales actuantes en la Comisión, en representación del profesorado oficial, deben ser o no funcionarios de carrera de Cuerpos Docentes Universitarios; *b)* si dichos vocales deben ser o no designados por el Instituto de Administración Local o por la Universidad de Santiago, y *c)* si, debiendo ser designados por el referido Instituto, tal designación debe o no hacerse con intervención del Rectorado de la Universidad.

La adecuada solución de estos tres problemas exige, a su vez, detenerse un momento en la fijación del grupo normativo regulador. Y como quiera que el acuerdo de provisión de la plaza de Oficial Mayor se produce el 31 de julio de 1982, parece indiscutible que la norma aplicable es el Real Decreto 712/82, de 2 de abril, entre cuyas determinaciones destacan: las dos siguientes: *a)* que en los Tribunales calificadores debe participar, como vocal, "un representante del Profesorado oficial designado por el Instituto de Estudios de Administración Local" (art. 4.º), y *b)* que dicho nombramiento deberá efectuarse en un plazo de veinte días, transcurrido el cual "la Corporación podrá o no designar directa y libremente a uno y otro representantes, dando cuenta en su caso, a los Colegios Profesionales o al Instituto de Estudios de Administración Local" (art. 5.º).

Partiendo de los preceptos transcritos resulta claro, por lo pronto, que los vocales representantes del profesorado oficial no deben ser designados por la Universidad, ya que nada se dice en este sentido en el Real Decreto de aplicación, el cual se refiere, por el contrario, a que la designación se realiza por el Instituto de Estudios de la Administración Local, como se ha hecho en el supuesto enjuiciado. En el mismo sentido se pronuncia, en fin, la Sentencia T. S. de 4 de diciembre de 1985, en la que se enjuicia un supuesto similar al que nos ocupa, donde, aunque no era de aplicar el Real Decreto 712/82, se enjuiciaba, precisamente, la impugnación, formulada por la Universidad de Santiago, de la designación por el IEAL a petición de un Alcalde de unos vocales para un Tribunal examinador, conducta que fue declarada correcta por el Alto Tribunal.

Resulta claro también, partiendo de aquellas normas y por las mismas razones, la solución que hay que dar a la cuestión de si la Universidad debe o no participar en la decisión que incumbe al IEAL. Porque en el Real Decreto 712/82 no se indica, por ningún lado, la exigibilidad de tal participación en la toma de la decisión, por lo que, no es jurídicamente exigible la observancia de tal participación, que, al no estar prevista no puede imponerse por la sola voluntad de la propia Universidad.

Resta ahora por analizar el problema de si el profesorado oficial al que alude el artículo 4.º del Real Decreto 712/82 debe o no ser "funcionarios de carrera de

Cuerpos docentes universitarios integrantes del Profesorado del Estado”, como pretende el apelante. Pero el Real Decreto que venimos citando establece que el vocal en cuestión, designado por el IEAL, debe ser “un representante del Profesorado oficial”, sin hacer referencia a una clase o categoría específica, por lo que no cabe establecer diferencias donde la norma no lo ha hecho. Pero es que, además, parece evidente que la *ratio legis* de la exigencia de este requisito es la de que el Tribunal, y en particular el vocal en cuestión, reúna un grado de conocimientos —acreditado por la titulación oficial— igual o superior al exigible para la plaza convocada; esta igual o mayor capacidad se vincula a la prestación de funciones docentes e investigadoras en la Universidad española, según resulta del propio Real Decreto. En el caso que nos ocupa, se encuentra acreditado que el vocal designado en tal concepto ostenta la cualidad de profesor encargado de curso, cuestión esta que ni se ha negado de contrario ni se ha puesto en cuestión. El apelante, sin embargo, argumenta que dicho vocal no es funcionario de cuerpos docentes (en la terminología actual, sería profesor Ayudante, Titular o Catedrático), ni presta sus servicios en la Universidad enclavada en la provincia donde tiene su sede la Administración que convoca la plaza. Pero este Tribunal entiende que ninguno de estos argumentos tiene fuerza bastante para justificar la presunta ilegalidad de la composición del Tribunal. Como ya nos consta, el Real Decreto 712/82 se refiere a un representante del profesorado oficial, y tal cualidad la ostenta evidentemente quien participó en el Tribunal que nos ocupa; negar la posibilidad de participar en Tribunales de concursos y oposiciones como el enjuiciado a los entonces profesores encargados de curso supondría establecer una merma o limitación en sus funciones carente de apoyo alguno legal o reglamentario.

Por otra parte, y dando respuesta a la segunda objeción, carece de sentido pretender exigir que los profesores que formen parte de Comisiones o Tribunales de concursos u oposiciones deban tener una procedencia geográfica determinada; parece, por el contrario que este tipo de limitaciones responde a una estrecha concepción del profesorado universitario que este Tribunal no puede compartir y que está desmentida por la naturaleza misma de la institución universitaria.

Plantea también la Universidad apelante el problema de qué órgano es el competente para ordenar la publicación del acuerdo de composición del Tribunal completo. Según indica el apelante, ese órgano lo es la Comisión de Gobierno, porque así lo indica una Resolución de 15 de enero de 1981 de la Dirección General de Administración Local. Y como no consta que se haya realizado por ese órgano, sino por el Presidente de la Diputación, el acto es nulo de pleno derecho, por incompetencia manifiesta.

Lo primero que hay que decir es que no estamos ante un supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho, pues tal vicio exige, según viene indicando la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que la incompetencia sea manifiesta, es decir, que sea ostensible, trascendente, y que aparezca de una manera clara, sin que exija un esfuerzo dialéctico su comprobación —Sentencias TS de 16 de febrero de 1968, 24 de mayo de 1968, 11 de marzo de 1985, entre otras—, lo que en el presente caso no sucede. Porque parece evidente que la invocada Resolución de la Dirección General no es una norma idónea para enmendar, modificar, corregir o modular las reglas de atribución de competencia que contenía la Ley de Régimen Local vigente en aquel momento. Y en ninguna norma se atribuye tal competencia a dicho órgano. Antes al contrario, era el Presidente de la Diputación quien ostentaba la competencia para publicar, ejecutar y hacer cumplir los acuerdos de la Diputación (art. 268.c de la Ley de Régimen Local).

El apelante, Sr. M. F., insiste en esta sede en la existencia de desviación de poder, tal y como hizo en primera instancia, si bien no incorpora, ningún motivo que no hubiese manejado en el recurso del que esta apelación deriva, ni ningún razonamiento dirigido a replicar o criticar el contenido de la Sentencia apelada,

por lo que debe traerse a colación la doctrina de este Tribunal Supremo de que "no es procesalmente correcto reiterar razonamiento de la primera instancia sin someter a crítica la fundamentación de la Sentencia mediante aportación de argumentos adecuados a los que amparar el fallo recurrido" —SS. TS de 23 de abril de 1971, de 21 de mayo de 1975, 13 de noviembre de 1979, 2 de octubre de 1982 y 24 de octubre de 1984—. Si se incurre en tal actuación, se omiten realmente las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia, infringiendo las exigencias del artículo 100.5 de la Ley de Jurisdicción, por lo que debe desestimarse el recurso de apelación por falta de impugnación de la Sentencia apelada —Sentencia TS de 31 de enero de 1980—. Pese a todo este Tribunal considera necesario, aparte de tener por reproducido lo dicho por el de primera instancia, añadir algo sobre uno de los puntos sobre los que se detiene el apelante. Sostiene éste que "el hecho de que se llevase siete veces el asunto en el orden del día y se dejara sobre la mesa en la Diputación de La Coruña, es algo más que una irregularidad administrativa", con lo que intenta justificar la existencia de desviación de poder. Este Tribunal no puede compartir esta opinión que pone de manifiesto un desconocimiento absoluto del funcionamiento diario de los órganos colegiados. "Dejar sobre la mesa" un asunto puede revelar muchas cosas pero sobre todo prudencia y deseo de llegar a un consenso sobre una cuestión que, por lo mismo, conviene aplazar para continuar examinándole en un momento posterior.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, Sección 3.ª, 5 noviembre 1990.*)

*2. Oposiciones. Ingreso Policía Municipal. Nulidad, por discriminación por razón de sexo, de la exigencia de que los aspirantes varones hayan cumplido el servicio militar o hayan sido declarados exentos.*

«Acotado ya el ámbito del proceso, en la demanda se arguye en favor de la nulidad del requisito en cuestión, que como ya se ha adelantado consiste en haber prestado los varones el servicio militar —o ser declarados exentos del mismo— para poder aspirar a las plazas convocadas de Policías Municipales, por entenderse que introduce en el proceso selectivo una condición discriminatoria para aquéllos respecto a las mujeres que pretendan aspirar a las mismas plazas, discriminación que se produce también, a juicio del actor, si se repara en que éstas pueden concurrir a las pruebas desde que cumplan la edad mínima de 18 años fijada en la convocatoria, en tanto que los hombres no pueden prácticamente participar en ellas con esa edad, demorándose su acceso, por tener que cumplir previamente el servicio militar.

No puede negarse que esta argumentación tiene indudable peso, sin que, por otro lado, el requisito cuestionado encuentre apoyo normativo expreso. En efecto, la legislación funcionarial, tanto al regular el ingreso en la Administración Civil del Estado como al fijar los requisitos para entrar al servicio de la Administración Local, no exige a los varones haber cumplido el servicio militar o estar declarados exentos de éste. Son bien expresivos al respecto los artículos 19 y 50 del Reglamento de 30 de mayo de 1952, el primero al fijar las condiciones generales de capacidad para ingresar al servicio de la Administración Local y éste al regular la licencia forzosa para el cumplimiento de deberes militares. En la misma línea normativa se sitúan los artículos 30 y 43,1,b) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, el segundo derogado por el artículo 29,2.k) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, que sustituye la situación administrativa de excedencia especial por la de servicios especiales para aquellos funcionarios que se encuentren cumpliendo el servicio militar o prestación sustitutoria equivalente, pre-

cepto que por su carácter básico es aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas, el artículo 33 del Texto articulado parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local, aprobado por Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, en la actualidad derogado y sustituido por el artículo 135 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local de 18 de abril de 1986 en el que se relacionan los requisitos necesarios para ser admitidos a las pruebas para el acceso a la Función Pública local y en fin el artículo 19 de la Ley 30/1984, base también del régimen estatutario de los funcionarios públicos, en el que se garantiza en todo caso el principio constitucional de igualdad en la selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Tampoco la invocación del artículo 52 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (R. 788), de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, suministra apoyo a la tesis municipal, ya que la remisión que en este precepto se hace a los principios generales de los capítulos II y III del título I y a la sección 4.ª del capítulo IV del título II de esta Ley y la calificación de los Cuerpos de Policía Local, como Institutos armados, de naturaleza civil, con estructura y organización jerarquizada, no permite extraer conclusión alguna en relación con la cuestión litigiosa.

Finalmente, tampoco puede invocarse la analogía en base a una oposición convocada para cubrir plazas de Policía Nacional o a una disposición reglamentaria, el artículo 28 del Reglamento Orgánico del Personal Auxiliar Civil del Ejército del Aire, de 30 de diciembre de 1947, ya que además de tratarse de Cuerpos distintos, sería preciso analizar si la exigencia en estos casos del requisito de tener cumplido los varones el servicio militar se encuentra o no ajustada al ordenamiento jurídico vigente, lo que obviamente no puede hacerse en este proceso, cuyo objeto es otro. Aquí lo que hay que constatar es la legalidad de este requisito en la convocatoria en cuestión y ya se ha visto que el resultado es negativo.

Frente a cuanto se acaba de exponer carecen de fuerza de convicción las alegaciones de la Administración municipal.

El argumento de que los requisitos relacionados en el artículo 135 del Texto Refundido de Régimen Local de 18 de abril de 1986 deben ser completado con las especificaciones adecuadas a la índole de la función que los aspirantes han de desempeñar, además de confundir los requisitos de capacidad para el acceso a la Función Pública local con las condiciones de aptitud para el desempeño de las plazas objeto de la convocatoria, a cuya verificación deben tender el contenido de las pruebas selectivas, mal puede justificar el requisito exigido de tener cumplidos los varones el servicio militar, ya que las alegaciones que al respecto se hacen (necesidad de poseer una instrucción táctica, salud y demás deberes militares conducentes a un normal y adecuado ejercicio de la función de Policía Municipal) podrían referirse también a las mujeres que aspiren a las mismas plazas. Y la afirmación de que la necesidad de pasar a la situación de excedencia especial, de servicios especiales propiamente, por prestación de servicio militar, dificulta la contratación de personal que supla a quien se encuentra en dicha situación, es un alegato que carece de trascendencia a los efectos pretendidos, ya que la situación de servicios especiales se encuentra legalmente prevista, entre otros supuestos, para el caso de que el funcionario se encuentre cumpliendo el servicio militar.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 9.ª, 4 diciembre 1990.*)

3. *Oposiciones. Nombramiento de comisión conforme a las Bases. No cabe impugnarlo alegando la invalidez de éstas cuando previamente habían sido consentidas.*

«El proceso quedaba centrado alrededor de la validez jurídica del acto de designación y composición del Tribunal Calificador, reflejado en los Decretos de 27 de febrero de 1987 y su posterior confirmación en reposición, de 13 de abril de 1987. Desde esa perspectiva, la apelación ha de ser estimada, revocándose la sentencia, y ello por las razones siguientes:

En primer lugar porque, como bien se dice en la sentencia apelada las bases del concurso-oposición, habían quedado firmes, en cuanto que publicadas con la convocatoria de las pruebas selectivas, en el BOP de 14 de agosto de 1986 (su aprobación tenía fecha de 31 de julio de 1986), no habían sido objeto de impugnación a tiempo, o habían sido consentidas, pues el recurso de reposición del demandante no es interpuso hasta el 24 de marzo de 1987; aparte de que se dirigió contra el acto de designación y composición del Tribunal, del 27 de febrero de 1987, y no contra el de aprobación de las bases. Por tanto, firmes las bases, a ellas había que estar, en el momento de la designación del Tribunal Calificador —art. 13 p. 4 y art. p. 1 del Decreto 2223/1984, Reglamento General de Oposiciones y Concursos—. De modo que, como expresamente se recogía en el inciso inicial del tan nombrado Decreto de 27 de febrero de 1987, la designación se hacía dando cumplimiento a aquellas bases, que específicamente se dirigían a esa finalidad, que eran la 6.<sup>a</sup> y el Anexo II (Anexo que por expresa indicación del punto I de la base 6.<sup>a</sup> era de inmediata aplicación en materia de composición del Tribunal). Por ello, debía tenerse en cuenta a los indicados fines de designación y composición, la regla 1 del p. 3, del citado Anexo II, que indicaba que, al menos la mitad más uno de los miembros del Tribunal deberían poseer la titulación correspondiente a la misma área de conocimientos que la exigida para el ingreso, y la totalidad de los mismos —a excepción del Presidente— de igual o superior nivel académico, en relación a las plazas objeto de convocatoria; así como el párrafo 2 del punto I de la base 6.<sup>a</sup>, que declaraba que los tribunales podrían actuar válidamente con la presencia de, al menos, cuatro de sus miembros. Y desde esa perspectiva jurídica, debía inferirse la validez del acto de designación y composición del Tribunal, de 27 de febrero de 1987, ya que está probado que entre las concretas personas designadas como posibles componentes del Tribunal, había al menos dos Abogados, un Ingeniero de Caminos y tres Arquitectos Superiores, lo que indudablemente permitiría cumplir la exigencia de las bases, de que en la actuación del Tribunal, que podría ser válida con la presencia de cuatro de sus miembros, pudiera haber presentes la mitad más uno de miembros con titulación correspondiente al área de conocimiento de la plaza a cubrir, y que la totalidad de los mismos tuvieran titulación académica igual o superior a la de la plaza; exigencia no extensible al Presidente, cuando fuera el de la Diputación quien interviniera.

Como hay que insistir, el Decreto de 27 de febrero de 1987, sobre designación y composición del Tribunal Calificador, fue el único acto inicialmente recurrido ante la Administración, y así mismo el único confirmado por el Decreto de 13 de abril de 1987, contra el que aparecía interpuesto el recurso contencioso-administrativo, y dirigida la demanda, y tal acto era válido, resultaba contraria a Derecho la declaración de la sentencia apelada que, a pesar de admitir la validez de dicho acto de designación y composición del Tribunal (inciso primero del fundamento quinto), decretaba la nulidad de actuaciones desde el acto de valoración del concurso de 16 de marzo de 1987, que no había sido objeto de impugnación por el entonces actor, al entender erróneamente la sentencia apelada que el recurso contencioso-administrativo, se había dirigido no sólo contra la designación del Tribunal, sino también contra la constitución de dicho Tribu-

nal Calificador, producida en el nombrado acto de 16 de marzo de 1987, relativo a la primera actuación selectiva, de valoración del concurso, en la que no participó don Ramón B. R., por no tener méritos que aportar.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 9.ª, 5 diciembre 1990.*)

4. *Oposiciones Concurso. La discrecionalidad técnica de los Tribunales y Organos Calificadores para valorar los ejercicios de una oposición es doctrina reiterada.*

«La discrecionalidad técnica de los tribunales u órganos calificadores para valorar los ejercicios de una oposición es doctrina reiterada de este Tribunal. Los juicios técnicos que emiten estos órganos vinculan a la Administración y por ello no pueden ser sustituidos por una decisión de ésta, ni de los Tribunales de este orden jurisdiccional, en razón del carácter revisor de sus potestades. Por eso, cuando la Administración revisa —art. 20,2 del Reglamento de 19 de diciembre de 1984, supletoriamente aplicable a todas las Administraciones públicas no incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984— las resoluciones de los tribunales calificadores, deben practicarse de nuevo las pruebas o trámites afectados por la irregularidad, lo que revela que nunca pueden sustituirse las decisiones de aquéllos en el ejercicio de su competencia genuina. De aquí, que mal pueda pretenderse en este recurso que se declare el mejor derecho del apelante a ser nombrado para la plaza convocada, so pretexto de error en la calificación de uno de los temas del tercer ejercicio de la oposición realizado por el aspirante nombrado para dicha plaza, cuando además la puntuación de este ejercicio fue conjunta, por los tres temas sacados a la suerte de que se componía dicho ejercicio, y en el informe del Secretario del Tribunal —folio 155, expediente 1.º— se hace constar que por éste se tuvieron en cuenta en la calificación de los ejercicios las disposiciones legales vigentes en la materia.» (*Sentencia de la Sala 9.ª, Sección 3.ª, 7 diciembre 1990.*)

5. *Oposiciones y Concursos. Los Tribunales no pueden sustituir con sus propias valoraciones la que hayan hecho las Comisiones o Tribunales que intervienen los concursos y oposiciones. El hecho de que un vocal otorgue su voto a un opositor calificado peor que otro por aquél en la fase inicial no comporta desviación de poder, pues el juicio pudo alterarse a través de las pruebas orales.*

«La Sala de primera instancia ha considerado que no hubo desviación de poder en la actuación de la Comisión Calificadora, al no proponer al recurrente para cubrir una plaza de Profesor Titular del Area de Pediatría de la Universidad de La Laguna, porque estima que la valoración de los méritos hecha conforme a lo establecido en el artículo 8-2 del Real Decreto 1888/84 ni es negativa para el propuesto ni inferior a la del apelante y, por otra parte, que tampoco puede afirmarse que fuera el único elemento sobre el que se apoyó la decisión final, ya que con posterioridad se realizaron las pruebas consistentes en la defensa oral de los méritos y del proyecto docente o propaganda, así como la de exposición y debate de una lección de éste, que permitirían a los miembros de la Comisión reconsiderar la valoración inicial de los méritos, como consecuencia de la exposición oral realizada por los concursantes.

Concretamente, en esta segunda instancia, el interesado apoya su criterio de que sí ha concurrido el vicio descrito en los artículos 106 de la Constitución y

83-3 de la Ley de la Jurisdicción, en el hecho de que la doctora B. había valorado más los méritos del recurrente que los del propuesto, no obstante lo cual luego votó en favor de éste, a pesar de que en las dos pruebas orales no consta que fuese diferente el valor que le dio a la actuación de uno y otro, por lo que habiendo sido su voto decisivo, ya que la plaza se otorgó al Sr. O. por razón de que obtuvo tres votos, frente a los dos que se le dieron al recurrente, resultaría que, en definitiva, no se habría actuado conforme al mérito y capacidad de los concursantes, sino atendiendo a otros fines.

Partiendo del principio, tantas veces reiterado en la jurisprudencia, de que no podemos sustituir por nuestras propias valoraciones las que hayan hecho las Comisiones o Tribunales que intervienen en los concursos y oposiciones para cubrir plazas de funcionarios públicos, sin embargo en este caso, más que una calificación de los méritos y conocimientos de los concursantes, lo que se nos pide es que tomando como premisa la manifestada por uno de los vocales, nos percatemos de que su voto final no es congruente con la misma y que esta incongruencia es indicio suficiente para que admitamos que la Comisión actuó con desviación de poder.

Así planteada la cuestión, observamos que aunque ciertamente parece que en la valoración de alguno de los méritos doña Francisca B. hizo alguna manifestación que favorecía al recurrente, como es el caso, por ejemplo, del proyecto docente e investigador, sin embargo éste no es suficiente para que podamos concluir en que no se atuvo a votar al que conceptuaba mejor, porque aun suponiendo que en el conjunto de los méritos hubiese llegado a entender que el Sr. C. los tenía mayores que el Sr. O., habría que tener en cuenta la variación de criterio que en esta hipótesis podía haberse derivado de las dos pruebas orales, no tan neutras como se pretende por la parte apelante, porque a pesar de que es verdad que el comentario sobre las mismas que aparece en las actas es igual para ambos contendientes, sin embargo lo único que se expresa en ellas es el parecer de la Comisión expresado en términos tan genéricos como el de aptitud o capacidad didáctica, por lo que no podemos aceptar que una vez valorados los méritos, los miembros de la Comisión necesariamente hubiesen de conformar su voto final a la valoración que hubiesen dado a aquéllos, ya que también tenían a la vista el nuevo dato de las pruebas orales, sobre las que podían tener un criterio individual más matizado que el expresado en las actas y que pudo reflejarse en la votación resultante.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 9.ª, 17 diciembre 1990.*)

*6. Comisiones o Tribunales. Pruebas de idoneidad. Son las Comisiones las competentes para valorar la capacidad docente e investigadora y el historial académico de los candidatos, sin que su criterio pueda ser revisado por la Administración o los Tribunales de Justicia.*

«En sentencia de 17 de diciembre de 1986 (R. 7471), dictada en el recurso de apelación en interés de la Ley, consideramos gravemente dañosa y errónea la doctrina de que en las pruebas de idoneidad previstas en la Ley Orgánica 11/83, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, y reguladas por la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 7 de febrero de 1984, la Secretaría de Estado de Universidades e Investigaciones o las Salas de lo Contencioso-Administrativo, al pronunciarse, respectivamente, en el recurso de alzada y en el contencioso, pudiesen sustituir con su decisión la adoptada por las Comisiones llamadas a juzgar las pruebas, por ser ellas solas las que tienen la competencia para evaluar la capacidad docente e investigadora y el historial académico de los candidatos. Con posterioridad, han sido muchas las sentencias en las que hemos ratificado



este criterio, valiendo, como ejemplo, la cita de las de 21 y 28 de enero, 3 de febrero y 13 y 23 de marzo, todas ellas de 1987. Conforme a esta reiterada y constante jurisprudencia, no podemos aceptar la tesis del recurrente de que la sentencia apelada debió establecer su idoneidad para ser nombrado Profesor Titular del área de Física Aplicada.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 9.ª, 21 diciembre 1990*).

*7. Selección. Funcionarios locales con habilitación de carácter nacional. Su selección corresponde a la Administración del Estado, por lo que no cabe incluirlos en las convocatorias a realizar por la Administración local.*

«Aunque son dos los recursos planteados, uno por cada uno de los Ayuntamientos recurrentes, la realidad es que los temas objeto de impugnación son coincidentes y así lo entendió su dirección letrada al formular un solo escrito de demanda, con peticiones únicas para ambos recursos, las cuales, aunque atinentes a dos Reales-Decretos distintos, los señalados con los números 350 y 352 de 1986, de fechas 21 y 10 de febrero de dicho año, respectivamente, plantean un solo problema, cual es el de la convocatoria de las plazas de Secretarios e Interventores de Administración Local en la oferta de empleo público realizada por el Estado en el Real-Decreto de 21 de febrero de 1986, y su exclusión en el segundo de los Reales-Decretos citados para las convocatorias a realizar por las Administraciones Locales, al concretar tal exclusión de forma expresa como uno de los criterios a seguir; realmente, el problema no es nuevo y concretamente para el País Vasco ha venido arrastrando toda una serie de resistencias de distinta naturaleza, que van desde las negativas a dar posesiones a funcionarios designados, hasta el conflicto de competencias al que puso fin la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de abril de 1983, en la que, de forma concluyente, se declara la competencia del Estado en todo lo relacionado con los denominados Cuerpos de habilitación nacional de la Administración Local y, aunque en las declaraciones del cuarto y último de los fundamentos jurídicos, se hace una específica referencia al Ordenamiento entonces existente, debe de tenerse en cuenta que no han variado esencialmente los planteamientos, aunque la Ley ahora aplicable sea la de 2 de abril de 1985, lo que permite la aplicabilidad sin fisuras de las declaraciones contenidas en la mencionada sentencia de 7 de abril de 1983; y, además, es necesario consignar que ya, de forma más inmediata, la misma cuestión aquí planteada lo ha sido también por otros Ayuntamientos del País Vasco, habiendo quedado ello resuelto por la sentencia de la entonces Sala Quinta de este Tribunal de 9 de diciembre de 1988, en forma desestimatoria para las Corporaciones recurrentes, por considerar que tanto la inclusión de las plazas de Secretarios e Interventores en el primero de los Reales-Decretos cuestionados, como la fijación de su exclusión como criterio a seguir en el segundo, responden a los planteamientos de la mencionada Ley de 2 de abril de 1985, y, en su caso, a la de la Reforma de la Función Pública de 2 de agosto del año precedente, lo que conduce, manteniendo la misma línea doctrinal de la mencionada sentencia, a desestimar el recurso jurisdiccional interpuesto por los mencionados Ayuntamientos respecto de los Reales-Decretos referenciados.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 5.ª, 31 diciembre 1990*.)

## II. DERECHOS

1. *Abono de cantidades indebidamente dejadas de percibir en virtud de nombramiento acordado por sentencia firme. La efectividad del reconocimiento de este derecho se encontraba subordinada a que el recurrente, mediante la toma de posesión, que no se efectuó, adquiriese la condición de funcionario de carrera.*

«La Sentencia de 9 de octubre de 1985, de la antigua Sala Quinta de este Tribunal, estima en parte el recurso interpuesto contra la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 9 de abril de 1984, condenando al Ayuntamiento de Ateca a que nombre Alguacil en propiedad al recurrente, con efectos de 28 de mayo de 1981 y abono de las cantidades que debió percibir como tal Alguacil desde la indicada fecha hasta la toma de posesión, desestimando las demás pretensiones.

Comunicado el fallo, el Pleno del Ayuntamiento de Ateca, en sesión extraordinaria de 4 de diciembre de 1985, resuelve nombrar al recurrente para ocupar en propiedad la plaza de Alguacil, con los derechos y deberes inherentes al cargo, disponiendo que deberá tomar posesión en plazo de treinta días hábiles, a partir del siguiente al de recibo de la notificación del acuerdo de nombramiento, el cual tendrá efectos económicos y administrativos desde el 28 de mayo de 1981, sin que dentro de este plazo se posesionara el interesado.

El Ayuntamiento de Ateca, para dar cumplimiento a la sentencia de este Tribunal, venía obligado a nombrar al recurrente Alguacil en propiedad con efectos de 28 de mayo de 1981, como efectivamente hizo, pero naturalmente era necesario que el nombrado tomara posesión del cargo para que pudiera disponer el abono de las cantidades que debió percibir como "tal Alguacil" desde la indicada fecha hasta la toma de posesión, pues la condición de funcionario de carrera, es decir, la de Alguacil en este caso, sólo podía adquirirse por el cumplimiento sucesivo de los requisitos previstos en el artículo 36 del Texto articulado parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local, aprobado por Decreto de 6 de octubre de 1977, a la sazón en vigor, el último de los cuales es tomar posesión dentro del plazo señalado reglamentariamente. En este mismo sentido se pronuncia el art. 137 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 718/1986, de 18 de abril. Todo ello a salvo el reintegro a la Seguridad Social de las cantidades percibidas por el recurrente, a que se refiere el considerando 5.º de la Sentencia de 9 de octubre de 1985, cuestión resuelta por Auto de la misma Sala Quinta de este Tribunal de 11 de diciembre de 1986.

De lo expuesto se infiere que no es posible compartir la tesis de que el abono al interesado de las cantidades que debió percibir desde el 28 de mayo de 1981 hasta la toma de posesión es independiente de que llegara o no a adquirir la condición de funcionario, pues en el fallo de 9 de octubre de 1985 se dice que estas cantidades son las que aquél debió percibir "como tal Alguacil", por lo que la declaración de este derecho se encontraba subordinada a que tomara posesión del referido cargo, requisito legalmente necesario para acceder a la condición de Alguacil en propiedad del Ayuntamiento de Ateca y "dies ad quem" para liquidar el importe de dichas cantidades, que no puede fijarse convencionalmente, tomando a tal efecto el último día del plazo posesorio, porque, repetimos, la afectividad del reconocimiento de este derecho se encontraba subordinada a que el recurrente adquiriera la condición de funcionario de carrera.

Tampoco podemos hacer nuestra la argumentación del auto apelado. Cuando se dictó por la Sala territorial la providencia de 26 de diciembre de 1985,

ratificada por Auto de 1 de febrero de 1986 y definitivamente por el de este Tribunal de 11 de diciembre siguiente, el Ayuntamiento de Ateca ya había dado cumplimiento, en cuanto entonces dependía de él, a la Sentencia de 9 de octubre de 1985, pues como se ha dicho en virtud de acuerdo plenario de 4 de diciembre de 1985 el interesado fue nombrado Alguacil en propiedad, con efectos económicos y administrativos desde el 28 de mayo de 1981, señalándose en dicho acto el correspondiente plazo para que tomara posesión del cargo para el que había sido nombrado, en acatamiento del traslado de dicha sentencia acordado por el Tribunal "a quo" con fecha de 30 de octubre de 1985.

Por consiguiente, es irrelevante, a los efectos de la resolución de este incidente, el planteado con anterioridad, que lo único que en realidad resuelve es el reintegro a la Seguridad Social de las cantidades cobradas por dicho interesado, por desempleo, desde el 28 de mayo de 1981 con cargo a la liquidación de los emolumentos que debía percibir como Alguacil del Ayuntamiento de Ateca, condición que no llegó a adquirir aquél por no presentarse a tomar posesión. Nótese que la providencia de 26 de diciembre de 1985, que dio origen al incidente resuelto por el Auto de este Tribunal de 11 de diciembre de 1986, se dictó a la vista de la comunicación del Alcalde de Ateca de 5 del mismo mes —folio 93—, que no contenía la transcripción literal del acuerdo plenario del día anterior, pero cuando éste fue nuevamente notificado al interesado en fecha 27 siguiente, quedó acreditado que la Corporación ya había efectuado el nombramiento con efectos económicos y administrativos desde el 28 de mayo de 1981, lo que revela que en dicho acto la Corporación municipal dispuso todo lo que estaba en su mano, para dar cumplimiento a la sentencia ejecutoria. Si no ha podido cumplirla en su integridad ha sido por causa imputable al propio ejecutante.» (*Auto de la Sala 3.ª, Sección 9.ª, 5 diciembre 1990.*)

2. *Complemento de destino. Naturaleza.* «Es una retribución complementaria asignada por razón del desempeño de puestos de trabajo que requieren particular preparación técnica o impliquen especial responsabilidad que es independiente de la titulación y capacitación técnica exigida para el ingreso en Cuerpos determinados».

El complemento de destino, al que se refería el artículo 98 de la Ley articulada de Funcionarios civiles del Estado de 1964 y el artículo 2.2 del Decreto 889/1972, de 13 de abril, sobre régimen de retribuciones complementarias que para el personal de los Organismos Autónomos reguló el Decreto 157/1973, y con posterioridad del artículo 23.3.a) de la Ley de Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984, artículo 11.3 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1985, de 30 de diciembre de 1984 y Anexo II de la Orden de 2 de enero de 1985, es una retribución complementaria asignada por razón del desempeño de puestos de trabajo que requieran particular preparación técnica o impliquen especial responsabilidad, que es independiente de la titulación y capacitación técnica exigida para el ingreso en Cuerpos determinados, en los que esa titulación y preparación técnica son condiciones indispensables y comunes a todos para acceder a los mismos, sin que en estos casos haya de reconocérseles necesariamente dicho complemento, reservado para puestos de trabajo que llevan aparejadas funciones de dirección o que su desempeño supone dificultades añadidas.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 9.ª, 7 diciembre 1990.*)

## III. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. Sanciones. *Funcionarios Administración local. Improcedencia después de renuncia válida y eficaz a la condición de funcionario. Notificación de la incoación de expediente después de la presentación del escrito de renuncia. No cabe aplicar analógicamente el artículo 45.4.LF porque el otorgamiento de la excedencia voluntaria es una concesión que depende de la buena marcha del servicio.*

«El fundamento de Derecho aceptado anteriormente y transcrito en el antecedente de hecho 1.º de esta sentencia, resume los tres que le preceden y extrae de ellos las conclusiones que sirven de base al fallo, resaltando las consecuencias que se derivan del orden de las fechas en que se produjo el Decreto de incoación del expediente disciplinario —12-9-1980— la presentación de la renuncia —23-9-1980— la notificación del citado Decreto del Presidente de la Diputación —26-9-1980— la del conocimiento de la renuncia —10-10-1980— y la de la primera providencia del Instructor del Expediente Disciplinario —6-10-1980— así como de la Sentencia n.º 333/85 de 11-5-1985 de la misma Sala, todo lo cual justifica el sentido del Fallo recaído en la primera instancia.

La sentencia antes citada (n.º 333/85) en su considerando cuarto estimó que “no puede apoyarse la desestimación de la renuncia formulada conforme a derecho por el recurrente” y por ello declaró nulo el Acuerdo de desestimar dicha renuncia. Se trata de una sentencia firme, sobre cuya incidencia en este proceso no se ha hecho alegación alguna a pesar de que la sentencia objeto de apelación se había fundado en ella como soporte del fallo. Queda por tanto claro que “a sensu contrario” la renuncia fue declarada válida y eficaz a causa de que la Administración demandada sólo quería desestimarla por razón del expediente cuya orden de incoación la conoció el renunciante después de haber renunciado. Aunque se pudiera invocar por analogía la aplicación del artículo 45.4 de la Ley de Funcionarios Civiles (texto de 7-2-1964) a la renuncia, cosa dudosa porque la excedencia voluntaria es una concesión que depende de la buena marcha del servicio, es correcta la tesis de la sentencia apelada de no considerar que se instruye el expediente antes de que se le haya notificado la resolución administrativa que ordena la incoación. Por otra parte ni en este proceso ni en el anterior resuelto por sentencia firme alegó la Administración las razones de interés o de orden público o el perjuicio de terceros que pudieran invalidar la renuncia (art. 6.2 del Código Civil).» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 9.ª, 8 noviembre 1990.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

# CRONICA ADMINISTRATIVA

