

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. CUERPOS: *El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación modificable por instrumento normativo acorde con los principios de reserva de ley y legalidad, sin que pueda exigir la congelación de la situación estatutaria existente al tiempo de su ingreso, siempre que se mantenga la retribución global y la función. Constitucionalidad de la integración de los catedráticos pertenecientes al Cuerpo de Catedráticos Numerarios de Bachillerato en el de Profesores de Enseñanzas Secundarias. Legalidad de los artículos 75.b), 78 y 81 del RD 929/1993, que aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Enseñanza Secundaria.*—II. PLANTILLAS Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: 1. *Provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Legalidad del RD 731/1993 y constitucionalidad del artículo 99.2 de la Ley 7/85, según la redacción dada por la Ley 10/1993, de 21 de abril.* 2. *Nulidad. En base a los principios de conservación de los actos y mínima lesividad procede no extender la declaración de nulidad de un acuerdo municipal de modificación de plantilla prescindiendo totalmente del procedimiento aplicable a aquellos contenidos del acuerdo que no se relacionan con el interés que el demandante trata de defender en el proceso. Supresión de plaza ocupada por interino.* 3. *Provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación. Carácter excepcional. Según el artículo 20.1.b) Ley 30/1984, podrán cubrirse por este sistema aquellos puestos de trabajo en atención a la naturaleza de sus funciones, y sólo podrán cubrirse por este sistema los puestos de Subdirector General, Delegados y Directores regionales y provinciales, Secretarías de altos cargos, así como aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo. La objetivación de los puestos de esta última clase está incorporada, según el artículo 16, a las relaciones de puestos de trabajo. Carácter básico de ambos preceptos. Nulidad de acuerdo de Comunidad Autónoma por el que se consideran todas las Jefaturas de Servicio como puestos que implican una especial responsabilidad, porque no se ha exteriorizado una justificación que sea de recibo de esta tesis.*—III. SELECCIÓN: 1. *Selección. Conocimiento de euskera y castellano. Posibilidad de exigirlo tanto por acto o disposición anterior a la convocatoria como a través de ésta. Se insiste en la rectificación de la postura anterior del Tribunal Supremo.* 2. *Personal docente universitario. Alcance de las facultades de la Comisión de Reclamaciones. No se refieren sólo a la legalidad externa, pudiendo analizar aquellos aspectos que afectan a los principios de igualdad, mérito y capacidad, pero sin adentrarse en el ámbito de la discrecionalidad técnica, que está reservado a la Comisión Juzgadora. Reiteración de la doctrina tradicional. Desestimación de recurso contra el acuerdo estimatorio de la reclamación.* 3. *Selección. Ilegalidad del acuerdo de no nombrar funcionario a quien superó las pruebas selectivas, por haber presentado los documentos acreditativos de los requisitos exigidos en la convocatoria dos días después del plazo establecido en las bases, al venir desempeñando el interesado en la propia Corporación sus servicios con contrato laboral indefinido. Literalismo excesivo.* 4. *Selección. Revisión por los Tribunales de Justicia de las calificaciones de los Tribunales y Comisiones examinadoras. Discrecionalidad técnica. Sólo cabe «en los supuestos en que sea evidente el error padecido por la Comisión al calificar como correcta o incorrecta una respuesta, de modo que sea realmente inaceptable con arreglo a los criterios de la sana crítica admitir la tesis de la Comisión determinante de aquella valoración». Necesidad de actuar «con todas las cautelas y atendiendo a una casuística muy estricta».*—IV. DERECHOS: 1. *El hecho de que profesores de EGB, del Grupo B, accedan por concurso a un puesto de trabajo al que también acceden Profesores del Grupo A no comporta el derecho de aquéllos*

a ser equiparados a éstos desde el punto de vista retributivo, pues son cuestiones distintas los requisitos para participar en un concurso y la titulación exigida para el ingreso en la función pública. Revisión. 2. Pensiones de orfandad. El hecho causante, lo que determina la legislación aplicable, es el fallecimiento del funcionario, no su retiro o jubilación. 3. Retribuciones del personal docente universitario. Legalidad del RD 1086/1989, de 28 de agosto. La valoración de la actividad investigadora por una Comisión Nacional no vulnera la autonomía universitaria, que no se proyecta sobre el régimen retributivo. 4. Retribuciones. Diferencia entre Profesores interinos y Profesores en prácticas; éstos tienen derecho a percibir la totalidad de las retribuciones básicas del cuerpo en que aspiran a ingresar. 5. Profesores de EGB. Derecho a vivienda, aunque no gratuita. Nulidad de acuerdo municipal de alteración del destino de aquélla, por haberse adoptado sin la preceptiva autorización de la Comunidad Autónoma. 6. Profesorado universitario. Retribuciones. Legalidad de RD 1086/1989, de 28 de agosto, en cuanto distingue entre el profesorado con dedicación a tiempo completo y con dedicación a tiempo parcial al reservar los complementos específico y de productividad exclusivamente a aquél. Doctrina reiterada. 7. Profesores interinos de Universidad. Cese por reingreso del titular de la plaza ocupada interinamente. Legalidad. Universidad de Málaga. Artículo 7 RD 898/1985, sobre Régimen del Profesorado Universitario. 8. Funcionario interino del Ayuntamiento. Ilegalidad de cese en base al nombramiento en propiedad de otro funcionario, tanto por falta de prueba tanto de la identidad entre la plaza interinada y la plaza para la que se nombre a aquél, como por no acreditarse su toma de posesión.—V. INCOMPATIBILIDADES: 1. Incompatibilidades. La modificación del sistema de incompatibilidades no es ni constituye expropiación alguna sin garantía indemnizatoria. Reiteración y síntesis de la doctrina reiteradamente sustentada por el Tribunal Supremo. 2. Incompatibilidades. Aplicación en el ámbito de las Comunidades Autónomas de las restricciones y limitaciones contenidas en los aps. 6 y 7 del artículo 11 y en el artículo 12 del RD 598/1985, de 30 de abril, en tanto aquéllas no ejerciten su potestad reglamentaria en la materia. 3. Incompatibilidades. Con otro cargo en el sector público. Necesidad de optar por uno de los dos puestos dentro del plazo de posesión. Singularidades en este caso de la excedencia voluntaria.—VI. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO: Anticipo de la edad de jubilación. Revisión. La eventual indemnización por lesión patrimonial derivada de actos del Poder legislativo ha de suscitarse ante el Consejo de Ministros.

I. CUERPOS

El funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación modificable por instrumento normativo acorde con los principios de reserva de ley y legalidad, sin que pueda exigir la congelación de la situación estatutaria existente al tiempo de su ingreso, siempre que se mantenga la retribución global y la función. Constitucionalidad de la integración de los catedráticos pertenecientes al Cuerpo de Catedráticos Numerarios de Bachillerato en el de Profesores de Enseñanzas Secundarias. Legalidad de los artículos 75.b), 78 y 81 del RD 929/1993, que aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Enseñanza Secundaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

«La Asociación Nacional de Catedráticos de Bachillerato (ANCABA) impugna en este recurso los artículos 75.b), 87, 78 y 81 del Real Decreto 929/1993, de 18 junio, que aprobó el Reglamento Orgánico de los Institutos de Enseñanzas Secundarias, solicitando por otrosí que se suscite cuestión de inconstitucionalidad respecto de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1984, que suprimió el Cuerpo de Catedráticos de Bachillerato; la Ley 23/1988, que modificó dicha disposición adicional, y las disposiciones adicionales décima y decimocuarta de la LOGSE; que inte-

gran y confunden cuerpos de modo arbitrario y caprichoso. Debe añadirse, puesto que la Sala ya se ha pronunciado sobre alguna de las alegaciones que sirven de fundamento a este recurso, que la misma Asociación impugnó el Real Decreto 1701/1991, de 29 noviembre, en el Recurso número 6577/1972, desestimado por Sentencia de la Sala de 16 mayo 1995 (RJ 1995, 4119); el Real Decreto 1774/1994, de 5 agosto, en el Recurso número 762/1994, desestimado por Sentencia de 24 noviembre 1995 (RJ 1995, 8634), y que un elevado número de docentes con la condición de Catedráticos han recurrido también este mismo Real Decreto 929/1993, en el Recurso número 686/1993, señalado en fechas próximas para votación y fallo.

La Ley Orgánica 1/1990, de 3 octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, estableció tres Cuerpos docentes: el de Maestros, el de Profesores de Enseñanzas Secundarias y el de Profesores Técnicos de Formación Profesional, integrando en el segundo de ellos a los Cuerpos de Catedráticos Numerarios, de Profesores Agregados de Bachillerato y de Profesores Numerarios de Escuelas de Maestría Industrial, regulando en la disposición adicional dieciséis la condición de Catedrático como situación personal cualificada y mérito docente dentro del Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria, condición adquirida automáticamente por los procedentes del Cuerpo de Catedráticos de Bachillerato y que podían adquirir un determinado porcentaje de los procedentes de los otros Cuerpos, con un mínimo de ocho años de antigüedad en los mismos y que superen las pruebas selectivas correspondientes. Pues bien, la pretensión de que el Tribunal suscite cuestión de inconstitucionalidad respecto de los preceptos de las Leyes 30/1984, 23/1988 y disposiciones adicionales de la LOGSE antes señaladas ya fue planteada en el Recurso número 6577/1992, en el que se impugnaba el Real Decreto 1701/1991, de 29 noviembre, alegando la vulneración de derechos adquiridos y el principio de interdicción de la arbitrariedad, pretensión desestimada por la Sentencia de la Sala de 16 mayo 1995, cuya argumentación debe reiterarse en ésta, en la que en síntesis se establecía que la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 (RTC 1987, 99) y las del Tribunal Supremo de 29 junio 1991 (RJ 1991, 5084), 5 octubre 1992 (RJ 1992, 7782) y 18 octubre 1993 (RJ 1993, 8622) han venido señalando que, siempre que se mantenga la retribución global y la función, el estatuto funcional puede modificarse con la finalidad de una mejor organización del servicio, siempre que se efectúe por norma con rango legal suficiente, y que el funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación modificable por instrumento normativo acorde con los principios de reserva de ley y legalidad, sin que pueda exigir la congelación de la situación estatutaria existente al tiempo de su ingreso, pues quien entra al servicio de la Administración acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional, siendo de señalar a este respecto que la Ley 30/1984 se propuso reagrupar la multiplicidad de Cuerpos y Escalas existentes en las distintas Administraciones; que por normas con rango legal suficiente se suprimió el Cuerpo de Catedráticos de Bachillerato, siendo integrados con otros de titulación y funciones docentes afines en un nuevo Cuerpo, en el que automáticamente, a diferencia de los pertenecientes a los otros Cuerpos a los que se exigía determinada antigüedad y la superación de pruebas selectivas, adquirirían la condición de Catedrático, que supone el reconocimiento de una especial cualificación y la atribución de un mérito docente, respetándoles la antigüedad que tuvieran en su anterior Cuerpo y los derechos económicos que vinieran disfrutando, continuando en el desempeño de funciones docentes similares a las desempeñadas con anterioridad, por lo que la Sala no aprecia que los preceptos legales antes señalados vulneren normas constitucionales, rechazando en consecuencia la pretensión de que suscite en cuanto a las mismas cuestión de inconstitucionalidad.

Se solicita también la nulidad del artículo 75.b) del referido Real Decreto, que establece los Departamentos Didácticos que habrán de constituirse en los Institutos de Educación Secundaria como órganos de coordinación didáctica, y el 87, que atribuye al Director del Instituto la designación de los Jefes de los Departamentos Didácticos para que desempeñen su cargo por tiempo de tres cursos académicos, alegando que dichos preceptos violan los artículos 9.3 de la Constitución y 6 y 7 del

Código Civil, sobre respeto a los derechos adquiridos y fraude de ley; los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución y 19 de la Ley 30/1984, que garantizan los principios de mérito y capacidad, y artículo 20 de la Ley 30/1984, sobre provisión de puestos de trabajo. La nueva normativa, además de la integración de Cuerpos, reconoció la condición de Catedrático como una cualificación personal desligada del desempeño de un determinado puesto de trabajo, lo que unido a la necesidad de un mayor número de enseñantes por el aumento del de alumnos, determina mayores posibilidades de elección de los Jefes de los Departamentos Didácticos que enumera el artículo 75.b) del Real Decreto recurrido y que de acuerdo con el 87 serán elegidos por el Director del Instituto entre profesores con la condición de Catedráticos, desempeñándolo durante tres cursos académicos, siendo elegido el que designe el Director, oído el Departamento, cuando haya más de un Catedrático, o eligiendo a un profesor cuando no haya ningún Catedrático, sistema de nombramiento que, además de reiterar aquí lo ya dicho sobre no vulneración de derechos adquiridos, es idéntico en lo sustancial al que establecía el artículo 22 del Real Decreto 264/1977, de 21 enero, que aprobó el anterior Reglamento Orgánico de los Institutos Nacionales de Bachillerato, en el que disponía que la Jefatura del Seminario Didáctico sería desempeñada por el Catedrático de la asignatura correspondiente; si estuviere vacante la cátedra asumirá dicha Jefatura el Profesor Agregado que proponga el Director, y si existieren dos Catedráticos de la misma asignatura el Director del centro habría de determinar en la forma que creyese más conveniente quién habría de ostentar la Jefatura del Seminario Didáctico, siendo las diferencias más relevantes las mayores posibilidades de elección en la organización actual y que el nombramiento era antes anual y ahora es por tres cursos académicos, no existiendo en consecuencia base alguna para apreciar la existencia de vulneración de derechos adquiridos, fraude de ley o principios de mérito y capacidad para pretender la anulación de los referidos artículos 75.b) y 87 del Real Decreto 929/1993, de 18 junio.

Por último, se impugnan los artículos 78 y 81 del mismo Real Decreto, que regulan la designación de los Jefes de los Departamentos de Orientación y de los de Actividades Complementarias y Extraescolares, afirmando que al no exigirse para desempeñarlos la condición de Catedrático se vulneran los principios de mérito y capacidad que se hallan protegidos por los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución y 19 de la Ley 30/1984, así como el 20 de la Ley 30/1984, sobre provisión de puestos de trabajo. El artículo 75 se refiere por separado en sus dos primeros apartados a los Departamentos de Orientación y de Actividades Complementarias y Extraescolares en el primero y, en el segundo, a los Departamentos Didácticos, siendo lógico que la Jefatura de éstos se conceda a quienes tuvieren la condición de Catedráticos, si los hubiere en el Departamento, habida cuenta de las competencias que les reconoce el artículo 86, en tanto que los otros, cuyas funciones se enumeran en los artículos 79 y 83, requieren otro tipo de preparación, que pueden tener, sin excluir a los que tuvieren la condición de Catedrático, cualquier profesor, que sea funcionario de carrera, se halle en servicio activo y esté destinado en el centro, que son los requisitos exigidos.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 22 febrero 1996.)

II. PLANTILLAS Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

1. *Provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Legalidad del RD 731/1993 y constitucionalidad del artículo 99.2 de la Ley 7/85, según la redacción dada por la Ley 10/1993, de 21 de abril.*

«El Real Decreto impugnado encuentra cobertura en la Ley 10/1993, de 21 abril, de modificación del régimen de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, que en su disposición final primera atribuye a la Administración del Estado la facultad de dictar normas básicas para la provisión de dichos puestos de trabajo. A su vez, el Real Decreto autoriza en su disposición final segunda al Ministro para las Administraciones Públicas para dictar las disposiciones necesarias para la aplicación y desarrollo de lo dispuesto en el mismo, lo que se verifica en la orden que asimismo se impugna.

Después de la modificación introducida por la citada Ley 10/1993, el artículo 99 de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, dispone, por lo que aquí interesa, en su apartado 2 lo siguiente:

“Excepcionalmente, podrán cubrirse por el sistema de libre designación, entre habilitados de carácter nacional de la subescala y categoría correspondientes, los puestos a ellos reservados que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo. Dicho sistema sólo podrá adoptarse, en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman, respecto de los puestos en Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, Ayuntamientos, capitales de Comunidad Autónoma o de provincia y de municipios con población superior a cien mil habitantes, siempre que tengan asignado nivel 30 de complemento de destino.”

“Cuando se trate de puestos de intervención o tesorería, además de los requisitos anteriores, la cuantía mínima del presupuesto ordinario de la Corporación habrá de ser superior a tres mil millones de pesetas. A los funcionarios cesados en los mismos se les garantizará un puesto de trabajo de su subescala y categoría en la Corporación, que deberá figurar en su relación de puestos de trabajo.”

“Las bases de la convocatoria para cubrir estos puestos serán aprobadas por el Pleno de la Corporación y contendrán la denominación y requisitos indispensables para desempeñarlos.”

“La convocatoria, que se realizará con los requisitos de publicidad de los concursos, y la resolución, previa constatación de la concurrencia de los requisitos exigidos en la convocatoria, corresponden al Presidente de la Corporación, quien dará cuenta de esta última al Pleno de la misma.”

Contienen las alegaciones de la demanda cuatro apartados con los siguientes epígrafes: “1. Funciones reservadas a los funcionarios locales con habilitación nacional y sistema normal de provisión de estos puestos de trabajo”; “2. El sistema de provisión de puestos de trabajo por libre designación debe sujetarse a los principios de mérito y capacidad”; “3. Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 99.2 de la Ley Local, en la redacción dada por la Ley 10/1993, de 21 abril”; y “4. Extralimitación de la norma reglamentaria en relación con la Ley que desarrolla”.

En el primero de estos apartados se hace referencia a que la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local atribuye a los funcionarios locales con habilitación nacional el desempeño de las funciones de “fe pública y asesoramiento legal preceptivo” y de “control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación” (art. 92.3), señalando la parte actora que “es lógico que el desempeño de estas funciones... se revista de las medidas precisas” para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función (art. 92.2, *in fine*, LRBRL), y que “el sistema se cierra con la adscripción a los puestos de trabajo de estos funcionarios con habilitación nacional” estableciendo la Ley el concurso de méritos con sistema normal y general de provisión de puestos de trabajo, concurso que “como señalaba la STC 193/1987, de 9 diciembre (RTC 1987, 193), debe resolverse ‘de acuerdo con un criterio estrictamente técnico, valorando exclusivamente el mérito y la capacidad del aspirante a la plaza de que se trate, conforme establece el artículo 103.3 de la Constitución’. Es por ello que sea el Pleno de cada Corporación Local quien deba aprobar las Bases de la convocatoria de los concursos...”, de forma que “es así como quedan salvaguardados los principios de autonomía local y de que, en los concursos, se valore exclusivamente el mérito y la capacidad del aspirante a la plaza de que se trate,

conforme establece el artículo 103.3 de CE. Valoración que a su vez se efectúa por un Tribunal, de composición mayoritariamente técnica, nombrado por la Corporación (art. 20.1 Real Decreto 731/1993)".

En el segundo de los apartados enunciados se alega que, como consecuencia de la nueva redacción que ha dado la Ley 10/1993, de 21 abril, al artículo 99.2 de la LRBRL, las funciones asignadas a los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, vinculadas, por la Ley, a la "mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia", se ven ahora gravemente comprometidas por la forma de acceso al puesto de trabajo y por la inestabilidad en el mismo, pues, entiende la parte actora, que toda designación que se separe del mandato constitucional de selección atendiendo rigurosamente a los principios de mérito y capacidad, considerados objetivamente, y toda falta de seguridad en la estabilidad en el cargo, menoscaba esas necesarias garantías en el ejercicio de las funciones públicas. Continúa exponiéndose en la demanda que es cierto que las imprecisiones de la Ley podían haberse concretado en el Real Decreto impugnado, pero no ha sido así; que tampoco la Orden 7 julio 1993 contiene precisión alguna al respecto, limitándose a remitirse a lo dispuesto en la Ley; que esta simple remisión de la norma reglamentaria a la Ley supone una infracción de la función asignada al Reglamento de concreción de la norma que desarrolla y que establecido en la Ley el sistema de provisión de determinados puestos de trabajo por libre designación, las normas reglamentarias impugnadas deberían haber concretado cómo debía articularse el sistema de libre designación con los principios constitucionales de mérito y capacidad; que los méritos alegados por los candidatos no son ponderados por un Tribunal técnico y de acuerdo con criterios objetivos, sino que la designación se atribuye al Presidente de la Corporación "previa constatación de la concurrencia de los requisitos exigidos" (la habilitación nacional), sin referencia alguna a los criterios tomados en consideración para la designación a la vista de los méritos alegados, extrayéndose de todo ello la conclusión de que la norma reglamentaria vulnera —al no regularlos— los principios de mérito y capacidad exigibles también en el sistema de libre designación, aparte de que es difícil entender cómo un órgano de naturaleza eminentemente política como es el Presidente de la Corporación pueda valorar tales principios, de contenido fundamentalmente técnico.

En el tercer apartado de sus alegaciones el Colegio demandante expone las razones por las que, a su juicio, procede el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del artículo 99.2 de la LRBRL, en la redacción dada por la Ley 10/1993, de 21 abril, que sirve de base a las normas reglamentarias impugnadas, aduciendo, a tal efecto, que carece de justificación la discriminación que esta Ley ha introducido en la redacción del citado precepto, respecto de determinadas Corporaciones, admitiendo que en ellas los funcionarios con habilitación nacional sean nombrados y removidos libremente por la sola voluntad del Presidente de la Corporación, pues el carácter directivo de las funciones o la especial responsabilidad que asumen los correspondientes funcionarios es predicable de las funciones a ellos reservadas en todas las Entidades locales, siendo, precisamente, la naturaleza de estas funciones lo que justifica la reserva al Estado de su selección y de la regulación del sistema de provisión de puestos de trabajo y lo que impide también admitir que la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función quede empañada por la libre designación y remoción del funcionario; que tampoco el cese de estos funcionarios se reviste de las debidas garantías, pues la Ley se limita a señalar únicamente que "a los funcionarios cesados en los mismos se les garantizará un puesto de trabajo de su subescala y categoría en la Corporación", con lo que, también, desde este punto de vista se produce un acceso a este segundo puesto por sistema ajeno al "mérito y capacidad"; que, además, y desde otra perspectiva, hay que hacer hincapié en que las especiales características de las funciones reservadas por la Ley a los funcionarios con habilitación nacional impiden la aplicación a éstos del sistema de provisión basado exclusivamente en la confianza, pues en la Ley 30/1984, de 2 agosto, la libre provisión queda limitada a los puestos de Subdirector General, Delegados y Directores Regionales o Provinciales y Secretarías de Altos Cargos —art. 20.1.b)—,

pero este sistema es incompatible con el acceso a puestos de trabajo a cuyos responsables la Ley ha asignado funciones cuyo desempeño puede entrar en conflicto con el de las Autoridades a quienes la misma Ley asigna ahora su libre nombramiento y remoción, consideraciones todas ellas que llevan a la parte actora a solicitar el planteamiento de la indicada cuestión de inconstitucionalidad por entender que el artículo 99.2 de la Ley 7/1985, modificada por la Ley 101/1993, lesiona los artículos 14 y 23 de la Constitución.

Por último, en el cuarto de los apartados de la demanda a los que nos veníamos refiriendo, se afirma que la norma reglamentaria impugnada se ha extralimitado en relación con la Ley que desarrolla, pues si bien la LRBRRL admite en el artículo 92.4 que "la responsabilidad administrativa de las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación podrá ser atribuida a miembros de la Corporación a funcionarios sin habilitación de carácter nacional, en aquellos supuestos excepcionales en que así se determine por la legislación del Estado", la excepción prevista legalmente fue concretada por el Real Decreto 1174/1987, de 18 septiembre, en el sentido de admitir el desempeño del puesto de Tesorería, bien por funcionario, bien por corporativo, en aquellas Corporaciones de población inferior a 20.000 habitantes, regulación reglamentaria que fue considerada ajustada a Derecho por la Sentencia de este Tribunal de 4 diciembre 1990 (RJ 1990, 10124) al no existir una atribución generalizada de la función a quienes no tienen habilitación nacional, sino que "aparece referida a supuestos excepcionales", a cuyos supuestos se limita la remisión legislativa a la acción reglamentaria del Gobierno, sin embargo, continúa la parte actora, el Real Decreto impugnado, que, en principio, sigue esta misma línea en su artículo 2.f), "sin justificación alguna, y rompiendo el propio esquema diseñado" establece en su Disposición adicional tercera que "Excepcionalmente, a petición fundada de las Corporaciones locales de municipios con población inferior a 50.000 habitantes o presupuesto inferior a 3.000.000.000 de pesetas cuya Secretaría esté clasificada en clase primera, la Dirección General de la Función Pública podrá autorizar el desempeño del puesto de tesorería por funcionario de la Corporación debidamente cualificado", lo que, a juicio del Colegio demandante, supone una extralimitación de la habilitación legal, pues habiendo entendido la norma reglamentaria que "en las poblaciones de más de 20.000 habitantes deben desempeñarse las funciones de Secretaría, intervención y tesorería por funcionarios con habilitación nacional (art. 2 del Real Decreto 731/1993), no puede extenderse la excepcionalidad también a este tipo de Corporaciones locales, sin desbordar el propio concepto jurídico indeterminado de la excepcionalidad". Por otra parte, añade el actor, no es admisible que la determinación del supuesto excepcional se encomiende a la Dirección General de la Función Pública, sin otro requisito que la población del municipio y la cifra de su presupuesto, pues ello supone que tal determinación se efectúa por acto administrativo concreto y singular, lo que resulta contrario a la remisión de la Ley en favor del Reglamento.

Comenzando por la pretensión de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del artículo 99.2 de la Ley 7/1985, de 2 abril, según la redacción dada por la Ley 10/1993, de 21 abril, y aunque lo que se cuestiona en este proceso no es el sistema de libre designación y cese en determinados puestos de trabajo, sino su aplicación a los puestos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, convendrá recordar que este Tribunal Supremo no ha puesto en duda en ningún momento la constitucionalidad de dicho sistema, previsto en el artículo 20.1.b) y e) de la Ley 30/1984, de 2 agosto, y que por ser base del régimen estatutario de los funcionarios públicos es aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas, pudiendo citarse en este sentido, entre otras, las Sentencias de 26 mayo 1989 (RJ 1989, 3908), 26 febrero 1992 (RJ 1992, 1380) y 29 mayo 1995 (RJ 1995, 6152).

Dicho esto, debe aclararse que no fue la Ley 10/1993, sino la Ley 31/1991, de 30 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, la que al modificar en su disposición adicional octava el entonces apartado 1 del artículo 99 de la Ley 7/1985, estableció, con carácter excepcional, el sistema de libre designación en la

provisión de las plazas correspondientes a funcionarios de Administración Local con habilitación nacional. La posterior reforma introducida en dicho artículo por la Ley 10/1993 ha respondido, según se expresa en su Exposición de Motivos, a la "necesidad de enmarcar el sistema de libre designación establecido dentro de los límites y garantías exigidos por las peculiaridades de la Administración Local".

Pues bien, la argumentación de la demanda no logra demostrar que la redacción dada por la Ley 10/1993 al artículo 99.2 de la Ley 7/1985 vulnere los artículos 14 y 23 de la Constitución, pues por lo que se refiere a la alegada discriminación de determinadas Corporaciones por admitirse que en ellas puedan ser nombrados y removidos libremente los funcionarios con habilitación nacional, no es posible afirmar que ello suponga una desigualdad injustificada, ya que para establecer la posibilidad del sistema de libre designación, la Ley no sólo ha tenido en cuenta el carácter directivo de la función, sino también la especial responsabilidad que no cabe duda es más acentuada en las Corporaciones locales de mayor importancia administrativa o con población superior a cien mil habitantes o en las que, además, el presupuesto ordinario excede de tres mil millones de pesetas.

Y en cuanto a la pretendida vulneración del artículo 23 de la Constitución, bastará con recordar que, según reiterada jurisprudencia constitucional (cfr. STC 192/1991 [RTC 1991, 192]), el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos y los principios de mérito y capacidad no se proyectan con la misma intensidad cuando se trata de la provisión de puestos de trabajo, puesto que tales derechos y principios ya fueron respetados en el momento de acceso a la función pública, por lo que pueden tenerse en cuenta para la provisión de puestos otros criterios distintos en atención a una mayor eficacia en la organización de los servicios, doctrina ésta que permite rechazar igualmente la objeción que en la demanda se hace a la garantía de un puesto de su subescala y categoría en la Corporación para el funcionario libremente cesado, que contienen tanto la Ley como el Reglamento.

En el presente caso, el legislador ha optado, para supuestos excepcionales, por el sistema de libre designación para la provisión de determinados puestos de trabajo de funcionarios de Administración Local con habilitación nacional, fijando para ello unos criterios generales como son los del volumen de población o la importancia administrativa o presupuestaria de la Corporación, así como determinado nivel de los puestos a cubrir, criterios que son perfectamente razonables.

Por lo demás, el sistema de libre designación supone por definición la ausencia de un Tribunal o Comisión Técnica, pues la discrecionalidad técnica que ostentan dichos Tribunales o Comisiones según reiterada jurisprudencia, corresponde lógicamente en los casos de libre designación a la autoridad a la que se atribuye la competencia para ello.

Tampoco se aprecia incompatibilidad entre el sistema de provisión de puestos mediante libre designación y las características de las funciones atribuidas por la Ley a los funcionarios con habilitación nacional, pues el artículo 20.1.b) de la Ley 30/1984 no limita la libre designación a los puestos de Subdirector General, Delegados y Directores regionales o provinciales y Secretarías de altos cargos, como el actor deduce de una lectura incompleta del precepto, sino que la extiende también a aquellos otros cargos "de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo". De otro lado, como señala el Abogado del Estado, la eventualidad de un conflicto con la Autoridad que lo designó no puede impedir al funcionario el cumplimiento de su deber, ni el hacerlo así debe determinar su cese, que incurriría en arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución. Y ello aparte de que la hipótesis planteada en la demanda habría de hacerse extensiva a todas las Administraciones Públicas.

Descartada la inconstitucionalidad del artículo 99.2 de la Ley 7/1985, modificado por la Ley 10/1993, decae la pretendida nulidad de los artículos 26 a 28 del Real Decreto 731/1993, de 14 mayo, por cuanto se ajustan fielmente a dicha Norma Legal, como viene a reconocer la propia parte actora al invocar como único motivo de impugnación de tales preceptos reglamentarios el de que se limitan a reproducir lo dispuesto en la Ley y no concretan cómo debía articularse el sistema de libre desig-

nación con los principios de mérito y capacidad, objeción que no puede prosperar, pues aparte de lo ya expuesto acerca del juego de dichos principios en la provisión de puestos de trabajo, la fiscalización jurisdiccional de disposiciones generales, según tiene declarado la Sala en Sentencias de 30 enero 1989 (RJ 1989, 576), 6 noviembre 1991 y 15 julio 1994 (RJ 1994, 5722), entre otras, debe atender a lo que en las mismas se establezca a fin de comprobar si contraviene normas de superior rango, pero no a lo que se abstengan de regular, lo que por su omisión no cabe juzgar si es o no conforme con ese ordenamiento, omisión que, por otra parte, no se aprecia en el presente caso, dada la completa regulación que la Ley contiene sobre la provisión de puestos por libre designación. Y en cuanto a la impugnación de la Orden 7 julio 1993, debe rechazarse asimismo, toda vez que se remite sobre la libre designación a lo dispuesto en el Real Decreto.

Por último, tampoco puede aceptarse la supuesta extralimitación legal de la Disposición adicional tercera del Real Decreto impugnado, según la cual "Excepcionalmente, a petición fundada de las Corporaciones Locales de municipios con población inferior a 50.000 habitantes o presupuesto inferior a 3.000.000.000 de pesetas, cuya Secretaría esté clasificada en clase primera, la Dirección General de la Función Pública podrá autorizar el desempeño del puesto de tesorería por funcionario de la Corporación debidamente cualificado", pues esta disposición tiene su cobertura legal en el artículo 92.4 de la Ley 7/1985, en el que se establece: "La responsabilidad administrativa de las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación podrá ser atribuida a miembros de la Corporación o funcionarios sin habilitación de carácter nacional, en aquellos supuestos excepcionales en que así se determine en la legislación del Estado".

Nada obsta a la legalidad de la disposición adicional impugnada el hecho de que el propio Reglamento contenga en su artículo 2.f) una concreción de la excepción prevista en la Ley (reproducción de la contenida en el artículo 18.3 y 4 del Real Decreto 1174/1987, cuya legalidad fue declarada por STS 4 diciembre 1990), pues ello no agota la posibilidad de prever otro supuesto igualmente excepcional a petición fundada de determinadas Corporaciones locales, al amparo de la misma cobertura legal.

Por lo demás, la excepción no se efectúa por acto administrativo concreto y singular, como se afirma en la demanda, sino que está prevista en la "legislación del Estado", como exige la Ley. Lo que se hace por vía de acto administrativo es dar cumplimiento a la legislación estatal mediante la concesión de la autorización en los casos en que proceda, pero esto no constituye motivo alguno de ilegalidad de la disposición impugnada.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 3 enero 1996.)

2. Nulidad. En base a los principios de conservación de los actos y mínima lesividad procede no extender la declaración de nulidad de un acuerdo municipal de modificación de plantilla prescindiendo totalmente del procedimiento aplicable a aquellos contenidos del acuerdo que no se relacionan con el interés que el demandante trata de defender en el proceso. Supresión de plaza ocupada por interino.

«La estimación de los motivos casacionales, que ha quedado ampliamente razonada en los fundamentos que preceden, conduce, conforme a lo dispuesto en el artículo 102.1.2.º y 3.º, a la casación de la sentencia recurrida, y a que debamos por nuestra parte resolver lo procedente en los términos en que aparece planteado el debate.

Al respecto y con referencia precisa a cada uno de los actos recurridos (con ex-

cepción de aquellos impugnados inicialmente, a cuya impugnación renunció el recurrente en su escrito de 24 de febrero de 1992), hemos de diferenciar el tratamiento de la impugnación de los Acuerdos 31 enero 1992, de modificación de plantilla, y el desestimatorio por silencio del recurso de reposición contra el mismo, así como la de los Decretos de la Alcaldía de 5 febrero 1992 y 23 abril 1992, del correspondiente a la impugnación del Acuerdo 27 marzo 1992, de aprobación definitiva del Presupuesto.

Ni en demanda, ni en el escrito de casación se hace imputación específica de concretas vulneraciones cometidas en este último acuerdo, de ahí que falte una base para que, en términos de estricta congruencia con las alegaciones de las partes, podamos aceptar la pretensión de su anulación, que debe así ser desestimada. Debe tenerse en cuenta en todo caso que para la satisfacción del interés del recurrente, contenido de su derecho de tutela judicial, no sería necesaria la anulación de este acto, pues su cese se produjo con anterioridad a él, en razón de actos diferentes, cuya sola anulación permite la satisfacción de dicho interés.

En cuanto al resto de los actos (y dejando al margen los de desestimación de los recursos de reposición), existe una concatenación causal precisa entre la modificación de la plantilla y el cese del demandante, en cuanto que es la reducción de las plazas la que, en tesis del Ayuntamiento demandado, determina que el ingreso de un nuevo funcionario en propiedad deba determinar la extinción de la relación de servicios del actor, como funcionario interino.

Es claro que si la modificación de la plantilla resulta contraria a derecho y viciada de nulidad, faltaría la causa del cese del demandante, pues, debiendo ser el término de referencia la plantilla anterior, el ingreso de un nuevo funcionario en propiedad, cuando no se ha demostrado que la concreta plaza a la que éste fue adscrito fuera la ocupada en interinidad por el demandante, no le afectaría.

Planteado así lo que es el núcleo esencial del proceso, las vulneraciones producidas en el Acuerdo 31 enero 1992 sobre la modificación de plantilla, que han quedado detalladas a lo largo de los fundamentos precedentes, suponen en realidad una omisión total del procedimiento legalmente establecido para adoptar dicho acuerdo, previsto como motivo de nulidad de pleno derecho en el artículo 47.1.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, vigente a la sazón, nulidad que hemos de declarar por esta nuestra sentencia, según lo dispuesto en el artículo 84.a) de nuestra Ley Jurisdiccional.

Ahora bien, un principio de conservación de los actos y de mínima lesividad aconseja, en este caso, no extender la declaración de nulidad a aquellos contenidos del acuerdo que no se relacionan con el interés que el demandante trata de defender en este proceso.

Puesto que lo que pone en riesgo su permanencia como funcionario interino del Ayuntamiento de Las Palmas, es la supresión y modificación de plazas de Técnicos de Administración General, basta con que la declaración de nulidad se limite a la modificación relativa a esas solas plazas, consistente en la amortización de dos plazas y en la transformación de cuatro plazas en otras tantas de Técnicos de Gestión Media.

Establecido este presupuesto, y con referencia ya al Decreto del Alcalde en el que se acordó la adscripción del nuevo funcionario, nombrado en propiedad, y el cese del demandante, es claro que falta la causa fundamentadora de este cese, lo que determina la contradicción a derecho del acto, y su anulabilidad por esta causa, según lo dispuesto en el artículo 48.2 de la LPA, debiéndose declarar la nulidad del mismo, según lo dispuesto en el artículo 84.a) de nuestra Ley Jurisdiccional, en el bien entendido que el contenido afectado es sólo el referente al cese, no así la adscripción del funcionario nombrado en propiedad.

En todo caso, y aun prescindiendo de la nula modificación de la plantilla de Técnicos de Administración General, aun en el negado supuesto de que esa modificación hubiera sido válida, no se ha demostrado que la concreta plaza interinada por el demandante fuera la misma para la que fue nombrado el funcionario en propiedad, por lo que, aun en esa negada hipótesis, faltaría la causa para el cese del actor,

ello aparte de que tampoco el solo nombramiento, sin la posesión del nombrado, puede bastar para decidir el cese, y para decidirlo en las circunstancias de irregularidad formal del procedimiento, causantes de indefensión del afectado, lo que implica un nuevo motivo de anulación de los previstos en el artículo 48.2 de la LPA. Sobre las violaciones aludidas basta con que nos refiramos desde aquí a lo que en fundamentos anteriores quedó expuesto.

No es aceptable la tesis del Ayuntamiento recurrido (F. 3.º de la contestación a la demanda, reproducido en lo sustancial en el escrito de impugnación del recurso de casación en la contestación al segundo motivo) de que, aparte de la fundamentación del cese del actor en el artículo 128.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986 (que es a la que se refiere la argumentación de rechazo precedente), pueda sustentar dicho acto en los artículos 41.14.d) y 61.12.d) del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, porque en dichos preceptos no se regulan los supuestos de posible cese del funcionario, o las causas legales de éste, sino sólo la competencia del Alcalde para acordarlo, que, naturalmente, deberá atenerse en su ejercicio a la existencia de la causa legal para ello, como evidencia la referencia final de cada uno de dichos dos preceptos a "los términos previstos en la legislación vigente".

La anulación de los actos referidos hasta aquí debe llevar, como lógica consecuencia, a la de los actos, expreso en un caso y tácito en otro, de desestimación del recurso de reposición contra ellos, por su contradicción a derecho.

Por último, y según se adelantó en el fundamento precedente, el cese del actor es de por sí causante de perjuicios para él, que deben ser indemnizados, según antes se indicó, en la cuantía correspondiente a la retribución dejada de percibir desde el cese, a fijar en ejecución de sentencia, según lo dispuesto en el artículo 84.c) de la Ley Jurisdiccional.

En conclusión, hemos de declarar haber lugar al recurso, casando la sentencia recurrida, y estimando en parte el recurso contencioso-administrativo que aquélla desestimó, declarando la nulidad del acuerdo adoptado por el Pleno extraordinario del Ayuntamiento de Las Palmas de 31 enero 1992, sobre modificación de plazas y aprobación de plantillas, en cuanto se refiere a la amortización de dos plazas de Técnico de Administración General y transformación de otras cuatro de Técnicos de Administración General en cuatro plazas de Técnicos de Gestión Media, no así en cuanto al resto del contenido del acuerdo; la nulidad del acuerdo de desestimación tácita del recurso de reposición interpuesto contra éste; la nulidad del Decreto de la Alcaldía de 5 febrero 1992, en el concreto contenido en el que se acuerda el cese del demandante, y la del Decreto por el que desestimó el recurso de reposición contra el anterior; debiendo declarar el derecho del actor a ser repuesto en el puesto de trabajo que servía en interinidad hasta que sea nombrado en propiedad otro funcionario y tome posesión del mismo, y a ser indemnizado en la cuantía de la retribución dejada de percibir desde el momento de su cese, a determinar en ejecución de sentencia.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 28 febrero 1996.)

3. *Provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación. Carácter excepcional. Según el artículo 20.1.b) Ley 30/1984, podrán cubrirse por este sistema aquellos puestos de trabajo en atención a la naturaleza de sus funciones, y sólo podrán cubrirse por este sistema los puestos de Subdirector General, Delegados y Directores regionales y provinciales, Secretarías de altos cargos, así como aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo. La objetivación de los puestos de esta última clase está incorporada, según el artículo 16, a las relaciones de puestos de trabajo. Carácter básico de*

ambos preceptos. Nulidad de acuerdo de Comunidad Autónoma por el que se consideran todas las Jefaturas de Servicio como puestos que implican una especial responsabilidad, porque no se ha exteriorizado una justificación que sea de recibo de esta tesis.

«La primera cuestión de fondo que es objeto de debate en esta segunda instancia es determinar si resulta ajustado a Derecho que en las relaciones de puestos de trabajo de las Consejerías de la Comunidad Autónoma de Canarias, todas las Jefaturas de Servicios se provean por el sistema de libre designación.

En Sentencia de 7 mayo 1993 (RJ 1993, 3580) hemos dicho que “los artículos 19 y 20 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Reforma de la Función Pública (que forman parte integrante de las bases del régimen estatutario aplicable a todas las Administraciones Públicas, con arreglo al art. 1.3 de dicha Ley), marcan importantes matices entre el sistema de selección aplicable al ingreso al servicio de la Función Pública y el tenido en cuenta para la provisión de puestos de trabajo entre quienes ya ostentan la condición de funcionarios. En el primer supuesto (acceso a la función pública), el sistema selectivo opera omnicomprensivamente ‘mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre, en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad’ (art. 19.1). En el segundo supuesto, la provisión de puestos de trabajo adscritos a funcionarios prevé el concurso como sistema normal de provisión, en el que se tendrán únicamente en cuenta los méritos exigidos en la correspondiente convocatoria, entre los que figurarán los adecuados a las características de cada puesto de trabajo, así como la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado, los cursos de formación y perfeccionamiento superados y la antigüedad (art. 20.1). Pero a su lado figura también la libre designación”.

Respecto de la libre designación establece la Ley una doble previsión: la primera es que podrán cubrirse por este sistema aquellos puestos de trabajo, en atención a la naturaleza de sus funciones; y la segunda consiste en que “sólo podrán cubrirse por este sistema los puestos de Subdirector General, Delegados y Directores regionales y provinciales, Secretarías de altos cargos, así como aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo” —art. 20.1.b)—. Sobre este último extremo hay que destacar también que el artículo 16 de la Ley (asimismo integrado en las bases de aplicación general), dispone que en las relaciones de trabajo que compete elaborar a las Comunidades Autónomas, “deberán incluir, en todo caso, la denominación y características de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño”.

Haciendo una síntesis de la normativa reseñada bien puede afirmarse que el sistema de libre designación previsto en la Ley difiere sustancialmente de un sistema de libre arbitrio, ya que su perfil viene delimitado por los siguientes elementos: a) tiene carácter excepcional, en la medida que completa el método normal de provisión que es el concurso; b) se aplica a puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones; c) sólo entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la Ley relaciona (Secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad); d) la objetivación de los puestos de esta última clase (“especial responsabilidad”) está incorporada a las relaciones de puestos de trabajo, que deberán incluir, “en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos...” y serán públicas, con la consecuente facilitación del control.

Con arreglo a esta doctrina, podemos afirmar que realmente no se ha exteriorizado una justificación suficiente para que sea de recibo la tesis de que todas las Jefaturas de Servicios impliquen la especial responsabilidad determinante de cubrir las mediante libre designación. En esto, aunque concisa, la sentencia apelada es clara, sin que contra su conclusión sea bastante el argumento ofrecido por la Administración sobre la rapidez, agilidad y flexibilidad que se derivan de un correc-

to ejercicio de la facultad de libre designación, porque son precisamente estas notas mal utilizadas las que pueden originar un cierto margen de arbitrariedad, frente a cuyo potencial peligro la norma legal ha reaccionado exigiendo una justificación objetiva y razonable, que en este caso no consta en las actuaciones administrativas ni se sigue necesariamente de la afirmación hecha en el proceso de que las Jefaturas de Servicio culminan la carrera profesional de los funcionarios.

Ratificada la decisión de fondo sobre las Jefaturas de Servicio, las razones de incongruencia alegadas contra la sentencia impugnada tampoco pueden prosperar, porque el hecho de que el fallo no se reduzca a los méritos y puestos de trabajo modificados en las nuevas Relaciones tiene su sólido fundamento en que las decisiones constituidas por su aprobación forman unas resoluciones administrativas autónomas, no vinculadas por la situación anterior y por eso enjuiciables en todos sus aspectos, aunque el sentido de lo decidido coincida en algunos casos con el de las relaciones que han venido a sustituir.

Por otra parte, el alcance de la sentencia se ha precisado en el Auto aclaratorio de 31 enero 1992 y su ámbito resulta de las relaciones que han sido el objeto de los recursos acumulados resueltos en la sentencia.

Finalmente, en cuanto a si la experiencia debe figurar como mérito preferente o puede aparecer también como requisito, mal puede incurrir en incongruencia el fallo, si en el mismo se hace una remisión a los fundamentos jurídicos, en los que se distingue, según que los puestos sean o no de nueva creación, no pudiendo avanzar más el Tribunal Supremo en este punto, porque el precepto invocado pertenece a la Ley de la Función Pública Canaria, cuyo examen nos veda el artículo 58.1 de la Ley de Demarcación y Planta.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 10 abril 1996.*)

III. SELECCIÓN

1. *Selección. Conocimiento de euskera y castellano. Posibilidad de exigir lo tanto por acto o disposición anterior a la convocatoria como a través de ésta. Se insiste en la rectificación de la postura anterior del Tribunal Supremo.*

«El Ayuntamiento de Ordizia publicó una convocatoria de concurso-oposición para cobertura de una plaza de Auxiliar Administrativo de Administración General. En la base cuarta de la convocatoria se establecía como condición para tomar parte en la oposición el "conocimiento de euskera a nivel de 800 horas de euskaltegi", y en la base novena se decía que de forma previa al inicio de los ejercicios de la oposición se realizarían pruebas a fin de acreditar el conocimiento exigido de euskera, de manera que los aspirantes que no las superaran quedarían automáticamente eliminados sin realizar prueba alguna.

El Abogado del Estado interpuso recurso contencioso-administrativo contra esta convocatoria, alegando en su demanda que el conocimiento obligatorio del idioma autonómico sólo es exigible en aquellas plazas respecto de las que se haya determinado "previamente" el carácter preceptivo de dicho conocimiento en atención a la propia naturaleza del puesto de trabajo, resultando que en este caso se estaba exigiendo como obligatorio el euskera, para la provisión de un puesto de trabajo, sin que previamente se hubiera hecho constar este requisito del puesto en la relación de puestos de trabajo.

La sentencia estimó el recurso, entendiendo que es contrario a Derecho la exigibilidad del euskera como requisito inexcusable con ocasión de la cobertura de plazas respecto de las que no se ha realizado una previa determinación por parte de los poderes públicos en este sentido.

Sobre esta cuestión nos hemos pronunciado en Sentencia de 8 julio 1991 (RJ 1991, 5452), en la que ratificando la variación de nuestra posición jurisprudencial anterior —a la que con evidente corrección se había adaptado la Sala de primera instancia— hemos concluido que el artículo 14.2 de la Ley Vasca de Normalización del Euskera se cumple tanto si la determinación de las plazas para las que sea preceptivo el conocimiento de ambos idiomas (castellano y euskera) se realiza mediante acto o disposición anterior a la convocatoria como si se lleva a efecto directamente en ésta, por lo que siendo éste el núcleo temático sobre el que ha versado el debate procesal, debemos estimar el recurso de apelación.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 12 enero 1996.*)

2. Personal docente universitario. Alcance de las facultades de la Comisión de Reclamaciones. No se refieren sólo a la legalidad externa, pudiendo analizar aquellos aspectos que afectan a los principios de igualdad, mérito y capacidad, pero sin adentrarse en el ámbito de la discrecionalidad técnica, que está reservado a la Comisión Juzgadora. Reiteración de la doctrina tradicional. Desestimación de recurso contra el acuerdo estimatorio de la reclamación.

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

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

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 215/1991, de 14 noviembre (RTC

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

La sentencia apelada, al mantenerse en los límites reseñados, no se ha excedido en sus atribuciones jurisdiccionales, como tampoco lo había hecho el Órgano administrativo de reclamaciones al ejercer las suyas, por lo que en este sentido no cabe admitir el motivo de apelación basado en que ejercida por éste su competencia teniendo como fundamento una discrecionalidad técnica, la misma sería irrevisable en vía jurisdiccional. No es éste el caso. El ámbito propio de la discrecionalidad técnica es el reservado a la Comisión juzgadora, mientras que la de reclamaciones tiene que limitar su actuación en el orden sustantivo a la ponderación de aquellos aspectos que afectan a estrictos principios jurídicos, como los de mérito y capacidad, evitando la posibilidad de que prevalezcan criterios de valoración manifiesta y notoriamente erróneos y opuestos a dichos principios. Por eso sus facultades no son sustancialmente diferentes de las que sobre estas cuestiones corresponden a los Tribunales de Justicia, que basándose en el mismo tipo de argumentación jurídica, están perfectamente autorizados a revisar las resoluciones de las Comisiones de reclamaciones, bien porque éstas hayan invadido la discrecionalidad técnica de las Comisiones juzgadoras, bien porque la argumentación en que funden su decisión no sea convincente desde el punto de vista jurídico.

Este último es precisamente el supuesto que en este proceso nos lleva a confirmar la minuciosa sentencia pronunciada por la Sala de La Coruña.

La resolución impugnada había centrado su razonamiento en que vista la evidente diferencia entre los méritos, por ejemplo, de la ATS doña Ana María M. F. y los aportados por el licenciado en Medicina don José Ramón F. L., en realidad la única explicación posible a la preferencia otorgada a aquélla por la Comisión juzgadora sería la de haber constatado que el señor F. L. carecía en su currículo de contratos universitarios a nivel de profesorado no numerario en el Área de conocimiento de enfermería, con lo cual se habría convertido un concurso público y abierto en una prueba restringida para aquellos en que concurriese dicha circunstancia.

Si bien es cierto que valorados en abstracto, sin referencia a determinadas plazas,

parece que no ofrecen punto de comparación los méritos alegados por uno y otra, sin embargo esto no autoriza a sacar la conclusión de que efectivamente se haya faltado a las condiciones de objetividad del concurso, por las razones que se expresan con claridad en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de primera instancia y que, sustancialmente, consisten en la doble afirmación de que la valoración de los méritos es necesario ponerla en relación con las características y exigencias determinadas por las funciones de las plazas que se van a desempeñar y, segunda, que existen elementos en el expediente que acreditan que si bien se tuvo en cuenta el dato de los contratos universitarios, sin embargo en los informes previos también se habían formulado ciertas reservas y objeciones a la relación entre el proyecto docente y los méritos alegados por el doctor F. L., y las plazas convocadas.

Igualmente, el fundamento de derecho quinto de la sentencia apelada razona con fundada y documentada convicción que tampoco ha sido exclusivamente el tema de los contratos el que motivó la valoración negativa de la señora P. M. y la positiva de la recurrente.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 15 enero 1996.*)

3. *Selección. Ilegalidad del acuerdo de no nombrar funcionario a quien superó las pruebas selectivas, por haber presentado los documentos acreditativos de los requisitos exigidos en la convocatoria dos días después del plazo establecido en las bases, al venir desempeñando el interesado en la propia Corporación sus servicios con contrato laboral indefinido. Literalismo excesivo.*

«Habiendo superado el recurrente las pruebas selectivas para la provisión, como funcionario de carrera, de plazas de Subgrupo de Técnicos de Administración General de la Diputación Foral de Vizcaya, sin embargo no se procedió a su nombramiento, por haber presentado dos días después del plazo previsto en la base décima los documentos acreditativos de las condiciones de capacidad y requisitos exigidos en la convocatoria, dando así cumplimiento literal —la Administración demandada— a lo dispuesto en el apartado 5 de la propia base décima: “quienes dentro del plazo indicado y, salvo los casos de fuerza mayor, no presentaren la documentación... no podrán ser nombrados, quedando anuladas todas sus actuaciones”.

Debiendo aceptarse —con la sentencia apelada— que no cabe oponer objeción alguna ni a la legalidad de la forma en que se llevó a efecto la publicación de la relación definitiva de aprobados por orden de puntuación ni a que esta publicación determinó el reglamentado inicio del cómputo del plazo para presentar la preceptiva documentación y que, por otra parte, en absoluto pudo llamar a confusión sobre la fecha de comienzo del cómputo la carta que la Diputación dirigió a cada uno de los aprobados, advirtiéndoles de que concurría en ellos esta circunstancia e interesándoles en la obligada presentación de los documentos pertinentes, sin embargo sí consideramos que puede ofrecer una cierta relevancia el hecho jurídico de que el apelante viniese desempeñando desde 1982, en calidad de contratado laboral indefinido, un puesto de Técnico en la propia Diputación Foral, aspecto sobre el que no se contiene argumentación alguna en la sentencia de primera instancia, a pesar de haber sido alegado en la demanda, para fundar la afirmación de que las condiciones y requisitos que debían ser objeto de acreditación documental ya le constaban a la Diputación, por lo que resultaría no ajustada a derecho su decisión de denegar al recurrente la condición de carrera.

Realmente se hace preciso admitir que en esta perspectiva la conducta de la Administración incurrió en un literalismo excesivo. La finalidad de la base mencionada es la acreditación de determinadas condiciones y requisitos, por lo que con independencia del incumplimiento formal por el interesado de la obligación de aportar

materialmente y dentro de plazo una documentación que estaba ya en manos de la entidad territorial demandada, lo cierto es que la función de dicha aportación aparecía plenamente cumplida por el hecho de la prestación de servicios que venía desempeñando el apelante a favor de aquélla, ya que las condiciones y requisitos que debió probar que reunía para ser contratado no eran diferentes de las que precisaba para ingresar como funcionario de carrera. Esta conclusión que, en definitiva, equipara el hecho material de presentar unos documentos a su constancia previa en la propia Administración, no supone pretender que ésta alterase o no acatase lo mandado en la base, sino simplemente aceptar que ésta ha sido cumplida cuando la finalidad y función del precepto han sido sustancialmente satisfechos.

Tampoco es argumento suficiente en contra de la tesis que patrocinamos la alegación de que existía al menos un documento que no tenía en su poder la Administración: la declaración jurada del concursante de no haber sido separado del servicio ni hallarse incurso en causa de incapacidad o inconstitucionalidad. No es —decimos— argumento suficiente porque, primero, la permanencia y actualidad de los servicios del recurrente a la Administración acreditan por sí el hecho que se trata de probar y, segundo, porque en el supuesto de que fuese el caso de una documentación incompleta por falta de uno sólo de los exigidos, nada obstaría a que la Administración hubiera arbitrado un plazo de subsanación del defecto.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 4 marzo 1996.*)

4. Selección. Revisión por los Tribunales de Justicia de las calificaciones de los Tribunales y Comisiones examinadoras. Discrecionalidad técnica. Sólo cabe «en los supuestos en que sea evidente el error padecido por la Comisión al calificar como correcta o incorrecta una respuesta, de modo que sea realmente inaceptable con arreglo a los criterios de la sana crítica, admitir la tesis de la Comisión determinante de aquella valoración». Necesidad de actuar «con todas las cautelas y atendiendo a una casuística muy estricta».

«Por lo que se refiere al primer motivo, la sentencia apelada argumenta su rechazo sobre la base de la doctrina jurisprudencial acerca de la discrecionalidad técnica que compete a los Tribunales o Comisiones de las pruebas selectivas para el acceso a la función pública. En este sentido hemos señalado en Sentencias de 29 julio 1994 (RJ 1994, 6601) y 5 junio 1995 (RJ 1995, 4870) que “cualquiera que sea la ciencia, saber o técnica que deban acreditar los partícipes en los concursos y oposiciones, sigue, en principio, con plena vigencia la reiterada jurisprudencia sobre el particular, que encomienda en exclusiva la valoración a las comisiones administrativas constituidas al efecto, a las que no pueden sustituir en cuanto a sus conclusiones valorativas los Tribunales de Justicia”, por lo que concluíamos que “solamente en los supuestos en que sea evidente el error padecido por la comisión al calificar como correcta o incorrecta una respuesta, de modo que sea realmente inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica, admitir la tesis de la Comisión determinante de aquella valoración, resulte permisible que con todas las cautelas y atendiendo a una casuística muy estricta, los Tribunales de Justicia puedan llegar a la conclusión de que los órganos administrativos no han tenido en cuenta manifiestas condiciones de mérito del partícipe en los concursos u oposiciones o bien que han computado favorablemente contestaciones manifiestamente equivocadas, siendo el caso más claro en este sentido el que se daría en el supuesto de operaciones matemáticas o de habilidades comprobables numéricamente, respecto a cuyo resultado quedase perfectamente acreditado la solución errónea tenida por buena por la Comisión o, a la inversa, la acertada que hubiese sido rechazada”.

Teniendo en cuenta esta doctrina, no cabe de ningún modo aceptar que este caso sea incardinable en alguna de las restringidísimas excepciones que en ella se reseñan, porque aparte de que aquí se da la circunstancia de que el ejercicio ofrecido como término de comparación, realizado por otra opositora que superó las pruebas, había sido juzgado por una Comisión distinta de aquella ante la que actuó la recurrente, de todas formas, de la propia prueba propuesta en la segunda instancia, cuyo recibimiento hemos denegado, resulta que lo que se pretendía acreditar era que uno y otro ejercicio presentaban “similitudes de contenido y expresión”, siendo así que es inasimilable por la doctrina que hemos reseñado que aun aceptando a puros efectos dialécticos la realidad de esta similitud, la misma sea suficiente para sentar que la discrecionalidad técnica se ha ejercido vulnerando el principio de igualdad, que para esta clase de supuesto necesitaría de una casi plena identidad, muy difícilmente alcanzable tratándose de un ejercicio de la naturaleza del que hemos descrito.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 9 abril 1996.*)

IV. DERECHOS

1. *El hecho de que profesores de EGB, del Grupo B, accedan por concurso a un puesto de trabajo al que también acceden Profesores del Grupo A no comporta el derecho de aquéllos a ser equiparados a éstos desde el punto de vista retributivo, pues son cuestiones distintas los requisitos para participar en un concurso y la titulación exigida para el ingreso en la función pública. Revisión.*

«Como tercer motivo de revisión se alude al establecido en el apartado b), al entenderse por la parte ahora recurrente que la sentencia impugnada en el presente recurso es contradictoria con lo declarado por la Sala de este orden jurisdiccional de Granada en sus Sentencias de 15 junio 1989 y 15 enero 1990, que en recursos promovidos por funcionarios de la Junta de Andalucía que se encontraban en idéntica situación que los ahora recurridos —también eran Profesores de Educación General Básica y licenciados en Psicología o Pedagogía—, que ejercitaban igual pretensión —equiparación a efectos administrativos y retributivos con los funcionarios del Grupo A, al pasar aquéllos a los Equipos de Promoción y Orientación Educativa—, llegaron, sin embargo, a conclusiones diferentes que las de la sentencia ahora impugnada, pues se pronunciaron contra la equiparación con el Grupo A solicitada por los recurrentes.

Se dan, pues, los requisitos de procedibilidad del recurso de revisión fundado en el motivo establecido en el apartado b) del antiguo artículo 102.1, ya que se trata de sentencias totalmente contrarias en sus conclusiones que se dictaron, como ya hemos dicho, en supuestos prácticamente idénticos y ante recurrentes que se encontraban en igual situación, por lo que resulta obligado determinar ahora cuál de los criterios discrepantes sentados en las sentencias confrontadas debe prevalecer.

Para resolver la indicada controversia, es preciso señalar que establecidos en la Ley 14/1970, de 4 agosto, los Servicios de Orientación en los niveles de Educación General Básica, Formación Profesional, Bachiller Unificado y Polivalente y Curso de Orientación Universitaria, posteriormente en el Real Decreto 2689/1980, de 21 noviembre, se regularon los Institutos de Psicología Aplicada, que pasaron a denominarse Institutos de Orientación Educativa y Profesional, y como desarrollo de las aludidas disposiciones la Junta de Andalucía en su Decreto 238/1983, de 23 noviembre (LAN 1983, 2015), creó los Equipos de Promoción y Orientación Educativa (EPOES), estableciéndose para acceder a los puestos de trabajo creados en dichos

Equipos un concurso de méritos entre funcionarios docentes, en el que podían participar bien los Maestros o Profesores de Educación General Básica encuadrados en dicho Cuerpo de Maestros, que pertenecía al Grupo B, o bien Profesores de Enseñanza Secundaria incluidos en el Grupo A, exigiéndose ser Licenciados en Psicología o Pedagogía y una experiencia de tres años en la docencia. Es decir, que dentro de los EPOES, y como reconocían en la instancia los allí recurrentes en su escrito de demanda, coexisten dos clases de categoría de funcionarios en razón del Cuerpo de procedencia, uno el de Maestros —Grupo B— en el que se encuentran dichos recurrentes como Profesores de Educación General Básica, y otro el de Profesores de Enseñanza Secundaria —Grupo A—, los cuales, como también se señala en el aludido escrito de demanda, tienen retribuciones distintas, pretendiéndose por dichos recurrentes que ellos, aunque funcionarios clasificados en el Grupo B, por razón del Cuerpo al que pertenecían, en virtud de un concurso de méritos para acceder a unos determinados puestos de trabajo, concurso en el que, entre otros requisitos se exigía la licenciatura en Psicología o Pedagogía, y precisamente con base en dicha titulación, pretendían, repetimos, ser adscritos al Grupo A, a lo que se accede en la sentencia ahora impugnada, que entiende "que estamos en presencia de una implícita categoría de funcionarios... que viene a demandar su clasificación o inclusión en el Grupo A", criterio que no debe ser compartido, pues al llegar a tal conclusión se confunde la titulación exigida en un concurso, en el que pueden participar funcionarios de los Grupos A o B, con la titulación requerida para ingresar en un determinado Cuerpo, en este caso el de Maestros que se agrupa en el B, y en el que no se exige tener un Título Universitario Superior, y no cabe en modo alguno crear implícitamente un Cuerpo o Clase a través de un concurso de méritos para acceder a un determinado puesto de trabajo, por cuanto los funcionarios que consigan dicho puesto de trabajo continuarán perteneciendo al Grupo en que se encuentre clasificado el Cuerpo de origen de aquéllos, no siendo posible, por ello, acceder a la homologación con los funcionarios que consigan igual puesto de trabajo pero siendo procedentes de un Cuerpo clasificado en el Grupo A, pues unos y otros se encuentran en situación distinta, al haber accedido a su condición de funcionarios con diferente titulación, doctrina más coincidente con la sentada en las sentencias opuestas que no accedieron a la adscripción de los funcionarios en los respectivos procesos recurrentes —todos ellos Profesores de Educación General Básica, Licenciados en Psicología, o Pedagogía—, por todo lo cual, en definitiva, procede declarar como doctrina prevalente la de estas últimas sentencias.

Por cuanto ha quedado establecido precedentemente, procede la estimación del presente recurso de revisión, y con rescisión de la sentencia impugnada en el mismo, debe desestimarse el recurso contencioso-administrativo donde se dictó dicha sentencia, sin hacerse especial declaración sobre costas, al no ser aplicable en el caso de estimación del recurso de revisión lo establecido en el artículo 1809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no concurrir, además, los motivos al efecto previstos en el artículo 131 de la Ley de esta Jurisdicción.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 29 septiembre 1995.*)

2. Pensiones de orfandad. El hecho causante, lo que determina la legislación aplicable, es el fallecimiento del funcionario, no su retiro o jubilación.

«Se pretende por la recurrente —viuda en 31 de diciembre de 1984— como huérfana de Matrona titular jubilada en 24 de diciembre de 1975 y fallecida el 23 de enero de 1985, que se rescinda la Sentencia de la Sección 3.ª de la Sala Jurisdiccional de la Audiencia Nacional, de fecha 13 septiembre 1991, que confirmó la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 9 febrero 1989, desestimatoria de la reclamación formulada por la recurrente frente al Acuerdo de la Dirección Ge-

neral de Gastos de Personal de 13 febrero 1986, denegatoria de pensión de orfandad. El fundamento de la pretensión rescisoria se apoya en el apartado b) del artículo 102.1 de la Ley Jurisdiccional —en su redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 abril— en cuanto considera que la sentencia recurrida está en contradicción con las Sentencias de 18 octubre 1990 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra y 26 diciembre 1990 y 7 marzo 1991 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que, a su vez, siguen la doctrina establecida por la Sentencia de la extinta Sala 5.ª de este Tribunal Supremo, de 18 noviembre 1988 (RJ 1988, 8744).

La cuestión examinada en las referidas sentencias contradictorias consiste, como se encarga de poner de manifiesto la propia recurrente en su Fundamento de Derecho III, en determinar cuándo se produce el hecho causante de las pensiones de orfandad, lo que, a su vez, determina la legislación aplicable, reconociendo la propia interesada que si lo es el Real Decreto 670/1987, de 30 abril, carece de derecho a la pensión de orfandad al tener más de 21 años, mientras que, por el contrario, si lo es la legislación anterior —Decreto de 21 abril 1966— tendría derecho a la referida pensión.

La citada cuestión ha sido ya resuelta por esta Sala al examinar supuestos similares al ahora enjuiciado, sin otra variación, no trascendente a estos efectos dada la identidad de regulación —como reconoce la propia recurrente— que la de estar referida a personal militar. Pues bien, en Sentencia de 9 junio 1992 (RJ 1992, 4541), dictada en recurso extraordinario de apelación y en otras de 6 y 20 marzo, 23 septiembre y 28 octubre 1995 (RJ 1995, 2562, 2723 y 6907), etc., se ha dictado como doctrina legal que “las pensiones de orfandad de Clases Pasivas, generadas por personal militar comprendido en el artículo 1.1.b) del Texto Refundido de 30 abril 1987, a las que sea aplicable la legislación vigente al 31 de diciembre de 1984, pero que sean causadas por fallecimiento del funcionario ocurrido con posterioridad a esa fecha, quedan sujetas al límite de edad de los 21 años, previsto en la vigente legislación de Clases Pasivas del Estado. Tiene en cuenta esta doctrina que el artículo 3.2.a) del referido Texto Refundido de 1977 establece que las pensiones causadas por el personal militar profesional que haya fallecido o se haya retirado antes del día 1 de enero de 1985, se regularán por la legislación vigente al 31 de diciembre de 1984, con las modificaciones que se recogen en el Título II de dicho Texto, encontrándose entre tales modificaciones la establecida en el apartado 2.º del artículo 59, que, con relación a las pensiones de orfandad causadas con posterioridad al 31 de diciembre de 1984, dispone que no se percibirán en cuanto su titular sea mayor de 21 años y no esté incapacitado para todo tipo de trabajo desde antes de cumplir dicha edad y tenga derecho además al beneficio de justicia gratuita”.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 25 noviembre 1995.*)

3. Retribuciones del personal docente universitario. Legalidad del RD 1086/1989, de 28 de agosto. La valoración de la actividad investigadora por una Comisión Nacional no vulnera la autonomía universitaria, que no se proyecta sobre el régimen retributivo.

«En orden a la impugnación de preceptos concretos de dicho Real Decreto, se solicita en primer lugar la nulidad del artículo 2.º 4, apartados 2 y 3, por violación de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 agosto, de Reforma Universitaria, en relación con el artículo 27.10 de la Constitución y Ley 30/1984, por entender que la valoración de la actividad investigadora del personal docente por una Comisión Nacional vulnera el principio de autonomía universitaria consagrado en el artículo 27.10 de la Constitución y lo establecido en el artículo 23.c) de la Ley 30/1984, además de que al establecer el artículo 2.º 4.3 que la evaluación positiva por la Comisión Nacional com-

portará la asignación de un complemento de productividad por un período de seis años, está atribuyendo a dicha Comisión Nacional la asignación de esta retribución. Sobre la impugnación de este precepto debe señalarse: Primero. El artículo 3.º 2 de la Ley 11/1983, de Reforma Universitaria, enumera las potestades que comprende la autonomía universitaria, sin que se consigne ninguna que pueda relacionarse con la asignación de retribuciones. Segundo. Por el contrario, el artículo 46.1 de la misma Ley dispone que el Gobierno establecerá el régimen retributivo del profesorado universitario, que tendrá carácter uniforme en todas las universidades, por lo que no puede pretenderse, alegando la autonomía universitaria, que cada Universidad fije las retribuciones de su profesorado. Tercero. La Comisión Nacional se limita a efectuar la evaluación, siendo la norma legal la que establece cuándo y en qué cuantía ha de percibirse el complemento.

El artículo 2 del Real Decreto infringe, a juicio de la parte recurrente, el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, que prohíbe la asignación de más de un complemento específico a cada puesto de trabajo. El precepto establece que "el complemento específico resultará de la suma total de los siguientes componentes", señalando a continuación la cuantía de los tres que lo integran: general, singular y por méritos docentes, de forma que es un único complemento cuya cuantía se determine por la suma de tres componentes, no siendo cierto que se les asigne más de un complemento específico.

El mismo precepto infringe también —se dice— el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, en relación con el artículo 1.2 de la misma norma y artículo 9.3 de la Constitución Española, pues el componente por méritos docentes es el resultado de una evaluación efectuada por la propia Universidad y está personalizado ya que acompaña al profesor que pasa a desempeñar una nueva plaza, quedando el puesto que deja sin dicha retribución, añadiendo además su último párrafo que el Consejo de Universidades apreciará situaciones administrativas que deban ser objeto de tratamiento análogo, alegación que debe rechazarse por las razones siguientes: a) el artículo 1.º 2 de la Ley 30/1984 establece que en aplicación de la misma podrán dictarse normas específicas para adecuarla a las peculiaridades, entre otros, del personal docente; b) una de esas peculiaridades es que mientras la regla general en la función pública es la antigüedad como factor a valorar para acceder a un puesto de trabajo, en el profesorado universitario rige el concurso de méritos, en el que incluso pueden participar quienes no tienen dicha condición, lo que justifica esta peculiaridad en solamente uno de los tres componentes del complemento específico; c) además, para la evaluación habrán de tenerse en cuenta sin duda las características y dificultades del puesto desempeñado; d) finalmente, los profesores universitarios pueden desempeñar otros puestos de trabajo distintos de los propiamente docentes, siendo lógico que a efectos de percepción de este componente se les compute el tiempo en que lo desempeñan cuando se trate de ciertos puestos de trabajo, que no se determinan en el Real Decreto recurrido, de forma que será la determinación de esos puestos de trabajo lo que podrá recurrirse cuando se estime que no cumplen las exigencias necesarias.

Se solicita la nulidad del artículo 2.4.4 del Real Decreto, que regula el complemento de productividad, por entender que infringe el artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984, según el cual el complemento de productividad retribuye el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo, pues el precepto dicho lo regula como si fuera un complemento personal, alegación rechazable por las mismas razones expuestas en el anterior fundamento de derecho.

Con fundamento en la invocación del artículo 14 de la Constitución se solicita la nulidad del artículo 3.º, dedicado a las retribuciones de los Maestros de Taller y asimilados en régimen de dedicación a tiempo completo, afirmando que se les discrimina con el resto de los docentes, produciéndose un agravio injusto que debe ser reparado por los Tribunales, alegación genérica que no concreta el cuerpo de docentes respecto del que se les discrimina, la titulación exigida para ingresar en uno y otro grupo de los establecidos en el artículo 25 de la Ley en que se les clasifica, etc.

Respecto de la impugnación del artículo 4.º del mismo Real Decreto, con base también en el artículo 14 de la Constitución Española, baste señalar que la propia parte actora reconoce que el artículo 28.6 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1989 remite a la normativa vigente en lo relativo a sus retribuciones, por lo que nada hay que objetar en el aspecto de legalidad ordinaria, produciéndose sin embargo una discriminación desde el punto de vista de igualdad constitucional, supuesta discriminación que hace suya una norma con rango de Ley, cuya constitucionalidad no corresponde enjuiciar a este Tribunal.

La impugnación del artículo 7.a) del Real Decreto recurrido, que regula las retribuciones de los profesores asociados, se fundamenta en que infringe el artículo 24.3 del Real Decreto 898/1985, y la de la disposición transitoria primera en que vulnera la Orden Ministerial 18 julio 1988, en relación con el Real Decreto 469/1987, siendo suficiente señalar en ambos casos que la norma posterior deroga, expresa o tácitamente, las anteriores de igual o inferior rango.

La impugnación del artículo 8, que regula las retribuciones anuales de los Ayudantes que contratan las Universidades a tiempo completo, se funda en que infringe el artículo 27.uno.A) de la Ley 37/1988, de 28 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, en cuanto establece para los Ayudantes una retribución inferior a la establecida en dicho precepto para los diversos grupos de funcionarios, siendo de señalar al respecto: A) Que el artículo 33.1 de la Ley de Reforma Universitaria enumera los cuatro Cuerpos que integran el profesorado de la Universidad. B) El artículo 34 se refiere a los Ayudantes, a los que no incluye ni designa como profesores, señalando que "su actividad estará orientada a completar su capacidad científica, pudiendo colaborar en tareas docentes en los términos previstos en los Estatutos de la Universidad". C) Que no hay por tanto base para establecer una equiparación retributiva con los funcionarios del grupo A), ni en consecuencia se infringe el principio de igualdad.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 17 enero 1996.*)

4. *Retribuciones. Diferencia entre Profesores interinos y Profesores en prácticas; éstos tienen derecho a percibir la totalidad de las retribuciones básicas del cuerpo en que aspiran a ingresar.*

«Se impugna en este recurso excepcional por el Gobierno vasco la Sentencia de la antigua Audiencia Territorial de Bilbao de 30 diciembre 1985 (no de 20 abril, como por error material se reseña en la súplica del recurso de revisión) que estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una Profesora de Bachillerato —Catedrática numeraria— contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de petición de abono de diferencias de retribuciones básicas por el desempeño de funciones como Profesora interina y en prácticas, que la sentencia recurrida reconoce por el período comprendido entre el 1 octubre 1978 y el 30 junio 1979, declarando que la actora tiene derecho a percibir, entre el 1 octubre 1978 y el 31 diciembre del mismo año, la diferencia entre las retribuciones satisfechas en ese período al Profesorado en su misma situación en 1977 con un incremento del 21,5 por cien, y, entre el 1 enero 1979 y el 30 junio 1979, la diferencia entre las retribuciones percibidas y las correspondientes a los funcionarios de carrera, de igual nivel, a cuyo pago condena a la Administración demandada.

Los motivos invocados en apoyo del recurso de revisión son los previstos, a la sazón, en los apartados b) y g) del artículo 102.1 de LRJCA —versión anterior a la Ley 10/1992, de 30 abril—, el primero, referido al pronunciamiento que reconoce a la recurrente, por el período comprendido entre el 1 de enero y el 30 de junio de 1979, el derecho a percibir las diferencias entre las retribuciones básicas satisfechas y las correspondientes a los funcionarios de carrera de igual nivel, alegándose como sen-

tencia contraria la dictada por la Audiencia Territorial de Oviedo de 6 julio 1984, y, el segundo, en relación con el pronunciamiento que declara el derecho de la actora al percibo del incremento del 21,5 por cien sobre las retribuciones correspondientes a 1977, por entender el Gobierno vasco que infringe el principio de congruencia consagrado en el artículo 43 de la LRJCA, ya que, en su sentir, lo pretendido no fue el reconocimiento de ese derecho, sino la homologación de las retribuciones básicas de la demandante con las de los funcionarios de carrera prevista en el párrafo primero de la Disposición final del Decreto 493/1978, de 2 marzo.

Cumplidos los presupuestos procesales, respecto los que tampoco observa defec- to alguno el Ministerio Fiscal, hay que decir que la cuestión planteada al amparo del motivo b) del antiguo artículo 102.1 de la LRJCA ya está resuelta por esta Sala, como sobradamente conoce el Gobierno vasco, con ocasión de los numerosos de revisión interpuestos por éste en los que también se invocaba, como ahora, la Sentencia de 6 julio 1984 de la Audiencia Territorial de Oviedo, contradictoria con la que aquí se recurre como consecuencia de la distinta interpretación que en ambas se hace del Decreto 493/1978 y de las correspondientes Leyes de Presupuesto del Estado.

De aquí que para decidir sobre la justeza de este motivo baste traer a colación la reiterada doctrina jurisprudencial que distingue, a los efectos litigiosos, entre Profesores interinos y Profesores en prácticas, pues mientras que respecto de aquéllos, en lo que aquí interesa, el artículo 7 de la Ley de Presupuestos del Estado para 1979 rompe con la homologación retributiva que venía establecida en la Disposición final, párrafo primero, del Decreto 493/1978, al disponer que la totalidad de las retribuciones íntegras de los funcionarios interinos experimentará el incremento que en dicho artículo se establece en función del índice de proporcionalidad asignado al Cuerpo de que ocupen vacante, para los Profesores en prácticas, en cambio, sigue siendo aplicable el régimen establecido en la citada Disposición final, párrafo primero, que les reconoce el derecho a percibir la totalidad de las retribuciones básicas del Cuerpo al que aspiran a ingresar, pues ninguna alusión se hace a los funcionarios en prácticas en el artículo 7 de la Ley de Presupuestos del Estado para 1979.

Por consiguiente, habiendo prestado servicios la actora como Profesora agregada en prácticas desde el 1 de enero al 30 de junio de 1979 —así resulta de la petición formulada en la vía administrativa, del escrito de demanda y de la conformidad manifestada en el escrito de contestación, folios siguientes al 1, 3, 36 y 41 de las actuaciones del recurso contencioso-administrativo—, el pronunciamiento a que se contrae este motivo debe ser mantenido, al ser conforme con la doctrina de esta Sala.

Y en cuanto al motivo g), la incongruencia denunciada no es tal, ya que también en este punto existe una reiterada jurisprudencia contraria a la tesis patrocinada por el Gobierno vasco, de la que son exponente, entre otras, las Sentencias de 3 octubre, 4 y 7 noviembre 1986, cuyos fundamentos jurídicos damos aquí por reproducidos para evitar repeticiones innecesarias.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 20 enero 1996.*)

5. *Profesores de EGB. Derecho a vivienda, aunque no gratuita. Nulidad de acuerdo municipal de alteración del destino de aquélla, por haberse adoptado sin la preceptiva autorización de la Comunidad Autónoma.*

«En cuanto al fondo del asunto, es decir, la legalidad del acto impugnado que acaba de citarse, el pronunciamiento ha de ser negativo por cuanto no sólo se vulneraron los artículos del Estatuto del Magisterio Nacional Primario de 24 octubre 1947 que reconocen a los profesores de Enseñanza General Básica derecho a obtener la adjudicación de viviendas (aunque tal derecho ya no sea gratuito como re-

cuerda la Sentencia apelada), sino que se infringieron las reglas legales sobre el destino de las viviendas como bienes de dominio público.

Pues resulta inequívoco, según alegó en vía administrativa el recurrente ante el Tribunal de instancia, que se aplica al supuesto estudiado el artículo 23 de la Ley 86/1964, de 16 diciembre, a tenor del cual no puede alterarse el destino de las viviendas para Profesores de Educación General Básica sin autorización superior previa que ahora corresponde otorgar a la Comunidad Autónoma. Así se ha declarado por diversas Sentencias de este Tribunal Supremo, entre las más recientes la de 10 noviembre 1995 (RJ 1995, 8565), cuya doctrina sigue la todavía más reciente de 15 de noviembre del mismo año (RJ 1995, 8569), si bien esta última se pronuncia principalmente sobre un supuesto de desafectación.

De los documentos incorporados a los autos se desprende claramente que en la repetida fecha de 4 de diciembre de 1987 en que se adopta el acuerdo impugnado no se cuenta con la citada autorización administrativa. Sólo en 17 de diciembre de 1987, es decir, al día siguiente de la notificación del acto anterior, el Ayuntamiento dirige a la Delegación de la Consejería de Educación un escrito sobre el tema de notable ambigüedad comunicando el acuerdo adoptado. Escrito éste que se contesta por la autoridad autonómica con otro igualmente ambiguo, recibido el 18 de febrero de 1988, informando favorablemente el cambio de destino de la vivienda.

Aun dando por bueno que este informe favorable sea la autorización exigida por la norma es incuestionable que no se contaba con ella en 4 de diciembre de 1987, por lo que el acto administrativo fue contrario a Derecho debiendo considerarse anulable a tenor del artículo 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958. Pues el Ayuntamiento modificó el destino de los bienes de dominio público sin la autorización legalmente exigida.

Por último debe estudiarse brevemente la declaración del Fundamento de Derecho final de la sentencia apelada, que reconoce al recurrente ante el Tribunal de instancia derecho subjetivo a obtener la vivienda.

Esta declaración debe ser confirmada por cuanto era el que tenía mayores méritos según el baremo aplicable. Sin que deba considerarse la circunstancia antes aludida de que residía fuera de la localidad con autorización superior, pues ello no le excluía de participar en el procedimiento de la adjudicación de la vivienda sino que determinaba su obligación de renunciar a la autorización para residir fuera del municipio, estando obligado a fijar su residencia y domicilio en éste. Pero esta última es una cuestión distinta, sobre la que no es procedente pronunciarse ahora.

En consecuencia, tanto las declaraciones de este Fundamento de Derecho como las contenidas en los anteriores, hacen que deba desestimarse el presente recurso de apelación.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 4.ª, 1 febrero 1996.*)

6. *Profesorado universitario. Retribuciones. Legalidad de RD 1086/1989, de 28 de agosto, en cuanto distingue entre el profesorado con dedicación a tiempo completo y con dedicación a tiempo parcial al reservar los complementos específico y de productividad exclusivamente a aquél. Doctrina reiterada.*

«En una constante línea jurisprudencial hemos declarado que la desigualdad de retribuciones entre Profesores Universitarios, según elijan dedicación exclusiva o prefieran acogerse a la de tiempo parcial, no implica discriminación arbitraria y que la vinculación del complemento específico y complemento de productividad sólo a quienes se encuentran en régimen de dedicación a tiempo completo, se adecua al diseño retributivo de los artículos 23 y 24 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, tan-

to desde el punto de vista de la estructura formal, como desde el punto de vista de la concurrencia de las notas tipificadoras de dichos complementos, ligados a regímenes a tiempo completo o situaciones de incompatibilidad para el ejercicio de otras actividades, pues el apartado *b)* del artículo 23 de esa Ley de Reforma de la Función Pública (que, a su vez, en su art. 1.º 2 autorizó a que se dictaran normas específicas para adecuarla al personal docente) considera la dedicación y la incompatibilidad entre las condiciones particulares que el complemento específico está destinado a retribuir, estableciendo asimismo el artículo 16 de la Ley 53/1984, de 26 diciembre, de Incompatibilidades, que no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad alguna al personal que desempeñe puestos que comporten la percepción de complementos específicos o concepto equiparable; retribuyendo, por otro lado, el complemento de productividad, según el artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984, el especial rendimiento, entre otros aspectos.

Se impone, por tanto, por unidad de doctrina, desestimar el recurso que examinamos.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 2 febrero 1996.*)

7. Profesores interinos de Universidad. Cese por reingreso del titular de la plaza ocupada interinamente. Legalidad. Universidad de Málaga. Artículo 7 RD 898/1985, sobre Régimen del Profesorado Universitario.

«Entrando, pues, en el examen del recurso, alega la recurrente como primer motivo de casación, al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley Jurisdiccional, la “infracción del artículo 110.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 julio 1958, en relación con la Disposición Transitoria Novena de los Estatutos de la Universidad de Málaga, infringida ésta por el concepto de interpretación errónea, y —consecuentemente— aquél por inaplicación”, así como la “infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la eficacia de los actos propios declarativos de derechos”.

La citada disposición estatutaria establece lo siguiente: “1.º) La Universidad de Málaga asume como propia la preocupación por la estabilidad en el empleo de sus actuales profesores interinos y contratados y en este sentido a través de sus órganos de representación y gobierno utilizará al máximo las vías legales y en especial la posibilidad de reserva de plazas para acomodar los plazos de convocatoria, los perfiles de las dotaciones y la contratación de profesores, atendiendo a las especiales circunstancias de los profesores no numerarios, contratados e interinos, que presten sus servicios en la Universidad de Málaga a la entrada en vigor de los presentes Estatutos. 2.º) En todo caso la Universidad de Málaga garantizará la estabilidad del profesorado no numerario actual, bien como investigadores contratados, profesorado contratado o cualquier otra solución compatible con la legislación vigente”.

Con cita de varias sentencias de este Tribunal acerca de la doctrina de los actos propios, argumenta la recurrente en el desarrollo del motivo, en síntesis, que en la mencionada disposición transitoria la Universidad de Málaga no se limitó a efectuar una declaración de principios, sino que en su apartado 2 expresamente reconoce y garantiza el derecho a la estabilidad en el empleo de sus profesores no numerarios, lo que, a su juicio, constituyó un acto declarativo de derechos en favor de dichos profesores, entre los que se encuentra, pues a la entrada en vigor de los Estatutos (aprobados el 15 de mayo de 1985) se hallaba contratada como Profesora colaboradora; que si bien es cierto que en el momento del cese ocupaba interinamente una plaza que vino a cubrir su titular, su nombramiento como interina no lo fue en cumplimiento de la citada disposición transitoria, ni su aceptación supuso la renuncia a la garantía de estabilidad reconocida por los Estatutos; que nunca ha pretendido mantener indefinidamente la interinidad, sino que se le reconociera el derecho a la estabilidad en el empleo garantizado estatutariamente y que, en razón del mismo,

se le hubiera ofrecido la posibilidad de continuar su relación de servicios "bien como investigadora contratada, profesora contratada o cualquier otra solución compatible con la legislación vigente"; y que, en definitiva, al considerar la sentencia recurrida que con el nombramiento de la recurrente como Profesora interina, la Universidad ya había dado cumplimiento a la disposición transitoria novena de sus Estatutos, y que su posterior cese —sin ofrecerle la oportunidad de continuar en la relación de servicios en alguna de las formas previstas en dicha disposición— se ajusta a la legalidad, ignora que la tan repetida transitoria constituyó un acto declarativo de derechos "que, como tal, únicamente le hubiera sido posible dejar de aplicar a la Administración recurrida acudiendo al procedimiento establecido en el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo".

La sentencia impugnada no contiene referencia alguna para relacionar la validez del acto recurrido con la nulidad de la Disposición Transitoria novena de los Estatutos de la Universidad de Málaga, por lo que la alegada infracción del artículo 110.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo constituye una cuestión nueva, que no se discutió ni decidió en la instancia, imponiéndose, por tanto, su rechazo en casación, según doctrina reiterada de la Sala.

Con independencia de ello, dicho precepto se refiere únicamente a la anulación de actos y no de disposiciones, de modo que, aunque se aceptara a efectos dialécticos la argumentación de la recurrente, la Universidad no habría infringido el artículo invocado, ni, por tanto, la sentencia habría podido incurrir en su inaplicación. Pero, además, sucede que el acto administrativo impugnado se limitó a cesar a la recurrente como Profesora interina, por lo que de su nulidad no podría seguirse otro efecto que el mantenimiento de la relación de interinidad, pero no la continuación de la relación de servicio bajo alguna de las formas contractuales que se postulan. Dicho en otros términos, el cese impugnado (que se ampara en el artículo 7.2 del Real Decreto 898/1985, de 30 abril, sobre Régimen del Profesorado Universitario, según el cual el reingreso del titular de la plaza ocupada interinamente "determinará el cese automático del funcionario interino") es compatible con la Disposición Transitoria 9.ª 2 de los Estatutos de la Universidad, en cuyo cumplimiento, según se reconoció en el Hecho segundo de la demanda, fue nombrada Profesora interina la recurrente con efectos del día 1 de octubre de 1987, siguiente al en que finalizó por disposición legal su contrato de Profesora colaboradora, nombramiento de interina por el que optó la interesada entre las situaciones contractuales que le fueron ofrecidas por la Universidad, dentro de las posibilidades que permitían las previsiones de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria, todas ellas de carácter temporal, sin que el posterior cese supusiera la inaplicación de dicha transitoria, como se sostiene en el motivo, pues las fórmulas a las que ésta se refería eran las contractuales o cualquiera otra solución "compatible con la legislación vigente".

Por consiguiente, ha de concluirse que la decisión judicial impugnada no ha incurrido en las infracciones jurídicas que se denuncian, procediendo, por ello, la desestimación del motivo.

En el segundo y último motivo, también al amparo del ordinal 4.º del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional, se alega la infracción de los artículos 40.2 y 48.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y 83.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con la doctrina jurisprudencial sobre la desviación de poder y el criterio de la facilidad de la prueba.

Se refiere la recurrente a los hechos que alegó en la instancia y que, a su juicio, demuestran que la Universidad de Málaga incurrió en desviación de poder al cesarla como Profesora interina, y considera que tales hechos habrían quedado acreditados si la Universidad hubiera aportado los testimonios y certificaciones que le fueron reclamados en fase de prueba e incluso como diligencias para mejor proveer, lo que no hizo, por lo que estima que debe aplicarse en este caso la doctrina jurisprudencial sobre la facilidad de la prueba, invirtiendo su carga y considerando acreditados los hechos cuya prueba debía haber facilitado la Administración demandada.

Tampoco merece favorable acogida este motivo, pues el fallo recurrido ha contemplado expresamente los hechos que la actora invocó como soporte de la alegada

desviación de poder, llegando a la conclusión de que no cabía deducir de los mismos la existencia de tal vicio. No obedeció, por tanto, la decisión judicial a la carencia de prueba de ninguno de los hechos aducidos, sino a la irrelevancia de esos hechos para considerar acreditada la desviación de poder. Tan sólo cabría señalar que el Tribunal de instancia no hizo mención expresa del hecho relativo a que además de la plaza que ocupaba la demandante existían otras vacantes, dato del que la actora deducía que su cese no era necesario, pero ello no podía alterar la procedencia del cese, que es lo impugnado en este proceso, al haberse incorporado el titular de la plaza que aquélla ocupaba como interina.

Por consiguiente, la recurrente no acredita las infracciones que denuncia. Lo que en realidad pretende es sustituir por su personal valoración la apreciación que la sentencia contiene de los hechos alegados, apreciación de la que discrepa, pero tal argumentación es ajena al juicio casacional.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 19 febrero 1996.*)

8. Funcionario interino del Ayuntamiento. Ilegalidad de cese en base al nombramiento en propiedad de otro funcionario, tanto por falta de prueba tanto de la identidad entre la plaza interinada y la plaza para la que se nombre a aquél, como por no acreditarse su toma de posesión.

«El punto que ahora abordamos, que gira en realidad en torno a la falta del requisito de la toma de posesión de la plaza interinada por el recurrente por parte del funcionario nombrado en propiedad, está comprendido entre los que consideramos en aquel precedente fundamento de esta sentencia que había sido objeto de una desestimación tácita de la pretensión, aceptable desde la perspectiva de la congruencia. Pero desde la actual perspectiva sustancial de si concurre o no el requisito cuestionado, sobre el que el fundamento de derecho 5.º de la sentencia recurrida no contiene una proclamación explícita, y para constatar si la sentencia ha respetado o infringido los preceptos al principio citados, es necesario un análisis expreso por nuestra parte.

Al respecto hemos de atender al planteamiento contenido en los hechos X y XI, en relación con el fundamento de derecho VIII de demanda, según los cuales el solo nombramiento de un funcionario en propiedad, sin la posesión de la plaza, no es causa del cese del interino, pues para la adquisición de la condición de funcionario por el interino, según el artículo 137 citado, es precisa la posesión, y al tiempo (Hecho XI) la adscripción del funcionario nombrado en propiedad para una plaza distinta de la servida por el interino, no implica que la plaza de éste haya sido proveída por el funcionario de carrera.

Como se dice con absoluta justeza en el desarrollo del motivo, la obtención de la plaza por el funcionario en propiedad no se produce hasta la toma de posesión del mismo, siendo sólo en ese momento cuando, con arreglo a la Disposición Adicional 1.ª.4 del RD 896/1991, concurre la causa legal de cese del interino. Y a su vez, sólo mediante el acta de posesión, según se dice en el motivo, “podrá valorarse si el recurrente es o no perjudicado... pues en el Acta había de estar identificada con suficiencia la plaza concreta de entre las vacantes existentes en el Ayuntamiento que le ha sido asignada en realidad al señor Ramón B.”.

La carga de la prueba de la posesión del funcionario propietario en la plaza interinada por el recurrente, al ser la causa argüida por la Administración demandada para el cese del recurrente, incumbía a aquélla, y no la ha cumplido, debiéndonos atener así a los estrictos términos del Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Las Palmas de 5 febrero 1992, con arreglo al cual el cese del demandante se basó en el solo nombramiento en propiedad del otro funcionario, y ello sin que ni siquiera en ese Decreto se justifique la identidad entre la plaza para la que se nombraba al nuevo funcionario y la interinada por el actor.

En esas circunstancias, que son las del caso, se ha de entender que, en efecto, la sentencia recurrida infringió los dos preceptos indicados al principio, en cuanto que tal infracción es imputable directamente al acto de cese, y no ha sido apreciada en la sentencia que lo enjuició, cual era obligado.

Conviene, no obstante, destacar que el verdadero centro de gravedad de la infracción lo situamos más que en la falta del acto de posesión del funcionario propietario, en el elemento de que por falta de prueba de la identidad entre la plaza interinada y la plaza para la que se nombró a éste, no puede decirse que el interino deba cesar en su plaza, pues es en este punto donde radica la falta de causa del acto, a la que se refiere el fundamento de derecho VI de la demanda.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 28 febrero 1996.*)

V. INCOMPATIBILIDADES

1. *Incompatibilidades. La modificación del sistema de incompatibilidades no es ni constituye expropiación alguna sin garantía indemnizatoria. Reiteración y síntesis de la doctrina reiteradamente sustentada por el Tribunal Supremo.*

«La modificación del sistema de incompatibilidades de los funcionarios, haciendo más estricta su vinculación con la Administración mediante la prohibición de simultanear el desempeño de dos o más puestos de trabajo de carácter público o uno público y otro privado, no es ni constituye expropiación alguna sin garantía indemnizatoria, por la razón esencial de que los funcionarios y, en general, los empleados públicos no ostentan un derecho constitucional a mantener esas condiciones en que se desarrolla su función al servicio de la Administración en el mismo nivel de exigencia que tuvieron a su ingreso en la misma.

Por consiguiente, ni existe un derecho patrimonial individual previo consolidado, ni tampoco una expropiación en cuanto privación singular de derechos patrimoniales, por la mera modificación de la legislación sobre incompatibilidades en el seno de la función pública, razones que determinan la desestimación de la pretensión instada ante el hecho de que expectativas fundadas en la permanencia de un determinado *status* funcional se frustren al modificarse tal estatuto.

Los argumentos en que podría basarse la responsabilidad que se solicita han sido rechazados por la jurisprudencia, manteniendo, en síntesis, los criterios siguientes:

1) La garantía de la responsabilidad de los poderes públicos que establece el artículo 9.3 de la Constitución no determina la directa exigencia de una responsabilidad del Estado Legislador, sin un previo desarrollo por norma con rango de ley, como los artículos 106.2 y 121 de la Norma Fundamental requieren en relación con el funcionamiento de los servicios públicos que dependen del Gobierno y la Administración y con las actuaciones del Poder Judicial.

2) Los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (en la actualidad 139 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre) y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa no son de aplicación al caso, tanto por lo expuesto en el anterior fundamento de derecho, como por referirse al funcionamiento de los servicios públicos prestados por la Administración, en cuyo concepto no tiene cabida la elaboración de las leyes por los órganos legislativos o su aplicación en los estrictos términos que en ellas se determina.

3) Resulta inadmisibles que, aplicando la analogía o los principios generales del derecho, sean los órganos del Poder Judicial los que, sustituyendo al legislador, re-

gulen la posible responsabilidad derivada de la aplicación de las leyes, mediante una elaboración jurisprudencial que carece de cualquier antecedente legislativo.

4) Las Sentencias del Tribunal Constitucional números 178/1989, de 2 noviembre (RTC 1989, 178); 41 y 42/1990, de 15 marzo (RTC 1990, 41 y 42), y 65 a 68/1990, de 5 abril (RTC 1990, 65 a 68), insisten en la plena adecuación de la normativa sobre incompatibilidades a los preceptos constitucionales, en concreto a los artículos 9.3, 33 y 35 de la Constitución, sin que en modo alguno se vulneren éstos. A mayor abundamiento, señala esta jurisprudencia que los principios de incompatibilidad y de dedicación a un solo puesto de trabajo, además de no vulnerar en modo alguno la Constitución Española, no se encuentran vinculados únicamente a la garantía de imparcialidad, sino también al principio de eficacia, que inspiran el régimen de incompatibilidad y se erigen en presupuesto de la total actividad y organización administrativas (art. 103.1 y 2 de la Constitución).

No existe, pues, privación de derechos por la alteración del régimen funcional porque los funcionarios y, en general, los empleados públicos, no tienen constitucionalmente derecho a mantener las condiciones en que realizan su función o tarea al servicio de la Administración en el mismo nivel de exigencia en que lo estuvieran cuando ingresaron en aquélla.

5) No cabe entender que la declaración de incompatibilidad para el desempeño de un segundo puesto de trabajo en el sector público del personal al servicio de las Administraciones Públicas constituya una expropiación legislativa, ya que los mismos no se han visto privados de su derecho subjetivo o de su interés cierto, efectivo y actual existente en su patrimonio.

6) Por último, el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, orientativa de la voluntad del legislador al regular por primera vez esta materia, exige, para conceder una indemnización a los particulares por aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos, unos requisitos que excluirían desde luego la indemnización pretendida.

Este mismo criterio ha sido aplicado por esta Sala en el tema concerniente a la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por anticipo de la edad de jubilación (resuelto por Sentencia del Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 noviembre 1992 [RJ 1992, 8769], dictándose en el mes de enero de 1993 hasta 45 sentencias que reiteran lo en ella expuesto), y si bien no se trata aquí de un supuesto de jubilación (como reconocen las Sentencias de 29 enero y 8 febrero 1993 [RJ 1993, 2093 y 1419]), el caso es en todo similar, pues en uno y otro se plantea el perjuicio personal experimentado por el cese en un puesto de trabajo y pérdida de la retribución hasta el momento percibida por el trabajo en que cesa, y ello por aplicación de una reforma legal sobrevenida cuando el funcionario público se encontraba en activo.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, 16 enero 1996.*)

2. Incompatibilidades. Aplicación en el ámbito de las Comunidades Autónomas de las restricciones y limitaciones contenidas en los aps. 6 y 7 del artículo 11 y en el artículo 12 del RD 598/1985, de 30 de abril, en tanto aquéllas no ejerciten su potestad reglamentaria en la materia.

«Hemos de partir, para una adecuada solución, de lo prevenido en la disposición adicional sexta de la Ley 53/1984 de Incompatibilidades, que habilita al Gobierno y a los Organos competentes de las Comunidades Autónomas para dictar las normas de ejecución de dicha Ley, “asegurando la necesaria coordinación y uniformidad de

critérios y procedimientos”, de tal suerte que en tanto las Comunidades Autónomas no hagan uso de la habilitación reglamentaria citada en la que, sin perjuicio de la exigible uniformidad y coordinación con la Administración estatal, puedan contenerse singularidades de régimen que hagan inaplicables las restricciones o limitaciones, la aplicación por aquellas Administraciones, caso por caso, es decir la praxis administrativa dirigida a la aplicación de criterios uniformes y a evitar disparidades con el régimen de la Administración del Estado, permite que trasladen al régimen de reconocimiento de compatibilidad con actividades profesionales privadas la limitación del apartado 7 del artículo 11, en cuanto impide que la coincidencia horaria con actividades de dirección de otra u otras semejantes puedan menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes funcionariales o perjudicar los intereses generales (art. 11.2 de la Ley 53/1984); y lo mismo acontece con el artículo 12, que exige un reconocimiento específico de compatibilidad para cada proyecto o trabajo técnico necesitado de licencia administrativa o visado colegial, pues sólo la comprobación casuística de tales proyectos o trabajos, que se sujeta a garantías y plazos, podrá asegurar la finalidad de evitar que quede comprometida la imparcialidad del funcionario, propósito también perseguido por el legislador en el mencionado artículo 11.2 de la Ley 53/1984. De ello se colige que el artículo 1.º del Real Decreto 598/1985 no tanto significa una exclusión tajante e incondicionada del ámbito de aplicación de la norma, cuanto la reserva a las Comunidades Autónomas de un espacio normativo en el que ejerciten sus potestades de regulación con las singularidades que estimen oportunas, pero que siempre deberán ir encaminadas al logro de las finalidades expuestas, dado que la Ley 53/1984 cumple el mandato del artículo 149.1.18.ª de la Constitución y, como expresa en su preámbulo, “la operatividad de un régimen general de incompatibilidades exige, como lo hace la Ley, un planteamiento uniforme entre las distintas Administraciones Públicas que garantice además a los interesados un tratamiento común entre ellas (debe querer decir ante ellas)”.

Ha de concluirse, pues, en la corrección jurídica de la tesis mantenida por la sentencia impugnada, al hacer extensiva al Arquitecto señor H. M., la aplicación de las restricciones o limitaciones reglamentarias de las que aquél vino a discrepar, por lo que el reconocimiento de compatibilidad con su actividad privada como Arquitecto ha de ser efectuado en los términos en que fue acordado por las Resoluciones de la Dirección General de la Función Pública que la Sala de instancia confirmó como ajustadas a Derecho, lo que conduce a la desestimación del recurso de revisión.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 19 enero 1996.*)

3. Incompatibilidades. Con otro cargo en el sector público. Necesidad de optar por uno de los dos puestos dentro del plazo de posesión. Singularidades en este caso de la excedencia voluntaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Sentencia apelada)

«La resolución administrativa sobre cuya legalidad se pide a esta Sala que se pronuncie es, obviamente, la específica y claramente mencionada en el escrito de interposición del recurso, de la que además acompaña una copia, y nuevamente es descrita en la demanda (hecho séptimo). No existe duda, respecto a cuál es el acto administrativo recurrido: la resolución del Director General de la Inspección General de Servicios de la Administración Pública, del Ministerio para las Administraciones Públicas, que declara al interesado en la situación de excedencia voluntaria en el puesto de pediatra de ambulatorio del INSALUD, de Las Palmas. Una resolución, pues, de la Administración del Estado.

Por consiguiente, en aplicación de la conocida "doctrina legal" en torno a la función y contenido del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, según la cual es en él "donde ha de señalarse con precisión... la resolución contra la que se recurre... para dejar así concretado el contenido del pleito y fijada la cuestión y cuestiones a decidir en el mismo" (STS, Sala 4.ª, de 4 marzo 1989 [RJ 1989, 1723]; ver también Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 2 noviembre 1989 [RJ 1989, 8169]), en el presente caso el actor ha cumplido escrupulosamente tal exigencia, de ahí la perfecta identificación del acto administrativo.

Pues bien, una adecuada respuesta por parte de la Sala, a la cuestión sometida a su conocimiento y decisión, exige realizar una disección, con fines analíticos, de la demanda (y del recurso de reposición) y así separar, de una parte, la narración minuciosa, ordenada cronológica y sistemáticamente, de los distintos acontecimientos ocurridos a lo largo de la vida como funcionario del recurrente; relativos, según su criterio, a la materia objeto de debate, y colocar a otro lado los argumentos jurídicos que, desde el punto de vista del demandante, fundamentar su pretensión.

Situados en la primera de las vertientes citadas se hace necesario aislar, de esa serie de acontecimientos, aquellos hechos que inciden directamente en lo que constituye la esencia del litigio. Don Manuel H. H. —el ahora actor—, Médico Pediatra del INSALUD con antigüedad desde el día 1 de agosto de 1959, ocupaba en el sector público el puesto de trabajo de Pediatra de zona, del INSALUD, como única actividad, al menos en el mes de abril de 1988 (folios 8, punto cuarto, 14 y 23, del expediente administrativo, numerados por esta Sala, para facilitar su cita).

Pertenece además al Cuerpo de Puericultores del Estado, encontrándose en situación de excedencia voluntaria desde el mes de abril de 1986, situación a la que pasa por incompatibilidad con el otro puesto mencionado (folio 19 del expediente administrativo). Por resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad, Trabajo y Servicios Sociales de Gobierno de Canarias, de fecha 21 de abril de 1988 reingresa al servicio activo don Manuel H. H., con efectos del mismo día, adscribiéndolo, "con destino provisional, al puesto de Técnico, nivel 11, en la Dirección Territorial de Las Palmas". El referido reingreso se le concede resolviendo petición formulada por el interesado, de reincorporación al servicio activo de su indicada condición de médico puericultor, con número de registro personal A07G0505, petición que realiza no obstante ser conocedor de que con anterioridad la Dirección General de la Función Pública del Gobierno de Canarias ya había declarado la incompatibilidad para desempeñar el puesto de médico puericultor de la Consejería de Trabajo, Sanidad y Servicios Sociales, por ser médico pediatra de la Seguridad Social (folios 16 y 17 del expediente administrativo).

Como "médico puericultor del Estado por oposición, destinado en la Dirección Territorial de Salud de Las Palmas, con nombramiento de Director de la Escuela Provincial de Puericultura, y desempeñando la coordinación del Programa de salud escolar", solicita al "Consejero de Sanidad, Trabajo y Servicios Sociales del Gobierno de Canarias", jornada reducida o, en su defecto, horario flexible. Dicha petición la formula mediante escrito de fecha 15 de octubre de 1988 (folio 21 del expediente administrativo).

Continúa ocupando los dos puestos de trabajo reseñados (médico pediatra de zona, del INSALUD, y técnico, nivel 11, en la Dirección Territorial de Salud de Las Palmas, como médico puericultor y director de la Escuela Provincial de puericultores) el día 4 de agosto de 1989 (folios 23 y 24 del expediente administrativo). El Director General de la Función Pública, del Gobierno de Canarias, le advierte, en el mes de diciembre del mismo año, de "la grave responsabilidad disciplinaria en que puede estar incurriendo" por "dicha situación" (folio 25 del expediente administrativo).

Pese a ello prosigue ininterrumpidamente compatibilizando, de hecho, ambos puestos de trabajo, y en tal situación se encontraba cuando se dictó la Resolución, ahora impugnada: el día 8 de febrero de 1991.

Entre los dos momentos claves citados —reinicio de la simultaneidad en el desempeño de dos puestos de trabajo en el sector público, y resolución de declaración de excedencia voluntaria en el de médico pediatra del INSALUD— tienen lugar

diversas vicisitudes, particularmente intercambio de escritos entre el ahora demandante y distintos organismos o dependencia de la Administración autonómica canaria, relacionados con dichos dos puestos de trabajo, pero que en nada afectan al núcleo de la cuestión objeto del presente recurso.

El interesado manifiesta reiteradamente, y con énfasis, que su actividad pública principal es la de médico pediatra de zona del INSALUD (folios 7 y 35, 15 y 43, 23 y 51, y 26 del expediente administrativo).

Según el artículo 2.º.1.f) de la Ley 53/1984, de 26 diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, la misma es de aplicación al "personal al servicio de la Seguridad Social, de sus Entidades Gestoras y de cualquier otra Entidad u Organismo de la misma".

El artículo 1.º.1 de la misma Ley dispone que el personal comprendido en su ámbito de aplicación "no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público" salvo los supuestos previstos por la propia Ley. En este último caso, "para el ejercicio de la segunda actividad sería indispensable la previa y expresa autorización de compatibilidad, que no supondrá modificación de jornada de trabajo y horario de los dos puestos..." (art. 3.º.1, párrafo segundo).

No le corresponde a esta Sala, en el presente recurso, examinar si se está o no ante uno de los supuestos de posible incompatibilidad, previstos por la referida Ley, así como tampoco hacer manifestaciones al respecto. Basta, a los efectos que aquí interesan, poner de relieve que la "autorización o denegación de compatibilidad para un segundo puesto o actividad en el sector público corresponde al Ministerio de la Presidencia..., al órgano competente de la Comunidad Autónoma... a que figure adscrito el puesto principal..." (art. 9, párrafo primero, de la citada Ley 53/1984). Por consiguiente, es a ese mismo organismo al que ha de dirigirse la solicitud de autorización de compatibilidad.

Pues bien, como quiera que el puesto principal del recurrente es el de médico pediatra del INSALUD, entidad perteneciente a la Seguridad Social, la petición de compatibilidad para un segundo puesto de trabajo debía formularla ante el Ministerio de la Presidencia —y así ya lo había efectuado el 31 de diciembre de 1985 (folios 15 y 43 del expediente administrativo)—, petición que quedó sin contenido al solicitar, dos meses después (el 3 de marzo de 1986: folio 18 del expediente administrativo), excedencia voluntaria en su segundo puesto o actividad, en la Consejería de Sanidad, Trabajo y Servicios Sociales del Gobierno de Canarias, la cual le fue concedida el día 24 del mismo mes (folio 19 del expediente administrativo).

Conviene recordar que, con efectos desde el 21 de abril de 1988, y a petición del interesado, la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad, Trabajo y Servicios Sociales del Gobierno de Canarias, resuelve el reingreso al servicio activo de don Manuel H. H., médico puericultor, destinándolo provisionalmente a la Dirección Territorial de Las Palmas (folio 20 del expediente administrativo).

Transcurridos más de dos años desde que comenzó la referida compatibilización de hecho de los dos puestos de trabajo varias veces mencionados; concretamente, el día 5 de agosto de 1990, solicita que se le conceda la compatibilidad. Pero la petición la dirige a la Consejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias —organismo de la Comunidad Autónoma, en la que ejerce la segunda actividad—, no al Ministerio de la Presidencia, que era el competente, de acuerdo con el citado artículo 9 de la Ley 53/1984, por cuanto que la actividad pública principal del interesado era la de médico pediatra del Instituto Nacional de la Salud.

Mas lo ocurrido el día 21 abril de 1988 en el ámbito de la condición de funcionario del señor H. H. es el acceso, por reingreso al servicio activo, a un nuevo puesto del sector público, incompatible con el que venía desempeñando —así lo declaró la Administración autonómica el día 5 de diciembre de 1985 (folios 16 y 17 del expediente administrativo)—, de ahí que le fuera de aplicación lo dispuesto por el artículo 10 de la misma Ley, prevé específicamente el supuesto del funcionario que acceda, "por cualquier título" —también, pues, por reingreso desde la situación de excedencia voluntaria— "a un nuevo puesto del sector público".

El funcionario en quien concurra tal circunstancia habrá "de optar por uno" de los puestos "dentro del plazo de toma de posesión", y "a falta de opción en el plazo señalado se entenderá que" opta "por el nuevo puesto, pasando a la situación de excedencia voluntaria" en el que viniere desempeñando (art. 10, párrafos primero y segundo, de la Ley 53/1984).

El ahora actor no ejerció la referida opción dentro del plazo concedido para ello, ni tampoco con posterioridad. Ha de destacarse que a dicho funcionario no le era de aplicación, en materia de incompatibilidades, el Decreto autonómico canario número 44/1985, de 15 febrero (LCAN 1985, 435), porque su actividad principal no la realizaba en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias o de un Ente de ella dependiente (art. 2 del citado Decreto), sino en el Instituto Nacional de la Salud, organismo de la Seguridad Social, estatal.

Existe una evidente discordancia, una clara contraposición, entre lo expresado por don Manuel H. H. en los escritos presentados en la Consejería de la Presidencia del Gobierno de Canarias, el día 12 de enero de 1990 (folios 26, 27 y 28 y 54, 55 y 56 del expediente administrativo), el día 15 de octubre de 1988 (folios 21 y 49 del expediente administrativo), y los días 1 y 4 de agosto de 1989 (folios 22 y 50, 23, 24 y 51, 52, del expediente administrativo) (todos ellos muy posteriores al plazo mencionado en el fundamento de Derecho tercero de esta sentencia —el de toma de posesión en el "nuevo puesto", en la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias—) y la conducta llevada a cabo por el mismo, pues, pese a sus insistentes manifestaciones en el sentido de que desea continuar sólo en el puesto de trabajo de médico pediatra del INSALUD, sin embargo continúa también en situación de activo, en el puesto al que accedió, por reingreso, en dicha Administración autonómica, sin cumplir con los deberes que le imponía la Ley 53/1984.

Por consiguiente, la adecuación a derecho de la resolución recurrida se muestra evidente, sin que proceda acudir en el presente caso a la equidad, ni a los principios que informan la mencionada Ley. No se está en presencia de una resolución que declare la incompatibilidad, o deniegue una, inexistente, petición de compatibilidad, dirigida al Ministerio de la Presidencia, como tampoco se trata de una resolución sancionadora. La Administración, al dictar la resolución impugnada, se ha limitado a dar cumplimiento a un mandato de una norma imperativa que, por otra parte, contiene, no una presunción, sino la previsión de una declaración de voluntad tácita, por hechos concluyentes, del funcionario que accede a un nuevo puesto de trabajo y no manifiesta expresamente su voluntad respecto a cuál, de los dos puestos de trabajo que puede desempeñar, elige. El hecho, evidente, de ocupar el "nuevo", el de la Administración de la Comunidad Autónoma, al que accedió, procedente de la situación de excedencia voluntaria, cuando ya venía ocupando, y continuó haciéndolo, el de médico pediatra del INSALUD, indica, de manera contundente, que el funcionario en cuestión tenía la voluntad, quería, desempeñar el nuevo puesto; luego, la consecuencia necesaria, por prescripción legal, era el pase a la situación de "excedencia voluntaria", en el otro puesto de trabajo, en razón de la finalidad de la Ley: prohibir la compatibilidad.

En la hipótesis de que fuera calificable de presunción —figura jurídica de contenido y contornos imprecisos— el supuesto previsto por el artículo 10 de la Ley 53/1984, tal presunción quedaría circunscrita, operaría, sólo respecto al puesto elegido.

En cuanto que el funcionario "no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño... de un segundo puesto de trabajo... en el sector público" (art. 1.º.1 Ley 53/1984), el legislador, en lugar de imponer el cese en el "primer" puesto de trabajo al acceder a otro nuevo ("segundo"), le permite al funcionario elegir; pero en forma y plazos que señala (arts. 10, párrafo primero, y 9, de la citada Ley). Y le facilita el camino indicándole que si no manifiesta su voluntad expresamente, la lógica conclusión es que tiene interés por el nuevo puesto, pues de lo contrario no habría accedido a él. Pero, si esto no obstante, su deseo es permanecer en el primero, ha de manifestarlo expresamente.

Mas, en cualquier caso, siempre ha de optar por uno de los dos, de tal manera

que no puede ocupar ambos, si no ejerce la opción; *que ha de ejercerla antes del desempeño de los dos puestos.*

El "hecho base" de la presunción —del que, tras un proceso lógico, se infiere ésta— sería el acceso al nuevo puesto de trabajo y la no opción dentro del plazo de toma de posesión. En el presente caso, ambos se produjeron, como consta en el expediente administrativo. Luego, la opción por el nuevo será la "presunción legal".

Pero, ya sea con opción expresa, ya sea con opción tácita —o por "presunción", según la tesis del actor—, la "excedencia voluntaria" en el otro puesto de trabajo —el no elegido— es una consecuencia necesaria, impuesta por la finalidad de la norma (Ley 53/1984). En cualquier caso, pues, la excedencia voluntaria no es ni "presunción", ni decisión expresa del funcionario, sino efecto automático, legal, para el cumplimiento de la referida Ley 53/1984, en cuanto a las incompatibilidades que regula...

Finalmente, y por lo que respecta a la mención del artículo 24.1 de la Constitución, con el fin de que este Tribunal lo tome en cuenta "en relación con la reparación a que el doctor H. tiene legítimo derecho, al haber sido privado, contra su voluntad, de una plaza obtenida por oposición y de carácter inamovible" (fundamento de derecho séptimo de la demanda), la rigurosa aplicación del citado precepto constitucional en el presente caso queda patente con sólo citar el constante criterio del Tribunal Constitucional sobre el contenido del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales. De un lado, dice el "intérprete supremo de la Constitución" (art. 1.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre) "según reiterada doctrina de este Tribunal el derecho a la tutela judicial efectiva se ve satisfecho... mediante la respuesta de los órganos judiciales a las cuestiones ante ellos planteadas en todo tipo de acciones y recursos" (Sentencia de la Sala Primera, núm. 157, de 15 julio 1951). La evidencia, en el presente caso, de la actuación conforme a la indicada doctrina, no exige aclaración alguna, como acredita esta sentencia, que resuelve, aplicando el ordenamiento jurídico español, el caso planteado, atendiendo a sus concretas y específicas características, y ello después de seguir el procedimiento conforme a las normas reguladoras del mismo, sin que en momento alguno hayan sido colocados en situación de indefensión, ni el recurrente, ni la Administración demandada.

Pero, respecto al contenido del mencionado precepto de la Constitución, manifiesta además, el Tribunal Constitucional que "reiteradamente se ha dicho... que el derecho a la tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 CE garantiza no requiere para su satisfacción la obtención de una resolución judicial favorable a las pretensiones del interesado" (Sentencia de la Sala Segunda, núm. 132, de 17 junio 1991).

Por consiguiente, también desde este punto de vista la Sala ha dado cumplimiento al mencionado precepto constitucional, al entender, conforme a los razonamientos expuestos en los fundamentos de derecho de esta sentencia, que la resolución recurrida no vulnera el ordenamiento jurídico especial; antes al contrario, se adecua al mismo.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Aceptamos los fundamentos de derecho primero al cuarto y sexto de la sentencia apelada y,

La minuciosa descripción de los hechos que se contiene en la sentencia de primera instancia, así como la acertada apreciación de sus consecuencias de orden jurídico, consistente fundamentalmente en valorar la concurrencia del presupuesto determinante de la aplicación del artículo décimo de la Ley 53/1984, de 26 diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, nos llevan a considerar insuficiente la argumentación formulada por la parte apelante para fundar la tesis favorable a la estimación del recurso.

Es cierto que el recurrente manifestó a la Administración Autónoma que en

caso de que mediase algún problema de incompatibilidad, su preferencia era para el puesto que desempeñaba en el INSALUD. Pero también lo es que a pesar de que le constaba, cuando menos, la incertidumbre de su situación, sin embargo no la regularizó en el plazo posesorio ante la Administración competente —la del Estado— y ni siquiera con posterioridad se dirigió en ningún momento a ella, bien para indicarle cuál era su preferencia o bien para instar la compatibilidad con el puesto de trabajo al que había accedido de nuevo, conservando no obstante el anterior, a sabiendas de que cuando había pedido la excedencia voluntaria en aquél estaba en trámite un expediente de incompatibilidad.

En este sentido, no ofrece duda que la Administración demandada actuó con arreglo a derecho, sin que quepa extraer de la expresión "excedencia voluntaria" utilizada por el legislador una plena sumisión a la voluntad del funcionario afectado por la declaración de incompatibilidad, en términos análogos a los exigidos ordinariamente para que se produzca dicha situación administrativa, sino que, por el contrario, partiendo de la Ley de la idea de que en los casos de su declaración por incompatibilidad es en realidad una situación que se impone coactivamente al interesado, la condiciona simplemente a la concurrencia de las circunstancias objetivas por ella misma descritas, por lo que el significado de la expresión es necesario referirlo más bien a que la consecuencia final de la concurrencia de dichas circunstancias es que se produzca una situación administrativa de efectos iguales a los de una excedencia voluntaria ordinaria.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 4 marzo 1996.*)

VI. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO

Anticipo de la edad de jubilación. Revisión. La eventual indemnización por lesión patrimonial derivada de actos del Poder legislativo ha de suscitarse ante el Consejo de Ministros.

«De nuevo se suscita por el cauce excepcional del recurso-demanda de revisión la cuestión del apartamiento, por contradicción, de la sentencia impugnada, con la línea jurisprudencial establecida por el Pleno de este Tribunal Supremo en Sentencias de 15 julio 1987 (RJ 1987, 10105) y 25, 29 y 30 septiembre del mismo año (RJ 1987, 10107, 10196 y 10197), en las que se fijó el criterio de que la eventual indemnización, por lesión patrimonial derivada de actos del Poder legislativo, en relación con el adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios públicos, debe ser resuelta en vía administrativa ante el Consejo de Ministros, al que se estima competente en materia, y no ante cualquier otro órgano diverso, siendo, por ende, incompetentes las demás Autoridades administrativas para efectuar pronunciamientos sobre la cuestión, así como la Jurisdicción para enjuiciar acciones resarcitorias que no provengan del órgano máximo de la Administración y que no hayan sido adecuadamente planteadas en dicha vía administrativa.

En el caso litigioso acontece que el Delegado del Gobierno en Valencia acordó la jubilación por edad del señor de la S. G., al amparo de la disposición transitoria 9.ª de la Ley 30/1984, por cumplir dicho funcionario del Cuerpo General Administrativo la edad de sesenta y cinco años. La pretensión actora ante la Sala de Valencia fue rechazada en cuanto a la anulación de dicha jubilación, pero prosperó respecto a la acción indemnizatoria de daños y perjuicios, derivados de la actuación del Poder Legislativo. Es este punto el que se combate, como adverso, por la representación de la Administración estatal, con base en el ap. b) del artículo 102.1 de la Ley Jurisdiccional (en su antigua redacción, anterior a la Ley 10/1992), imputando a la sentencia impugnada —dictada por dicha Sala de Valencia en 27 julio 1989— contra-

dicción con varias Sentencias anteriores del Tribunal Supremo en Pleno de 15 julio 1987, 25 y 29 septiembre 1987 y 30 septiembre 1987, que sientan la doctrina de que todo pronunciamiento jurisdiccional sobre dicha acción resarcitoria ha de estar precedido de la oportuna reclamación del interesado ante el Consejo de Ministros, en quien se reputa personificado el centro de imputación de responsabilidad nacida de actuaciones del Poder Legislativo.

Como esta cuestión ya está resuelta en favor de esta última tesis no hemos aquí sino de reiterarla, al darse los demás presupuestos para la viabilidad del recurso de revisión, con la obligada rescisión de la sentencia impugnada, como hemos establecido en casos similares al presente decididos por Sentencias de 18 diciembre 1989 (RJ 1989, 8734), 3 diciembre 1990 (RJ 1990, 9569), 8 noviembre 1991 (RJ 1991, 8005), 28 febrero y 28 noviembre 1992 (RJ 1992, 1065 y 10256).» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 16 enero 1996.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

