

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## B) PERSONAL

**SUMARIO:** I. SELECCIÓN: 1. Oposiciones a Profesor Titular. Recusación de los miembros del Tribunal: puede formularse en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, pero no después. Improcedencia de solicitud de nulidad del expediente desde que se fijaron los criterios de valoración cuando no se reclamó contra dichos criterios en el momento de la exposición de los mismos al público, concurriendo a las pruebas examinadoras. 2. Funcionarios. Administración Local. Concursos. Legalidad de considerar como mérito la experiencia docente a efectos de cubrir la plaza de Jefe de Policía Local, así como la inclusión de una entrevista con el candidato en fase de oposición y la valoración de otros méritos.— II. CATÁLOGO DE PUESTOS DE TRABAJO: 1. Catálogo de Puestos de Trabajo. Nulidad por adscripción incondicionada al personal funcionario y laboral; identificación retributiva de ambas clases de personal; asignación a todo el personal fijo o contratado del complemento específico; asignación del complemento de productividad a todo el personal contratado y prever la libre designación como procedimiento de acceso en todo caso. Ayuntamiento de El Ejido.— III. DERECHOS: 1. Policía. Indemnización por residencia eventual consecuencia de traslado forzoso por supresión o reducción de plantillas. Improcedencia, porque no es equiparable a la comisión de servicios, que se caracteriza: 1) porque es una misión o cometido de carácter circunstancial que el funcionario público está obligado a desempeñar; 2) su desempeño exige el traslado forzoso, y 3) no afecta al destino del funcionario, pues presupone que la residencia oficial permanece invariable. Revisión. 2. Huelga. Supone una suspensión de la relación de empleo. Retención de haberes: aplicación analógica de la legislación laboral. 3. Renuncia a la condición de militar de carrera. Ilegalidad de la denegación, por haberse basado en la aplicación retroactiva de disposiciones restrictivas de derechos individuales. 4. Director de Departamento Universitario. Aunque la STC 26/1987, 27 febrero, declaró la constitucionalidad de la norma estatutaria de la Universidad de Málaga según la cual «la Dirección de cada Departamento correspondería a uno de los catedráticos y, de no haber candidato de esa categoría, a uno de los Profesores titulares», como los artículos 4 y 13.2 de la LRU ordenan sin excepciones que todos los cargos universitarios han de ser efectivos y su constitucionalidad no puede ser puesta en duda, no es dudoso que el catedrático candidato ha de someterse a la elección y si es rechazado por mayoría suficiente deja de ser aspirante hábil y cuando ningún otro catedrático presenta su candidatura procede admitir como candidatos a los Profesores Titulares. 5. Complemento de plena dedicación. Derecho al percibo, pese a tratarse de puesto de trabajo no catalogado, al acreditarse que los recurrentes venían prestando idénticos servicios que los que desempeñaban puestos catalogados. Jurisprudencia reiterada. Revisión. 6. Casas militares. El RD 1751/1990 no viola el derecho de igualdad en cuanto reconoce el derecho a prórroga en la ocupación de vivienda a quienes hayan pasado a la situación de reserva transitoria en función de la edad y el tiempo que les falta para pasar la situación de reserva en la Ley 17/89. 7. Funcionarios. Negociación colectiva. Aun después de la Ley 9/87, dadas las contradicciones existentes entre la negociación colectiva de los funcionarios y la que se produce en el ámbito laboral, resulta inviable una articulación unitaria de un pacto que afecte a ambas clases de personal. Nulidad de pleno derecho. El marco de contractualidad está en relación con el contenido de las potestades, normativa y de autoorganización del órgano administrativo correspondiente, y, por otra parte, las características del régimen estatutario no emanado de la legalización básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas no permiten que «por analogía con el sistema de relaciones laborales tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de "mínimos" sobre la que pueda pivotar

*una constelación de unidades negociadoras, pactando cada una a su libre albedrío, sobre el lema de que no está prohibido por la ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de negociación».—IV. INCOMPATIBILIDADES: 1. Incompatibilidades. Dos puestos en el sector público. Doctrina general. Disposición Transitoria Tercera, número 3, párrafo 2.º: ante el silencio acerca del órgano competente para reclamar la excedencia en los supuestos de falta de opción, debe estarse a la cláusula general de atribución de competencia en favor de la Administración del Estado establecida en el artículo 20 LI. 2. Incompatibilidades. Su regulación o declaración no vulnera los principios de seguridad jurídica o irretroactividad de disposiciones restrictivas, ni el derecho al trabajo.—V. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Expediente disciplinario. Prescripción de la infracción y perención o caducidad del procedimiento administrativo. 2. Retraso o desidia en el despacho de los autos. Como no se refiere a uno o varios asuntos concretos, sino al despacho en general de la totalidad de los asuntos de la Sala o Juzgado, el plazo de prescripción no puede empezar a computarse hasta que se produce el cese en el destino. Artículos 416.2 y 418.8.º LOPJ. 3. Separación de servicio. Oficial de la Administración de Justicia. Abandono de destino. Inexistencia de desproporción. Para que la sanción sea proporcionada no se exige que concurren circunstancias agravantes.*

## I. SELECCIÓN

*1. Oposiciones a Profesor Titular. Recusación de los miembros del Tribunal: puede formularse en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, pero no después. Improcedencia de solicitud de nulidad del expediente desde que se fijaron los criterios de valoración cuando no se reclamó contra dichos criterios en el momento de la exposición de los mismos al público, concurriendo a las pruebas examinadoras.*

«Por lo que respecta a la nulidad que se solicita por incurrir los dos miembros de la Comisión citados en causas de abstención y recusación, partiendo del hecho cierto de que tanto el Presidente como el Secretario fueron propuestos por la propia recurrente, según aparece en las Actas números 12 y 13 de fecha, respectivamente, de 14 julio y 7 octubre 1988, aportadas con la contestación de don Juan Carlos O. F. de M.; pero es que, además de lo anterior, la recurrente no ha acreditado ni la amistad íntima que dice existe entre el Presidente y el Secretario de la Comisión con don Juan Carlos O., ni la recusación se produjo dentro del expediente, sino una vez resuelto el concurso, cuando el artículo 21.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo permite que la recusación se pueda proponer en cualquier momento de la tramitación del expediente, por tanto no después, y como el procedimiento termina con la celebración del concurso y con la resolución de la designación del que ha obtenido la plaza, esgrimida la recusación con posterioridad es claro que la misma es extemporánea y que, por tanto, no se puede tomar en cuenta, sin que sea admisible la alegación del representante de la Universidad de que el plazo para formular recusación es de quince días, como establecían las bases del concurso, pues éstas no pueden restringir el plazo legal que refiere a todo el tiempo de la tramitación del expediente, aunque sí es cierto que, como se dijo antes, se presentó una vez finalizado el expediente. También resulta probado en los autos que precisamente los recusados fueron los únicos que dieron su voto en favor de la recurrente, con lo que mal puede argüirse la amistad íntima de los recusados con el que obtuvo la plaza, cuando su voto fue contrario al mismo y en favor de la propia recusante.

La Comisión de Reclamaciones de la Universidad, que debe constituirse conforme a lo establecido en el artículo 43.2 de la Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria, y que debe ser nombrada por el claustro universitario, establece que esta Comisión debe ser presidida por el Rector y estará constituida por seis miembros

catedráticos de la Universidad, de diversas áreas de conocimientos con amplia experiencia docente e investigadora, por periodo de cuatro años, mediante una mayoría de tres quintos en votación secreta, plantea el problema de si dicha mayoría ha de ser entendida como mayoría calificada de los tres quintos del total de los miembros del claustro o sólo por la mayoría de los tres quintos de los miembros concurrentes al claustro, cuestión que hay que resolver en este último sentido, en aras de la eficacia jurídica, para la formación de la Comisión y, además, por ser éste aparentemente el criterio legal, en cuanto que la Ley de Procedimiento Administrativo establece, en el artículo 21.1, la mayoría absoluta de los concurrentes para la adopción de acuerdos de los órganos y exigiendo para su constitución la mayoría de los concurrentes, por lo que hay que entender que bastan los tres quintos de los asistentes para que se nombren los miembros de la Comisión de Reclamación, mayoría que se obtuvo, según consta en el expediente administrativo, en Acta de la reunión del claustro de la Universidad de fecha 27-4-1989.

Por lo que respecta a la solicitud de nulidad del expediente desde que en el mismo se fijaron los criterios de valoración para los concurrentes al concurso, que fueron fijados por la Comisión Examinadora, hay que partir del hecho de que la recurrente no reclamó contra dichos criterios en el momento de la exposición de los mismos al público en el Tablón de Anuncios, concurriendo a las pruebas examinadoras por conocimiento de dichos criterios, sin formular reclamación.» (*Sentencia 2 julio 1993, en cuanto confirma la de 26-11-1990, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, con sede en Málaga.*)

2. *Funcionarios. Administración Local. Concursos. Legalidad de considerar como mérito la experiencia docente a efectos de cubrir la plaza de Jefe de Policía Local, así como la inclusión de una entrevista con el candidato en fase de oposición y la valoración de otros méritos.*

«El conflicto jurídico suscitado en este proceso gira en torno a la legalidad de las bases del concurso-oposición libre para la provisión en propiedad de una plaza de Oficial Jefe de la Policía Local del Ayuntamiento de Torrente, en los siguientes puntos concretos del baremo de puntuaciones incorporado a dicha convocatoria:

— En la fase de oposición: “4.5. *Entrevista personal.*—El Tribunal apreciará la capacidad y dotes de mando de los aspirantes, que se calificará de cero a dos puntos.”

— En la fase concurso: “D) *Experiencia docente.*—En centros de enseñanza superior, civil o militar, en academia del Cuerpo de Seguridad, en academias de la Policía Local: 0,5 puntos por curso académico hasta un máximo de tres puntos.” “H) *Valoraciones discrecionales.*—Otros méritos alegados y estimados por el Tribunal hasta un máximo de dos puntos.”

Con el mismo orden de tratamiento que en la sentencia apelada nos referimos en primer término al concepto de “experiencia docente”. Se invoca en esta resolución judicial, como pauta normativa a tener en cuenta en la materia, el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en donde se establece que los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que se hayan de desempeñar; precepto que, dado su carácter básico, viene reproducido en términos similares en el artículo 133 del RD Leg. 781/1986, de 18 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

Basándose en esta cita legal se añade por el Tribunal de instancia: “sin embargo, la convocatoria en cuestión establece como uno de los méritos la experiencia docen-

te, la cual, obviamente, no guarda relación apreciable con el desempeño de puesto o cargo de Oficial Jefe de la Policía Local, en donde la función docente carece de toda trascendencia. Por lo tanto, debe accederse a la petición de anulación de dicha base".

Ahora bien, una cosa es que entre *el tipo de pruebas a superar*, a que se refiere la letra del precepto legal antes citado, figurase el requisito de la "experiencia docente" y otra muy distinta la realidad de las condiciones de esta convocatoria, en que la "experiencia docente" constituye exclusivamente un "mérito" puntuable en la fase de concurso, cuya puntuación máxima posible (3 puntos) equivale al 7,14 por 100 de la puntuación por todos los conceptos relacionados en las bases, según destaca en sus alegaciones la parte apelante. Desde este ángulo de reflexión, ni puede aceptarse la supuesta obviedad de la falta de relación apreciable entre la experiencia docente y el ejercicio del cargo de Oficial Jefe de la Policía (especialmente si esta experiencia ha sido adquirida en la impartición de cursos de formación de Policías); ni tampoco el nivel de puntuación máxima parece susceptible de distorsionar la necesaria ponderación entre los diferentes factores concurrentes en la puntuación de conjunto.

"Igual suerte deben correr —añade la sentencia impugnada, en F. 3.º— las facultades reconocidas al Tribunal calificador en los apartados 4.5 y 5.H) de la convocatoria, puesto que con tal discrecionalidad la Administración no está garantizando el respeto a los principios constitucionales relativos a asegurar que el acceso a la función pública se sujete a los criterios de objetividad, igualdad, mérito y capacidad."

Por lo que atañe a la entrevista personal con el candidato, prevista en la fase de oposición, a fin de que el Tribunal aprecie la capacidad y dotes de mando de los aspirantes y con posibilidades de puntuación entre cero y dos puntos, parece adecuada a la singularidad y características de la plaza objeto del concurso-oposición; es un método para la valoración del mérito y la capacidad de los candidatos que participan en pruebas de acceso al empleo público que tiene amplia cabida en los textos legales vigentes en la materia, como señala la parte apelante (cfr. art. 8.2 RD 2223/1984, de 19 diciembre; art. 9 D. 69/1986, de 2 junio, C. A. Valencia [LCV 1986, 1972]); y el límite máximo al que se sujeta la puntuación por este concepto excluye la eventualidad de subjetivismos determinantes de bruscas alteraciones en el orden de colocación de los candidatos con arreglo a la puntuación de conjunto.

Finalmente, no pugna con el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, invocados en la sentencia recurrida, la eventualidad de valoración discrecional de otros méritos alegados y estimados por el Tribunal hasta el límite máximo de dos puntos distintos de los expresamente relacionados en el Baremo de méritos de la convocatoria.

La valoración discrecional en modo alguno es identificable en este caso con libre arbitrio, a lo que debe añadirse, como en los demás supuestos analizados, que el señalamiento del límite máximo de dos puntos por este concepto es garantía de incidencia potencial moderada en la puntuación conjunta. Sin perjuicio, naturalmente, de la exigible transparencia y objetividad de los "méritos" que fueran apreciados con arreglo a este apartado.

Las anteriores consideraciones nos llevan a apreciar que las bases del concurso-oposición impugnadas ante el Ayuntamiento de Torrente y que han sido anuladas por el Tribunal de instancia son conformes al ordenamiento jurídico. El Sindicato apelado sugería en el escrito de demanda que el tribunal calificador de esta convocatoria tiene un amplio poder para determinar discrecionalmente qué persona debe ocupar la plaza sin atenerse a criterios objetivos. Esta hipótesis no ha sido confirmada por ninguna clase de probanza, ni es deducible del análisis pormenorizado de los diferentes conceptos, tal como hemos analizado en apartados precedentes. En contraste, la documentación aportada por la representación procesal de don Eduardo M. A. en su escrito de alegaciones, muestra que las puntuaciones obtenidas por él mismo por los conceptos cuestionados —como número uno y ganador del concurso-oposición— no han tenido trascendencia numérica para poder alterar su posi-

ción en orden de puntuación; lo que refuerza, si cabe, la procedencia de la estimación del recurso interpuesto.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 5 octubre 1993.*)

## II. CATÁLOGO DE PUESTOS DE TRABAJO

1. *Catálogo de Puestos de Trabajo. Nulidad por adscripción incondicionada al personal funcionario y laboral; identificación retributiva de ambas clases de personal; asignación a todo el personal fijo o contratado del complemento específico; asignación del complemento de productividad a todo el personal contratado y prever la libre designación como procedimiento de acceso en todo caso. Ayuntamiento de El Ejido.*

«El acto objeto de contención en el presente recurso, al que se refiere la declaración de nulidad formulada en el fallo de la sentencia apelada, consiste en el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de El Ejido (Almería) el 23-1-1987 (B. O. de la Provincia de 29 enero) aprobatorio del "Catálogo anual de puestos de trabajo y régimen retributivo para funcionarios y personal laboral del Excmo. Ayuntamiento de El Ejido, año 1987".

Este acuerdo municipal, adoptado por mayoría y con reserva de legalidad por parte del Secretario del Ayuntamiento en un extenso y documentado informe, fue impugnado en la instancia por el Abogado del Estado, previo requerimiento a este efecto del Gobernador Civil de la provincia, apreciando la sentencia recurrida que concurren en el mismo los siguientes motivos de nulidad: A) Se establece que pueden aspirar a cada puesto de los relacionados en el catálogo tanto los funcionarios como el personal laboral, lo que contradice lo dispuesto en los artículos 90.1 y 92.2 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local y artículos 126.1 y 132 del RD Leg. 781/1986, de 18 abril. B) Los conceptos retributivos son también idénticos para los funcionarios y el personal laboral, extendiendo a estos últimos —que tienen su normativa propia a partir del Estatuto de los Trabajadores— el régimen legal de los funcionarios emanado del artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 agosto. C) Se asigna complemento específico a la totalidad de los puestos de trabajo, salvo los de menos retribución, contradiciendo el principio general de igualdad, así como la finalidad asignada a este complemento en el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984. D) Se atribuye anticipadamente, a partir del nivel 11, el complemento de productividad a la totalidad de los puestos de trabajo, desnaturalizando la finalidad legal de este complemento, previsto en el artículo 23.3.c) de la citada Ley 30/1984, para "retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo". E) El acceso a los puestos de trabajo se establece únicamente por el procedimiento de libre designación, lo que contradice igualmente el artículo 101 de la Ley 7/1985, que regula como forma ordinaria de provisión de puestos de los funcionarios el concurso de méritos.

En cuanto al primer motivo de nulidad (adscripción indiscriminada de funcionarios o personal laboral a cada puesto de trabajo), tiene base objetiva la argumentación del Ayuntamiento apelante en el sentido de que los puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación nacional —art. 92.3.a) y b) de la Ley 7/1985— aparecen reseñados, con la anotación correspondiente, en el Catálogo publicado en el Boletín Oficial. Sin embargo, el cumplimiento del principio general contenido en el artículo 90.1 de la Ley 7/1985, en relación con el artículo 16 de la Ley 30/1984 y demás preceptos concordantes, exige su reflejo en la relación de puestos de trabajo del Catálogo publicado en el diario oficial —base de la convocatoria para la provi-

sión de puestos—, especificando, en su caso, la adscripción a funcionario o a personal laboral. No observándose este requisito, no cabe otra interpretación sino la efectuada por el Tribunal de instancia, entendiéndose que los puestos de trabajo relacionados (con la salvedad ya expuesta de los concernientes a funcionarios con habilitación nacional) se ofrecen indiferenciadamente a los dos grupos de trabajadores públicos anteriormente mencionados; constatación que no se desvanece en sus efectos por lo que resulte de la “plantilla” aportada a ff. 64 y ss. y 104 y ss. de los autos de instancia, en la que concurren las circunstancias de su dudosa autenticidad, ser de fecha posterior su aprobación a la del Acuerdo cuestionado en este recurso y, sobre todo, no aparecer en el texto publicado en el B. O. de la Provincia (ley del concurso) la mención de los requisitos a cuya omisión se vincula este primer motivo de nulidad.

El segundo motivo de nulidad declarado en la sentencia (extensión del sistema retributivo de los funcionarios públicos al personal laboral) es impugnado por el Ayuntamiento apelante argumentando que “ni en el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, ni en el RD 861/1986 establecen que los conceptos retributivos allí fijados no puedan aplicarse al personal laboral”. Por tanto —se añade—, “queda clara la falta de prohibición legal de esa homologación de retribuciones del personal laboral respecto de los funcionarios, sin que para ello sea óbice que la retribución del personal laboral venga establecida por la contratación individual o del convenio colectivo, ya que ambos tipos de relación son compatibles con la existencia de unos criterios objetivos de retribución, establecidos *a priori*, en aras de una mejor organización y funcionamiento”.

La diferenciación e incommunicabilidad originaria entre los regímenes jurídicos que conforman la relación funcionarial y la relación laboral viene claramente marcada en los respectivos textos legales (cfr. arts. 7.1 Ley de Funcionarios de 1964 y 177 RD Leg. 781/1986); siendo manifiesto su correlativo reflejo en la gestación de la normativa reguladora; en el contenido de los derechos y deberes, la estructura retributiva y la jurisdicción competente para conocer de los conflictos individuales y colectivos. Desde esta perspectiva, no es argumento suficiente el de la falta de prohibición formalmente expresada por la Ley, ni basta la genérica conclusión de que “se está produciendo una laborización de la función pública”, sino que se requeriría, en todo caso, una justificación, con datos objetivos, de la efectiva compatibilidad entre las correspondientes normativas (legal, de convenio colectivo o de contratación individual) que rigen imperativamente las relaciones de empleo de los distintos grupos laborales, así como la resultante de aplicarles el régimen retributivo de la función pública que figura en el acuerdo municipal cuestionado, visto todo ello desde los factores de diferenciación anteriormente reseñados.

Al tercer motivo de nulidad (asignación generalizada de complemento específico a la totalidad de los puestos) con la única excepción —también en forma generalizada— de los puestos de nivel “8”, opone el citado Ayuntamiento que “la Ley no especifica a qué cantidad o tipo del personal debe de aplicarse dicho complemento, sino que establece los criterios en base a los que ha de atribuirse el mismo”; remitiéndose complementariamente a los acuerdos documentados a ff. 10 y ss. de los autos, de conformidad con lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 4.º del Decreto 861/1986, ya citado.

Conforme al artículo 4.1 del Decreto anteriormente mencionado —concordante con el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984—, “el complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de *algunos* puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad”. Pues bien, tanto el texto del acuerdo municipal publicado en el Boletín de la Provincia como los documentos que se reseñan en el motivo de impugnación que estamos analizando, no ofrecen la mínima concreción justificativa, congruente con la especificidad de este complemento que legalmente ha sido concedido sólo para *algunos* puestos de trabajo, en razón a condiciones particulares de su prestación. Tal complemento, por el contrario, viene establecido en el Catálogo de

modo globalizado, por grupos profesionales y no por puestos de trabajo, afectando a todos menos uno de los niveles en los que dichos profesionales se hallan clasificados. Es cierto que la ley no especifica "a qué cantidad o tipo del personal debe de aplicarse dicho complemento", pero sí puntualiza que retribuirá las condiciones particulares de *algunos* puestos de trabajo. Se debe inferir, por tanto, que cuando el significado del término se amplifica en el acuerdo municipal —de modo que *algunos* puestos de trabajo representan en la práctica la *generalidad*—, un principio de racionalidad y de congruencia con el sentido finalista del texto legal exige la explicación de su fundamento; requisito que ha sido esencialmente incumplido por el Ayuntamiento de El Ejido, al proceder a su regulación.

Alega el Excmo. Ayuntamiento apelante, respecto al cuarto motivo de nulidad relacionado inicialmente (atribuir anticipadamente, a partir del nivel 11, el complemento de productividad a la totalidad de los puestos de trabajo), que "... lo que se establece *a priori* son los puestos de trabajo en los que según la Administración, dadas sus características, se puede dar tal complemento, preveyendo (*sic*) ese especial rendimiento y presumiendo la buena fe del funcionario en cuanto a su actividad e interés. No se trata tampoco de un derecho garantizado *a priori*, sino de una expectativa que podrá verse o no realizada y su distribución se hace de forma individualizada según el número 6 del artículo 5 del RD 861/1986, correspondiendo a la Alcaldía la distribución de dicha cuantía entre los diferentes programas o áreas y la asignación individual con sujeción (*sic*) a los criterios que haya establecido el Pleno".

El argumento utilizado resulta un tanto retorsivo. Como es sabido, el complemento de productividad está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo (art. 5.1 RD 861/1986). Tiene, pues, el carácter de incentivo eminentemente personal aunque su determinación y cuantificación se realice por el órgano de gobierno competente "en función de circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y objetivos asignados al mismo" (art. 5.2 del Real Decreto citado). Anteponer estas *circunstancias objetivas* (en conexión no sólo con "puestos de trabajo" sino abstractamente con "grupos profesionales"), utilizándolas para la cuantificación convencional generalizada del complemento de productividad a todos los funcionarios y personal laboral correspondientes, en la confianza de que su "buena fe" producirá resultados equivalentes en la productividad individual, es argumento que no puede ser tomado en consideración. Y ello es así porque desnaturaliza la esencia y finalidad de este complemento de productividad; todo ello, sin deseo de entrar en aspectos concretos de su funcionalidad (o bien se estabiliza como complemento fijo, corroborando su falsa "fachada" o sufre correcciones *a posteriori* en forma de aumento, reducción o supresión, con toda su secuela de fricciones internas), por cuanto no afectan a la esencialidad de la pretensión impugnatoria.

Finalmente, en cuanto al último motivo de nulidad invocado en la sentencia (el acceso a los puestos de trabajo se establece únicamente por el procedimiento de libre designación), se reconoce por el apelante la evidencia del dato, si bien se alega que "ello obedece a una situación atípica (...) ya que estamos ante el primer catálogo aprobado y por lo tanto las mismas personas que venían desempeñando las diversas funciones ahora sistematizadas en puestos formalizados, pasarían a desempeñar, en la mayoría de los casos, los nuevos puestos análogos".

Tal vez sea éste —como afirma— el más *flexible* de los sistemas pero no, desde luego, uno de los permitidos por la Ley, atendida la finalidad que lo inspira. Este Tribunal —*hic et nunc*— no tiene por qué poner en tela de juicio la buena fe con que haya sido concebido el sistema ni la eficacia gestora del órgano municipal que ha realizado la tarea de selección de solicitudes y la adscripción de cada interesado a su puesto de trabajo. Pero sí tiene necesidad de destacar la radical contradicción con los principios generales que rigen la provisión de las plazas de funcionarios en las diferentes Administraciones (concurso de méritos, regla general; libre designación, la excepción), con explicación en el artículo 20 de la Ley 30/1984 y artículo

101 de la Ley 7/1985, los cuales se conectan, en último término, a preceptos constitucionales como los comprendidos en los artículos 23.2 y 103.3 CE. Este imperativo legal no puede flexibilizarse legítimamente bajo la alegación de que, en la *mayoría* de los casos, se haya dado satisfacción en sus pretensiones a los solicitantes o de que no se hayan producido reclamaciones; aparte de que la relatividad de esta última aseveración queda de manifiesto en el dato de hallarse en tramitación, ante esta misma Sala, otro recurso de apelación relacionado con el tan repetido acuerdo municipal, en este caso promovido en la instancia por un funcionario del citado Ayuntamiento de El Ejido, entre cuyos motivos de impugnación figura la norma sobre libre designación que, a su parecer, incidió desfavorablemente en el nivel de clasificación que le fue asignado.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 14 julio 1993.*)

### III. DERECHOS

1. *Policía. Indemnización por residencia eventual consecuencia de traslado forzoso por supresión o reducción de plantillas. Improcedencia, porque no es equiparable a la comisión de servicios, que se caracteriza: 1) porque es una misión o cometido de carácter circunstancial que el funcionario público está obligado a desempeñar; 2) su desempeño exige el traslado forzoso, y 3) no afecta al destino del funcionario, pues presupone que la residencia oficial permanece invariable. Revisión.*

«Postula el Abogado del Estado, en el presente recurso extraordinario de revisión, que se rescinda la Sentencia dictada por la Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2-10-1989, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el hoy recurrido contra la denegación presunta, por silencio administrativo, de la petición que formuló ante la Dirección General de la Policía Nacional del Ministerio del Interior en reclamación de indemnización por residencia eventual, anulando tal acto y declarando el derecho del recurrente a percibir por los conceptos reclamados la cantidad de 978.514 pesetas, alegando el representante de la Administración, como fundamento de su pretensión, articulada al amparo del apartado b) del número 1 del artículo 102 de la Ley Rectora de esta Jurisdicción (en la redacción anterior a la Ley de 30-4-1992), que tal sentencia es contradictoria con las dictadas en los Recursos extraordinarios de revisión de 22 enero y 7 julio 1988.

Dado que por la parte demandada se ha postulado, en primer lugar, se declare la inadmisibilidad del presente recurso alegando que el mismo no ha sido interpuesto dentro del plazo legal de un mes contado desde la notificación de la sentencia, se hace necesario el examen prioritario de tal cuestión, pues si bien es cierto que el plazo legal es el que señala el demandado y se desprende del número 3 del artículo 102 de la Ley Jurisdiccional, no es menos cierto que la parte demandada no precisa los presupuestos fácticos de tal alegación pues no concreta las fechas de notificación de la sentencia e interposición del recurso, mas del examen de los autos se desprende que la sentencia impugnada fue notificada al Abogado del Estado el 3-11-1989 y que el recurso fue interpuesto el 15-11-1989, es decir, dentro del plazo legal, lo que obliga a rechazar la petición de inadmisibilidad formulada por la parte demandada.

Entrando en el fondo del litigio, la cuestión a dilucidar estriba en determinar si el recurrente en la anterior instancia, quien en su petición inicial ante la Administración afirmó que permaneció agregado forzoso, en comisión de servicio en la



Guarnición de Gandía (Valencia), procedente de la de Sueca (Valencia), desde el 4-10-1983 hasta el 22-1-1985, en que cesó en la situación de agregado al quedar destinado definitivamente en la Guarnición de Gandía (Valencia), según lo dispuesto en la Orden de la Inspección General del Cuerpo número 14206, de 22-1-1985, como consecuencia de haber sido adoptada la supresión de la plantilla de que procedía, ha de reputarse que se encontraba o no en una verdadera situación de comisión de servicios y tenía derecho o no a percibir una indemnización por asignación de residencia eventual durante el tiempo en que permaneció agregado forzosamente a la plantilla de Gandía.

La sentencia impugnada llega a la conclusión afirmativa de que se encontró en situación de comisión de servicios durante el período de agregación forzosa y que en consecuencia tenía derecho a percibir la indemnización, buscando su apoyo en sentencias dictadas por este Tribunal Supremo en Recursos extraordinarios de revisión de 12 junio y 13 octubre 1987 y 7-7-1988. El Abogado del Estado mantiene la conclusión negativa apoyándose precisamente en la misma S. 7-7-1988, lo que hace necesario el examen de tal sentencia.

La S. 7-7-1988 contempla el supuesto de varios policías nacionales que al suprimirse las Comisarias en que estaban destinados fueron agregados a otra Comisaría, y tras señalar que resulta aplicable la doctrina sentada en la S. 13-10-1987 respecto a lo que ha de entenderse por comisión de servicio, reitera que "del artículo 2.º.1 del Decreto 176/1975, de 30 enero, puede inferirse: a) que la comisión de servicios es una misión o cometido de carácter circunstancial que el funcionario público está obligado a desempeñar; b) que su desempeño exige el traslado forzoso de aquél, aunque con carácter temporal, a un lugar fuera del término municipal donde radique su residencia oficial; y c) que la Comisión de Servicio no afecta al destino del funcionario, pues presupone que la residencia oficial permanece invariable", y asimismo, que en armonía con lo establecido en el artículo 2.2, el artículo 7.º.2 afirma que "la indemnización de residencia eventual es la cantidad que se devenga diariamente para satisfacer los gastos que origina la estancia fuera de su residencia oficial cuando la Comisión se prevea a larga duración, con lo que queda claro que el percibo de aquélla viene justificado por la necesidad de resarcir al funcionario los gastos que éste se ve obligado a efectuar al tener que residir, por necesidades del servicio, fuera de su domicilio en el que tiene su destino y, por tanto, su residencia oficial, por lo que el mantenimiento del domicilio en el lugar del destino y la estancia fuera del término municipal en que radica aquél es lo que da sentido al percibo de dietas y, en su caso, al cobro de la residencia eventual", llega a la conclusión de que en el caso enjuiciado en la misma no existía la comisión de servicios determinantes de la indemnización, porque los policías que habían interpuesto el recurso de revisión habían sido agregados forzosos a otra Comisaría, como consecuencia de la agrupación o supresión de sus Comisarias, e incluso, por la extinción de los puestos de trabajo en la que estaban prestando sus servicios, lo que había producido el efecto de que dejaran de tener su residencia oficial en la población en que estaban con anterioridad destinados, para adquirirla en el sitio en que resultaron reagrupados, en los que después quedaron definitivamente adscritos, pues en estos casos no concurría la dualidad "estancia-residencia" que justifica el percibo de la indemnización por residencia eventual.

En el presente caso y en aplicación de la doctrina que acabamos de exponer, ha de concluirse que no se produce la dualidad "estancia-residencia", pues no estamos en presencia de una encomienda temporal, que una vez acabada permita el regreso al sitio de procedencia, sino de un traslado forzoso y, por tanto, de un cambio de domicilio con carácter permanente, por lo que no cabe hablar de comisión de servicio ni exigir la correlativa indemnización por residencia eventual ya que ésta se fijó en firme en Gandía. Es constante y reiterada la doctrina de esta Sala de que las agregaciones forzosas en los supuestos de supresión o reducción de plantillas como consecuencia de la reorganización contenida en la Orden del Ministerio del Interior

de 17-10-1979, no generan la situación de Comisión de Servicios con derecho a la indemnización por asignación de residencia eventual, pues los funcionarios dejaron de tener su residencia oficial en la población en que estaban con anterioridad destinados para adquirirla en el lugar donde resultan agregados, razones todas que deben conducir a la estimación del presente recurso.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 30 junio 1993.*)

*2. Huelga. Supone una suspensión de la relación de empleo. Retención de haberes: aplicación analógica de la legislación laboral.*

«El conflicto jurídico planteado en este proceso versa sobre los criterios de aplicación de la Disposición Adicional 12.ª de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, la cual dispone que “los funcionarios que ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación...”.

El recurrente, funcionario Contador Diplomado del Tribunal de Cuentas, participó en huelga legal durante los días 24 noviembre (3 horas) y 14 diciembre (7 horas) de 1988, con la consiguiente repercusión en la nómina del mes de enero 1989, en la que se le practicó una deducción líquida de 12.766 pesetas, importe calculado de los devengos como tal funcionario correspondientes a las horas que permaneció en huelga; cantidad resultante de dividir la remuneración anual por todos los conceptos, excluido el plus de productividad, por el número de horas laborables durante el mismo período, y multiplicando este cociente (equivalente a la retribución horaria del funcionario) por el número de horas en huelga.

Postula el recurrente la aplicación analógica del artículo 17 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por RD 33/1986, de 10 enero, el cual dispone que en la deducción proporcional de las retribuciones “se tomará como base la totalidad de remuneraciones íntegras mensuales que perciba el funcionario en el momento de la comisión de la falta, dividiéndose la misma por 30, y, a su vez, este resultado por el número de horas que el funcionario tenga obligación de cumplir, de media, cada día. La cantidad obtenida será el valor/hora, que habrá de aplicarse al tiempo del trabajo no cumplido por el incumplimiento de la jornada de trabajo”. A tenor de esta regla procedería, a juicio del recurrente, efectuar una reducción en cuantía de 9.445 pesetas, en lugar de las 12.766 pesetas efectivamente deducidas por la Administración.

El tema de controversia tiene hoy una jurisprudencia consolidada de la que es inicial exponente la Sentencia dictada en recurso de revisión el 16-12-1991, continuada por una serie numerosa de Sentencias entre las que pueden citarse las de 17-12-1991, 25-5-1992, 20-7-1992 y 15-2-1993, cuya doctrina se resume en los siguientes puntos: A) La procedencia de deducir haberes a los funcionarios públicos en huelga resulta de la Disposición Adicional 12.ª de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que dispone que “los funcionarios que ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación, sin que la deducción de haberes que se efectúa tenga, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales”; norma legal que al no haber sido objeto de desarrollo requiere una explicitación, por vía interpretativa, de los conceptos y cálculos con arreglo a los que debe modularse el importe de las deducciones. B) En el supuesto de huelga de funcionarios, se produce una “situación de suspensión de la relación de empleo”, tal y como ha afirmado expresamente la STC 99/1987 (RTC 1987, 99), que es análoga a la que resulta en el contrato de trabajo, por lo que parece lógico que sea consustancial a la misma que no se devenguen ni perciban retribuciones. C) Partiendo de este criterio, la deduc-

ción debe alcanzar tanto a las retribuciones directas como a las indirectas resultantes de las pagas extraordinarias y descanso semanal; no así las vacaciones anuales y fiestas laborales, en cuya *normativización remuneratoria* confluyen otros factores ajenos a la estricta prestación laboral. D) En resumen, el cálculo de la deducción procedente debe efectuarse dividiendo el total de las retribuciones anuales por el número de horas de trabajo que el funcionario venía obligado a prestar, añadiendo a este divisor las horas correspondientes al período anual de vacaciones y a las fiestas laborables.

Las mencionadas deducciones no producen alteración del porcentaje de retención de los rendimientos del trabajo correspondiente al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por ser éste calculado sobre previsión de lo que vaya normalmente a percibir el sujeto pasivo en el año natural; pero tiene que repercutir, obviamente, en el importe de dicha retención, dado que la misma debe operar sobre el rendimiento íntegro satisfecho, condición de rendimiento que no concurre, efectivamente, en la parte de remuneración que se detrae del importe íntegro de la nómina en equivalencia de las horas no trabajadas a causa de la huelga (arts. 45 y 46 del Reglamento IRPF).» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 13 julio 1993.*)

### 3. *Renuncia a la condición de militar de carrera. Ilegalidad de la denegación, por haberse basado en la aplicación retroactiva de disposiciones restrictivas de derechos individuales.*

«La representación procesal de don Francisco M. F. interpuso recurso de casación frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Madrid, del 4-5-1992, que desestimó el recurso contencioso-administrativo suscitado frente a las Resoluciones de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa de 23 mayo y 30 septiembre 1991, que no atendieron la petición por aquél planteada para obtener el retiro del Cuerpo Jurídico de Defensa.

Como primer motivo casacional se alega, al amparo del artículo 95 d (*sic*) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, concernientes al artículo 9.3 de la Constitución, en relación al artículo 5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que estima vulnerado al haberse aplicado en la sentencia impugnada, para resolver su petición de retiro, normas tales como el artículo 64 y disposición derogatoria 4.ª de la Ley 17/1989, de 19 julio, y el artículo 7.º del Decreto 1385/1990, de 8 noviembre, que no estaban en vigor, desconociendo que el precepto constitucional consagra la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

El recurso debe prosperar. La sentencia recurrida ha entendido que el artículo 64 de la Ley 17/1989, que ya estaba en vigor cuando el actor presentó su solicitud de retiro el 15-10-1990, al establecer una regulación del retiro, que no contempla la petición del afectado sin sujeción a plazo, anteriormente admitido por el artículo 14 del Decreto 734/1979, de 9 marzo, y artículo 16 de la OM de Defensa 110/1981, de 31 julio, invocado por el actor en su solicitud, había derogado tácitamente a estos preceptos, haciendo imposible su aplicación, y que había que estar, si acaso, a los plazos que fijaba el Decreto 1385/1990, que entró en vigor el 1-12-1990, antes de que se dictara la resolución final del expediente consecuente a la petición actora, siendo así que éste no había cumplido el de cinco años que en el Reglamento citado se establece para los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas. Pero la aplicación de la Ley 17/1989, hecha por la sentencia, ha de considerarse errónea, en el sentido de que el precepto a considerar no debía ser el citado artículo 64, sino el artículo 65 de la misma norma, relativo a la pérdida de la condición de militar de carrera, en virtud de renuncia, que es la situación que derivaba

de la solicitud del actor inequívocamente dirigida a obtener, en sus palabras de su escrito de 16-4-1990, "dejar de forma definitiva el ejercicio de la profesión militar", y que venía a corresponder a la que derivaba del retiro a petición propia, regulado en los nombrados artículos 14 del Decreto 734/1979 y 16 de la Orden de 1981, que lo desarrollaba, por cuanto determinaba el que se permaneciera definitivamente en esa situación y se pudieran percibir derechos pasivos. Precepto éste, el artículo 65, que si bien en principio parece que no habría de favorecer al actor, ya que sujeta los efectos de la renuncia a plazo, a diferencia de la aludida regulación reglamentaria de 1979 y 1981, tampoco podía considerarse en vigor, dado que al establecer en su apartado a) que la condición de militar se pierde en virtud de renuncia "... siempre que hubiere cumplido el tiempo de servicios que reglamentariamente se determine desde el acceso a dicha condición o desde que hubiere ultimado los cursos de perfeccionamiento o nivel de Altos Estudios Militares que a estos efectos haya fijado el Ministerio de Defensa... en ambos supuestos el tiempo que se fije, que guardará una proporción adecuada a los costes y duración de los estudios realizados y tendrá presente las necesidades del planeamiento de la defensa nacional, no podrá ser superior a 15 años", claramente da a entender que sus efectos quedan supeditados al futuro desarrollo reglamentario, que fije el mínimo plazo legal, cuya fijación no cabría sostener que podría deferirse, caso por caso y en tanto se dictara el Reglamento de desarrollo, a la Administración que resolvía las diferentes peticiones, utilizando los criterios de concreción que establece el precepto —costes y duración de estudios, necesidades del planeamiento de la defensa—, pues aparte de que no es ésta la técnica que se indica en la literalidad de la norma, tal solución ha de rechazarse por dejar al administrado en una situación de exagerada dependencia de la Autoridad que resuelve, en quiebra del principio constitucional de seguridad jurídica, o de respeto a los derechos individuales anteriores, del artículo 9.3 de la Constitución. Igualmente debe rechazarse que a falta de desarrollo reglamentario, habría que estar al plazo de 15 años de servicios que la ley señala como mínimo, al ser también exagerada y contraria al últimamente citado principio constitucional.

Tampoco podía acudir a los plazos del artículo 7.º del Decreto 1385/1990, de 8 noviembre, que entró en vigor el 1-12-1990, visto que había que estar a la normativa del momento de la solicitud, que había sido presentada con fecha de registro de 15-10-1990, y que es la que fija los términos jurídicos de la actuación de la Administración, por tanto constituida por el Decreto 734/1979 y OM de 1981, cuyos artículos 14 y 16 no señalaban plazo para la efectividad del pase a la situación de retiro, con efectos extintivos de la relación militar, como lo viene a corroborar la dicción literal de la disposición derogatoria núm. 1, párrafos segundo y tercero, del Decreto 1385/1990, que cita como expresamente derogados a los tan nombrados Decreto 734/1979 y OM de 1981, lo que no tendría sentido si hubieran desaparecido con anterioridad por efecto tácito de la Ley 17/1989.

En definitiva, la interpretación y aplicación normativa que se realizó en la sentencia impugnada vulneraba el principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales del artículo 9.º.3 de la CE, que en el caso de autos, según se ha dicho, estaban configurados por el Decreto 734/1979 y OM de 1981, en el sentido de conferir al actor el derecho no sujeto a plazo de abandonar el Ejército a petición propia. Debiendo por ello prosperar el recurso, y sin que sea preciso entrar en las demás motivaciones expuestas en el escrito de interposición de la casación, con la consiguiente revocación de la sentencia recurrida, y estimación de la demanda en su día planteada por el actor.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 17 septiembre 1993.*)

4. *Director de Departamento universitario. Aunque la STC 26/1987, 27 febrero, declaró la constitucionalidad de la norma estatutaria de la Universidad de Málaga según la cual «la Dirección de cada Departamento correspondería a uno de los catedráticos y, de no haber candidato de esa categoría, a uno de los Profesores Titulares», como los artículos 4 y 13.2 LRV ordenan sin excepciones que todos los cargos universitarios han de ser efectivos y su constitucionalidad no puede ser puesta en duda, no es dudoso que el catedrático candidato ha de someterse a la elección y si es rechazado por mayoría suficiente deja de ser aspirante hábil y cuando ningún otro catedrático presenta su candidatura procede admitir como candidatos a los Profesores Titulares.*

«Examinando en primer lugar la cuestión de apelabilidad sometida a las partes en la Providencia de 28-6-1993, hemos de reconocer que la declaración de nulidad solicitada en el apartado b) del suplico de la demanda implica una impugnación frontal de una norma reglamentaria, la cual además se puede considerar como básica de las otras pretensiones, por lo que procede entrar en el fondo de la apelación.

El carácter esencial que hemos atribuido a la impugnación del artículo 65.1 de los Estatutos de la Universidad de Málaga, ha sido reconocido tanto por la sentencia apelada como por la parte apelante, cuya tesis básica consiste en dar como cierto que el precepto de los Estatutos impugnados vulnera el artículo 8, punto 5, de la Ley de Reforma Universitaria (11/1983, de 25 agosto).

Este precepto antes citado, en su primer párrafo dice: "La Dirección de cada Departamento corresponderá a uno de los catedráticos y de no haber candidato de esa categoría, a uno de sus Profesores Titulares." La constitucionalidad de dicha norma ha sido refrendada por la STC 26/1987, de 27 febrero (RTC 1987, 26) (Fundamento 7.6). Por otra parte, los artículos 4 y 13.2 de la Ley de Reforma Universitaria ordenan sin excepciones que *todos* los cargos universitarios han de ser electivos, y su constitucionalidad no ha sido puesta en duda, de modo que la cuestión crucial que aquí se debate es la de si la preferencia establecida a favor de los catedráticos borra las normas que exigen la elección de cargos que se establece para *todos*. No es dudoso que el candidato catedrático ha de someterse a la elección y, por tanto, si es rechazado por mayoría suficiente entendemos que ya deja de ser candidato, de modo que cuando el candidato señor De C. es rechazado por amplia mayoría dejó de ser aspirante hábil y cuando ningún *otro* Catedrático presenta su candidatura estamos en el caso de admitir como candidatos a los Profesores Titulares. Esto fue lo ocurrido en las sesiones del Consejo de Departamento (folios 20 y 26 del expediente).

Esa conclusión fue la alcanzada por la sentencia apelada y la que comparte esta Sala, opuesta a la tesis sostenida en la Sentencia de la misma Sala de Granada de 20-4-1992 aportada en esta instancia por el apelante. No debe pasarse por alto que en las sesiones del Consejo se dio oportunidad al candidato Catedrático de exponer su programa y proyectos de investigación del Departamento, oportunidad que una vez la usó el señor De C. y otra la declinó, lo que significa que se vota a una persona y a sus proyectos a la vez. La titularidad superior no puede eximir al candidato del esfuerzo por convencer de la bondad y viabilidad del programa de actividades del Departamento. Es más, aparte de que la elección no puede reputarse enteramente ineficaz, en el terreno práctico no parece aconsejable imponer un Director de Departamento con el marchamo de una amplia repulsa de la mayoría del Consejo del Departamento.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 4.ª, 28 septiembre 1993.)

5. *Complemento de plena dedicación. Derecho al percibo, pese a tratarse de puesto de trabajo no catalogado, al acreditarse que los recurrentes venían prestando idénticos servicios que los que desempeñaban puestos catalogados. Jurisprudencia reiterada. Revisión.*

«Resulta obligado determinar cuál debe reputarse como doctrina más ajustada al ordenamiento jurídico, si la sentencia impugnada o las alegadas como contradictorias. La cuestión así planteada ha sido ya resuelta por esta Sala en S. 3-7-1992, dictada igualmente en recurso extraordinario de revisión, donde se reputa como correcta la doctrina de las sentencias que reconocen el derecho de los referidos funcionarios a percibir el complemento de plena dedicación y así, en tal sentencia, se dice que "es cierto que el complemento de plena dedicación, que trae causa del Real Decreto-Ley 9/1984, de 11 junio —arts. 2.º.2 y 7.º.3—, que regulaba a la sazón las retribuciones de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, desarrollado por el Real Decreto 1781/1984, de 26 septiembre —art. 5.º—, y éste a su vez por la O. 23-10-1984 —art. 3.º—, constituía una retribución complementaria de determinados puestos de trabajo, concretamente de aquellos cuyo desempeño exigía una 'dedicación y responsabilidad especiales'. También es cierto que la determinación de estos puestos correspondía al Ministerio del Interior, pero no lo es menos que constatado por la Sala sentenciadora que puestos de trabajo ocupados por los recurrentes eran idénticos y reunían las mismas características, tanto en categoría como en trabajo, que otros, cuyos titulares destinados en la misma localidad venían percibiendo el complemento de plena dedicación, que incluso llegaron a cobrar algunos de aquéllos en determinados periodos, no puede erigirse en obstáculo al reconocimiento del derecho a percibir el expresado complemento la falta de catalogación de tales puestos, no sólo porque esto supondría dar una solución meramente formal al caso litigioso cuando el Tribunal *a quo* entiende ya acreditado que los referidos puestos de trabajo exigen una especial dedicación, sino también porque al dirigirse los interesados a la Administración solicitando se les concediera el derecho al percibo del complemento de plena dedicación, ya estaban cuestionando, aunque implícitamente, la no inclusión en el catálogo de los puestos servidos por ellos".» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 14 octubre 1993.*)

6. *Casas militares. El RD 1751/1990 no viola el derecho de igualdad en cuanto reconoce el derecho a prórroga en la ocupación de vivienda a quienes hayan pasado a la situación de reserva transitoria en función de la edad y el tiempo que les falta para pasar la situación de reserva en la Ley 17/89.*

«En el presente recurso contencioso-administrativo y por la representación procesal de don Francisco Javier M. A. se impugna la disposición transitoria primera 1.4.ª del Real Decreto 1751/1990, aprobado por el Consejo de Ministros el 20 diciembre de dicho año.

El contenido literal de dicha disposición es del siguiente tenor literal: "Quienes hubiesen pasado a la situación de reserva transitoria y a la entrada en vigor del presente Real Decreto se encontrasen ocupando vivienda militar podrán conservar el uso hasta su fallecimiento si tuviesen cumplida la edad fijada con carácter general para cada Escala, Cuerpo y empleo para el pase a la situación de reserva en la Ley 17/1989, de 19 julio, o les falten cinco o menos años para alcanzar dicha edad.

*El resto del personal en situación de reserva transitoria deberá abandonar la vivienda, en todo caso, antes de 1-1-1992.*"

Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en sus SS. 16 y 17 marzo 1992 sobre cuestiones sustancialmente idénticas a la planteada por la parte, habiendo

sido inadmitido por Auto del Tribunal Constitucional núm. 954/1992, de 15 septiembre, el recurso de amparo interpuesto contra la primera de dichas sentencias.

La coincidencia subrayada aconseja traer aquí, por unidad de doctrina, los Fundamentos de Derecho de las precedentes sentencias, ya que dan cumplida respuesta a las alegaciones formuladas por la parte recurrente en este punto.

La problemática planteada exige la contemplación de las disposiciones transitorias 1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, que son las únicas que a *prima facie* pueden plantear la posibilidad de entenderse cuestionado el principio de igualdad, y concretamente las reglas tercera y cuarta del apartado 1.º de la disposición primera. El criterio diferenciador, respecto de los militares que se encuentren en servicio activo y les falten cinco o menos años para pasar a la situación de reserva para mantener hasta su fallecimiento el uso de la vivienda militar, es indiscutiblemente un criterio objetivo y razonable, porque la máxima objetividad supone el establecimiento genérico de un determinado lapso temporal —el de cinco o menos años para su cese en el servicio activo—, que a su vez es perfectamente razonable para el fin perseguido por la norma, puesto que la continuación en el uso de la vivienda para ese grupo de personas se justifica, en relación con los que disponen de más prolongado tiempo en el servicio activo, en la mayor dificultad que tienen aquéllos para la previsora planificación de sus necesidades futuras de vivienda, en aras de la considerable merma de ingresos que supone el cese del servicio activo.

Se trata, pues, de supuestos de hecho desiguales a los que se da desigual tratamiento.

Idénticas conclusiones al ser paralelamente idénticos los supuestos de hecho, son aplicables respecto de lo dispuesto en la regla cuarta de la disposición transitoria primera, apartado primero, para los que hubiesen pasado a la reserva transitoria, y también a la entrada en vigor del Real Decreto 1751/1990, les faltasen cinco o menos años para cumplir la edad determinante de su pase a la reserva.

Tampoco constituye infracción al principio de igualdad lo dispuesto en el párrafo final de esta regla cuarta, sobre la fijación de plazo para el abandono de la vivienda, de los comprendidos en esta situación, porque el pase a la situación de reserva transitoria presupone el ejercicio de una opción voluntaria para la ruptura de la relación de servicio con las Fuerzas Armadas con la prácticamente íntegra conservación de sus emolumentos sin contraprestación de servicio y con la posibilidad plena, además, del ejercicio de otro empleo o profesión con la consiguiente incidencia en sus ingresos, sin que pueda hablarse de repercusión en los derechos adquiridos, ya que el uso de tales viviendas siempre ha estado subordinado, como ya hemos visto, a la necesidad de ellas del personal en activo.

A mayor abundamiento, respecto a la cuestionada infracción del principio de igualdad en la regulación de las disposiciones transitorias y la repercusión en los derechos adquiridos, es pertinente recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre tal principio, contenido en el artículo 14 del Texto Fundamental, el cual supone que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hecho iguales, sean asimismo iguales, debiendo considerarse iguales los supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia para el fin perseguido por la norma, criterio de diferenciación que para su relevancia ha de ser no sólo objetivo, sino también razonable.

En el Auto del Tribunal Constitucional de 15-9-1992, al inadmitir el Recurso de amparo núm. 954/1992 interpuesto contra la S. 16-3-1992, se indica en los Fundamentos Jurídicos Segundo y Tercero la siguiente doctrina, de incidencia en el caso: "Las distinciones establecidas por las disposiciones impugnadas sólo son inteligibles si se tiene en cuenta que los funcionarios militares disponen de una situación administrativa *sui generis*, intermedia entre la situación activa y la situación de retiro. Dicha situación transitoria es la de reserva, que en la actualidad regula el artículo 103 de la Ley reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional (LPMP, Ley 17/1989, de 19 julio). Esta Ley, contra lo que se afirma en la demanda de amparo, no ha unificado plenamente las variadas modalidades de situación de

reserva creadas a lo largo del tiempo por la legislación militar para resolver problemas específicos. Concretamente mantiene, aunque sea de manera desigual y transitoria, las situaciones de reserva activa (Disp. Adic. 8.2 y Ley 20/1981, de 6 julio), la de segunda reserva (Disp. Transit. 1.º) y la de reserva transitoria (Disp. Adic. 8.3 y Real Decreto 1000/1985, de 19 junio, a que se refiere la demanda de amparo).

Un análisis cuidadoso de las distintas situaciones lleva a la conclusión inequívoca de que el régimen transitorio establecido por el Reglamento de Viviendas Militares de 1990 podrá ser más o menos conveniente u oportuno, pero se encuentra sólidamente justificado por criterios objetivos y razonables, que es todo lo que exige el principio general de igualdad que enuncia el primer inciso del artículo 14 CE (SSTC 22/1981 [RTC 1981, 22], 34/1981 [RTC 1981, 34], 103/1986 [RTC 1986, 103] y 166/1986 [RTC 1986, 166], entre otras). El Real Decreto 1751/1990 permite que quienes se encuentran en situación de reserva, segunda reserva, o retiro forzoso por edad o por incapacidad física, mantengan el uso de la vivienda militar que se encontraban ocupando hasta su fallecimiento (Disp. Transit. 1.º, 1.2). Distingue esta situación de quienes se encuentran en servicio activo, a quienes aplica el nuevo régimen que les obliga a vaciar las viviendas de apoyo logístico cuando pasen a retirado o a segunda reserva, o pierdan la condición de militar de carrera (art. 32.1). Pero exceptúa a aquellos funcionarios a quienes faltan cinco o menos años para pasar a la situación de reserva por edad o por duración en el mando, salvo que tuvieran vivienda adquirida al Ministerio de Defensa o subsidiada por él. Es indudable que la limitación a cinco años perjudica a los militares a quienes restan más para dejar el servicio activo; pero las razones aducidas por la parte actora, huérfanas de todo apoyo probatorio, son marcadamente insuficientes para entender que la frontera temporal trazada por la norma carece de toda justificación razonable.

En primer lugar, porque el plazo que otorgan las disposiciones transitorias para que el personal militar en activo afronte el problema de la vivienda no es de cinco años, sino de doce o de catorce años, según la escala a la que se pertenezca: pues no hay que olvidar que, como afirma la propia demanda de amparo, los militares dejan de estar en el servicio activo a los 56 o a los 58 años; y hasta que se retiran a los 65 años de edad (art. 64 LPMP), se mantienen en situación de reserva, con sus retribuciones casi íntegras (art. 3 de la Ley 20/1981 y Disp. Adic. 8.2 LPMP). Por consiguiente, sólo el personal en situación de reserva transitoria (contemplado por la Disp. Transit. 1.º, 1.4, del Real Decreto 1751/1990) se ha visto sometido al plazo estricto de cinco años, más el que medió entre la fecha de entrada en vigor del Reglamento de Viviendas Militares (el 23-1-1991) y la fecha marcada por éste para abandonar la vivienda, el 1-1-1992 (Disp. Transit. 1.º, 1.4, *in fine*).

En segundo lugar, porque los plazos que realmente se derivan del Reglamento impugnado, entre seis y catorce años, no pueden considerarse evidentemente insuficientes para que los afectados resuelvan adecuadamente sus problemas de vivienda, en comparación con aquellos a quienes se les reconoce transitoriamente el mantenimiento de su ocupación. Pues dicha solución no se encuentra exclusivamente en la adquisición de una vivienda en propiedad (como presupone la demanda de amparo), y se ve además facilitada por la previsión reglamentaria de que el Ministerio de Defensa fomentará el acceso a la propiedad, y podrá permitir el uso de viviendas militares, cuando no estén calificadas como apoyo logístico, en el marco de una política de acción social (arts. 42 a 44 del Real Decreto 1751/1990). Sin que en el enjuiciamiento de la igualdad en la ley pueda adelantarse un pronunciamiento sobre eventuales desigualdades provocadas en la aplicación de la norma (STC 40/1989 [RTC 1989, 40])."

Tampoco cabe apreciar la aludida desviación de poder aducida por el recurrente al constituir un vicio jurídico cuya existencia ha de ser plenamente probada para evidenciar la intencionalidad torcida de la Administración (SSTS 21-6-1983; 18-10-1986; 5-10-1987; 8 abril, 28 junio y 7 noviembre 1988; 6-10-1990, y 10 julio y 10 octubre 1991), lo que no sucede en la cuestión planteada, pues no se estima que en el caso examinado la Administración se aparta del fin que da sentido al otorgamiento de la potestad ejercida en el ámbito de sus competencias, razones, al igual que las



anteriores, que conducen a la desestimación del recurso, habida cuenta que, en este punto, además la parte actora reproduce argumentos utilizados para basar la discriminación o la vulneración de derechos adquiridos.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, 14 octubre 1993.*)

7. *Funcionarios. Negociación colectiva. Aun después de la Ley 9/87, dadas las contradicciones existentes entre la negociación colectiva de los funcionarios y la que se produce en el ámbito laboral, resulta inviable una articulación unitaria de un pacto que afecte a ambas clases de personal. Nulidad de pleno derecho. El marco de contractualidad está en relación con el contenido de las potestades normativa y de autoorganización del órgano administrativo correspondiente, y, por otra parte, las características del régimen estatutario no emanado de la legalización básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas no permiten que «por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de "mínimos" sobre la que puede pivotar una constelación de unidades negociadoras, pactando cada una a su libre albedrío, sobre el lema de que no está prohibido por la ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de negociación».*

«El conflicto jurídico suscitado en este proceso ha tenido su inicio, en sede jurisdiccional, en la impugnación promovida por el Abogado del Estado, en la representación que le es propia y al amparo de las facultades reconocidas a la Administración del Estado por el artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Albacete, de 22-3-1989, aprobatorio del convenio colectivo afectante a "los funcionarios y personal laboral fijo del Excmo. Ayuntamiento de Albacete" (art. 1.º), concertado en el seno de la Mesa de Negociación compuesta por representantes de los Sindicatos y de la Corporación.

Para el Abogado del Estado demandante esta actuación municipal viola la naturaleza estatutaria de la relación funcional y específicamente los artículos 92.1 de la Ley 7/1985 y 4.1 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, que establecen que los funcionarios de la Administración Local se rigen por las normas legales que les son aplicables, pues, en definitiva, el estatuto de los funcionarios públicos viene establecido por la ley. En resumen, según su tesis, la actuación municipal en esta materia supone o una derogación de normas imperativas, en aquellos supuestos en que se aparta de la legalidad, o una invasión de competencias legislativas por la vía del convenio, en aquellos casos en que lo pactado no se aparta de la legalidad, pues la normativa estatutaria de los funcionarios públicos no puede ser promulgada de nuevo por una Corporación Local. Consiguientemente, "la infracción de base de la aceptación de un convenio colectivo da lugar a una serie de infracciones del ordenamiento jurídico", según el Abogado del Estado, reflejada en las siguientes cláusulas del citado convenio: a) la reducción de jornada a los funcionarios con hijos menores de 10 años (art. 6.º) cuando la ley sólo la concede a los funcionarios con hijos menores de 6 años (art. 30.1.8 Ley 30/1984, en relación con art. 142 RD Leg. 781/1986); b) el incremento del período de vacaciones, teniendo en cuenta los años de servicios del funcionario (art. 7.º), vulnera el artículo 46.1 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local (D. 30-5-1952), que establece el período de un mes de vacaciones anuales; c) el establecimiento de "nueve días de vacaciones al año retribuidas" (art. 9.º) está en pugna con la Instrucción de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 21-12-1983, que concede seis días por este concepto; d) se detecta una elevación de retribuciones que excede en su cuantía el

porcentaje global del 4 por 100 fijado en el artículo 25 de la Ley 37/1988, de 29 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado; e) el derecho a percepción de pagas extraordinarias durante el tiempo de cumplimiento del servicio militar o servicio civil sustitutorio (art. 30) infringe el artículo 29 de la Ley 30/1984, básico de régimen estatutario; f) la ruptura del concepto unitario del complemento de productividad, escindiéndolo en tres, vulnera el artículo 23 de la Ley 30/1984; g) la incentivación, mediante el abono de cantidades a tanto alzado a quienes opten por la jubilación anticipada (art. 24), vulnera el artículo 149.18.º de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva en la determinación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas.

La sentencia de instancia hace un planteamiento razonado acerca de los límites de la negociación colectiva en cuanto a los funcionarios públicos, postulando una interpretación conjunta de los artículos 32, 33 y 34 de la Ley 9/1987, de 12 junio, de la cual se extrae la consecuencia de que "no todos los aspectos de las materias contempladas en el artículo 32 pueden quedar por completo en manos de los negociadores, ya que la reserva de ley va a condicionar todo el artículo, por lo que el ámbito negocial no podrá afectar a materias regidas por leyes o por reglamentos ejecutivos de Leyes, siendo preciso distinguir entre aspectos reservados a la Ley de aquellos que no lo están; en los reservados, no es posible admitir la negociación, porque la Administración no tiene disponibilidad sobre los mismos; en cambio, en los aspectos no reservados a la Ley de las materias del artículo 32, sí será posible la negociación, dado que la Administración detenta competencia para regularlo...". En definitiva, según estas premisas, queda reducido el debate a determinar si "las distintas normas impugnadas por el Abogado del Estado invaden o no las competencias legislativas", "debiendo interpretarse la reserva de ley en determinados casos como una forma de tutela de los derechos de los funcionarios frente al poder ejecutivo, operando como mínimo de derecho necesario, por lo que en los aspectos en que sea posible, por permitirlo el legislador, cabe mejorar la regulación estatal". A este tenor, se establecen las siguientes conclusiones en cuanto a los concretos extremos impugnados del convenio colectivo: a) es legalmente admisible que en la negociación colectiva celebrada se haya regulado de forma más favorable para el funcionariado las materias de reducción de jornada por cuidado de hijos menores, vacaciones y permisos e incentivos de jubilación anticipada; b) por el contrario, procede la declaración de nulidad de la cláusula relativa a la percepción de pagas extraordinarias por los funcionarios en período de cumplimiento del servicio militar por su contradicción con el artículo 29 de la Ley 30/1984, en relación con el artículo 140 del Texto Refundido y constituir normativa básica a la que debía sujetarse la Corporación Local de Albacete; c) se reconoce la vulneración del artículo 25 de la Ley 37/1988, de 28 diciembre, por el exceso en el incremento global de las remuneraciones en cuantía superior al 4 por 100, si bien se entiende que "resulta admisible la negociación en relación con las dos pagas suplementarias de 14.000 pesetas cada una, pues esta percepción ciertamente guarda analogía con el Fondo Adicional establecido por el artículo 25.4 de la Ley 37/1988 para los funcionarios del Estado"; d) igualmente se declara que el acuerdo sobre complemento de productividad "desnaturaliza la auténtica finalidad del complemento (...) que está destinado, según el apartado c) del artículo 23 de la Ley de Medidas, a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria e iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo...".

Las alegaciones de la representación del Ayuntamiento de Albacete, en las materias concretas a las que afecta la declaración de nulidad parcial del Fallo del Tribunal de instancia, aportan los argumentos siguientes en defensa de su validez: a) en cuanto al abono de las pagas extraordinarias a los funcionarios que se hallen prestando el servicio militar, se afirma que no hay contradicción alguna en que, además de los derechos que aparecen reconocidos en el artículo 39 de la Ley 30/1984, tenga validez el apartado 2 del artículo 26 del Convenio, relativo a la percepción íntegra de dichas pagas cuya innovación viene a ser como "un plus" en el que no se plantea problema alguno presupuestario para el Ayuntamiento, que no depende de competencia

presupuestaria ajena y en la consideración de que tales pagas "no se encuentran prohibidas, sólo no dispuestas"; b) respecto al complemento de productividad, "no se produce alteración alguna de la norma legal, sino que se distribuye su concepto, en distintas facetas, para una mejor organización municipal", justificando la disociación entre la llamada Productividad-2, que tiene una cuantía fija mensual, y la Productividad-3, de cuantía variable, según rendimiento o factores productivos; c) se niega igualmente la posibilidad de que exista un incremento total bruto de la masa salarial sobre las retribuciones de 1988 superior al 4 por 100, y esto es así porque el supuesto exceso no es consecuencia directa de tal incremento "sino el establecimiento *ex novo* de una situación retribuida establecida con anterioridad de manera inadecuada". En definitiva, según el Ayuntamiento apelante, "parece ser la interpretación adecuada que el ámbito de la negociación empieza donde acaba la reserva de ley, que así opera como mínimo de derecho necesario, al igual que en el ámbito laboral, al que acudir obligadamente por analogía, a tenor del artículo 3.3 del ET, en cumplimiento de lo ordenado por los artículos 3.1 y 4.1 de nuestro Código Civil".

El debate contradictorio acerca de la validez de las cláusulas cuestionadas del convenio colectivo analizado ha sido planteado y resuelto en la instancia ponderando el juego de dos dimensiones interrelacionadas: la autonomía negociadora de las partes del convenio y la reserva de ley, aplicado a la relación estatutaria de los funcionarios públicos. La contradicción, pues, se plantea en torno a la existencia o no de extralimitación en el contenido de las cláusulas pactadas, teniendo en cuenta las fronteras impuestas por la Ley a esta modalidad de negociación colectiva.

Sin embargo, la peculiaridad de un pacto aplicable globalmente a un colectivo que está sujeto a sendos ordenamientos sustantivos netamente diferenciados, sugiere la previa interrogación acerca de la normalidad jurídica de este fenómeno, a cuya contestación se halla también vinculada la conclusión sobre la validez de lo pactado. En este sentido, advirtiendo que dicho extremo no había sido tomado en consideración por las partes como fundamento de sus respectivas pretensiones, entendimos que era procedente abrir un período de audiencia, de conformidad con el artículo 43.2 de la Ley de la Jurisdicción, a dichos efectos. El hecho del transcurso del plazo concedido, sin que por ninguna de las partes se hayan formulado alegaciones acerca del extremo cuestionado en la audiencia, no excluye que abordemos su análisis y saquemos las pertinentes conclusiones, en conexión con lo pedido por los intervinientes en el proceso.

En resoluciones precedentes (v. gr., SSTS, 3.ª 7, de 17 y 22 marzo 1993), en las que se discutía la validez de convenios unitarios para funcionarios y personal laboral suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley 9/1987, de 12 junio, hemos declarado su nulidad fundados en el carácter estatutario de la relación funcional y en la falta de regulación en este ámbito de la negociación colectiva. Ahora bien, en el supuesto que aquí se plantea el convenio combatido fue suscrito bajo la vigencia de la ley citada, la cual sirve de cobertura dialéctica de los argumentos esgrimidos en el debate en defensa de las respectivas posiciones. En consecuencia, lo que debe ahora dilucidarse consiste en determinar si los respectivos ordenamientos de la negociación colectiva (el de las relaciones estatutarias de los funcionarios públicos y el de las relaciones laborales de los trabajadores) ofrecen entre sí el grado de permeabilidad suficiente para posibilitar una negociación y eventual regulación unitaria bajo forma contractual, y para ello deben ponerse en relación los componentes básicos de los respectivos sistemas.

Siguiendo el orden de los factores anteriormente enumerados corresponde hacer aquí las siguientes precisiones: a) la estructura orgánica representativa integrada en la Mesa de Negociación, a que se refiere el artículo 31.2 de la Ley 9/1987, no es coincidente con la prevista en el artículo 87.1 de la Ley 8/1980 para la constitución de la Comisión Negociadora; b) el grado de autonomía de la negociación colectiva de los funcionarios, resultante de los artículos 32 y 35 de la Ley 9/1987, es manifiestamente más limitado que el reconocido a los trabajadores en el artículo 85 de la Ley 8/1980; c) la situación de supremacía de una de las partes, reflejada en el artículo

lo 35 de la Ley 9/1987 —al requerir la validez y eficacia de los pactos y acuerdos negociados la aprobación expresa y formal del Pleno de la Entidad local respectiva—, no tiene correlación en la letra de los artículos 82 y 90.2 de la Ley 8/1980, aplicables inclusive cuando el empresario sea la Entidad pública; *d*) la misma diferencia de régimen jurídico se observa —en el supuesto de fracaso de la negociación— entre lo establecido en el artículo 37.2 de la Ley 9/1987 y la regulación que deriva del Título II del RD-Ley 17/1977, de 4 marzo, y la STC 11/1981, de 8 abril (RTC 1981, 11) (FJ 24); *e*) igualmente es notoria la diferencia en las reclamaciones jurisdiccionales relativas a esta materia, reservadas al orden contencioso-administrativo tratándose de funcionarios (arts. 9.4 y 24 LOPJ), en tanto es competencia del orden social cuando conciernen al personal laboral, sea pública o privada la unidad empleadora (arts. 9.5 y 25 LOPJ).

La trascendencia de las citadas contradicciones, ponen de manifiesto la inviabilidad de una articulación unitaria del pacto que abarque conjuntamente a los funcionarios y al personal laboral cuyo primer escollo, como hemos dicho, se manifiesta en la dualidad de instancias jurisdiccionales en concurrencia. Procede, por tanto, la declaración de nulidad de conformidad con los artículos 47.1.c) y 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo (redacción anterior a la Ley 30/1992), aunque por razones de obligada congruencia con las pretensiones mantenidas en el proceso, esta declaración de nulidad debe limitarse estrictamente en cuanto a su alcance a las estipulaciones que el Abogado del Estado impugnó en el escrito de demanda y están especificadas en el FD 1.º de esta sentencia y sin extenderse a los actos firmes y efectos agotados como consecuencia de la aplicación de las cláusulas anuladas.

La anulación de la totalidad de las estipulaciones cuestionadas, de acuerdo con las motivaciones anteriormente razonadas, nos releva de abordar el análisis y enjuiciamiento de los fundamentos de la sentencia, ya sean referidos a los motivos de nulidad invocados por la Administración demandante o a las alegaciones de contrario, sostenidas por el Ayuntamiento demandado. Solamente nos resta puntualizar, por su conexión con los motivos de nulidad que hemos apreciado en esta sentencia que, en términos de *lege data*, no es posible aceptar como ámbito de la autonomía contractual la tesis de *asimilación analógica*, postulada por el Ayuntamiento apelante (“parece ser la interpretación adecuada que el ámbito de la negociación empieza donde acaba la reserva de ley, que así opera como mínimo de derecho necesario, al igual que en el ámbito laboral, al que acudir obligadamente por analogía...”); ni siquiera la competencia *residual* que se reclama en la sentencia —“... la regulación de la función pública a través del Estatuto (...) no tiene por qué ser exhaustiva, y el propio Estatuto puede dejar un espacio sin cubrir, como en el ámbito laboral; remitiendo su determinación a la negociación entre las partes...”—. La enumeración de las materias incluidas y vedadas a la negociación colectiva funcional, contenidas respectivamente en los artículos 32 y 36.2 de la Ley 9/1987, no sólo hacen sustancialmente más restrictiva su regulación que la resultante de los artículos 82 y 85 de la Ley 8/1980 para los actores laborales, sino que tiene, también, el referente insoslayable de que los acuerdos versarán sobre materias competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas o Pleno de las Entidades Locales (art. 35 Ley 9/1987); precepto que, a su vez, guarda relación con el artículo 36.2 de la misma Ley facultando al órgano de gobierno de la Administración Pública correspondiente para establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo. El marco de contractualidad, por tanto, está en correlación con el contenido de las potestades normativas y de autoorganización del órgano administrativo correspondiente y, por otra parte, las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales —tesis defendida por el Ayuntamiento apelante y en cierta medida aceptada en la sentencia—, tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de “mínimos”, sobre la que pueda pivotar una constelación de uni-

dades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación, referendado por la respectiva Corporación Municipal.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 22 octubre 1993.*)

#### IV. INCOMPATIBILIDADES

1. *Incompatibilidades. Dos puestos en el sector público. Doctrina general. Disposición Transitoria Tercera, núm. 3, párrafo 2.º: ante el silencio acerca del órgano competente para reclamar la excedencia en los supuestos de falta de opción, debe estarse a la cláusula general de atribución de competencia en favor de la Administración del Estado establecida en el artículo 20 LI.*

«Por Resolución de la Inspección General de Servicios de la Administración Pública del Ministerio para las Administraciones Públicas de 9-4-1987, don José M.ª C. C. fue declarado en excedencia en el puesto de Médico General del Insalud de Santa Cruz de Tenerife como puesto de trabajo secundario, siendo el principal el de Médico del Hospital General y Clínico de Tenerife, en aplicación de lo dispuesto en la disp. transit. 3.ª, ap. 3.º, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Tal resolución fue confirmada por otra posterior de 24-9-1987, dictada por la Subsecretaría de las Administraciones Públicas, por delegación del Ministro titular del referido departamento, que desestimó el recurso de alzada interpuesto frente al anterior. Interpuesto recurso contencioso-administrativo por el señor C., la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que, estimando parcialmente el recurso, acordó anular ambas resoluciones administrativas, declarando el derecho del recurrente a ser repuesto en su cargo de Médico del Insalud que desempeñaba cuando fue cesado, con los efectos económicos y administrativos correspondientes desde el día en que cesó en el mismo, mientras el Cabildo Insular de Tenerife no declarase si procedía la incompatibilidad de ambos puestos de trabajo y ello, por entender, la referida Sección, que el Ministerio para las Administraciones Públicas no era competente para dictar la resolución acordando la excedencia, sino que, a tenor del artículo 9.º de la Ley 53/1984, lo era el Cabildo Insular de Tenerife, del que dependía el puesto principal de médico del Hospital General, postulándose por el señor Abogado del Estado en el presente recurso de apelación en interés de la ley, que se declare errónea y gravemente dañosa la anterior doctrina y que se fije como doctrina legal la de que "para la aplicación de la opción forzosa entre los dos puestos de trabajo del sector público prevista en la disp. transit. 3.ª, ap. 3.º, de la Ley 53/1984, de 26 diciembre, no es preciso que exista antes una expresa y previa declaración de incompatibilidad de la autoridad competente para otorgarla prevista en el artículo 9 de la referida Ley".

El artículo 9.º de la Ley 53/1984, que forma parte del Capítulo III de dicha Ley, ha de ser interpretado en relación con los demás preceptos de tal Capítulo, y así, el artículo 3.º prevé la posibilidad, para el personal comprendido en el ámbito de aplicación de la propia Ley, de un segundo puesto de trabajo o actividad en el sector público en los supuestos previstos en la misma, para las funciones docentes y sanitarias, en los casos a los que se refieren los artículos 5.º y 6.º de la propia Ley, y en los que, por razón de interés público, se determinen por el Consejo de Ministros, previniendo el artículo 9.º que la autorización o la denegación (de la autorización)

para el segundo puesto de trabajo corresponde (como en el caso de autos) al Pleno de la Corporación Local a la que figure adscrito el puesto principal, previo informe, en su caso, de los Organismos, Entes y Empresas Públicas. Este precepto es aplicable a los supuestos en que, estando desempeñándose un puesto de trabajo, se pretende desempeñar otro puesto con carácter secundario, y que imponen una previa petición del interesado, mas no es el supuesto de autos al que le es de aplicación la disp. transit. 3.ª, que prevé la posibilidad de que el personal sanitario pueda seguir compatibilizando hasta el 30-9-1985 dos puestos de trabajo que ya viniera desempeñando con anterioridad al 1-1-1983, o hubiera obtenido autorización expresa con posterioridad, quedando anuladas todas las compatibilidades a partir del 1-10-1985 cuando con anterioridad uno de los puestos viniera desempeñándose en régimen de jornada ordinaria o cuando con posterioridad a dicha fecha uno de los puestos pasara, en virtud de reordenación, a ser de jornada ordinaria, en cuyos supuestos se impone a los interesados la obligación de optar, en el plazo de tres meses, entre los dos puestos de trabajo que venían desempeñando con el apercibimiento que, en caso de que no ejercitasen el derecho de opción en el plazo señalado, se entenderá que optaban por el puesto de jornada ordinaria, pasando automáticamente a la situación de excedencia en el otro puesto.

Ciertamente que en los supuestos de falta de opción y consiguiente declaración de excedencia en uno de los puestos de trabajo no establece de forma específica el párr. 2.º del núm. 3 de la disp. transit. 3.ª, quién es el órgano competente para declarar la excedencia, mas la competencia de la Administración del Estado se deduce a la cláusula general de atribución de competencia contenida en el artículo 20 de la propia Ley de Incompatibilidades.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 4.ª, 21 junio 1993.*)

## 2. *Incompatibilidades. Su regulación o declaración no vulnera los principios de seguridad jurídica o irretroactividad de disposiciones restrictivas, ni el derecho al trabajo.*

«El recurrente, que desempeñaba dos puestos de trabajo en el sector público docente de Andalucía, impugna en este recurso de apelación la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla que desestimó el recurso formulado contra resolución de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía por la que se declaró la incompatibilidad para el desempeño de la segunda actividad y el cese en este segundo puesto de trabajo, alegando que conoce la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 2-11-1989, dictada en el Recurso de inconstitucionalidad núm. 272 del año 1985, en el que se impugnaban determinados preceptos de la Ley 53/1984, de 26 diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, pero que, al margen de la jurisprudencia constitucional, la sentencia recurrida rechaza indebidamente la alegación formulada en orden a la vulneración del artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo y no resuelve, ni siquiera hace alusión, a la cuestión básica planteada en la demanda relativa a la posible responsabilidad del Estado legislador.

El artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, después de establecer que instruido el expediente, inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá de manifiesto a los interesados para que en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, dispone en el ap. 3.º que se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las aducidas por el interesado, que es exactamente lo ocurrido en este caso, en que la declaración de incompatibilidad se basa exclusivamente en la propia declaración presentada por el

interesado, en la que manifiesta las actividades desarrolladas, la que de ellas considera como principal y por la que opta, horarios de trabajo, remuneraciones y demás datos que constituyen el fundamento único de la resolución administrativa impugnada, sin que el hecho de que la resolución del expediente se hubiere efectuado fuera de plazo sea determinante de su nulidad, de conformidad con los artículos 49 y 61.2 de la misma Ley de Procedimiento Administrativo, ni constituya motivo para exigir un trámite de audiencia antes de resolver, innecesario según el ya citado artículo 91.3; ni, en definitiva, el hecho de que en el período de tiempo intermedio entre la solicitud de compatibilidad y la fecha en que se declaró la incompatibilidad se hubiesen dictado disposiciones reguladoras de diversos aspectos sanitarios —régimen laboral de determinado personal sanitario, Centros de Atención primaria, integración de centros o personal, etc.— afecten en absoluto a la declaración de incompatibilidad efectuada de conformidad con la Ley de Incompatibilidades de 26-12-1984 y Real Decreto de 30-4-1985, ni convierten en necesario el trámite de audiencia, máxime cuando el interesado, tanto en vía administrativa como en las dos instancias jurisdiccionales, ha podido formular toda clase de alegaciones o aportar pruebas conducentes a la defensa de sus derechos.

En el recurso de reposición interpuesto en vía administrativa no se hace ninguna referencia a una petición de indemnización y, además, en la súplica del mismo se pide exclusivamente la declaración de compatibilidad entre los dos puestos de trabajo que desempeñaba, siendo en la primera instancia jurisdiccional cuando por primera vez, con carácter alternativo, se solicita el reconocimiento del derecho a ser indemnizado, previa apertura del procedimiento de justiprecio, petición que en esta segunda instancia sufre un giro radical para fundamentarla por primera vez en la posible responsabilidad del Estado legislador, y si a ello añadimos que, de acuerdo con el criterio mantenido en repetidas sentencias del Pleno del Tribunal Supremo, la declaración de la misma es competencia del Consejo de Ministros, la conclusión es que también debe ser rechazada, pues ni un órgano de Gobierno de la Junta de Andalucía es competente para conocer en vía administrativa de la posible responsabilidad del Estado legislador, ni su revisión en vía jurisdiccional compete a una Sala territorial, lo que determina la procedencia de desestimar el recurso de apelación.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 11 octubre 1993.*)

## V. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

### 1. Expediente disciplinario. Prescripción de la infracción y perención o caducidad del procedimiento administrativo.

«Es preciso, en cuanto a la primera de las alegaciones, rechazar toda relación o símil entre la prescripción de la infracción, que opera automáticamente y a la que después nos referiremos, y la perención o caducidad del procedimiento administrativo, señalando en cuanto a ésta: A) Ciertamente que el artículo 425.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la duración del procedimiento sancionador no excederá de seis meses, pero admitiendo a continuación que por circunstancias excepcionales pueda prolongarse por mayor plazo, en cuyo caso el Instructor deberá dar cuenta cada diez días del estado de su tramitación y de las circunstancias que impiden su conclusión a la Autoridad que hubiere mandado proceder, debiendo consignarse a este respecto el voluminoso expediente instruido, las extensas alegaciones formuladas por los expedientados y la complejidad de las diversas relaciones de asuntos pendientes y demás pruebas practicadas, añadiendo que el 2-1-1988 se ordenó la incoación del expediente disciplinario, hubo de nombrarse Instructor y Se-

cretario y se elevó al Presidente del Tribunal Superior de Justicia el 13 julio siguiente, por lo que mal podía dar cuenta cada diez días del estado de tramitación a la Autoridad que había ordenado su incoación, a quien se había remitido para su resolución por la Sala de Gobierno. B) Es perfectamente aplicable a estos expedientes disciplinarios la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo del artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en Sentencias, entre otras, de 21-2-1986, 17-2-1988 y 15 enero y 17 octubre 1991, en el sentido de que la inactividad de la Administración no produce la caducidad del expediente, dando lugar únicamente a la posible responsabilidad disciplinaria del funcionario causante de la demora. C) Es más, la jurisprudencia ha estimado también, en SS. 22-12-1988, 21-2-1991 y 7-12-1992, que si conforme al artículo 99 de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuando se paraliza el expediente por causa imputable al administrado, la Administración debe advertirle que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del mismo, con archivo de las actuaciones, a la inversa, cuando la paralización sea imputable a la Administración, es el particular el obligado a realizar dicha advertencia para que, una vez transcurrido dicho plazo, se produzca la caducidad.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 9 julio 1993.*)

2. *Retraso o desidia en el despacho de los autos. Como no se refiere a uno a varios asuntos concretos, sino al despacho en general de la totalidad de los asuntos de la Sala o Juzgado, el plazo de prescripción no puede empezar a computarse hasta que no se produce el cese en el destino. Artículos 416.2 y 418.8.º LOPJ.*

«Si el hecho imputado y después sancionado fue el previsto en el artículo 418.8.º, párrafo segundo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, el retraso o desidia en el despacho de asuntos, es claro que no se refiere a uno o varios asuntos concretos, sino al despacho en general de la totalidad de los asuntos de la Sala o Juzgado, por lo que el plazo de prescripción de seis meses que para las faltas graves establece el artículo 416.2 de la LOPJ no pudo empezar a computarse hasta que cesó en el destino y, por tanto, en la conducta sancionada, de forma que cuando el 2-1-1989 se ordena la incoación de expediente disciplinario, aparte de que en el intermedio se habían practicado otras diligencias gubernativas en relación con tales hechos, no había transcurrido el plazo de prescripción señalado, ni tampoco transcurrido dicho plazo desde que el 13-7-1989 el Instructor acuerda elevar el expediente al Presidente del Tribunal Superior de Justicia hasta que el 5 octubre siguiente se adopta por la Sala de Gobierno la resolución sancionadora, tiempo en el que el expediente tampoco estuvo paralizado puesto que se extendió diligencia de su recibo en la Presidencia, se nombró Ponente, éste formuló propuesta de resolución y se convocó a los componentes de la Sala de Gobierno que había de resolver.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 9 julio 1993.*)

3. *Separación de servicio. Oficial de la Administración de Justicia. Abandono de destino. Inexistencia de desproporción. Para que la sanción sea proporcionada no se exige que concurren circunstancias agravantes.*

«Es objeto de este proceso la impugnación de la sanción de separación del servicio, impuesta al recurrente, Oficial de la Administración de Justicia, por acuerdo del Consejo de Ministros, por haber dejado de asistir a su destino desde el 1 septiembre al 3 diciembre 1986, con ausencia en el extranjero.

En ningún momento, ni a lo largo del procedimiento administrativo, ni en este proceso judicial, se han negado los hechos objeto de la sanción, ni su calificación



jurídica como falta muy grave (art. 464 en relación con los arts. 417.4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 81.c del Reglamento de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, aprobado por RD 2003/1986, de 19 septiembre), cuestionándose en exclusiva la proporcionalidad de la sanción impuesta, habida cuenta que, conforme a lo dispuesto en la normativa aplicable (art. 464.2, en relación con el 420.2 de la LOPJ y art. 86.3 del Reglamento citado), las sanciones imponibles por falta muy grave pueden ser las de suspensión, traslado forzoso y separación, y no existe, a su juicio, razón para imponer la más grave de ellas, para lo que, en su criterio, se precisa la concurrencia de una circunstancia agravante, aduciendo además una serie de circunstancias que justificarían una opción menos extrema.

Por su parte el Abogado del Estado justifica la proporcionalidad de la sanción, aduciendo que la actitud del recurrente evidenciaba su claro propósito de desentenderse totalmente del ejercicio del cargo con una clara intencionalidad de abandonar el servicio, y que en relación con ese abandono resultan inadecuadas las sanciones de suspensión o traslado, rechazando la consideración de los elementos de atenuación argüidos, pues no existe prueba de los mismos.

Planteados los términos de la litis, no existe una base firme para poder tachar de desproporcionada con la infracción una sanción que la legislación aplicable prevé para la misma, sin que, por lo demás, estimemos correcta la tesis del recurrente de que sea precisa la concurrencia de una circunstancia agravante para imponer la sanción máxima, independientemente de que dicha concurrencia pueda justificar de por sí esa opción. Mas si los hechos tienen en sí mismos una gravedad especial dentro del marco único de la infracción del artículo 81.c) del Reglamento de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, resulta perfectamente adecuado a derecho que en función de la mayor entidad de los hechos se opte por aplicar a la infracción la más grave de las sanciones entre las previstas en la norma.

En este caso, como observa el Abogado del Estado, la larga duración de la ausencia del recurrente a su destino puede ser exponente de una intención de una ruptura unilateral de su relación de servicios, que justifica la opción de la Administración por la sanción más rigurosa.

Por otra parte, como observa igualmente el Abogado del Estado, los elementos de atenuación propuestos no son atendibles, pues o no han sido objeto de prueba ("la circunstancia de la situación generalizada en los Juzgados en aquel momento", "la depresión que viene a afectar a mi representado"), o son improcedentes ("la situación del Juzgado", pues fuera cual fuese, no justifica la conducta sancionada), o son inexactos ("que por los mismos hechos ha sido sancionado penalmente", pues el abandono del servicio es diferente de los delitos a que alude), o son irrelevantes por ser posteriores a los hechos ("que ha dado todo género de explicaciones, volviendo espontáneamente", "que han transcurrido los años, y que su vuelta al trabajo se haría alejado y sin influencia alguna de hechos pasados", "que se trata de un funcionario preparado sólidamente que podría contribuir de modo eficaz a ayudar en el trabajo que pesa sobre los juzgados").

Sería, en su caso, en un ulterior expediente de rehabilitación donde, en su caso, pudiera tener cabida la consideración de los últimos elementos.

Se impone por todo lo expuesto la desestimación del recurso.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 12 julio 1993.*)

Rafael ENTRENA CUESTA



# CRONICA ADMINISTRATIVA

