

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. SELECCIÓN: 1. Selección. Abogado consistorial. Concurso-oposición libre: inaplicabilidad del artículo 17 Ley 30/84; habrá que estar al artículo 171.2 TR, que permite optar entre la oposición, el concurso y el concurso-oposición libre. Publicidad: el RD 2223/1984 no puede, sin más, aplicarse a un ámbito mucho más reducido que el nacional, como es el local, por lo que de sus prescripciones sólo habrán de aplicarse las que se consideran esenciales para el fin perseguido. Desviación de poder en el baremo; necesidad de prueba. 2. Concurso. Profesor Asociado. Desviación de poder, por seguirse el criterio de la Agencia Nacional de Ciencia y Tecnología, no como medio de resolver un conflicto, sino para buscar apoyo en favor de la postura del miembro de la Comisión evaluadora, promovente del concurso y discrepante de la propuesta de la mayoría. 3. Derechos fundamentales. Contenido esencial. Artículos 14 y 23.2 CE. Inexistencia de vulneración, por faltar el término de comparación. 4. Concursos y Oposiciones a Catedráticos y Profesores de Universidad. La posibilidad de un juicio de fondo por parte de la Comisión de Reclamaciones no permite la pura sustitución del juicio técnico de la Comisión encargada de juzgar el concurso, sino que deberá limitarse a verificar el respeto por ésta de los principios de igualdad y de mérito y capacidad. Supuesto de exceso en la actuación de la Comisión de Reclamaciones, al sustituir el Juicio de la Comisión Juzgadora por el de los asesores nombrados por aquélla.—II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: 1. Provisión de puestos de trabajo libre designación. Artículo 20 L. 30/84. Sin perjuicio de que la Administración dispone de facultades más amplias que en el sistema de concurso, ello no la inviste de un poder omnímodo para decidir como tenga por conveniente, pues la decisión ha de ajustarse en todo caso al interés público que constituye la base y finalidad de todas y cada una de las potestades administrativas, debiendo respetarse los principios de mérito y capacidad que el artículo 103.3 CE señala como principios rectores del acceso a la función pública. Desviación de poder. 2. Denegación indebida a un funcionario del derecho a participar en concurso de promoción interna. Infracción del artículo 23.3 CE.—III. SITUACIONES: Situaciones. Catedrático excedente conforme al artículo 29.3.a) Ley 30/1984. Su reingreso al servicio activo ha de producirse con ocasión de vacante con dotación presupuestaria.—IV. DERECHOS: 1. Derechos adquiridos y potestad organizatoria. Integración del Cuerpo Auxiliar de Especialistas «Suboficiales» en la Escala Básica del Cuerpo de Especialistas del Ejército. RD 1637/1990. Legalidad. 2. Pensión extraordinaria. Servicio Militar. Legalidad del artículo 52.2 del D. Leg. 670/1987. 3. Derechos pasivos. Incapacidad permanente. Personal militar en situación de excedencia voluntaria. Cómputo como servicios efectivos de los que faltaban al interesado para alcanzar la edad de retiro o jubilación: ilegalidad del artículo 31.4 del D. Leg. 670/1987 al introducir un cambio sustancial en el artículo 29.1.p).3 de la Ley 50/1984, que era uno de los preceptos legales a refundir, que no venía exigida por la necesidad de armonización del precepto con otros existentes en la normativa preponderante, y que era lo suficientemente claro y explícito para que tampoco pudiera buscarse la justificación de la modificación en la autorización legislativa para aclarar las normas refundidas. 4. Cuerpo Nacional de Policía. Indemnización por residencia eventual. No tienen derecho a ella los agregados a población distinta a la de su destino. Doctrina general. Revisión. 5. Retribuciones. Administración local. Su reordenación se efectúa mediante disposición general. Nulidad, por superarse los topes fijados en los Presupuestos Generales del Estado, en contra del RD 861/1986, de 25 de abril. 6. Funcionarios locales. Complemento de destino. No se rigen por el RD 28/1990, de 15 de enero, pues dichos funcionarios tienen establecidos sus niveles en el Anexo del RD 861/1982, de 25 de abril. Su cuantía y estructura no

tiene por qué ser idéntica a la establecida para los funcionarios de la Administración del Estado. 7. Complemento de destino. Funcionarios Administración local. Se asigna en razón a la responsabilidad de las funciones encomendadas y no del título exigible; peligrosidad o penosidad.

I. SELECCIÓN

1. Abogado consistorial. Concurso-oposición libre: inaplicabilidad del artículo 17 Ley 30/84; habrá que estar al artículo 171.2 TR, que permite optar entre la oposición, el concurso y el concurso-oposición libre. Publicidad: el RD 2223/1984 no puede, sin más, aplicarse a un ámbito mucho más reducido que el nacional, como es el local, por lo que de sus prescripciones sólo habrán de aplicarse las que se consideran esenciales para el fin perseguido. Desviación de poder en el baremo; necesidad de prueba.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Sentencia apelada)

«En cuanto a la falta de requisitos de publicidad de los actos de la convocatoria del concurso, alega el recurrente la violación del artículo 19 del Real Decreto 2223/1984, de 19 diciembre, que aprueba el Reglamento General del Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado, que ordena que, además de publicar la convocatoria en el "Boletín Oficial del Estado" ("BOE" a partir de ahora), según el artículo 18, se publiquen en dicho Diario Oficial las listas de admitidos o, en su caso (ap. 2 del art. 19), el lugar y la fecha de comienzo de los ejercicios, así como la relación de los excluidos, con indicación de las causas y del plazo de subsanación de defectos. Evidentemente, sólo en este aspecto puede circunscribirse este motivo de oposición, pues con relación al resto de los anuncios, una vez comenzadas las pruebas, según su apartado 4, ya no es obligatoria la publicación en el "BOE", bastando la efectuada en los locales donde se celebren las pruebas. En este caso, en el Tablón de Anuncios del Ayuntamiento y en el Boletín Informativo Municipal, como así tuvo lugar.

El alegato, en los términos en que es planteado, debe rechazarse, porque si bien es cierto que tanto el artículo 97 de la Ley Básica de Régimen Local, de aplicación preferente en esta materia, salvo cuando se trata de funcionarios con habilitación de carácter nacional, sólo obliga a publicar la convocatoria en el "BOE", ya que la de sus bases se podrá hacer en el Boletín Oficial de la Provincia; Diario Oficial éste al que también se remite la Ley 31/1985, de 26 diciembre (LPAS 1985, 3494), de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, aplicable en segundo lugar por virtud del artículo 134.2 del Texto Refundido en materia de Régimen Local de 1986, no es menos cierto que, por virtud de este último precepto, el citado Real Decreto 2223, en cuanto legislación estatal, también es de aplicación, supliendo así las omisiones de las normas locales y autonómicas aludidas. Ahora bien, aun teniendo que acudir a este último, es evidente que por estar pensado para unas pruebas nacionales, su publicidad es más rigurosa para así poder llegar a todo el territorio nacional, para cuya finalidad se precisa el "BOE" como medio oficial único. Por eso, el Real Decreto citado no puede, sin más, aplicarse a un ámbito mucho más reducido como es el local. De ello se deduce, también, que de sus prescripciones solamente habrán de aplicarse las que se consideran esenciales para el fin perseguido, que no es otro que la publicidad, que se cumplió con creces, ya que no sólo se publicó en el "BOE" la convocatoria, que era lo obligado según el

citado artículo 97 de la Ley Básica, sino también las bases de la misma, que ya no era preciso según dicho precepto. Pero lo esencial es que, dada la naturaleza del proceso selectivo, que no era otro que el de concurso libre, una vez publicadas aquéllas, al no existir prueba alguna que requiriese la asistencia de los concursantes, para nada se necesitaba una publicación de carácter nacional para saber el día y hora en el que el Tribunal se iba a reunir para examinar y calificar, según baremo también publicado en el "BOE", los méritos ya presentados. De ahí que la alusión al apartado 4 del citado artículo 19 del tan repetido Real Decreto sea adecuada en este caso, y la publicación tanto en el Tablón de Anuncios como en el Boletín Informativo Municipal se considere más que suficiente.

El primero de los motivos de fondo, cual el de que se debió de proceder a un concurso de méritos entre funcionarios, antes del ofrecimiento libre, no pretende otra cosa que sustituir la voluntad del órgano competente para determinarlo, en este caso el Pleno, por la del propio recurrente y, además, sin base o fundamento legal alguno. En efecto, se afirma que el artículo 101 de la Ley Básica dispone que los puestos de trabajo vacantes se provean por concurso de méritos entre funcionarios y, si por éstos no se cubriesen, entonces procedería el concurso libre. Apoya esta tesis en la STS 13-5-1986 (RJ 1986, 2916), que no es aplicable, estimamos, para este caso, pues basta leer su enunciado para comprender que se refiere a funcionarios del propio Organismo, es decir, que si existe vacante, primero se sacará a concurso entre los que ya son funcionarios del Cuerpo y Organismo a que pertenecieren, antes de sacarlas a los de nuevo ingreso. Lo que pretende el recurrente es totalmente distinto pues acude al artículo 17 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, cuyo título se refiere a la "Movilidad de funcionarios de las distintas Administraciones Públicas", o sea, todo lo contrario al supuesto de hecho contemplado en la sentencia aludida. Porque el artículo 17 citado está condicionado al desarrollo legislativo correspondiente, según el artículo 168 del Texto Refundido, y no puede olvidarse que el artículo 171.2 del mismo declara que los funcionarios que desempeñen tareas que sean objeto de una carrera para cuyo ejercicio exigen las leyes estar en posesión de determinados títulos académicos, ingresarán por oposición, concurso o concurso-oposición libre, según acuerde la Corporación, concordante con lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Ley 30/1984 y 91.2 de la Ley Básica; y si fue en el caso presente el Pleno quien determinó la forma de ingreso mediante concurso libre, según el artículo 22.2.1) de la repetida Ley Básica, se cierra así la perfecta legalidad del acuerdo, decayendo, nuevamente, el motivo de oposición agitado.

Las dos últimas causas de oposición hacen relación al baremo de méritos aprobado en las bases, que se dice hecho a medida del candidato nombrado; y a la violación del principio de igualdad por lo antes dicho. Alegaciones ambas que no basta con indicarlas, sino que habrán de demostrarse de forma cumplida. Vuelve otra vez el recurrente a pretender sustituir el criterio del Tribunal por el suyo propio, atribuyendo un significado a la sentencia de esta Sala, que aporta con su demanda, que dista mucho de afirmar lo que él pretende en cuanto a una supuesta desviación de poder. Tergiversa, además, los hechos que motivaron la sustitución temporal del Tradado Consistorial (debido a una grave enfermedad) por tres profesionales del derecho, aunque uno de ellos fuera el codemandado, y pretende deducir de esta circunstancia una consecuencia que no puede constituir relación de causa-efecto. Ya en aquella sentencia que cita el recurrente se desvirtuaban sus afirmaciones, también sobre una supuesta desviación de poder, cuando ni siquiera era el hoy codemandado candidato a la plaza, que quedó desierta; y vuelve nuevamente a la misma cuestión, siendo así que en la puntuación global obtuvo un séptimo lugar frente al oponente, que tuvo el primero. Entre lo que se dice en esa sentencia aportada a autos y lo afirmado por las partes codemandadas es más que suficiente, y la Sala no entra al análisis de lo que no constituyen más que simples alegaciones de pareceres, por no conducir a ningún resultado jurídico práctico y constituir una pérdida de tiempo innecesaria. Basta afirmar que en la aplicación del baremo a los méritos respectivos no se observa ni desviación alguna de poder ni tampoco violación del principio de igualdad, con lo que el último de los motivos queda desechado.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO
(Tribunal Supremo)

«Sostiene el apelante que se han incumplido los requisitos de publicidad establecidos en los apartados f) e i) del artículo 14 del Real Decreto 2223/1984, de 19 diciembre, que aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración del Estado, de aplicación supletoria, conforme a su artículo 1.1, para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, pues la convocatoria publicada no contenía la designación del Tribunal Calificador ni el calendario de realización de las pruebas, como exigen los mencionados apartados del citado precepto reglamentario.

Constituye esta alegación una cuestión nueva, no aducida en la primera instancia, que, por tal motivo, habría de ser rechazada sin más. Pero, con independencia de ello, tampoco cabría considerar vulnerado el principio de publicidad, pues el anuncio de la composición del Tribunal y de la fecha fijada para su deliberación sobre los méritos de los concursantes, mediante su publicación en el Boletín Informativo Municipal y Tablón de Edictos del Ayuntamiento, con arreglo a lo dispuesto en la Base 4 de la convocatoria, debe considerarse adecuado al ámbito local del concurso y suficiente para que llegaran a conocimiento del reducido número de concursantes admitidos, como así sucedió, por lo que aquí interesa, respecto del recurrente, por lo que la denunciada irregularidad formal carece de virtualidad invalidante a tenor del artículo 48.2 de la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo, habida cuenta de que, según se ha expuesto en el apartado anterior, ninguna indefensión se ha producido.

Tampoco puede prosperar la alegación consistente en que antes del concurso libre debió haberse procedido a un concurso entre funcionarios, bastando para rechazar este alegato con remitirnos a los razonamientos de la sentencia apelada, que se dan por reproducidos y que el apelante no ha desvirtuado, limitándose a incidir en las mismas alegaciones que adujo en la primera instancia.

En cuanto al Baremo de méritos, insiste el apelante en que no sirve para seleccionar con objetividad al funcionario que debía ocupar la plaza de Letrado consistorial, dado que, a su juicio, los méritos a tener en cuenta y su puntuación poco tienen que ver con las funciones a desarrollar, y que vulnera el principio de igualdad al estar diseñado precisamente en beneficio del aspirante seleccionado; pero los argumentos esgrimidos en apoyo de estas alegaciones no pueden aceptarse por cuanto que: A) el epígrafe II-Méritos Profesionales, del Baremo, puntuaba en su apartado a) el ejercicio de la Abogacía con un mínimo de cinco años, de manera que no se valoraban únicamente los años de colegiación, como afirma el apelante, siendo razonable que el Ayuntamiento pretenda que el Letrado a seleccionar acredite un mínimo de años de experiencia en el ejercicio de la profesión, mínimo que en cualquier caso no puede afirmarse que produzca discriminación alguna; B) tampoco puede aceptarse que los méritos académicos se valoren excesivamente frente a los de carácter profesional, como afirma el apelante, pues basta examinar los apartados I y II del número 5 del anexo 7 de la convocatoria para comprobar que, contrariamente a lo alegado, los méritos profesionales pueden alcanzar 22,50 puntos y los académicos sólo 11, sin que quepa excluir de los primeros los 10 puntos de los cinco primeros años de ejercicio profesional, como hace el apelante para obtener el efecto pretendido, debiendo señalarse que nada impedía que la plaza fuera adjudicada a un concursante que no acreditase ningún mérito académico, incluso en el supuesto de eliminar de los profesionales los indicados 10 puntos, puesto que para superar el concurso bastaba con alcanzar 12,50 puntos, según se establecía en el apartado III de los citados número y anexo de la convocatoria; C) no existe en el Baremo distinción entre la valoración de los pleitos y asesoramientos realizados para Ayuntamientos y los que lo hayan sido para el Ayuntamiento de Oviedo, sin que se justifique la exclu-

sión de estos últimos por el hecho de que el seleccionado fuera uno de los tres Letrados que sustituyeron temporalmente al Abogado Consistorial durante una grave enfermedad, pues ello les discriminaría frente a aquellos otros Letrados que hubieran prestado servicios para otras Corporaciones Locales; y D) en el Baremo se diferencian los servicios jurídicos prestados a los particulares de los prestados a la Administración, y, dentro de ésta, según se trate de Ayuntamientos o de otras Administraciones Públicas, pero ello no vulnera el principio de igualdad, pues es razonable que un Ayuntamiento valore más, en un concurso de méritos, la experiencia profesional referida específicamente a la defensa y asesoramiento de Corporaciones Locales.

Por consiguiente, los argumentos utilizados no permiten afirmar que los méritos contemplados en el Baremo no sirvan para seleccionar con objetividad al concursante más idóneo para ocupar la plaza de Abogado Consistorial, ni que prefiguraran al ganador del concurso. Nada arbitrario ni discriminatorio se aprecia en el Baremo, en el que aparecen ponderadamente valorados los méritos académicos y profesionales y, dentro de éstos, razonablemente primados los servicios jurídicos prestados a Corporaciones Locales.

Reitera el apelante la alegación de desviación de poder que residencia en el hecho de que los méritos del Baremo, inadecuados, a su juicio, para seleccionar con objetividad a un Abogado Consistorial, coincidan, a su entender, con los que podía acreditar el concursante seleccionado, que había recibido del Ayuntamiento, sin previa selección, el encargo de intervenir en un número de asuntos que constituyen la casi totalidad de su actividad como Abogado y agotan, prácticamente, sus méritos profesionales, entre otras razones, se dice, porque se infravaloran los servicios prestados a particulares y se valoran excesivamente los que el Ayuntamiento le había encomendado. Pero estas alegaciones no pueden desvirtuar los fundamentos del fallo recurrido ni, por tanto, convencer a la Sala de la existencia de la divergencia teleológica que caracteriza el vicio de la desviación de poder, pues los argumentos aducidos por el apelante acaban de rechazarse en el anterior fundamento jurídico y, como allí se ha dicho, nada en la convocatoria permite afirmar que se pretendiera prefigurar al ganador del concurso, ya que los méritos contemplados podían resultar favorables para un número indeterminado de Abogados.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 4 octubre 1993.*)

2. Concurso. Profesor Asociado. Desviación de poder, por seguirse el criterio de la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva, dependiente de la Comisión Nacional de Ciencia y Tecnología, no como medio de resolver un conflicto, sino para buscar apoyo en favor de la postura del miembro de la Comisión evaluadora, promovente del concurso y discrepante de la propuesta de la mayoría.

«Aunque la Comisión de Contratación tenga facultades para dirigirse, pidiendo informe, a la Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva —trámite éste no expresamente previsto en las Normas de Contratación— y en el resultado de dicho informe se haya basado la Comisión de contratación, para efectuar la propuesta definitiva de nombramiento a favor de la señora R. (propuesta acogida por las impugnadas resoluciones del Rector), es evidente que el ejercicio de aquella facultad deja vacío de contenido la evaluación de los méritos de los concursantes efectuada por la Comisión de Evaluación, que es la competente, conforme a la Norma 8, para llevarla a cabo, orientándose así la propuesta de contratación en favor de una concursante (la señora R.) que por dos veces sucesivas ha sido evaluada por dicha Comisión con puntuación inferior a la que obtuvo otro concursante (el señor E. S.), quien se ve así

apartado de la contratación, para efectuarse ésta en favor de quien fue candidata preferida del Profesor titular del Area, promovente del concurso y quien, formando parte de la Comisión de Evaluación, quedó en minoría, frente al criterio mayoritario del resto de los miembros de dicha Comisión, que baremaron los méritos del señor E. S. con puntuación superior a la señora R.

El ejercicio de dicha facultad —petición de informe a la mencionada Agencia— por parte de la Comisión de Contratación, no perseguía —por contra a lo que los apelantes sostienen— la resolución de un “conflicto” en relación con la propuesta de la Comisión de Evaluación, pues no puede calificarse de “conflicto” el hecho de que un miembro de la misma (señor C.) discrepara del criterio mayoritario adoptado por el resto de los miembros de dicha Comisión; lo que late en el ejercicio de dicha facultad es la búsqueda de un punto de apoyo sobre el que asentar una propuesta definitiva en favor de quien había sido evaluada con inferior puntuación, por la Comisión evaluadora, pero que era la candidata preferida del miembro discrepante, promovente del concurso y a su vez profesor titular del Area en la que había de desarrollarse la actividad docente objeto de contratación. Por ello, el ejercicio de aquella facultad lo fue para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento Jurídico, constituyendo la desviación de poder que el artículo 83.3 de la LJCA define y que la sentencia apelada ha apreciado, lo que nos lleva a desestimar los recursos que examinamos, y a la confirmación de la sentencia de instancia.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 17 noviembre 1993.*)

3. *Derechos fundamentales. Contenido esencial. Artículos 14 y 23.2 CE. Inexistencia de vulneración, por faltar el término de comparación.*

«En un procedimiento de protección de los derechos y libertades fundamentales es preciso, con carácter previo, determinar cuál es el contenido esencial de los mismos; una vez determinado, del mismo podrán deducirse sus consiguientes manifestaciones. El contenido esencial es aquella parte del contenido del derecho o libertad en cuestión que es absolutamente necesario para que aquellos intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable o lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de su necesaria protección (SSTC 11/1981, de 8 abril [RTC 1981, 11]; 37/1987, de 26 marzo [RTC 1987, 37], y 196/1987, de 11 diciembre [RTC 1987, 196]). Y si bien la técnica del contenido esencial se refiere primordialmente al contenido que debe respetar siempre el legislador (art. 53.1 CE), también es utilizable para, una vez determinado ese contenido, ver hasta qué punto en la concreta actuación administrativa o en una concreta regulación reglamentaria, tal contenido es reconocible.

La demandante basa su pretensión en el artículo 14 de nuestra Constitución. Como reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia constitucional, la igualdad es un valor preeminente de nuestro ordenamiento jurídico, que debe colocarse en un rango central según dispone el artículo 1.1 de la CE (SSTC 103 y 104/1983 [RTC 1983, 103 y 104]). El contenido de tal derecho se formula, muy sumariamente, en el sentido de que se trata de un precepto que ampara a todo ciudadano frente a la discriminación de que pueda ser objeto por circunstancias sociales o personales al no englobar tal precepto un catálogo cerrado de motivos de discriminación, si bien cabe en ese contenido la existencia de tratos diferenciados siempre que vengan oportunamente razonados y justificados de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados; en caso contrario se caería en la arbitrariedad que, como principio general, es proscrita en el artículo 9.3 de la Constitución. Por lo tanto, es exigencia del artículo 14 que ante supuestos de hecho iguales se extraigan las mis-

mas consecuencias jurídicas pero siempre dentro de la legalidad. En todo caso, resulta necesario como presupuesto para efectuar un enjuiciamiento a tenor del artículo 14, traer un término de comparación válido, concreto, no hipotético, que acredite esa igualdad de supuestos sin que quepa la mera alegación de desigualdades abstractas (SSTC 18, 75, 76 y 103/1983 [RTC 1983, 18, 75, 76 y 103]; 62/1987 [RTC 1987, 62] y 203 y 260/1988 [RTC 1988, 203 y 260], entre otras muchas).

Por otra parte, el contenido esencial del artículo 23.2.º —en lo que a este pleito afecta— viene referido al acceso “... en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las leyes”; se trata de un derecho de configuración legal, deja tanto al legislador como a la Administración (Reglamentos de ingreso, convocatorias particulares y generales o marco) un amplio margen de regulación, si bien evitando desigualdades arbitrarias, incompatibles con los principios antes indicados. En efecto, tal precepto —que no confiere a ningún ciudadano el derecho a ocupar determinadas funciones y cargos ni impide que puedan establecerse en cada caso requisitos para el acceso—, tal precepto, decimos, prohíbe reglas de procedimiento establecidas no en términos generales y abstractos, sino mediante referencias individuales y concretas de forma que los requisitos para el acceso, en sí posibles como hemos indicado, deben tener una justificación objetiva y razonable evitándose acepciones o pretericiones *ad personam*, en definitiva todo proceso selectivo no puede estar pensado ya de antemano para propiciar tal acceso a favor de persona o personas concretas en detrimento de una sana igualdad de condiciones (en este sentido hay una prolija jurisprudencia constitucional, cfr. SSTC 42/1981 [RTC 1981, 42], 32/1985 [RTC 1985, 32], 50/1986 [RTC 1986, 50], 146/1986 [RTC 1986, 146], 148/1986 [RTC 1986, 148], 18/1987 [RTC 1987, 18], 84/1987 [RTC 1987, 84], 86/1987 [RTC 1987, 86], 10/1989 [RTC 1989, 10], 24/1989 [RTC 1989, 24], 67/1989 [RTC 1989, 67] y 147/1990 [RTC 1990, 147]...).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«Ciertamente, la sentencia apelada, una vez resueltos los puntos básicos de este recurso seguido por el procedimiento especial de la Ley 62/1978, examinó con detalle todos los demás problemas más propios de un proceso ordinario, en los que valoró la posible influencia de los demás argumentos legales y reglamentarios en su enlace con los preceptos constitucionales alegados, valoración en la que tuvo en cuenta las irregularidades acusadas por los actores, indagando minuciosamente si dichas irregularidades podían extrapolarse a lo que pudiéramos llamar contenido constitucional específico.

No cabe duda alguna que la indicada indagación revela rasgos sorprendentes que fueron sopesados con ponderación y acierto, porque tenían, si no justificación plena —es decir, una actuación ejemplar—, al menos una explicación extraída de los antecedentes legales y reglamentarios que impide calificarlos como conducta enteramente arbitraria y discriminatoria respecto a los recurrentes hoy apelantes.

El Abogado del Estado apunta que estaba en trámite un recurso *ordinario* sobre los mismos supuestos y personas que se seguía con el número 320470 en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, noticia que no ha sido desmentida. Sin embargo, la sentencia apelada no rehusó dar respuestas explicativas a todas y cada una de las irregularidades que los actores para llegar a la conclusión que a tales posibles defectos no podían influir en el contenido propio de los procesos especiales sobre infracción de los derechos fundamentales de la persona, porque faltaban los requisitos de término de comparación sustancialmente idéntico ante los actores que no fueron nombrados funcionarios de carrera y los que consiguieron el nombramiento, ni es acertado considerar que se produjeran discriminaciones citadas en el artículo 14 ni análogas a éstas. Por lo demás, el artículo 23.2, que es una especificación del principio de igualdad, no puede ser eficaz una vez que se rechaza la infracción del artículo 14.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 29 noviembre 1993, que confirma la de la Audiencia Nacional de 27-4-94.*)

4. *Concursos y Oposiciones a Catedráticos y Profesores de Universidad. La posibilidad de un juicio de fondo por parte de la Comisión de Reclamaciones no permite la pura sustitución del juicio técnico de la Comisión encargada de juzgar el concurso, sino que deberá limitarse a verificar el respeto por ésta de los principios de igualdad y de mérito y capacidad. Supuesto de exceso en la actuación de las Comisiones de Reclamaciones, al sustituir el juicio de la Comisión Juzgadora por el de los asesores nombrados por aquélla.*

«Centrada la clave fundamental de la litis en la determinación de las potestades de la Comisión de Reclamaciones, es obligado atenernos (art. 5.º.1 LOPJ) a lo que al respecto ha proclamado el Tribunal Constitucional en la sentencia antes aludida, la 215/1991, de 14 de noviembre, que, al ser posterior a la sentencia apelada, no pudo ser tenida en cuenta por ésta.

Ya en ocasiones anteriores (Sentencias de 28 enero y 24 marzo 1992 [RJ 1992, 110 y 2805]), esta Sala se ha hecho eco de la doctrina expresada en la Sentencia del Tribunal Constitucional aludida, razonando cómo la posibilidad de un juicio de fondo confiado a las Comisiones de Reclamaciones por el Preámbulo del RD 1888/1984, y no sólo de control formal, no permite la pura sustitución del juicio técnico de la Comisión encargada de juzgar el concurso por el de la Comisión de Reclamaciones.

Así pues, dentro de las facultades de enjuiciamiento de fondo de la evaluación de la Comisión Juzgadora, ese enjuiciamiento es limitado. En palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional citada (F. 5.º), la tarea de la Comisión de Reclamaciones “no puede ser ciertamente la de sustituir en su integridad la decisión técnica adoptada por las Comisiones calificadoras...”; “la única valoración que sobre los aspectos materiales de los concursos compete efectuar a la Comisión de Reclamaciones es la dirigida a verificar el efectivo respeto por las Comisiones juzgadoras de la ‘igualdad de condiciones de los candidatos’ y de ‘los principios de mérito y capacidad de los mismos’ en el procedimiento de adjudicación de las plazas”.

Se distingue en la sentencia constitucional que nos sirve de pauta entre el núcleo material de la decisión técnica, vedado al enjuiciamiento directo de la Comisión de Reclamaciones, y sus aledaños, ámbito este último en el que sitúa la tarea de aquélla, para un control negativo, cuyo objeto directo es “comprobar que, sin perjuicio de su libre valoración técnica, las propuestas de los órganos técnicos calificadores no han quebrantado, por su apartamiento de los principios de mérito y capacidad la igualdad de trato a que tienen derecho los concursantes”, y en cuyo control “los aspectos materiales del concurso tienen una finalidad meramente instrumental, la de permitir la comprobación mencionada”.

Finalmente, la sentencia se ocupa del papel de los asesoramientos que pueda reclamar la Comisión de Reclamaciones, diciendo al respecto que “a su vez, los asesoramientos que la Comisión ha de solicitar (art. 43.3 LRU) deben entenderse como un medio de auxilio —explicable en razón del carácter no especializado de la Comisión de Reclamaciones— al servicio de tal finalidad y no como soporte en que dicha comisión pudiera cimentar una revisión del juicio técnico de los repetidos órganos calificadores, los cuales, integrados por personas designadas mediante procedimientos basados en criterios objetivos y generales que avalan su competencia científica (art. 4.2 LRU), son los únicos habilitados para emitir tal juicio”.

Volviendo de esta amplia cita jurisprudencial al examen de lo acaecido en el caso actual, podemos afirmar que en él la Comisión de Reclamaciones ha excedido el papel que legalmente tiene atribuido, pues no se ha limitado a situarse en el ámbito de los aledaños al juicio técnico, y en el control directo de la observancia de los principios de igualdad y mérito y capacidad como perspectiva de análisis, sino que realmente a través de los asesores designados se ha situado en “el propio núcleo material de la decisión técnica”, sustituyendo en realidad la tarea de la Comisión evaluadora con el informe de los asesores, y suplantándola así en el papel que legalmente tiene atribuido.

Es indudable que la Comisión de Reclamaciones ha utilizado los informes de los asesores como soporte de la revisión del juicio técnico del órgano legalmente habilitado como único para emitir tal juicio, por utilizar los términos de la sentencia constitucional antes transcritos.

Tal modo de proceder vulnera lo dispuesto en el artículo 43 de la LRU por el exceso de atribuciones que la Comisión de Reclamaciones se ha arrogado, y al propio tiempo vulnera el artículo 37.3 del propio texto legal, por lo que implica de desconocimiento de la función atribuida a la Comisión encargada de juzgar el concurso, vicios ambos que, conforme a lo dispuesto en el artículo 48.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, deben determinar la anulación de la resolución administrativa recurrida, y la revocación de la sentencia apelada, que no lo entendió así.

Incluso, y aun obviando el exceso referido, tampoco el sentido de los informes de los asesores puede justificar la conclusión a que llegó la Comisión de Reclamaciones, habida cuenta de que de los tres sólo uno de ellos, el del doctor A., es absolutamente negativo en contra de la candidata seleccionada, y no así los dos restantes, lo que no permite establecer en función de los mismos que "resulta manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidentes el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad que rigen el concurso y el menoscabo del derecho a la igualdad de los candidatos no propuestos", por utilizar una vez más los términos de la STC 215/1991.

Se impone por todo lo expuesto el éxito de la apelación, la revocación de la sentencia apelada, y en su lugar la estimación del recurso contencioso-administrativo que ésta desestimó, la anulación de la resolución administrativa recurrida y declaración del derecho pretendido.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 3 diciembre 1993.*)

II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

1. *Provisión de puestos de trabajo libre designación. Artículo 20 L. 30/84. Sin perjuicio de que la Administración dispone de facultades más amplias que en el sistema de concurso, ello no le inviste de un poder omnímodo para decidir como tenga por conveniente, pues la decisión ha de ajustarse en todo caso al interés público que constituye la base y finalidad de todas y cada una de las potestades administrativas, debiendo respetarse los principios de mérito y capacidad que el artículo 103.3 CE señala como principios rectores del acceso a la función pública. Desviación de poder.*

«El sistema de libre designación, previsto como uno de los mecanismos para la provisión de puestos de trabajo en el artículo 20 (de carácter básico) de la Ley de Reforma de la Función Pública, otorga a la Administración una amplia discrecionalidad para decidir los candidatos que, de entre aquellos que acudan a la convocatoria y cumplan los requisitos mínimos exigidos en la misma, han de cubrir los puestos ofertados, discrecionalidad a la que no es posible acudir en el sistema del concurso de méritos dado el carácter objetivo y estrictamente reglado de este sistema. Ahora bien, lo anterior no significa que la libre designación atribuya al órgano competente una especie de poder omnímodo para decidir como tenga por conveniente, pues la decisión debe ajustarse en todo caso al interés público que constituye la base y finalidad de todas y cada una de las potestades administrativas, debiendo de respetarse los principios de méritos y capacidad que el artículo 103.3 de la Constitu-

ción señala como criterios rectores del acceso a la función pública, y ello con independencia del sistema que se siga y de si éste es el de libre designación o cualquier otro, todo lo cual ha venido a ser reconocido en el marco legal de nuestra Comunidad Autónoma, ya que el artículo 78.4 de la Ley de la Función Pública Canaria indica expresamente que el sistema de libre designación no podrá comportar arbitrariedad en la apreciación de los méritos, por lo que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16-5-1989 (RJ 1989, 3693), dicho sistema "no empee sin embargo para que pueda ser apreciada la desviación de poder cuando en la selección de los candidatos se marginan los méritos y capacidad y se frustra el interés público, pues en modo alguno puede entenderse abierta la puerta a una discrecionalidad absoluta y mucho menos arbitrarias apreciaciones".

En el presente caso y a la vista de la doctrina jurisprudencial reseñada, la cuestión se centra en determinar en la resolución recurrida de la discrecionalidad que le corresponde en el sistema de libre designación, o si, por el contrario, dicha resolución responde a una motivación ajena al interés público y a los principios constitucionales indicados como rectores del sistema de acceso y promoción en la función pública. Para decidir dicha cuestión es obligado un análisis de la fundamentación utilizada por la resolución como base de la decisión adoptada, y que constituye la causa por la que se designó a la señora D. Ll. para el puesto ofertado. Pues bien, en la resolución se tiene en cuenta, como elementos determinantes de la designación acordada, "el grado personal, y demás circunstancias y méritos relativos a la antigüedad, titulaciones, experiencia y cursos de formación y perfeccionamiento que concurren en los solicitantes", de tal manera que son esas circunstancias de antigüedad, titulación, experiencia y cursos de formación y perfeccionamiento las que han determinado que la designación se haya realizado en favor de la funcionaria nombrada en la resolución.

Sin embargo, si se comparan y contrastan las condiciones y méritos de la recurrente y los de la funcionaria se advierte que los de la actora son superiores en todos los conceptos, a excepción del nivel (18) del puesto de trabajo que una y otra desempeñaban con anterioridad y que era idéntico en ambas; así, la titulación de la actora es claramente superior (Licenciada en Derecho frente a Bachiller Superior); la antigüedad es igualmente muy superior la de la demandante, pues ésta ingresó en el Cuerpo General Administrativo en el año 1971 (tras haber accedido en el año 1968 al Cuerpo Auxiliar), mientras que el ingreso de la otra funcionaria en el mismo cuerpo se produjo en el año 1982, después de haber permanecido en el Cuerpo Auxiliar desde el año 1977 y, con anterioridad, un año en este último Cuerpo; es también superior la experiencia de la actora, no sólo por su mayor antigüedad, sino porque ha desempeñado puestos más relacionados con la gestión de personal, lo que le ha conferido un mayor nivel en la experiencia específica exigida en la convocatoria, sin que pueda desconocerse a tales efectos que desde el 6-6-1986 la actora se encontraba adscrita en comisión de servicios para realizar la gestión de personal de la Consejería de Educación, según se desprende del documento número 16 de los aportados con el escrito formalizando la demanda; finalmente, también los cursos de formación y perfeccionamiento de la actora deben de considerarse de mayor relevancia que los de la funcionaria nombrada si se ponen en relación con las características del puesto de trabajo a cubrir, pues entre los realizados por aquélla figura uno sobre "Gestión de Personal" y precisamente en la convocatoria se exigía como requisito del puesto a cubrir (base primera en relación con anexo I) la de ser "experto en personal", circunstancia o condición que a la vista del curso realizado y teniendo en cuenta también los anteriores puestos desempeñados es preciso reconocer de forma preeminente en la actora.

Si ninguno de los motivos recogidos por la resolución como fundamento de la decisión adoptada resulta favorable, en el juicio de comparación efectuado, a la funcionaria nombrada, es obligado concluir que la designación realizada tiene que tener una motivación diferente de la que en ella se expresa, motivación oculta e ignorada que de ningún modo respeta los criterios y principios constitucionales que de-

ben orientar el acceso a la función pública, sin que pueda justificarse la misma sobre la base de la discrecionalidad que le corresponde a la Administración, pues cabría admitir un uso razonable y justificado de esa discrecionalidad si en alguno de los apartados o criterios indicados la funcionaria designada hubiera evidenciado alguna condición superior a la de la actora, pero es que en ni uno solo de ellos acredita algún mérito superior al de aquélla, lo que permite afirmar que la resolución impugnada desconoce por completo los principios de capacidad y mérito señalados en el artículo 103 de la Constitución y que tiene una motivación distinta a la que debe guiar a la actividad administrativa en materia de promoción de la función pública, de tal manera que a falta de una causa razonable en la que pueda basarse, es posible calificarla como arbitraria, incurriendo sin duda en la desviación de poder que determina la estimación del recurso entablado con base en lo dispuesto en el artículo 83 de la LJCA.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Se aceptan los fundamentos de la sentencia recurrida reproducidos en el primer antecedente de hecho de ésta, y

Como complemento del tenor de los fundamentos antes indicados hemos de llamar la atención sobre el contenido de la *propuesta* formulada por el Consejo de Educación Cultural y Deporte respecto al puesto de trabajo de Jefe de Sección en el Servicio de Personal (1985) nivel 22, propuesta que debía ser *debidamente motivada* conforme a lo dispuesto en la base sexta de la convocatoria.

La motivación que consta en el párrafo inicial de la Orden de 26-6-1989 silenció los datos mencionados en la base *Cuarta* y por tanto no expuso las diferencias de titulación y de años de servicio ni precisó los otros méritos que pudieran y debieran influir en la *libre* designación, de tal modo que el Consejero de Presidencia —órgano decisorio— no pudo sopesar las razones que podrían contrapesar los méritos acreditados o, en todo caso, no se le ocurrió pedir datos complementarios. Esto significa una desviación de poder consistente, en este caso, en decidir la convocatoria sin asegurar el cumplimiento de los fines del ordenamiento jurídico y desentendiéndose de los principios de mérito y capacidad en materia de reclutamiento y ascenso de los funcionarios.

De acuerdo con lo anterior procede confirmar *parcialmente* el fallo apelado en cuanto se refiere a la nulidad del acto impugnado. Sin embargo, la desviación de poder que justifica la estimación del recurso no acarrea por sí misma la declaración de derechos individualizados porque aparte del carácter revisor de esta jurisdicción, en el presente caso, en que la desviación proviene de la ausencia de la debida motivación de la propuesta, no se puede prejuzgar el peso que dicha motivación pudiera tener en la resolución de una convocatoria por el procedimiento de libre designación.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 4 noviembre 1993.*)

2. Denegación indebida a un funcionario del derecho a participar en concurso de promoción interna. Infracción del artículo 23.2 CE.

«Siendo el apelante funcionario público, condición ya alegada en la demanda y que queda evidenciada en autos, por certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Fuengirola de fecha 6-11-1990, visada por el señor Alcalde, en la que se hace constar que “ingresó como funcionario en este Ayuntamiento... en el Servicio de Vías y Obras” el día 2-5-1980, y en la que también se dice que por Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 2-4-1987 se le trasladó “como Oficial del Servicio

de Vías y Obras", a puesto de trabajo en el Campo de Deportes Elola, dentro del Organismo del Patronato Municipal de Deportes, al ser el objeto del proceso, seguido por el cauce de la Ley 62/1978, de 26 diciembre (en el que se alega como presuntamente vulnerado el artículo 23.2 de la CE): a) la impugnación de la Resolución del Tribunal Calificador de las Pruebas para acceder a una plaza de "coordinador de Administración Especial", en *concurso de promoción interna*, convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), por la que no se admitió al recurrente-apelante a la práctica de tales pruebas, por entender el Tribunal que dicho aspirante no reunía los requisitos exigidos en el artículo 2.º de las Bases de la Convocatoria; y b) la impugnación de la Resolución del mismo Tribunal Calificador por la que se proponía a la Comisión de Gobierno de aquel Ayuntamiento, el nombramiento, para la plaza concursada de otro aspirante, también funcionario, en principio, al tratarse de un *concurso de promoción interna*, entre quienes ya tienen la condición de funcionarios, y no estar en juego ni el nacimiento ni la extinción del vínculo funcional, la sentencia resultaría inapelable, al no poderse subsistir en la excepción prevista en el artículo 94.1.a) de la Ley Jurisdiccional. Sin embargo, dado que el fundamento de la sentencia, para llegar al pronunciamiento desestimatorio del recurso, estriba en negar al recurrente su condición de funcionario, que es requisito indispensable, según el artículo 2.º de las Bases de la Convocatoria, para poder participar en el concurso y acceder a la plaza concursada, no cabe excluirla de la posibilidad de ser recurrida en apelación.

Habiendo convocado el Ayuntamiento de Fuengirola, concurso de promoción interna para acceder a plaza de "coordinador de Administración Especial", y establecido en el artículo 2.º de las Bases de la Convocatoria que "podrán optar a dicha plaza, aquellos miembros pertenecientes al servicio de Vías y Obras, que acrediten en el momento de la celebración de las pruebas ser funcionario en activo o trabajador fijo laboral y de categoría inferior al puesto de trabajo que se concursa", al haber quedado acreditado a través de la certificación a la que hemos aludido en el fundamento jurídico anterior, la condición de funcionario en activo del Servicio de Vías y Obras del recurrente, así como que la plaza que venía desempeñando es de categoría inferior a la concursada, pues a éste se le asigna en la Convocatoria Nivel 11, y la que venía desempeñando tiene Nivel 6, es visto que al reunir el recurrente cuantos requisitos exige el artículo 2.º de la Convocatoria para poder participar en el Concurso Promoción Interna, las Resoluciones impugnadas vulneran el artículo 23.2 de la Constitución, al haber impedido al recurrente participar en el concurso y acceder en condiciones de igualdad a la plaza convocada, con los requisitos que señalan las Leyes, por lo que procede estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia, y en su lugar, estimar el recurso contencioso-administrativo y anular las resoluciones impugnadas, por vulnerar las mismas el referido derecho fundamental, declarando el derecho del recurrente a participar, en condiciones de igualdad, en las pruebas del indicado concurso.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 18 noviembre 1993.*)

III. SITUACIONES

Situaciones. Catedrático excedente conforme al artículo 29.3.a) Ley 30/1984. Su reingreso al servicio activo ha de producirse con ocasión de vacante con dotación presupuestaria.

«El recurrente en la instancia, Catedrático de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Valladolid, pasó a petición propia a la situación de excedencia, acordada por O. 21-10-1982, en razón a estar desempeñando

el cargo de Director del Servicio de Estudios Económicos del "Banco Exterior de España". Una vez promulgada la Ley 30/1984, de 2 agosto, solicitó por escrito fechado el 1-2-1985 que le fuera reconocida la situación prevista en el artículo 29.3.a) de dicha Ley (excedencia voluntaria, por prestar servicios en Entidad del sector público), a cuya petición accedió el Director General de Enseñanza Universitaria, en Resolución de 25-2-1985, en la que resolvió que la situación de excedencia voluntaria concedida al recurrente por O. 21-10-1982 "quede adecuada a la establecida en el apartado a) del artículo 29.3 de la Ley 30/1984, de 2 agosto". Despedido el recurrente por el "Banco Exterior de España", y conciliadas las partes ante la Magistratura número 6 de Madrid, en fecha 3-10-1989, en la que con reconocimiento de la improcedencia del despido, las partes pusieron fin a la relación que les vinculaba, mediante al abono al recurrente, por saldo y finiquito, de la cantidad de 16.000.000 de pesetas, dicho recurrente dirigió escrito, fechado el 16-10-1989, al Rector de la Universidad de Valladolid exponiéndole que, habiendo cesado en el puesto que era incompatible con la Cátedra, solicitaba se le repusiera en ésta a la mayor brevedad posible, solicitud que fue denegada por el Rector en Resolución de 20-12-1989, al entender que la reincorporación debía realizarse según lo dispuesto en el artículo 5.4 del Real Decreto 898/1985, de 30 abril, sobre Régimen de Catedráticos y Profesores de Universidad, a tenor del cual "el reingreso al servicio activo de los excedentes voluntarios se producirá con la superación por los mismos de los concursos que cualquier Universidad celebre para la provisión de plazas de profesorado del Cuerpo al que pertenece el Profesor excedente o de cualquier otro", siendo objeto dicha resolución de recurso de reposición, que fue expresamente desestimado por Resolución del Rector de fecha 27-2-1990, frente a cuyas resoluciones el mencionado Catedrático interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid, sosteniendo en la demanda jurisdiccional no serle a él aplicable el RD 898/1985, de 30 abril —disposición que además impugnaba indirectamente, con invocación de la doctrina de la Sentencia del TC 99/1987, de 11 junio (RTC 1987, 99), por haber establecido ésta que no era jurídicamente aceptable un apoderamiento general al Ejecutivo para regular por norma reglamentaria aspectos del régimen estatutario de los funcionarios, exigiendo la cobertura de norma con rango de ley, cobertura que, a juicio del recurrente, no la tenía el RD 898/1985, en la Ley 11/1983, de 25 agosto, de Reforma Universitaria—, siéndole, por contra, y a su criterio, aplicable el artículo 17 del Real Decreto 730/1986, de 11 abril, que aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los funcionarios públicos de la Administración del Estado —por ser su situación la de excedente voluntario, por haber estado prestando servicios en Entidad Pública en la que la participación del capital de la Administración Pública es superior al 50%, y tener reconocida de modo expreso tal situación en la antes aludida Resolución de 25-2-1985 del Director General de Enseñanza Universitaria—, en cuyo precepto reglamentario se establece que "el reingreso se producirá en todo caso con ocasión de puesto vacante con dotación presupuestaria", y por ende, sin necesidad de tener que superar el recurrente ninguna clase de concurso.

La Sala de Valladolid estimó el recurso contencioso-administrativo, en Sentencia de fecha 26-2-1991, por entender el Tribunal *a quo* que el artículo 5.4 del Real Decreto 898/1985 es contrario al artículo 29.3 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, sentencia que es objeto del presente recurso de apelación, interpuesto por la Universidad de Valladolid.

Censura, en primer lugar, la Universidad recurrente la sentencia, con una primera alegación, que resulta acertada, pues mal puede contrariar el artículo 5.4 del Real Decreto 898/1985, el artículo 29.3 de la Ley 30/1984, de 2 agosto —que es el argumento esencial de la sentencia apelada, para fundamentar el fallo estimatorio—, cuando este mismo precepto de la Ley no contiene regulación alguna sobre las condiciones de reingreso al servicio activo de los funcionarios procedentes de situación de excedencia voluntaria.

Pasa, a continuación, la Universidad apelante a sostener que de no serle aplica-

ble al recurrente en la instancia el RD 898/1985, en su artículo 5.4, tampoco le sería de aplicación el artículo 17 del RD 730/1986, de 11 abril, como se pretende, sino que sería de aplicación el artículo 4.1 del Real Decreto 2617/1985, de 9 diciembre, que aprueba el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional (que era el aplicable, cuando se presentó la solicitud de reingreso, y que después fue derogado y sustituido por el Real Decreto 28/1990, de 15 enero), en cuyo precepto se dispone que "el reingreso al servicio activo de los funcionarios que no tengan reserva de plaza y destino se efectuará mediante su participación en concursos que se convoquen para la provisión de puestos de trabajo o mediante la adscripción con carácter provisional a un puesto vacante". Esta alegación de la Universidad es combatida por el Catedrático apelado, en su escrito de impugnación del recurso de apelación, sosteniendo que no sólo el Real Decreto 898/1985 carece de cobertura legal, como ya alegó en la demanda jurisdiccional, partiendo de la doctrina sentada en la Sentencia 99/1987, de 11 junio, del Tribunal Constitucional, sino que también carece de cobertura legal el Real Decreto 2617/1985, de 9 diciembre, que invoca la Universidad apelante, e igualmente carece de cobertura legal el Real Decreto 28/1990, de 15 enero, que sustituyó al anterior, pues la Ley 30/1984, de 2 agosto, modificada por la Ley 23/1988, de 28 julio, en su artículo 29 enumera y define "las situaciones de los funcionarios" y en el número 3.º contempla la "excedencia voluntaria", pero nada dispone respecto al reingreso de tales excedentes voluntarios, con lo que partiendo de dicha Sentencia 99/1987, del TC, la regulación que tanto el Real Decreto 2617/1985 como el Real Decreto 28/1990 hicieron de ese reingreso lo fue sin cobertura legal, y que prueba evidente de ello es que hubo necesidad de introducir en la Ley 30/1984, de 2 agosto, un artículo 29 bis, para regular ese reingreso, disponiendo este precepto, bajo la rúbrica "Reingreso al servicio activo", que "El reingreso al servicio activo de los funcionarios que no tengan reserva de plaza y destino se efectuará mediante su participación en las convocatorias de concursos o de libre designación para la provisión de puestos de trabajo", y que "asimismo los reingresos podrán efectuarse por adscripción a un puesto con carácter provisional, con ocasión de vacante dotada y siempre que se reúnan los requisitos para el desempeño del puesto", precepto legal éste al que incluso el apelado niega validez, en aplicación de la doctrina sentada en la Sentencia 76/1992, de 14 mayo, del Tribunal Constitucional, ya que dicho artículo 29 bis fue introducido en la Ley 30/1984, de 2 agosto, por el artículo 34 de la Ley 4/1990, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1990, no siendo materia de una Ley de Presupuestos añadir un artículo a la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública.

No obstante tener en cuenta los argumentos que acabamos de exponer, utilizados por la representación apelada, para combatir tanto al Real Decreto 898/1985, aplicado en la resolución impugnada, como la alegación de la Universidad de Valladolid apelante, sobre aplicación al caso controvertido del artículo 4.1 del Real Decreto 2617/1985, de 9 diciembre, el recurso de apelación que la Universidad formula debe ser estimado, en base a la alegación que hace en el apartado Tercero de su escrito de alegaciones, pues aunque se acogiera la posición del Catedrático, recurrente en la instancia, de serle de aplicación el artículo 17 del Real Decreto 730/1986, de 11 abril, este precepto al referirse a los excedentes voluntarios del artículo 29.3.a) de la Ley 30/1984 —situación que para sí reclama el Catedrático recurrente— dispone que "dicho reingreso se producirá en todo caso con ocasión de puesto vacante con dotación presupuestaria", y estando la cátedra que venía desempeñando cuando quedó en excedencia integrada en el Área de Economía Aplicada (así se reconoce en el fundamento primero de la demanda) —en la certificación obrante al folio 38, que ha venido a autos, precisamente a propuesta del propio catedrático recurrente, el Secretario General de la Universidad de Valladolid certifica que "... existe convocada a concurso nacional una Cátedra de Universidad del Área de Economía Aplicada, mediante Resolución Rectoral de fecha 13-8-1990 ('BOE' 10-9-1990), si bien la misma no está todavía dotada presupuestariamente, pues su origen, acordado por la Junta de Gobierno de esta Universidad con fecha 19-6-1989, radica en la transforma-

ción de una plaza de Profesor Titular de Universidad, actualmente ocupada, y que deberá amortizarse tras la celebración del mentado concurso”, con lo que obviamente no se cumple el presupuesto básico de existencia de vacante con dotación presupuestaria para el reingreso automático que el recurrente pretende.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 25 noviembre 1993.*)

IV. DERECHOS

1. *Derechos adquiridos y potestad organizatoria. Integración del Cuerpo Auxiliar de Especialistas «Suboficiales» en la Escala Básica del Cuerpo de Especialistas del Ejército. RD 1637/1990. Legalidad.*

«Según la tesis de los demandantes, su integración como Suboficiales del Cuerpo Auxiliar de Especialistas en la Escala Básica del Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra, les priva del derecho adquirido a optar por permanecer en la misma escala en situación de “a extinguir”, con infracción del artículo 9.3 de la Constitución, y les discrimina con relación a los Oficiales del mismo Cuerpo, a los que se reconoce la posibilidad de optar entre integrarse o continuar en la situación de “a extinguir”, con la consiguiente vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución.

Con relación al primero de estos motivos de supuesta inconstitucionalidad, alegan los demandantes que pertenecían a la Escala de Suboficiales Especialistas, declarada “a extinguir” por la Ley 13/1974, que reconoció a su personal el derecho a optar entre continuar en la misma o integrarse en las nuevas escalas, derecho del que ahora se les priva al integrarles obligadamente en la Escala Básica del Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra.

Efectivamente, la Ley 13/1974, de 30 marzo, por la que se crearon en el Ejército de Tierra la Escala Básica de Suboficiales y la Escala Especial de Jefes y Oficiales, declaró a extinguir, entre otras, las Escalas de Suboficiales Especialistas estableciendo en su disposición transitoria primera que el personal de las Escalas declaradas a extinguir podrá optar por continuar en las mismas o bien integrarse en las nuevas Escalas creadas por dicha Ley. Ahora bien, este derecho de opción, del que los actores hicieron uso en su momento, se refiere exclusivamente a la creación de Escalas operada por la mencionada Ley 13/1974 y no puede entenderse concedido para todas las sucesivas modificaciones y reorganizaciones de Cuerpos y Escalas militares, como parecen sostener los actores, sin que, por otra parte, puedan éstos pretender que se les reconozca el derecho a permanecer indefinidamente en la Escala a que pertenecían en situación de “a extinguir”, pues frente a esta pretensión habrá que recordar los límites de los derechos subjetivos funcionariales a los que, reiterando jurisprudencia consolidada, hace referencia la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 junio (RTC 1987, 99), al declarar que “Es indudable que en el campo de la relación funcional el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la Ley ha de respetar... Pero una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto. El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando..., por-

que ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional...".

Convicne, asimismo, recordar que la doctrina jurisprudencial en materia de derechos funcionariales viene manteniendo que, frente al poder organizatorio de la Administración, no pueden esgrimirse con éxito más que los derechos que por consolidación hayan desembocado en la condición de adquiridos, concretados en los de orden económico y los relativos al contenido de la función a desarrollar (SS. 25-2-1977 [RJ 1977, 834], 8-5-1981 [RJ 1981, 1880], 29-11-1986 [RJ 1986, 6643], 23-1-1990 y 18-1-1993 [RJ 1993, 321]).

Por consiguiente, con arreglo a la indicada doctrina, hay que descartar la lesión de derechos como consecuencia de la integración de los recurrentes en la Escala Básica del Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra, integración que, por ello, carece de la relevancia constitucional que los mismos invocan.

Tampoco existe la discriminación que los demandantes alegan con relación a la Escala de Oficiales del mismo Cuerpo y que residencian tanto en el hecho de que se reconozca a dicha Escala el carácter de "a extinguir" como en la opción que a los Oficiales se concede para la integración voluntaria en la Escala que reglamentariamente se determine, pues, aun perteneciendo al mismo Cuerpo, son claras las diferencias que caracterizan a la Escala de Oficiales, bastando para comprobarlo con examinar los artículos 4.º, 7.º y 8.º de la Ley 39/1977, de 8 junio, en los que, respectivamente, se señalan las condiciones para el ingreso en dicha Escala, las edades de retiro de los Oficiales y sus cometidos propios.

No se encuentran, pues, los recurrentes en la misma situación que los Oficiales de su Cuerpo, con los que guardan sensibles diferencias, que lógicamente impiden reclamar idéntico tratamiento, especialmente cuando una de las causas que hayan podido determinar el mantenimiento "a extinguir" de la Escala de Oficiales, consiste en su mayor dificultad de homologación con las Escalas de la nueva estructura orgánica.

Corolario de cuanto antecede debe ser la desestimación del presente recurso, por cuanto que el precepto reglamentario impugnado se ajusta exactamente al mandato legal que le sirve de cobertura, sin que la Sala aprecie la concurrencia de supuestos determinantes del planteamiento en cuestión de inconstitucionalidad, con arreglo al artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 18 octubre 1990.*)

2. *Pensión extraordinaria. Servicio Militar. Legalidad del artículo 52.2 del D. Leg. 670/1987.*

«La sentencia impugnada, estimando la demanda formulada por don Pablo G. C., anuló las Resoluciones de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, y de ese Ministerio, de 19-6-1989 y 27-2-1990, denegatorias de la pensión extraordinaria que había solicitado el recurrente en razón a la invalidez que se le produjo en acto de servicio durante la prestación del servicio militar; declarando el derecho del señor G. a percibir la pensión extraordinaria. Como inmediata fundamentación de la decisión se viene a exponer en la sentencia que el Gobierno al dictar el D. Leg. 670/1987, de 30 abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas, se había excedido de la delegación legislativa, ya que en el artículo 52, punto 2 (que fue el invocado por la Administración Militar para justificar la denegación), condicionó las pensiones extraordinarias que tienen derecho a causar el personal que, estando prestando el servicio militar, se inutilizaran en el acto de servicio, a que la inutilidad fuera para cualquier profesión u oficio, contradiciendo según la sentencia lo previsto por el legislador en la legislación refundida, sustancialmente contenida en el artículo 31 de la Ley 50/1984, que únicamente hablaba de

inutilización, lo mismo que había hecho el Texto Refundido de 13-4-1972 (D. 1211/1972), de Derechos Pasivos del Personal Militar, en su artículo 34, respecto de la pensión extraordinaria para los comprendidos en esa normativa y con cita de la propia Ley 50/1984, y de la Ley 5/1976, sobre Mutilados, y Ley 28/1975, de Régimen de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. Sobre cuya base considera la sentencia que el referido extremo del artículo 52.2 D. Leg. 670/1987 carece de rango legal y, por ser contrario a la norma legal que refunde, debe ser inaplicable; de ahí que hubiera que estarse al artículo 28.1.c) de dicho Decreto Legislativo, que refiere la incapacidad a las funciones propias de su Cuerpo, Escala o Carrera, que al darse en el actor determinaban la legalidad de su reclamación.

Frente a la sentencia alega el Abogado del Estado, en primer lugar, que el Tribunal Superior al pronunciar su decisión incurrió en incongruencia, infringiendo el artículo 43 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues la argumentación antes sintetizada que justificó el fallo no figuraba en los escritos del demandante, por lo que, previamente a su utilización por el Juzgador, debió ser puesta de manifiesto a las partes en los términos del precepto citado. Pero estima la Sala que si bien es cierta la afirmación del representante del Estado, sin embargo, razones de economía procesal aconsejan que no se anulen las actuaciones, por cuanto que no se ha llegado a producir indefensión para la Administración respecto de la alegación aludida, dado que la Abogacía del Estado en sus alegaciones apelatorias ha entrado a dilucidar sobre los extremos a que aquélla se contrae, subsanando así la inicial infracción del principio de contradicción.

A pesar de lo dicho y en cuanto al fondo, no comparte este Tribunal el sentido decisorio que a ese respecto se expone en la sentencia apelada, pues se estima que la Administración actuó correctamente al aplicar el artículo 52.2 del D. Leg. 670/1987 en el sentido en que lo hizo, ya que ese precepto era conforme a Derecho, por cuanto que hay que entender que el Gobierno, al dictarlo, incluyendo respecto del personal que estuviera cumpliendo el servicio militar el requisito de que la incapacitación estuviera referida a la "absoluta para cualquier profesión u oficio", no había desbordado los términos de la delegación legislativa, ya que no se había opuesto a las normas refundidas o a las demás que debían incidir en el ámbito normativo por aquélla determinado. Y esto es así porque, como dice la Abogacía del Estado, es exagerado interpretar la expresión "inutilización" del artículo 31.a) de la Ley 50/1984, en el sentido de incapacitado para seguir desempeñando la función militar, extrayendo esa interpretación del D. Leg. 1211/1972, relativo a Derechos Pasivos del Personal Militar y Asimilado de las Fuerzas Armadas, o de la que se sigue de la propia Ley 50/1984, para idéntica situación de los funcionarios no militares. Siendo igualmente excesivo aludir a la Ley 5/1976, sobre Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, siendo así que su artículo 7.º, punto 2, al establecer la distinción entre Caballeros Mutilados absolutos y permanentes, para otorgar mayores derechos a los primeros, lo hace partiendo de que la incapacidad de éstos lo ha de ser para cualquier actividad, mientras que en los permanentes la refiere simplemente a la función militar, lo que conduce a unas consecuencias contrarias a las sentadas en la sentencia. Sin que tampoco quepa hacer referencia a la Ley 28/1975, de Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, puesto que también de ella se extraen consecuencias no favorables a la tesis de la sentencia, pues en esta norma asimismo se dispone un trato diferente para los inutilizados absolutos para toda profesión u oficio.

En realidad, el punto de referencia para medir la actuación del Gobierno al dictar el D. Leg. 670/1987 viene constituido por el contenido del artículo 31.a) de la Ley 50/1984, que se limita a hablar de inutilizado en acto de servicio, y por la disposición final 5.ª de esta Ley, que inicialmente marcó los límites de la actuación del Gobierno para actuar la delegación legislativa, otorgándole potestades que no se limitaban a las necesarias para obtener una mera yuxtaposición de disposiciones sobre Derechos Pasivos, sino que implicaban una autorización para articular un cuerpo legal homogéneo y coherente sobre esa materia, "regularizando, aclarando y armo-

nizando" las normas a considerar. De modo que el Gobierno, actuando dentro de sus posibilidades de "aclaración" de la regulación contenida en el artículo 31.a) de la Ley 50/1984, sin contradecirla ni en su letra ni en su finalidad, sino partiendo de que en el precepto a refundir expresamente se alude a "personal militar de reemplazo", que es tanto como hablar del que está prestando el servicio militar, y teniendo en cuenta la naturaleza no funcionarial de la relación que se establece entre el Estado y quien presta ese servicio, dado su carácter obligatorio y temporal, y obrando en desarrollo de los principios implícitos en la norma a refundir, pudiera introducir, a modo de complemento aclaratorio, el requisito de que la incapacidad de quien se inutiliza en acto de servicio durante el servicio militar, para causar pensión extraordinaria, había de serlo de modo absoluto para cualquier profesión u oficio. Lo que, en definitiva, estaba dentro de la lógica de las particularidades del servicio militar, a cuya regulación no es extendible la general de los militares profesionales, según ha hecho la sentencia apelada.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 9 noviembre 1992.*)

3. *Derechos pasivos. Incapacidad permanente. Personal militar en situación de excedencia voluntaria. Cómputo como servicios efectivos de los que faltaban al interesado para alcanzar la edad de retiro o jubilación: ilegalidad del artículo 31.4 del D. Leg. 670/1987 al introducir un cambio sustancial en el artículo 29.1.p).3 de la Ley 50/1984, que era uno de los preceptos legales a refundir, que no venía exigida por la necesidad de armonización del precepto con otros existentes en la normativa preponderante, y que era lo suficientemente claro y explícito para que tampoco pudiera buscarse la justificación de la modificación en la autorización legislativa para aclarar las normas refundidas.*

«En relación a la infracción del artículo 31, número 4, del Decreto Legislativo 670/1987, la Abogacía del Estado afirma que la inaplicación de ese precepto por la sentencia impugnada, dando prevalencia al artículo 29.1, párrafo 3, de la Ley 50/1984, que era una de las normas que fueron objeto de refundición, supone una atribución infundada de ilegalidad al Texto Refundido, pues ese precepto del Decreto Legislativo está plenamente ajustado al ordenamiento jurídico, al mandato de refundición de la disposición final 5.ª de la Ley 50/1984, y a los criterios básicos y tradicionales en materia de clases pasivas. Pero estas afirmaciones no pueden ser aceptadas, pues si bien es cierto que la delegación legislativa contenida en la citada Disposición Final 5.ª de la Ley 50/1984 autorizaba al Gobierno para realizar algo más que una mera refundición por yuxtaposición o reunión de las normas legales existentes sobre Derechos Pasivos, puesto que se extendía a "regularizar, aclarar y armonizar" las concernientes a esa materia, lo que implicaba una cierta deslegalización de aquella normativa de rango legal para que el Gobierno, utilizando su propio poder reglamentario, pudiera incluso declarar derogadas normas legales hasta entonces existentes, que se hallaran entre sí en contradicción, o que respondieran a criterios diferentes de los sentados en la normativa preponderante, sin embargo, en ese efecto deslegalizador tan sólo podría subsistir en tanto que se realizaban las tareas de refundición, por cuanto el producto de la actuación del Gobierno, al ultimar su actuación en el uso de la delegación legislativa, necesariamente había de alcanzar rango o valor de Ley, según se dispone en el artículo 82.1 de la Constitución. De modo que carecen de consistencia las alegaciones que, respecto al efecto directo de la actuación refundidora del Gobierno, fundadas en una supuesta deslegalización derivada de la autorización legislativa, se contienen en el escrito de interposición de la casación. Debiendo decirse lo mismo en orden a las argumentaciones referentes a

que la prevalencia del contenido que se ha dado en el Texto Refundido al artículo 31.4, en cuanto al no cómputo de los servicios no prestados, pero que excepcionalmente se reconocen a los incapacitados permanentes, a efectos de fijación del haber pasivo, estimando determinante para dicho no cómputo durante la situación de excedencia voluntaria el momento formal de la declaración de retiro por la Administración, en vez de aquel en que la incapacidad sobrevenga, a que se aludía en el artículo 29.1.p).3 de la Ley 50/1984, objeto de refundición, viene a derivar de la necesidad de armonizar esta anterior regulación aislada, con las reglas que se contienen en la normativa general de Derechos Pasivos que considera determinante el momento de la jubilación para fijar los efectos que ésta ha de producir en los derechos del funcionario, por cuanto que mal puede mantenerse esa alegación cuando es el propio carácter excepcional de posibilidad de cómputo de unos servicios que realmente no se prestaron, lo que distingue o diferencia al precepto en cuestión, tanto en su anterior contenido como con el actual, de las reglas generales sobre fijación del momento al que hay que referir la jubilación al efecto de determinar los servicios computables para la pensión. Es decir, no se pueden encontrar otros supuestos contenidos en la regulación general establecida por las disposiciones anteriores, y ahora refundidas, que se refiriesen al supuesto excepcional ahora contemplado, en un sentido acorde con la nueva regulación del artículo 31.4 del Texto Refundido de 1987.

En definitiva, el precepto cuestionado, al exceptuar del cómputo especial de servicios a todo aquel que sea declarado jubilado o retirado por incapacidad permanente mientras estuviere en situación de excedencia voluntaria, ha introducido un cambio normativo sustancial respecto del establecido en el artículo 29.1.p).3 de la Ley 50/1984, que era uno de los preceptos legales a refundir, cambio o modificación que no venía exigida por la necesidad de armonización del precepto con otros existentes en la normativa preponderante, o que era lo suficientemente claro y explícito para que tampoco pudiera buscarse la justificación de la modificación, en la autorización legislativa para aclarar las normas refundidas, con mayor razón cuando el artículo 31.4 del Decreto Legislativo refiere la excepción a la declaración de retiro o jubilación, y no a la finalización del expediente de inutilidad, que como es sabido es necesario y previo al de retiro.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 15 noviembre 1993.*)

4. *Cuerpo Nacional de Policía. Indemnización por residencia eventual. No tienen derecho a ella los agregados a población distinta a la de su destino. Doctrina general. Revisión.*

«Cumplidos los requisitos formales necesarios para la admisión del recurso extraordinario de revisión y concurriendo en las sentencias contrapuestas las identidades exigidas por el apartado b) del artículo 102.1 de la Ley Jurisdiccional, la doctrina correcta ha sido establecida en numerosas Sentencias dictadas en recursos de revisión, entre ellas las de 28 abril y 14 mayo 1990 (RJ 1990, 2929 y 3712) y 18-5-1992 (RJ 1992, 3650), así como las que se citan en las mismas, en las que se declaró que el artículo 2.º.1 del Decreto 176/1975, de 30 enero, permite establecer: a) la comisión de servicio, a los efectos que aquí interesan, es una misión o cometido de carácter circunstancial que el funcionario 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, en armonía con cuyo precepto el artículo 7.2 del mismo Decreto dispone que la indemnización de residencia eventual es la cantidad que se devenga diariamente para satisfacer los gastos que origina la estancia fuera de la residencia oficial cuando la comisión se prevea de larga duración, por lo

que el percibo de aquella indemnización está 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 del domicilio en que tiene su destino y, por tanto, su residencia oficial. Como en este caso el funcionario del Cuerpo Nacional de Policía que recurrió en vía jurisdiccional dejó de tener su residencia oficial en el lugar de su destino anterior, al ser agregado a la guarnición de otra población, en la que desde entonces tuvo su residencia oficial, falta el presupuesto esencial para el percibo de la indemnización por residencia eventual, y como la anterior doctrina ha sido desconocida por la sentencia que se impugna en el recurso de revisión, debe declararse la procedencia del recurso de revisión, rescindir la sentencia objeto del mismo y, en su lugar, desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por el recurrente en la instancia.

El artículo 1809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite el 102.2 de la Ley Jurisdiccional, dispone la condena en costas únicamente para el caso en que el recurso de revisión se declare improcedente, por lo que, no siendo preceptiva su imposición y no apreciándose motivos para ello, no procede declaración expresa sobre su pago, ni tampoco sobre depósito, por no ser necesaria su constitución.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 28 noviembre 1993.*)

5. Retribuciones. Administración local. Su reordenación se efectúa mediante disposición general. Nulidad, por superarse los topes fijados en los Presupuestos Generales del Estado, en contra del RD 861/1986, de 25 de abril.

«Es materia de controversia en este proceso el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Toledo, adoptado el 21-11-1988, en el que se fijan los niveles de complementos de destino de los funcionarios, consistiendo su contenido en la elevación de cuatro niveles a los Subgrupos de funcionarios C, D y E y en dos niveles a los Subgrupos de funcionarios A y B, con la especificación adicional de que si algún funcionario o grupo de funcionarios, por su situación particular, no se les pudiesen subir los señalados niveles, se les compensaría con una cantidad equivalente a multiplicar el valor de la diferencia entre su nivel consolidado y el inmediatamente inferior por cuatro a dos, según corresponda; ascendiendo la repercusión económica de las citadas innovaciones retributivas al 1,2 por 100 de la masa salarial, que añadido al 4 por 100 de elevación de retribuciones ya aplicado en dicho año 1988, arroja un porcentaje global de incremento para este ejercicio económico del 5,2 por 100.

La sentencia apelada constata la situación peculiar concurrente en el Ayuntamiento de Toledo en cuanto al régimen retributivo funcional, debido al incumplimiento del mandato incorporado a la disposición transitoria 1.ª del RD 861/1986, según la cual el sistema retributivo establecido en dicho Real Decreto se implantaría por cada Corporación Local para todos sus funcionarios dentro del año 1986. Ahora bien, puntualiza la sentencia de instancia que "la falta de implantación por la Corporación demandada del nuevo sistema retributivo, no puede justificar la solución adoptada a través del acuerdo que se revisa, ya que con anterioridad y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 33/1987, de Presupuestos para 1988, había decidido, con efectos 1-1-1988, el incremento del conjunto de las retribuciones íntegras de su personal en un cuatro por cien, dándose, en consecuencia, la infracción denunciada por la Delegación del Gobierno, ya que la elevación de niveles representaba un aumento del 1,2 por 100 de la masa salarial, que añadido al 4 por 100 anteriormente aplicado significaba un incremento total para el año 1988 del 5,2 por 100..." (F. 2.º).

La naturaleza de la excepción invocada, en cuanto obstativa de poder entrar a conocer la cuestión de fondo, si procediera su estimación, impone el tratamiento

prioritario de la alegación de inadmisibilidad del recurso formulada por el Abogado del Estado. Entiende esta representación que “lo debatido en el curso del proceso contencioso-administrativo seguido ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha es materia de personal, en la que se cuestiona la procedencia o improcedencia de un aumento sobre las retribuciones complementarias de los funcionarios municipales del Ayuntamiento apelante, sobre la base de la elevación de los niveles de complemento de destino a determinados subgrupos de funcionarios, así como al establecimiento de fórmulas compensatorias en el incentivo de productividad. Se trata, así, pues, de cuestiones típicas de personal en las que no se debate ni el nacimiento ni la extinción de relación funcional alguna, razón por la cual ha de estimarse que la sentencia no es susceptible de recurso de apelación”.

La alegación del Abogado del Estado es correcta en la medida que se aplica estrictamente a fijar el contenido de la controversia que constituye la cuestión de fondo del debate contradictorio; sin embargo, es la naturaleza jurídica del continente o receptáculo de la mencionada regulación (“acto” plural o “disposición”) el punto decisivo a dilucidar, para llegar a fijar posición respecto a la inadmisibilidad alegada, según que sea de aplicación el apartado 1.a) del artículo 94 de la Ley de la jurisdicción en su redacción anterior a la Ley 10/1992 o el apartado 2.b) del mismo artículo.

Es doctrina establecida en la materia (cfr. STC 96/1993, de 22 marzo [RTC 1993, 96]) que el acceso a los recursos previstos por la Ley integra el contenido propio del derecho de tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 CE y que la decisión judicial de inadmisión sólo será constitucionalmente válida si se apoya en una causa a la que la norma legal anude tal efecto, correspondiendo la apreciación de tal relación causal al órgano judicial, pero en aplicación razonada de la norma que, en todo caso, deberá interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental.

En línea de continuidad con los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo (v. gr., SSTS 5.ª, 22-10-1984 [RJ 1984, 5138]; 3.ª, 15-3-1988; 3.ª, 8, 17-7-1990 [RJ 1990, 5873]; 3.ª, 7, 10-3-1993 [RJ 1993, 1933]), llegamos a la conclusión de que el acuerdo municipal cuestionado merece la calificación de “disposición de carácter general”, a los efectos previstos en el artículo 94.2.b) de la Ley de la Jurisdicción, ya que su contenido consiste, independientemente de la denominación formal que adopte, en una reordenación de los complementos retributivos de los funcionarios del Ayuntamiento de Toledo, con efecto innovador del marco jurídico preexistente y establecido con vocación de permanencia —al margen de la supeditación a hechos futuros como la aprobación del catálogo de puestos de trabajo—, para la generalidad de las categorías funcionariales incluidas en la regulación. Por lo expuesto, procede la desestimación del motivo de inadmisibilidad alegado por el representante de la Administración del Estado.

Respecto a la cuestión de fondo, debe destacarse, ante todo, que en el escrito de alegaciones la representación procesal del Ayuntamiento apelante reconoce paladinamente que “si al acuerdo se le aísla de todo antecedente, si no se tiene en cuenta que la masa salarial de los funcionarios del Ayuntamiento de Toledo debía haber sido elevada en 1987 al modificarse los niveles y hacerse el catálogo de puestos de trabajo, efectivamente podía ser atendible la petición del Delegado del Gobierno porque (...) el acuerdo aislado habría superado las previsiones de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en un pequeñísimo porcentaje, pero lo habría superado”.

La representación del Ayuntamiento de Toledo, no obstante, trata de justificar la legalidad del acuerdo municipal relacionándolo “con sus antecedentes”, representados por la minoración retributiva padecida por los funcionarios, debido a no haberse llevado a cabo la catalogación de puestos de trabajo en el período fijado por la disposición transitoria anteriormente mencionada del RD 861/1986; de modo que, según dicha representación, el exceso aparente en el montante de la mejora retributiva del acuerdo cuestionado, “son atrasos derivados de una, llamémosle, no adecuada actuación municipal”. Esta argumentación no podemos compartirla, ya que

respecto a dichos supuestos "atrasos": o bien tendrían que haberse producido por el incumplimiento de obligaciones legales asumidas por la Corporación Municipal, en cuyo evento la cobertura presupuestaria precisa para el pago a los funcionarios tendría cauces idóneos y distintos del que, arbitrado en el acuerdo municipal, vulnera el texto terminante del artículo 28.1 y 2.c) de la Ley 33/1987, de Presupuestos del Estado; o bien se trataría de dar respuesta a una pretensión de los funcionarios posiblemente legítima, pero necesitada de la debida plasmación normativa específica, por lo que la autonomía municipal estaba igualmente limitada por el techo impuesto a los incrementos retributivos en el citado precepto de la Ley Presupuestaria.

Hemos de reafirmar, pues, la declaración del Tribunal de instancia de no ser atendible la defensa que realiza la Administración demandada, "sin perjuicio de que adopte las medidas oportunas al objeto de dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en el Real Decreto 861/1986, de 25 abril". Estas medidas, por lo demás, han sido acordadas, según acredita la certificación aportada por la parte apelante con el escrito de alegaciones. Ello no empece, sin embargo, a que subsista el motivo de nulidad apreciado en el acuerdo municipal del que deriva el presente recurso, puesto que se trata de actuaciones separadas en el tiempo y no puede extenderse este debate al examen de las condiciones de validez de los acuerdos mencionados, que en todo caso sólo se aplican a partir del 1-7-1990.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 25 noviembre 1993.*)

6. *Funcionarios locales. Complemento de destino. No se rigen por el RD 28/1990, de 15 de enero, pues dichos funcionarios tienen establecidos sus niveles en el Anexo del RD 861/1982, de 25 abril. Su cuantía y estructura no tiene por qué ser idéntica a la establecida para los funcionarios de la Administración del Estado.*

«La representación procesal del Ayuntamiento de Poleñino (Huesca) recurre en apelación la Sentencia de fecha 2-3-1991, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que estimó el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de la Administración del Estado, en uso de las facultades establecidas en el artículo 65.3 de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, contra el Acuerdo del referido Ayuntamiento, de fecha 30-4-1990, modificando los Niveles de Complemento de Destino de la Plantilla del Personal Funcionario de dicho Ayuntamiento (Secretario y Administrativos) aplicando a éstos los Niveles previstos en el artículo 26 del Real Decreto 28/1990, de 15 enero, que aprueba el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, en cuya sentencia apelada se anula el referido Acuerdo, con fundamento en no ser aplicables a los funcionarios locales los Niveles previstos en el precitado Real Decreto 28/1990.

El Abogado del Estado, al impugnar el recurso de apelación, alegó, en primer lugar, la indebida admisión del recurso, por ser el objeto del proceso una cuestión de personal que no afectaba al nacimiento ni a la extinción del vínculo funcional, alegación ésta que no merece el acogimiento de esta Sala, dado que el Acuerdo impugnado tiene un carácter normativo, regulador del régimen retributivo del personal funcionario que integra la plantilla de la Corporación Municipal, en abstracto, con vocación de regulación permanente de futuro, lo que hace que la cuestión debatida no pueda calificarse como típicamente de personal, a efectos de quedar excluida de la apelabilidad, conforme al artículo 94 de la Ley Jurisdiccional, en su redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 abril.

Las alegaciones del Ayuntamiento apelante no pueden conducir al éxito del recurso, pues la cuestión controvertida se centra en determinar si a los funcionarios

locales resulta o no aplicable el Real Decreto 28/1990, de 15 enero, y más concretamente los Niveles de Complemento de Destino, fijados en el artículo 26 de dicho Real Decreto, cuestión ésta que ha de resolverse en sentido contrario a la aplicabilidad a tales funcionarios de los indicados Niveles, como acertadamente se razona en la sentencia apelada, pues dichos funcionarios tienen establecidos sus Niveles en el Anexo del Real Decreto 861/1986, de 25 abril, en cuyo artículo 3.1 se dispone que “el Pleno de cada Corporación, en la relación de puestos de trabajo, determinará el nivel correspondiente de cada uno de ellos, dentro de los límites mínimos y máximos que se determinan en el Anexo de este Real Decreto”. Por ello este Real Decreto —y no el Real Decreto 28/1990, de 15 enero— es el aplicable a dichos funcionarios, en la materia de Niveles, sin que sea trascendente la argumentación que sostiene el Ayuntamiento de que los Niveles máximo y mínimo, asignados en el número 3 del Anexo del Real Decreto 861/1986, de 25 abril, a los funcionarios de la Administración Local fueron en su día coincidentes con los asignados a los funcionarios de la Administración del Estado, en el artículo 25 del Real Decreto 2617/1985, de 9 diciembre, que aprobó el anterior Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los funcionarios de la Administración del Estado, ahora expresamente derogado por el Real Decreto 28/1990, de 15 enero (Disposición Derogatoria 1.ª), pues lo verdaderamente trascendente es que este último Real Decreto —art. 1.º.1— sólo es aplicable a los funcionarios comprendidos en el apartado 1 del artículo 1.º de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Medidas de Reforma para la Función Pública, modificada por Ley 23/1988, de 28 julio (entre los que no se incluyen los funcionarios de la Administración Local), y que el Real Decreto 861/1986, de 25 abril, siguió vigente al publicarse el Real Decreto 28/1990, pues no fue expresamente derogado por la Disposición Derogatoria 1.ª de este último, ni tampoco puede entenderse tácitamente derogado por la Disposición Derogatoria 2.ª, pues ésta hace referencia a la derogación de normas de rango igual o inferior, en materia de provisión de puestos y promoción profesional de funcionarios “incluidos” en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984 (entre los que no figuran los de la Administración Local) que se opongan al Reglamento (con las excepciones que se prevén, personal docente, investigador, etc.).

Por ello, en el momento de adoptarse el Acuerdo Municipal impugnado, la única norma aplicable a los funcionarios de la Administración Local, en cuanto a Niveles máximo y mínimo de complementos de Destino, era el Real Decreto 861/1986, de 25 abril, sin que ni tan siquiera pudiera ser aplicado el RD 28/1990 a virtud de la regla de supletoriedad contenida en el artículo 1.º.4 de este último, que proclama su aplicación con carácter supletorio “para todos los funcionarios civiles al servicio de la Administración del Estado no incluidos en su ámbito de aplicación de las restantes Administraciones Públicas”, pues el Reglamento se aplica a éstos, con carácter supletorio, en defecto de norma expresa y específica, lo que no ocurre respecto a los funcionarios de la Administración Local, en el concreto punto que nos ocupa, dada la regulación expresa y específica de sus Niveles en el tan repetido Real Decreto 861/1986, de 25 abril.

Por otro lado, hay que tener en cuenta: 1.º) Que el artículo 1.º.3 de la Ley 30/1984, consideró bases de Régimen Estatutario, de los funcionarios públicos, dictadas al amparo del artículo 149.1.18 de la CE, y en consecuencia aplicables al personal de todas las Administraciones Públicas, entre otros, los artículos 23 y 24. 2.º) Que el artículo 23 prevé en las retribuciones de los funcionarios: retribuciones básicas y retribuciones complementarias. 3.º) Que el artículo 24.1, al determinar la cuantía de los conceptos retributivos, establece, en cuanto a *las cuantías de las retribuciones básicas*, que serán iguales en todas las Administraciones Públicas, por cada uno de los Grupos, en que se clasifican los Cuerpos, Escalas, Categorías y Clases de funcionarios. Pero no hace la misma declaración de igualdad respecto a los complementos de destino (que es el que aquí nos ocupa). Respecto a éstos —art. 24.2— sólo declara que su cuantía deberá reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado y figurar en los

Presupuestos de las demás Administraciones Públicas. 4.º) Por otro lado, el artículo 93 de la Ley 7/1985, de 2 abril, de Bases del Régimen Local, establece que las *retribuciones básicas* serán las mismas en su estructura y cuantía que las del Estado y que en cuanto a las *retribuciones complementarias*, atenderá a la estructura y criterios de los funcionarios públicos... y su cuantía global dentro de los límites máximos y mínimos que se señalen por el Estado. 5.º) De esta regulación contenida en las Leyes 30/1984 y 7/1985, en lo referente al complemento de destino de los funcionarios de la Administración Local, cabe obtener como consecuencias: a) Que es complemento al que legalmente tiene derecho. b) Que su cuantía y estructura no tiene por qué ser *idéntica* a la establecida para los funcionarios de la Administración del Estado. c) Que la Corporación Local puede introducir modificaciones en la cuantía del complemento de destino de sus funcionarios dentro de los límites máximo y mínimo que se señalen por el Estado. d) Que esos límites, en el momento de dictarse el Acuerdo aquí impugnado, según lo expuesto en el Fundamento Jurídico anterior, eran los establecidos en el RD 861/1985.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 30 noviembre 1993.*)

7. Complemento de destino. Funcionarios Administración local. Se asigna en razón a la responsabilidad de las funciones encomendadas y no del título exigible; peligrosidad o penosidad.

«Debe partirse de que, en contra de lo que se afirma en el Auto del Tribunal de Primera Instancia sobre admisión de la apelación, el conocimiento de este Alto Tribunal puede extenderse a la totalidad de los aspectos que fueron controvertidos ante el Tribunal Superior de Andalucía, sin tener que limitarse, como aquél dijo, a la alegación de desviación de poder, pues si bien es cierto que estamos ante un asunto de personal por cuanto que se trata de unos funcionarios públicos que reclaman conceptos retributivos y se oponen a la incompatibilidad consiguiente a su percepción, frente a la Administración a quien sirven, no estando en juego la estabilidad de la relación funcional, sin embargo, la apelabilidad deriva del contenido normativo del acuerdo recurrido en el que de un modo abstracto y general, y con la nota de permanencia e integración en el ordenamiento, en tanto no sea sustituido por otro de igual origen y efectos, se fijan los puestos de trabajo del Organismo y las características y contenido de los mismos.

Por lo demás, el apelante, en su escrito de alegaciones apelatorias, sustancialmente viene a reproducir las argumentaciones que expuso en la demanda concernientes a la concurrencia de desviación de poder en el actuar de la Administración, que, según entiende, ha convertido los anteriores incentivos en el complemento específico para provocar la incompatibilidad de todos los funcionarios, revocando las anteriores declaraciones singulares de compatibilidad por procedimiento inadecuado, y desconociendo la regla que dimana de la Ley 53/1984 y de su Reglamento, que es la de compatibilizar la función con el ejercicio de actividades privadas que no afecten directamente al Departamento en que se sirve, o incurran en incompatibilidad de horario. Añadiendo, si acaso, que no se tuvieron en cuenta las singularidades de cada puesto al fijar el complemento específico mediante un expediente al efecto, e insistiendo en la irregularidad de la fijación del complemento de destino de alguno de los actores, así como de la inadecuación de la retribución correspondiente a determinados puestos, por no haberse considerado respecto a ellos los factores de peligrosidad o especial dificultad técnica. Alegaciones que deben ser desestimadas por los mismos argumentos que se exponen en la sentencia apelada, que se aceptan y dan por reproducidos, y a los que, para corroborarlos, si acaso, cabe completar diciendo que no se ha opuesto la Corporación demandada, al comunicar la incompatibilización consiguiente al señalamiento de complemento específico para muchos, y no la totalidad de los puestos de trabajo que cumplan sus funcionarios, al sentido

le la regulación de la Ley de Incompatibilidades 53/1984, al haber partido para ello del efecto legal directo de ese complemento retributivo, ya que como ésta no ha hecho sino aplicar lo que se dispone en el artículo 16.1 de dicha Ley, la cual, según tiene declarado el Tribunal Constitucional, en el fundamento legal 3.º, puntos 7 y 8, de la S. 2-11-1989, no se ha atendido sólo, al regular las incompatibilidades, a garantizar la ineludible imparcialidad del funcionario, sino también a los principios de incompatibilidad económica o al, en cierto modo coincidente con él, de dedicación a un solo puesto de trabajo, derivados del principio de eficacia, del artículo 103.1 de la Constitución, que son los que inspiran la consecuencia incompatibilizadora del mencionado artículo 16.1. De modo que no hubo revocación de anteriores actos declarativos del derecho a la compatibilidad, realizada por procedimiento inadecuado, sino aplicación, o comunicación de un efecto legal consiguiente a la asignación al respectivo puesto del complemento específico, que se había fijado a través de un procedimiento en el que se dio a los actores suficiente intervención, y en el que según lo actuado se tuvieron en cuenta las características concretas de cada puesto, al como puede inferirse de que en el organigrama unido a autos figuren vectores o actores diferentes para los sucesivos puestos. Ni tampoco cabe hablar de desviación de poder fundada en haberse empleado el cambio retributivo para imponer la incompatibilidad, pues la Corporación, al establecer ese nuevo régimen, no hizo más que dar cumplimiento al mandato legal de los artículos 93 y concordantes de la Ley de Bases del Régimen Local 7/1985, de 2 abril, y artículos 1.º y siguientes del Decreto 861/1986, de 25 abril, que imperativamente imponen el nuevo sistema retributivo. Siendo un contrasentido lógico que unos funcionarios que aceptan el cobro del complemento específico pretendan, a la vez, que no se les aplique la incompatibilidad, legalmente ligada a la percepción de ese complemento.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 30 noviembre 1993.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

