



Justicia
Justicia

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrativa
Administrativa

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Administrativa

CONSEJO ASESOR

Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. **Javier Barnés Vázquez** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA. **Antonio Embid Irujo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA. **Germán Fernández Farreres** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. **Javier García Roca** CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE VALLADOLID. **Francisco López Menudo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA. **Ángel Menéndez Rexach** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. **Luis Ortega Álvarez** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. **Manuel Rebollo Puig** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA. **Joaquín Tornos Mas** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

SECRETARÍA TÉCNICA

Margarita Beladiez Rojo

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

© LEX NOVA 2002

EDICIÓN

EDITORIAL LEX NOVA, S.A.

TELÉFONO

General Solchaga, 3 47008 Valladolid

FAX

902 457 038

E-MAIL

983 457 224

ISSN

atn.cliente@lexnova.es

DEPÓSITO LEGAL

1139-4951

VA. 777/1998

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

LA FUNCIÓN PÚBLICA EN LA JURISPRUDENCIA

Sumario:

Presentación	[5]
Reflexiones previas sobre la jurisprudencia de función pública	[7]
BELÉN MARINA JALVO	
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ	
Bases constitucionales del empleo público	[51]
BELÉN MARINA JALVO	
Clases de empleados públicos	[59]
BELÉN MARINA JALVO	
Instrumentos de gestión de los recursos humanos	[63]
BELÉN MARINA JALVO	
Acceso al empleo público	[73]
BELÉN MARINA JALVO	
Carrera administrativa	[105]
BELÉN MARINA JALVO	
Derechos económicos de los funcionarios públicos	[143]
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ	
Derechos colectivos de los funcionarios públicos	[173]
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ	
Derechos funcionales, laborales y sociales	[209]
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ	
Situaciones administrativas del funcionario	[223]
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ	
Incompatibilidades	[235]
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ	
Deberes de los funcionarios	[245]
BELÉN MARINA JALVO	
Régimen disciplinario	[249]
BELÉN MARINA JALVO	
Extinción de la relación funcionarial	[267]
BELÉN MARINA JALVO	
Bibliografía	[275]

Presentación

No cabe duda que la regulación y la debida aplicación del régimen jurídico de los empleados públicos constituye un factor determinante para el buen funcionamiento de la Administración y el servicio objetivo y eficaz a los fines que la Constitución le asigna.

El ordenamiento de la función pública no ha experimentado cambios esenciales en los últimos años. Al margen de las disposiciones que suelen ser habituales en las Leyes de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado y de algunas regulaciones novedosas relativas a determinados Cuerpos de funcionarios¹, el régimen del empleo público no ha visto alterados sus principios básicos. Hasta la fecha, sigue haciéndose esperar el Estatuto Básico de la Función Pública.

En el sistema jurídico del empleo público, como en todas las parcelas del ordenamiento administrativo, la garantía del sometimiento a Derecho de la Administración y la defensa de los derechos e intereses de quienes se relacionan con ella reside fundamentalmente en los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. La labor judicial de revisión de la actuación administrativa en materia de personal constituye igualmente una aportación esencial para la interpretación de la normativa aplicable. Por tanto, para el conocimiento del régimen jurídico del empleo público resulta imprescindible tener presente la aplicación práctica que los Tribunales hacen del mismo. Teniendo en cuenta la pluralidad de órganos judiciales y el volumen de pronunciamientos relativos a las distintas instituciones del Derecho administrativo, la Revista *Justicia Administrativa* ha asumido como uno de sus objetivos fundamentales la elaboración de crónicas de jurisprudencia que permitan al lector un conocimiento completo y ordenado de las líneas jurisprudenciales de interpretación de este ordenamiento. Con este propósito, desde el primer número de *Justicia Administrativa* hasta la fecha, hemos realizado una minuciosa selección de los pronunciamientos judiciales (del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia, de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo) sobre el régimen de función pública que hemos considerado más relevantes. La recopilación ordenada de esta jurisprudencia y su valoración constituyen el objeto de este número extraordinario, con el fin de ofrecer a los estu-

(1) Éste es el caso, entre otros, del Real Decreto 774/2002, de 26 de julio, por el que se regula el sistema de habilitación nacional para el acceso a Cuerpos de Funcionarios Docentes Universitarios y el régimen de los concursos de acceso respectivos, aprobado en desarrollo de las previsiones de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

diosos y aplicadores del Derecho una visión panorámica de la evolución más reciente y del estado actual del régimen del personal de las Administraciones Públicas².

Sin pretender un análisis exhaustivo de todas las sentencias recogidas en los números precedentes de esta Revista, hemos prestado especial atención a la jurisprudencia que, de forma novedosa o ratificando pronunciamientos anteriores, interpreta las instituciones principales del régimen de la función pública. Los instrumentos de gestión de los recursos humanos, la selección del personal funcionario y laboral, la provisión de puestos de trabajo, los derechos económicos y colectivos de los empleados públicos, las particularidades del régimen disciplinario, etc., son algunos de los aspectos que se abordan en las páginas siguientes.

(2) Sobre el particular, vid. F. CASTILLO BLANCO (coord.), *Situación actual y tendencias de la Función Pública Española*, Cemci, Granada, 1998; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.

Reflexiones previas sobre la jurisprudencia de función pública

BELÉN MARINA JALVO

Universidad de Alcalá

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. Bases constitucionales de empleo público. Reserva de ley para la regulación del estatuto funcional y legislación básica sobre el régimen estatutario de los funcionarios.

Otras competencias estatales con incidencia en el régimen de los empleados públicos.

II. Instrumentos de ordenación de la gestión de los recursos humanos en las

Administraciones Públicas. 1. Plantillas de personal. 2. Relaciones de puestos de trabajo.

3. Oferta de empleo público. **III. Igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo**

público. 1. Cuestiones generales. 2. Algunos efectos de la jurisprudencia dictada con motivo de la contratación temporal irregular en la Administración. **IV. Carrera admi-**

nistrativa. En particular, función de los Cuerpos de funcionarios, grupos de titulación y provisión de puestos de trabajo. 1. Cuerpos de funcionarios, grupos de titulación y

grado personal. 2. Provisión de puestos de trabajo. A) Concurso. B) Libre designa-

ción. C) Comisiones de servicios. D) Adscripción provisional. **V. Aspectos relati-**

vos a los derechos económicos funcionariales. 1. Límites a la discrecionalidad de la

Administración en materia retributiva: el principio de legalidad y el principio de

igualdad. 2. Consecuencias jurídicas derivadas del carácter objetivo del complemento

de destino y del complemento específico. 3. Algunas muestras más de la desnaturaliza-

ción del complemento de productividad. . 4. La definitiva afirmación jurisprudencial

de la sujeción del aumento de las retribuciones de los funcionarios públicos a los topes

salariales previstos anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

5. Algunas consecuencias derivadas del reconocimiento de las cuotas colegiales del per-

sonal estatutario como gastos motivados por razón de servicio y, por tanto, indemniza-

bles. VI. La protección del derecho a la libertad sindical de los funcionarios públicos como un elemento justificador de la existencia de determinadas especialidades en materia de motivación de los actos discrecionales de la Administración. VII. Concreciones jurisprudenciales acerca de la naturaleza de la negociación colectiva funcional y, más en concreto, de su fuerza vinculante. VIII. La extensión jurisprudencial de determinados derechos al personal interino y, en especial, del derecho a la situación administrativa de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos. IX. Una interpretación rigurosa del régimen de incompatibilidades para los Magistrados del Tribunal Supremo. X. Las peculiaridades del régimen sancionador de los funcionarios.

1. Matices de la reserva de ley en la regulación de infracciones disciplinarias.
2. Tipicidad de infracciones disciplinarias. 3. Delitos cometidos por funcionarios y sanciones disciplinarias. XI. Extinción de la relación funcional.

I. BASES CONSTITUCIONALES DE EMPLEO PÚBLICO. RESERVA DE LEY PARA LA REGULACIÓN DEL ESTATUTO FUNCIONARIAL Y LEGISLACIÓN BÁSICA SOBRE EL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LOS FUNCIONARIOS. OTRAS COMPETENCIAS ESTATALES CON INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

En sintonía con la consagración de un modelo de Administración Pública servicial y eficaz, la Constitución Española de 1978 ha optado por un régimen estatutario de función pública (art. 103.3). Se trata, en todo caso, de una opción preferente por el modelo funcional que no impide a la Administración disponer de personal en régimen de contratación laboral.

El mérito y la capacidad como principios rectores de la selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas son sólo algunos de los aspectos esenciales del modelo estatutario que la propia Constitución se encarga de resaltar. Además de avanzar el contenido mínimo del estatuto de los funcionarios públicos, el art. 103.3 CE establece una reserva de ley para su regulación. Sin olvidar las referencias de la Constitución a las peculiaridades que reviste el ejercicio de determinados derechos fundamentales por los funcionarios, con la asignación al Estado de la competencia para la determinación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios (art. 149.1.18 CE) se completa el conjunto de disposiciones constitucionales sobre el régimen del personal al servicio de la Administración.

En aplicación de los principios constitucionales mencionados, el legislador estatal y los legisladores autonómicos han ido construyendo un nuevo ordenamiento de la función

pública. Por su parte, en ejercicio de su función de intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha concretado el significado de las exigencias que la Norma Suprema impone en la regulación del régimen funcional, corrigiendo así las desviaciones en las que hayan podido incurrir el legislador. En este sentido, no está de más recordar la doctrina constitucional sobre las materias necesariamente incluidas en el estatuto funcional (SSTC 99/1987, de 11 de junio; 56/1990, de 29 de marzo y 235/1991, de 12 de diciembre), así como la relativa al contenido de la reserva de ley para la regulación del mismo. En relación con este último aspecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la reserva de ley para la regulación del estatuto de la función pública establecida por el art. 103.3 CE no impide la remisión al reglamento para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa (SSTC 99/1987, de 11 de junio y 235/2000, de 5 de octubre). Ciertamente, el legislador no puede disponer de la reserva de ley mediante remisiones incondicionadas a las normas reglamentarias ni el reglamento puede actuar aquí innovando o sustituyendo la regulación legislativa. En definitiva, con las prevenciones ya mencionadas, para la regulación de los aspectos incluidos en el estatuto de los funcionarios cabe asignar al reglamento la misma función complementaria o auxiliar que desempeña en la normación de muy diversas materias igualmente reservadas a la ley (STC 83/1984, de 23 de julio).

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el régimen competencial que deriva de la reserva al Estado de la determinación de las bases del régimen estatutario de la función pública (art. 149.1.18 CE). Aquí, como en tantas otras materias, corresponde al Estado la determinación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas (SSTC 57/1982, de 27 de julio; 85/1985, de 10 de julio; 235/1991, de 12 de diciembre y 385/1993, de 23 de diciembre), y a las Comunidades Autónomas la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en relación con la función pública autonómica y local, de acuerdo con la referida legislación básica y previa oportuna previsión en sus Estatutos de Autonomía.

Obviamente, por más clara que pueda ser la doctrina constitucional sobre las bases del empleo público, y teniendo en cuenta además que el régimen de los funcionarios públicos de las distintas Administraciones ha alcanzado ya un nivel considerable de desarrollo normativo, seguimos estando en presencia de aspectos que no dejan de generar litigiosidad. No es infrecuente que los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa declaren la nulidad de normas reglamentarias que, sin previa determinación legal suficiente, acometen la regulación de materias estatutarias (STSJ de Navarra de 15 de junio de 2000). También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en más de una ocasión sobre la satisfacción o no de la reserva legal que afecta a la regulación de los aspectos comprendidos en el estatuto funcional. Sirva, a modo de ejemplo, la STC 99/1987, de 11 de junio, que declaró la inconstitucionalidad del último inciso del art. 15.1 de la LMRFP, que remitía al Ministerio de la Presidencia la determinación de los requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo, “debiendo especificarse aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos”. En opinión del Tribunal Constitucional, la redacción de este precepto otorgaba un apoderamiento indeterminado al Ministerio de la Presidencia y suponía la renuncia del legislador a su tarea de establecer una regulación crucial para la estructura de las Administraciones Públicas y de la misma función pública. Sin embargo, más reciente-

mente, la STC 37/2002, de 14 de febrero, ha estimado la constitucionalidad del inciso final del art. 92.2 LBRL (“Son funciones públicas cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente al personal sujeto al estatuto funcional, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”), sosteniendo la compatibilidad de este precepto con la reserva de ley que dispone el art. 103.3 CE. Sin negar que el art. 92.2 LBRL no especifica qué concretas funciones —entre las que no tienen la consideración de necesarias en todas las corporaciones locales— han de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcional, el Tribunal Constitucional estima que la remisión efectuada por el precepto controvertido no resulta incondicionada o carente de límites, pues las referencias a la garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública constituyen criterios a tener en cuenta para la regulación reglamentaria de las funciones que hayan de ser desempeñadas por funcionarios públicos.

Otro tanto ocurre en la práctica con la articulación de la competencia estatal para la regulación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios y las correspondientes competencias autonómicas para el desarrollo normativo de la mencionada legislación básica. Algunos de los pronunciamientos más recientes del Tribunal Constitucional ponen de manifiesto que ésta dista de ser una cuestión resuelta. Sin ánimo de hacer un comentario exhaustivo, y para ilustrar mejor lo que acaba de apuntarse en las líneas anteriores, merecen ser objeto de especial atención las Sentencias 207/1999, de 11 de noviembre y 37/2002, de 14 de febrero.

En la primera de las sentencias mencionadas, el Tribunal Constitucional estima, en parte, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra los arts. 47 y 48 de la Ley Foral de Navarra 7/1989, de 8 de junio, de Medidas de Intervención sobre el Suelo y Vivienda, por invadir las competencias exclusivas del Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 CE) y de las bases del régimen estatutario de sus funcionarios (art. 149.1.18 CE). El primero de los preceptos citados, con el fin de garantizar la eficacia de los derechos de adquisición preferente que la Ley Foral 7/1989 otorga a la Administración Foral, tipifica y sanciona el incumplimiento de la obligación de Notarios y Registradores de la Propiedad de denegar la formalización en escritura pública o la inscripción en el Registro de toda transmisión de suelo o vivienda en la que no se acredite la observancia de la obligación del transmitente o adquirente de notificar a la Administración Foral las condiciones esenciales de la transmisión. El segundo precepto mencionado, establece las reglas de competencia para la imposición de las sanciones previstas.

Entiende el Tribunal Constitucional que la infracción regulada por el art. 47.3 de la Ley Foral 7/1989, no hace descansar la ilicitud de la conducta que sanciona en un hecho lesivo de la ordenación urbanística, sino en el incumplimiento de los deberes que, como garantes de la legalidad, incumben a Notarios y Registradores de la Propiedad. Se trata,

pues, de una infracción disciplinaria y no de una infracción urbanística, aunque de ella puedan derivarse daños de tipo urbanístico. Así pues, la controversia competencial se dirime tomando en consideración que la infracción y sanción establecidas por la Ley Foral 7/1989, en el precepto impugnado, incide en el incumplimiento de deberes integrantes del régimen estatutario de quienes ejercen la función pública registral y la notarial, y, por tanto, se incardina en el ámbito de la responsabilidad administrativa o disciplinaria de aquéllos, que es exigible, en régimen de uniformidad, por la correspondiente legislación estatal. A la competencia que ostenta el Estado sobre las bases del régimen estatutario funcionarial (art. 149.1.18 CE) se añade, además, la mencionada competencia exclusivamente estatal sobre la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 CE). Por todo ello, el Tribunal Constitucional concluye afirmando que la función disciplinaria no puede ser asumida por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio realicen sus funciones dichos profesionales, pues ésta carece de título competencial habilitante sobre dicha materia, integrante del estatuto regulador de dichos ejercientes de funciones públicas.

La STC 37/2002, de 14 de febrero, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con los arts. 74.4, 93.n), 97.1.d) y 99 de la Ley 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña. A juicio de la Sala proponente de la cuestión, los referidos preceptos de la Ley catalana podrían vulnerar la competencia estatal para establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), así como la normativa básica estatal que regula las bases del régimen estatutario de los funcionarios (art. 149.1.18 CE). Los preceptos cuestionados son relativos todos ellos a distintos aspectos del régimen disciplinario de los funcionarios públicos (infracciones, sanciones, plazos de prescripción y medidas provisionales de posible adopción durante la tramitación de procesos judiciales o disciplinarios seguidos contra funcionarios). El supuesto enjuiciado por la STC 37/2002, de 14 de febrero, presenta características bien singulares, pues la Sala que formula la cuestión señala como parámetros de control de constitucionalidad una serie de preceptos —relativos a los distintos aspectos ya mencionados del régimen disciplinario— pertenecientes, por un lado, al Decreto 315/1964, que aprueba el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, es decir, una norma preconstitucional, y, por otro lado, al Texto Refundido del Régimen Local de 1986, que establece normas básicas para la función pública local. Pues bien, para el Tribunal Constitucional, ninguna de las dos normas posee carácter básico. Señala el Tribunal Constitucional que el legislador posconstitucional ha procedido a regular de manera completa, al menos, aparentemente, las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Dichas bases, aplicables a los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, están contenidas fundamentalmente, en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas y en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como en las disposiciones legales que han ido modificando estas normas.

De este modo, entiende el Tribunal Constitucional que no cabe atribuir carácter básico a los preceptos citados de la LFCE, pues el legislador posconstitucional ha regulado de manera aparentemente completa e innovadora las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas, estableciendo en cuanto al régimen disciplinario como norma básica común a todos ellos el art. 31 de la LMRFP. Por lo demás, el legislador posconstitucional no ha hecho uso de la legítima posibilidad de declarar expresamente como básicos los cuestionados preceptos de la LFCE (SSTC 32/1983, 42/1983 y 76/1983), ni tampoco dicho carácter puede extraerse de su posible consideración como complemento necesario de las normas posconstitucionales (SSTC 75/1990 y 86/1990), pues nada hace pensar que el legislador posconstitucional no haya querido agotar la regulación de los aspectos de la materia que haya considerado básicos. Al enjuiciar los arts. 146.2, 148 y 150.2 LRL de 1986, el Tribunal Constitucional vuelve a señalar que sólo el art. 31 de la LMRFP ha sido calificado por el legislador estatal como norma básica en materia de régimen disciplinario de todos los funcionarios públicos (incluidos, por supuesto, los de las corporaciones locales). Aun más, estos preceptos tampoco pueden operar como canon de control de constitucionalidad de la Ley 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad, pues ésta no ha sido dictada al amparo de la competencia en materia de régimen local (título competencial comprensivo de todos los aspectos relativos a la Administración Local), sino en ejercicio de la competencia autonómica en materia de régimen estatutario, y aquí la Comunidad Autónoma se encuentra sometida a las bases que dicte el Estado sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos de todas las Administraciones, pero no resulta vinculada a las bases estatales específicas para la función pública local, que únicamente condicionarán la competencia autonómica para el desarrollo legislativo en materia de función pública local.

Tampoco prosperan las dudas que a la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña le suscita la Ley de la función pública catalana desde la perspectiva del art. 149.1.1 CE. La garantía de igualdad que pretende este precepto constitucional no impide que las Comunidades Autónomas puedan establecer tipos distintos de los contemplados por las normas básicas, siempre que exista un fundamento razonable para ello y no contradigan la regulación estatal. Por ello, no cabe hacer reproche de constitucionalidad al art. 93.n) de la Ley 17/1985, de función pública catalana, que considera falta muy grave “causar por negligencia o mala fe daños muy graves en el patrimonio y bienes de la Generalidad”. Si bien la falta regulada por la normativa catalana no aparece contemplada por el art. 31.1 LMRFP, no se aprecia incompatibilidad ni contradicción alguna entre el precepto legal autonómico y la norma básica estatal. El art. 31.1 LMRFP no impide el desarrollo ni la tipificación por las Comunidades Autónomas de otras faltas muy graves, y la conducta descrita en el art. 93.n) de la Ley catalana no introduce diferencias en las posiciones jurídicas fundamentales de los ciudadanos.

La misma suerte desestimatoria sigue el resto de las cuestiones de inconstitucionalidad formuladas en relación con los arts. 74.4 (prevé el traslado del funcionario a un puesto de trabajo distinto en la misma localidad como posible medida cautelar –no prevista en la LFCE ni en el LRL), 97.1.d) (tipifica como sanción –que tampoco contemplan la LFCE

ni el LRL— aplicable a las faltas graves la pérdida de uno a tres grados personales) y 99 (establece un plazo de prescripción de las faltas leves y de las sanciones aplicables a éstas distinto al determinado por los arts. 87.2 LFCE y 146.2 LRL) de la Ley 17/1985, de función pública de la Administración de la Generalidad. Insiste el Tribunal Constitucional en que los preceptos de la LFCE y del LRL invocados por la Sala no son básicos y recuerda de nuevo que el art. 149.1.1 CE lejos de prohibir al legislador autonómico establecer una norma divergente de la legislación estatal, establece una exigencia de igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales que es respetada por los preceptos de la Ley catalana.

Al declarar que sólo el art. 31.1 LMRFP tiene carácter básico en materia de régimen disciplinario, olvida el Tribunal Constitucional que este precepto únicamente regula las infracciones muy graves y que el resto de disposiciones sobre infracciones, sanciones, plazos de prescripción y medidas provisionales —por citar únicamente las cuestiones que han sido objeto de controversia en la STC 37/2002—, aun de manera incompleta en muchos casos, están recogidas en la LFCE. Aunque las disposiciones de esta norma han sido desarrolladas por el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, tampoco esta norma posconstitucional tiene carácter básico. Por tanto, según la doctrina de la STC 37/2002, la legislación básica del Estado en materia de régimen disciplinario —al margen de las disposiciones aplicables a la función pública local— queda reducida única y exclusivamente a la regulación de las faltas muy graves (art. 31.1 LMRFP).

Además de la competencia para la regulación del régimen estatutario de los funcionarios, la Constitución reserva al Estado otros títulos competenciales que le permiten incidir en la configuración de los derechos de los empleados públicos. Éste es el caso de la competencia estatal para la determinación de las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE). En ejercicio de esta competencia se dictan las Leyes de Presupuestos Generales del Estado que, entre otras muchas cosas, establecen disposiciones relativas a las retribuciones del personal (funcionario y laboral) de todas las Administraciones Públicas. En determinadas ocasiones, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado condicionan o prohíben incrementos en las retribuciones de los empleados públicos. Se trata, en tal caso, de una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión del gasto público.

En los números precedentes de esta Revista hemos dado noticia de los pronunciamientos de los diversos órganos judiciales que han ahondado en la naturaleza y en las implicaciones de las disposiciones de las Leyes de Presupuestos del Estado relativas a las retribuciones de los empleados del sector público. Existe un sólido cuerpo de jurisprudencia que ha destacado la naturaleza normativa de las Leyes de Presupuestos del Estado, cuya eficacia desplaza a la de otras regulaciones que contraríen sus disposiciones (SSTC 96/1990; 237/1992; 171/1996; 62/2001; 24/2002 y STS de 19 de octubre de 1999). En consecuencia, los Tribunales declaran la nulidad de las normas o de los acuerdos, convenios o pactos que contemplan mejoras retributivas al margen de las previsiones de los Presupuestos Generales del Estado. Siendo así, menos aún cabe admitir —como ha ocurrido en alguna ocasión (SAN de 7 de noviembre de 2000)— que los resultados de la negociación colectiva puedan condicionar las previsiones de los Presupuestos del Estado en materia de retribuciones del personal de las Administraciones Públicas (STS de 21 de marzo de 2002).

Frente a esta competencia del Estado y frente a la fuerza vinculante del instrumento normativo mediante el que se ejerce dicha competencia tampoco es posible invocar la autonomía local, que rige para la gestión de los asuntos locales pero no puede perjudicar los intereses generales del Estado (SSTS de 9 de marzo de 2000 y 27 de marzo y 11 de abril de 2001; STSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 1999 y STSJ de Asturias de 14 de febrero de 2000) ni la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, que debe desarrollarse en coordinación con la Hacienda estatal (art. 156.1 CE). Por otro lado, las normas que contemplan medidas retributivas contrarias a la regulación dispuesta por los Presupuestos del Estado tampoco pueden prevalecer mediante alegaciones relativas a la garantía constitucional de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (STC 62/2001).

II. INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La LMRFP ha configurado una serie de instrumentos (registros de personal, plantillas, relaciones de puestos de trabajo, oferta de empleo público) mediante los cuales las Administraciones Públicas planifican y gestionan sus efectivos personales del modo más adecuado para la mayor eficacia y productividad en el desempeño de las tareas administrativas. La jurisprudencia más reciente, por su parte, ha contribuido a concretar las posibilidades y los límites que estos instrumentos presentan en el ejercicio de la potestad organizativa de las Administraciones Públicas.

1. Plantillas de personal

Las plantillas incluyen todos los puestos de trabajo de cada Administración, ya estén ocupados por funcionarios o por personal laboral, y constituyen un claro exponente de la vinculación entre la política de personal y la política presupuestaria. Dicho de otro modo, las plantillas son reflejo del Presupuesto como instrumento de gestión del personal de las Administraciones Públicas. En consecuencia, no pueden crearse plazas que carezcan de dotación presupuestaria. La jurisprudencia ha ido concretando la funcionalidad de las plantillas como instrumentos de ordenación del personal, insistiendo en la necesidad de que contemplen todos los puestos de trabajo, incluidos los que hayan de ser ocupados por personal laboral temporal y por personal eventual de libre designación. Asimismo, los Tribunales han ahondado en la estrecha relación que media entre la plantilla y el Presupuesto, admitiendo la creación y posterior convocatoria de plazas no contempladas en la misma, siempre que cuenten con la debida dotación presupuestaria (STS de 12 de diciembre de 1997 y STSJ de Extremadura de 2 de marzo de 1997).

2. Relaciones de puestos de trabajo

En las crónicas de jurisprudencia hemos dado cuenta de varios pronunciamientos judiciales relativos a las relaciones de puestos de trabajo, instrumentos de ordenación del per-

sonal mediante los que se determina el contenido de cada puesto de trabajo, así como los requisitos exigidos para su desempeño. La relación de puestos de trabajo lleva a cabo la clasificación de los puestos (singularizados o no) de cada unidad administrativa, incluyendo los puestos de personal funcionario, laboral y eventual, y permite asignar a cada empleado un puesto de trabajo de características determinadas (art. 15 LMRFP). Sin embargo, el precepto citado no impone una descripción exhaustiva del contenido, de los aspectos y de las características de todos los puestos contemplados por las relaciones de puestos de trabajo. Es suficiente con que la relación consigne las características esenciales de los puestos de trabajo. Fuera de éstas, es posible que algunas de las características de los puestos de trabajo no sean mencionadas en la relación. Esta circunstancia no permite sin más tildar de injustificadamente discriminatoria la previsión de niveles de complemento de destino y de importes del complemento específico distintos para puestos de trabajo con igual denominación, pues tales diferencias pueden estar basadas en la concurrencia de elementos o aspectos singulares de cada puesto de trabajo —tales como la atribución de misiones específicas con diferente grado de complejidad o incluso el desempeño de misiones coincidentes ejercidas en distintos niveles jerárquicos— que no han sido especificados en la relación de puestos de trabajo, pero que determinan la falta de identidad entre las responsabilidades propias de puestos de trabajo con el mismo contenido funcional. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, casando en interés de ley la sentencia de instancia que juzgó de contraria al principio constitucional de igualdad la previsión por una relación de puestos de trabajo de diversos niveles de complemento de destino y distintos complementos específicos para puestos de trabajo con la misma denominación (“Auxiliar de Gestión”), sin mencionar las funciones específicas y las responsabilidades concretas que justifican las diferencias apuntadas (STS de 26 de febrero de 2002). Esto no significa que las relaciones de puestos de trabajo, en tanto que instrumentos expresivos de la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de su potestad organizativa, puedan operar de manera discriminatoria o arbitraria en la determinación de los complementos retributivos de los funcionarios, pues, siempre que exista plena coincidencia entre las características de varios puestos de trabajo deben asignarse a los mismos idénticas retribuciones. Lo que ocurre, como ha advertido el Tribunal Constitucional (Sentencias de 18 de octubre de 1993 y 29 de octubre de 1996), es que la asignación de funciones iguales a ciertos puestos de trabajo o la vinculación de éstos a un mismo Grupo de titulación no son criterios absolutos para determinar la igualdad de retribuciones. El legislador o la Administración pueden tomar en consideración otros criterios de organización (no necesariamente objetivos ni generales, pues existe un amplio margen de discrecionalidad) para establecer la identidad de circunstancias que conlleva la asignación de conceptos retributivos coincidentes (STSJ de Asturias de 29 de octubre de 2001).

En otro orden de ideas, como ocurre en el resto de instrumentos de ordenación de los recursos humanos, los condicionantes presupuestarios están también presentes en las relaciones de puestos de trabajo, pues no pueden incluir puestos que no dispongan de cobertura presupuestaria.

La jurisprudencia se ha pronunciado asimismo sobre la naturaleza de las relaciones de puestos de trabajo, asimilándolas a las disposiciones generales. Es doctrina consolidada la que entiende que las relaciones de puestos de trabajo (así como los acuerdos de clasifi-

cación, fijación de plantillas y complementos retributivos), una vez aprobadas por la Administración, adquieren naturaleza normativa con las notas de generalidad, abstracción y permanencia. Sin embargo, la calificación normativa de las relaciones de puestos de trabajo como normas aparece limitada a los solos efectos de su impugnación ante los Tribunales, pues no se trata de auténticos reglamentos. La verdadera naturaleza de éstas es la de actos plurales, con destinatarios indeterminados, de donde viene aquella vocación normativa (SSTS de 3 de marzo de 1995; 28 de mayo de 1996; 26 de mayo de 1998, y 12, 13, 20 y 21 de febrero de 2001; STSJ del País Vasco de 15 de junio de 2001; STSJ de Asturias de 29 de octubre de 2001 y STSJ de Cantabria de 26 de noviembre de 2001).

Tampoco han faltado pronunciamientos relativos a los requisitos de elaboración, aprobación, modificación o actualización y publicidad de las relaciones de puestos de trabajo (STSJ de Murcia de 7 de junio de 2000 y STS de 8 de enero de 2002).

No menos relevantes son las resoluciones judiciales que concretan la funcionalidad organizativa de las relaciones de puestos de trabajo. Ciertamente, las relaciones de puestos de trabajo permiten a la Administración disponer de los recursos humanos adecuados para la correcta organización y prestación de los servicios. Con la oportuna modificación de las relaciones de puestos de trabajo, las Administraciones Públicas pueden proceder a la reestructuración de los servicios, mediante la creación de nuevos puestos de trabajo, la redistribución de funciones asignadas a los mismos u otras medidas precisas para dar respuesta a la situación planteada en el caso concreto. De lo contrario, cuando las potestades organizativas y las relaciones de puestos de trabajo se utilizan para conseguir fines distintos de la reorganización legítima y necesaria del servicio, ignorando los derechos del personal y el procedimiento legalmente establecido al afecto, la Administración actúa de forma arbitraria e incurre en desviación de poder (STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2000).

3. Oferta de empleo público

La oferta de empleo público es un instrumento básico para la ordenación del procedimiento de selección del personal. Mediante la oferta de empleo público cada Administración hace pública la relación de puestos de trabajo que necesita cubrir en un ejercicio presupuestario. En puridad, la oferta de empleo público es requisito condicionante de la iniciación del proceso de selección. Tal como ocurre en otros instrumentos de gestión de los recursos humanos, la asignación presupuestaria determina aquí también la oferta de puestos de trabajo para su posterior cobertura mediante el oportuno procedimiento de selección. Por ello, el Tribunal Supremo ha entendido que el art. 14 LMRFP no exige como presupuesto inexcusable de la válida creación de una plaza su inclusión en la oferta pública de empleo. Si bien, por el contrario, el precepto mencionado sí condiciona la validez de la creación, convocatoria y asignación de una plaza a la previa consignación presupuestaria de la misma (STS de 8 de enero de 2002).

En relación con lo anterior, conviene recordar que la LMRFP (art. 18.4) no obliga a ofertar las plazas vacantes a quienes ya tienen la condición de funcionarios con carácter previo a su convocatoria para el ingreso de nuevo personal. No obstante, en virtud de algunas normas autonómicas, sólo pueden formar parte de la oferta de empleo público las plazas que no hubiesen sido cubiertas por los procedimientos de provisión convocados y resueltos con anterioridad. En otras palabras, los funcionarios de nuevo ingreso no pueden acceder a plazas que no han sido ofertadas previamente a funcionarios del mismo cuerpo y escala, y que ya formaban parte de la función pública autonómica (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 9 de mayo de 2000).

Por otro lado, la Administración puede decidir de forma discrecional las plazas que desea ofertar, sin necesidad de incluir en la oferta de empleo todas las vacantes que no han sido ocupadas por el personal del que dispone. Esta opción viene siendo la tónica general en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de los últimos años, que limitan el número de plazas de nuevo ingreso. Desde la Ley de Presupuestos para 1997 se ha determinado que el número de plazas de nuevo ingreso no debe superar el 25 por ciento de la tasa de reposición de efectivos. La expresión “plazas de nuevo ingreso” incluye las plazas ya existentes que han quedado vacantes, así como las que sean de nueva creación y nunca hayan sido cubiertas. Por tanto, la limitación del número de plazas de nuevo ingreso no impide la oferta de plazas de nueva creación ni determina la nulidad de las mismas en caso de ser convocadas. La nulidad de la convocatoria de esas plazas únicamente derivaría de la superación del límite establecido en la Ley de Presupuestos, y sería predicable tanto de las plazas de nueva creación como a las vacantes (STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de noviembre de 1999).

III. IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

1. Cuestiones generales

En garantía del buen funcionamiento de la Administración y de la eficacia de su actividad, la Constitución española ha consagrado el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.2), sancionando cualquier resultado contrario a este principio y derecho fundamental que no responda a criterios de mérito y capacidad (art. 103.3). En consecuencia, los principios mencionados deben ser respetados por las normas que regulan la selección del personal de las Administraciones Públicas, por las convocatorias que concretan los requisitos necesarios para el adecuado desempeño de las funciones propias de cada puesto de trabajo y, cómo no, por los órganos encargados de valorar las pruebas celebradas a tal efecto.

La virtualidad de los principios de igualdad, mérito y capacidad no se agota en el acceso a los empleos públicos, sino que condiciona igualmente el desarrollo de la carrera administrativa. Cuando el derecho de igualdad resulta vulnerado se abre la vía judicial para la defensa del mismo. Y, ciertamente, los Tribunales van aplicando con firmeza las exigencias de igualdad, mérito y capacidad en la selección de todo el personal de las Administraciones Públicas, con independencia del régimen funcionarial o laboral que después resulte apli-

able. La jurisprudencia se manifiesta de forma insistente sobre la necesidad de que los principios mencionados presidan la selección de todo el personal funcionario y de todo el personal laboral (fijo o temporal) de las Administraciones Públicas (STS de 22 de enero de 1999). Si bien, en el caso del personal laboral, aunque el principio de igualdad debe desplegar su eficacia en el proceso de selección que precede a la formalización del contrato, tiene menor virtualidad en los momentos sucesivos, de modo que las condiciones de promoción y de vida laboral no tienen por qué establecerse en los mismos términos que las propias de los funcionarios. En definitiva, tratándose de personal laboral, la libertad de estipulaciones se proyecta sobre el contenido del contrato y no sobre la elección del sujeto (SSTS de 18 de octubre de 1999 y 31 de octubre de 2000).

El derecho de igualdad impide cualquier diferencia de trato que carezca de una justificación razonable y objetiva a la luz de los principios de mérito y capacidad. Estos principios resultan contrariados de forma evidente cuando se convocan pruebas de acceso restringido sin un fundamento lógico y objetivo. La limitación de la participación en las pruebas de acceso a quienes, con carácter previo, hayan ocupado interinamente una plaza en la Administración convocante constituye un ejemplo paradigmático de lo que acaba de decirse. Cuando el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de enjuiciar estos supuestos, acontecidos generalmente con el fin de dotar del personal necesario a las Administraciones autonómicas en el momento de su andadura inicial, ha condicionado la validez de tales procesos de selección al carácter excepcional de los mismos, de modo que la Administración interesada sólo podrá convocar este tipo de pruebas en una única ocasión (STC 27/1991 y 16/1998).

El acceso en condiciones de igualdad puede resultar impedido igualmente cuando la participación en el proceso selectivo queda injustificadamente limitada a la posesión de una concreta titulación o se valoran de manera desproporcionada éste u otros méritos como los de interinidad o servicio previo en la Administración convocante. No obstante, según ha apreciado el Tribunal constitucional, no todos los supuestos en los que se da valor preferente a los servicios prestados en la Administración convocante constituyen propiamente ejemplos de procesos restringidos de selección, ya que no impiden la participación de quienes no hayan tenido una relación previa con dicha Administración. Por ello, este tipo de convocatorias pueden resultar compatibles con el principio de igualdad si con ellas se pretende atender a una situación singular, como puede ser nuevamente la puesta en marcha de servicios transferidos a las Comunidades Autónomas (STC 12/1999, de 11 de febrero)¹. Fuera de estos supuestos excepcionales, los Tribunales anulan las convocatorias que otorgan una puntuación irrazonable y desproporcionada al mérito por interinidad o servicios previos, pues, en definitiva, se trata de convocatorias restringidas con apariencia de pruebas de libre acceso que hacen prácticamente imposible el acceso de personas ajenas a la Administración convocante

(1) Vid. M. SÁNCHEZ MORÓN, "Igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública y estabilización funcional de los interinos (Comentario a la Sentencia 12/1999, de 11 de febrero, del Tribunal Constitucional)", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 34, 1999; R. RIVERO ORTEGA, "Acceso a la función pública autonómica y doctrina constitucional (Comentario a la STC de 11 de febrero de 1999)", *RAP*, núm. 151, 2000.

(STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de octubre de 2000 y STSJ de Andalucía, Sevilla, de 8 de febrero de 2001).

El principio de igualdad determina asimismo la necesidad de que los requisitos exigidos para el acceso a los empleos públicos y para la provisión de puestos de trabajo tengan la condición de mérito o capacidad para el desempeño de las funciones que se hayan de desarrollar (STC 138/2000, de 29 de mayo, STS de 18 de enero de 2000 y STSJ de Cataluña de 7 de abril de 2000). Si los requisitos que habilitan para el acceso o para la promoción profesional no guardan relación con el alcance, las características y el contenido de las funciones a realizar resultan vulnerados los criterios de mérito y capacidad y, por ende, el derecho de igualdad. A la inversa, no pueden dejar de ser exigidos o valorados los requisitos o los méritos adecuados a las características del puesto de trabajo y determinantes de la idoneidad necesaria para el desempeño del mismo. La jurisprudencia relativa a la necesidad o conveniencia del conocimiento de las lenguas y de los ordenamientos específicos autonómicos es especialmente ilustrativa en este sentido (STSJ de Navarra de 20 de diciembre de 2000 y STS de 30 de enero de 2001).

En última instancia, cuando el contenido de las pruebas de acceso no guarda relación con los méritos o capacidades precisos para el desempeño de las funciones propias de cada puesto de trabajo, además del derecho de igualdad pueden resultar vulnerados otros derechos fundamentales y libertades (STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de marzo de 1999). En este sentido, debe destacarse la jurisprudencia que ha anulado pruebas o test en los que los aspirantes deben pronunciarse sobre aspectos cuya exigencia resulta injustificada y desproporcionada desde la perspectiva de los criterios de mérito y capacidad y, además, atenta al honor, a la intimidad personal, a la libertad ideológica o a la libertad religiosa (STSJ de Navarra de 20 de noviembre de 1998 y STSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2000).

En cualquier caso, los méritos contemplados por las bases de la convocatoria —siempre que sean expresivos de la idoneidad de los aspirantes para ocupar un puesto de trabajo— deben ser valorados necesariamente, sin que pueda argumentarse en contra la discrecionalidad técnica de los órganos de selección (SAN de 5 de marzo de 1998 y SJCA núm. 5 de Madrid de 6 de noviembre de 2000).

Ahora bien, como es sabido, la decisión de los órganos de selección está basada fundamentalmente en un juicio de discrecionalidad técnica. El núcleo material de esta decisión no puede ser revisado por las Comisiones administrativas de reclamaciones ni por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Fuera de ese núcleo, sí cabe el control de los “*aledaños*” de los pronunciamientos de los órganos de selección, es decir, de aquellos otros aspectos que permiten comprobar si se han respetado los principios de mérito y capacidad y, en definitiva, de igualdad que deben presidir el acceso a los empleos públicos (entre otras, STC 353/1993; SSTs de 11 de octubre de 1997, 2 de marzo de 1998 y 12 de marzo de 2002).

No cabe duda que la garantía de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público —tanto en los casos de puestos de trabajo reservados a funcionarios como en los que pueden ser ocupados por personal laboral— depende también del

respeto de la normativa que dispone la composición de Tribunales y Comisiones de Selección². Por ello, los órganos judiciales examinan la concurrencia o no de los referidos requisitos legales en los órganos de selección, declarando la contrariedad a Derecho de aquéllos integrados por personal de distinta categoría o de diversa titulación a la requerida para el ingreso en el Cuerpo o Escala objeto del proceso selectivo (STSJ de Baleares de 2 de noviembre de 1998). Habida cuenta que las exigencias de profesionalidad y especialidad suelen ser obviadas mediante la designación como miembros de los órganos de selección de sujetos pertenecientes a un sindicato (STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de junio de 1998), la jurisprudencia no pasa por alto las normas que determinan los órganos competentes en cada Administración para el nombramiento de los miembros (incluidos los representantes sindicales) de Comisiones o Tribunales, así como de las que señalan los concretos órganos de la representación de los trabajadores a los que compete la correspondiente propuesta de nombramiento (SJCA núm. 1 de Zamora de 10 de diciembre de 2001).

2. Algunos efectos de la jurisprudencia dictada con motivo de la contratación temporal irregular en la Administración

En el primer número de *Justicia Administrativa* nos estrenábamos en el análisis de la jurisprudencia en materia de Función Pública haciendo una breve referencia a la contratación laboral en el ámbito de la Administración y los importantes problemas de aplicación práctica que suscitaban unas Sentencias del Tribunal Supremo que acababan de ser dictadas sobre dicha materia en aquella época, y ello a pesar de que las mismas no constituían propiamente dicho el objeto de nuestro trabajo. Sin embargo, decidimos comenzar dando al menos noticia de dichas Sentencias por el novedoso e interesante enfoque con el que abordaban el problema de la compatibilidad entre la normativa laboral y la administrativa en materia de irregularidades en la contratación laboral de carácter temporal, y que no está de más recordar, aunque sea muy sucintamente³.

La Ley de Funcionarios Civiles del Estado permite expresamente la posibilidad de que la Administración pueda contratar a personal laboral, en cuyo caso deberá comportarse como un empresario más y someterse por completo a la normativa laboral. Pues bien, son precisamente las normas laborales (en concreto el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y su normativa de desarrollo) las que sancionan los posibles comportamientos irregulares del empresario en la contratación temporal con la conversión del contrato en indefinido. Se trata de una regulación establecida a favor del trabajador afectado y que responde claramente al carácter tuitivo o protector que caracteriza al Derecho Laboral. Ahora bien, acontece que las normas que se han dictado para regular la presta-

(2) Vid. A.J. FERREIRA FERNÁNDEZ, "Composición de los órganos de selección de los funcionarios locales: principios generales y normativa aplicable", *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 19, 1998.

(3) Para una exposición detallada de esta materia nos remitimos a J. CANTERO MARTÍNEZ, *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 413 a 450.

ción de trabajo en la Administración no responden exactamente a esta misma finalidad, ya que no sólo se trata de defender la posición del trabajador frente a la Administración, o al menos como objetivo preferente, sino más bien de garantizar el cumplimiento de determinados principios consagrados en la propia Constitución, tal como el principio de igualdad en el acceso a la Administración o el de eficacia de la actuación administrativa, que sólo resulta posible garantizando que la Administración contrata a los trabajadores que han demostrado tener mayor mérito y capacidad en los procedimientos selectivos.

Esta importante diferencia tenía enormes repercusiones prácticas, toda vez que podía suponer el acceso definitivo a la Administración de personas que habían sido contratadas irregularmente y que no habían demostrado suficientemente su mérito y capacidad o, lo que todavía es peor, podía ser utilizada como técnica para dar cobertura jurídica a situaciones realmente fraudulentas en las que las irregularidades habían sido buscadas consciente y expresamente para consagrar situaciones clientelares o de claro nepotismo.

Pues bien, aunque la línea jurisprudencial marcada para la resolución de este conflicto no ha sido en modo alguno clara y unívoca, puede decirse que a partir de la STS de 7 de octubre de 1996 quedó fijada la doctrina al respecto con la introducción de ciertas matizaciones de no poca consideración en la aplicación del Derecho Laboral a la Administración Pública. Efectivamente, según se señalaba en dicha Sentencia, los principios de mérito y capacidad establecidos en el artículo 103.3 de la Constitución no son obstáculos para una aplicación íntegra de la normativa laboral. Ahora bien, esta conclusión no enerva el deber de las Administraciones públicas de atenerse a los sistemas o procedimientos de contratación que concreten la puesta en práctica de tales principios.

De esta segunda premisa el Tribunal hizo derivar una importante precisión o matización que no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según su duración, sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración Pública. En virtud de ello, consideró el Tribunal que la contratación laboral en la Administración al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido. Con este pronunciamiento, la jurisprudencia del TS había creado un nuevo concepto, el de trabajador indefinido, por contraposición al de trabajador fijo de plantilla, lo que ocasionaba importantes problemas a la hora de determinar su régimen jurídico y dado, sobre todo, que hasta ese momento ambos términos habían sido utilizados en el ámbito laboral para referirse a la misma realidad. Pues bien, intentando despejar algunas de las dudas que la aplicación de esta nueva doctrina generaba, la STS de 20 de enero de 1998, dictada también con motivo de un recurso de casación para la unificación de la doctrina, vino a concretar que “el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definiti-

va del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato”.

Esta nueva jurisprudencia⁴ ha venido a reconocer a favor de los trabajadores temporales de la Administración irregularmente contratados un status especial que se define básicamente en dicha Sentencia y, en virtud de la cual, estas irregularidades no pueden dar lugar a la adquisición de fijeza por el trabajador, puesto que con ello se vulnerarían normas de derecho necesario, imperativas en materia de selección. Ello debido a que en esta materia, tal como hemos apuntado, rigen normas de distintos ordenamientos, el laboral y el administrativo, que han de ser objeto de una interpretación integradora, dado que mientras en el primero se protegen básicamente intereses privados, en el administrativo se consagran procedimientos de selección que garantizan la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a los puestos en las Administraciones Públicas. Ahora bien, ello no impide que el trabajador tenga derecho a seguir prestando sus servicios indefinidamente en la Administración hasta que ese puesto se provea según los requisitos legal y reglamentariamente establecidos. Ésta va a ser la principal previsión establecida a favor del trabajador en esta nueva jurisprudencia.

Un ejemplo de la aplicación de esta doctrina puede verse en la STS de 2 de junio de 2000. Se trataba en este caso de dos trabajadoras auxiliares de guardería de un Ayuntamiento que habían suscrito sucesivos contratos a lo largo de varios años durante la campaña de recogida de aceituna hasta que Ayuntamiento decidió contratar a otras dos auxiliares para la campaña de ese año. En aplicación de esta doctrina, el Tribunal considera que dada la irregular sucesión de contratos temporales ambas trabajadoras han de considerarse como trabajadoras indefinidas. Dicho lo cual, procede a examinar si la selección realizada por el Ayuntamiento para la contratación de las dos nuevas auxiliares de guardería puede considerarse un sistema de provisión idóneo para determinar la cobertura regular de los puestos de trabajo de las demandantes a efectos de entender que se ha producido la causa lícita de extinción de la relación de trabajo indefinida de las dos actoras.

Pues bien, tras realizar dicho examen, aprecia el Tribunal la existencia de importantes irregularidades en el proceso selectivo, toda vez dichas plazas no habían sido incluidas en la oferta pública de empleo del Ayuntamiento y no constaba publicación oficial de la convocatoria. Todo ello le lleva a estimar el recurso de las actoras y a declarar sus despidos improcedentes —con los plenos efectos del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores por no haber concurrido la “causa lícita para extinguir su contrato” a la que se refería la STS de 20 de enero de 1998.

El problema principal que plantea esta línea jurisprudencial, no obstante, es el de determinar cuál es la fórmula legal para extinguir el contrato de trabajo temporalmente indefinido (por así venir calificado por una sentencia firme) mantenido con una

(4) Seguida, entre otras muchas Sentencias del Tribunal Supremo, por la de 27 de marzo de 1998 y la de 2 de junio de 2000.

Administración Pública, cuando la plaza desempeñada por el cesado ha sido cubierta por el correspondiente proceso selectivo convocado por la Administración empleadora y adjudicada a uno de los aspirantes aprobados. Algunas Sentencias del Tribunal Supremo (de 5 de octubre de 1999 o de 5 de julio de 2000) habían considerado que en estos supuestos la Administración ha de seguir un expediente de regulación de empleo si la afección es colectiva, o la extinción por causas objetivas, si no alcanza dicha condición, en cuyo caso el trabajador afectado tendría derecho a la indemnización correspondiente.

La STS de 27 de mayo de 2002, sin embargo, ha supuesto un importante punto de inflexión en esta materia, lo que conlleva importantísimas repercusiones para el trabajador laboral de la Administración afectado, sobre todo económicas, en la medida en que finalmente acaban equiparándolo al trabajador interino y, en consecuencia, negando cualquier posibilidad de obtener una indemnización.

Efectivamente, la Sentencia ha sido dictada en recurso de casación para la unificación de la doctrina ante la contradicción que planteaba una Sentencia del TSJ de Galicia y otra del TSJ de Castilla-La Mancha que, ante el mismo supuesto, esto es, ante el cese del trabajador laboral que había sido declarado indefinido en virtud de Sentencia firme por irregularidades en sus respectivas contrataciones temporales, llegaban a soluciones contrarias. En concreto, la primera de las Sentencias citadas había considerado legal la extinción de su trabajador por haber sido adjudicado su puesto de trabajo a otra persona mediante el correspondiente proceso selectivo llevado al efecto, mientras que la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha, había condenado a la Administración autonómica por no haber seguido las formalidades que establece el Estatuto de los Trabajadores para los despidos por causas objetivas.

Pues bien, ante estos hechos, la Sala de lo Social del TS parte de la premisa básica sentada en su Sentencia de 20 de enero de 1998 y conforme a la cual, “la ocupación definitiva mediante un procedimiento reglamentario de selección de la plaza desempeñada en virtud del contrato temporalmente indefinido hace surgir una causa de extinción del contrato que tiene que subsumirse en las enunciadas genéricamente por el apartado b) del número 1 del art. 49 del Estatuto de los Trabajadores”, es decir, ha de ser considerada como una causa lícitamente establecida en el contrato que no entraña abuso de derecho. Y ello porque la irregularidad en la contratación inicial del trabajador cesado tiene como consecuencia “la ineficacia legal de la cláusula de temporalidad de su contrato y la sustitución de dicha cláusula por otra causa de extinción del contrato expresamente establecida en nuestra meritada Sentencia, a saber, la ocupación de la plaza por procedimiento reglamentario, que cumpla los preceptos legales y los principios constitucionales”.

Toda esta argumentación permite anular la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha por considerar que en el caso concreto “la ilegalidad de origen, constituida por la causa de temporalidad extraña al artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, quedó sanada por la Sentencia que sustituyó dicha cláusula por la tan aludida de indefinición temporal, con la expresa adición –según nuestra doctrina– de que el contrato se extinguiría por la ocupación de la plaza mediante procedimientos reglamentarios”.

La Sentencia contiene, no obstante, un importante Voto Particular formulado por el Magistrado Antonio Martín Valverde, al que se adhieren los Magistrados Gonzalo Moliner Tamborero y Bartolomé Ríos Salmerón, al considerar que la causa de extinción de estos contratos indefinidos ha de ser subsumida en el artículo 49.1.l) del Estatuto de los Trabajadores, esto es, ha de ser considerada como una extinción por “causas objetivas legalmente procedentes” y, por tanto, otorgar el derecho del trabajador a la correspondiente indemnización, y no como una extinción “por causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario” del artículo 49.1.b) del Estatuto. Todo ello, no sólo por razones jurídicas, sino también por una razón de equidad, toda vez que al privar al trabajador de cualquier indemnización a la extinción del contrato se le está equiparando al trabajador interino y se le está situando en peor situación que la de cualquier trabajador que cesa en la Administración “por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato”, para quienes sí se contempla una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio [art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores].

IV. CARRERA ADMINISTRATIVA. EN PARTICULAR, FUNCIÓN DE LOS CUERPOS DE FUNCIONARIOS, GRUPOS DE TITULACIÓN Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

Son también, obviamente, criterios objetivos de mérito y capacidad los que deben ordenar el desarrollo de la carrera administrativa de los empleados públicos. De este modo, se aseguran las posibilidades de mejora profesional de los funcionarios y se garantiza también que la Administración pueda disponer del personal capacitado que necesita. Por ello, los requisitos mencionados no pueden ser eludidos en la promoción interna ni en los distintos sistemas de provisión de puestos de trabajo, con independencia de la diferente virtualidad que los criterios de mérito y capacidad despliegan en cada uno de estos últimos.

1. Cuerpos de funcionarios, grupos de titulación y grado personal

En principio, los puestos de trabajo son de adscripción indistinta para todos los funcionarios (art. 15.2 LMRFP). No obstante, determinados puestos podrán ser adscritos con carácter exclusivo a un Cuerpo o a una Escala cuando tal adscripción derive necesariamente de la naturaleza y de la función asignada a los mismos. Siendo la adscripción indistinta a la regla general, el funcionario no tiene derecho a ocupar un puesto determinado ni mucho menos puede pretender ocupar con carácter definitivo el puesto previamente desempeñado de forma interina (SAN de 8 de noviembre de 2000). Admitiendo también la excepción ya mencionada, ninguna tacha de arbitrariedad puede hacerse a la reserva de determinadas funciones (STS de 12 de diciembre de 1998) o de algunas plazas para ser ocupadas por los funcionarios de un Cuerpo concreto (STC 156/1998, de 13 de julio y STS de 24 de octubre de 2000).

También la función de los grupos de titulación ha sido objeto de atención por parte de los Tribunales. Puesto que la utilidad más inmediata de estos grupos consiste en la clasificación de los distintos Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías de funcionarios en virtud de la titulación exigida para el ingreso en los mismos (STSJ de Madrid de 9 de junio de 2001), aquéllos constituyen un mecanismo de ponderación del mérito y la capacidad en la función pública. Asimismo, una interpretación finalista y sistemática de la regulación de dichos grupos (arts. 23, 24 y 25 LMRFP) pone de manifiesto la relación entre éstos, el nivel de titulación y determinados conceptos integrantes de las retribuciones básicas. La necesidad de evitar discriminaciones retributivas por este concepto obliga a respetar la vinculación al Grupo correspondiente a la titulación exigida para el ingreso al Cuerpo de pertenencia del funcionario (STS de 5 de marzo de 2002).

En cuanto al grado personal, concepto estrechamente relacionado a los referidos en los párrafos anteriores, la jurisprudencia no ha hecho sino reiterar que no procede su consolidación en supuestos –tales como la comisión de servicios o la adscripción provisional– en que el puesto de trabajo no se desempeña de forma definitiva (STS de 6 de marzo de 2001 y STSJ de Cantabria de 8 de mayo de 2000).

2. Provisión de puestos de trabajo

Sin merma del interés de la jurisprudencia relativa a los diversos factores que condicionan la mejora profesional y retributiva del personal de las Administraciones Públicas (función de los cuerpos en la carrera administrativa, grupos de titulación, grado personal, etc.), cabe destacar de manera especial la labor de interpretación y de aplicación que los Tribunales vienen haciendo de la funcionalidad de cada una de las modalidades de provisión de puestos de trabajo. El contenido de los puestos de trabajo determina el sistema de provisión de los mismos, así como los requisitos y méritos que han de concurrir en los aspirantes a ocuparlos. No es posible dejar de exigir tales requisitos ni cabe tampoco apreciar otros que carezcan de relación con las funciones a desarrollar en el puesto de trabajo que se pretende cubrir. La observancia estricta de estos requisitos y la valoración objetiva de los mismos no resta flexibilidad a la Administración para disponer del personal más capacitado para cada puesto de trabajo. Por el contrario, la jurisprudencia que interpreta la funcionalidad y las exigencias de los distintos sistemas de provisión de puestos de trabajo no persiguen sino impedir que la Administración, invocando su capacidad organizativa, lleve a cabo un uso desnaturalizado de las distintas alternativas (concurso, libre designación, comisiones de servicios, adscripción provisional, etc.) de las que dispone para atender satisfactoriamente las necesidades del servicio. En definitiva, la Administración no dispone de una potestad discrecional para el recurso a cada uno de los diferentes sistemas de provisión de puestos de trabajo, pues el ejercicio de la potestad autoorganizativa debe responder de manera razonable a las necesidades del servicio, respetando los derechos de los funcionarios.

A) Concurso

La jurisprudencia ha ido poniendo de relieve distintos aspectos de la virtualidad del concurso como instrumento típico de provisión de puestos de trabajo.

Entre los pronunciamientos judiciales merecedores de una mención específica se encuentran los relativos a las posibilidades del concurso para el traslado o movilidad entre distintas Administraciones, siempre que, entre otros requisitos, exista la correspondiente previsión en la relación de puestos de trabajo de la Administración convocante (STS de 12 de mayo de 1994, Ar. 4240, y STS de 14 de octubre de 1997, Ar. 7534). Puesto que la movilidad entre los funcionarios de la Administración estatal y la autonómica queda condicionada a lo dispuesto por las relaciones de puestos de trabajo, es posible que éstas reserven determinados puestos a Cuerpos de funcionarios propios de las Comunidades Autónomas. Se trata de una opción que no resulta contraria al art. 23.2 CE pues constituye una manifestación de la competencia de las Comunidades Autónomas para la organización de su función pública (STC 156/1998, de 13 de julio).

No menos interesante resulta la jurisprudencia que enjuicia las condiciones en que el conocimiento de las lenguas cooficiales⁵ puede y deber ser valorado como mérito en los concursos para la provisión de puestos de trabajo. Sobre el particular, conviene recordar aquí la reiterada jurisprudencia en cuya virtud la exigencia del conocimiento de las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas puede ser incluida legítimamente entre los méritos y capacidades a tener en cuenta para el acceso a la función pública, siempre que el nivel de conocimiento exigido guarde relación con la capacidad requerida para el desempeño de los puestos de trabajo (STC 46/1991; SSTs de 20 de marzo y 10 de octubre de 1998; 6 de junio de 1999 y 18 de enero de 2000; STSJ del País Vasco de 27 de diciembre de 1999).

La Administración de Justicia y la Administración de la enseñanza son dos de los ámbitos en los que el conocimiento de las lenguas oficiales distintas del castellano cobra especial virtualidad. La operatividad de estos méritos en la provisión de plazas de Jueces y Magistrados tiene cobertura en previsiones al respecto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, y estando limitada al ámbito de las convocatorias territorializadas y de las Comunidades Autónomas con idioma u ordenamiento específicos no resulta irrazonable ni discriminatoria (SSTs de 13 de abril y 16 de junio de 1998). El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la virtualidad de la consideración del idioma y del Derecho civil especial o foral como mérito preferente en los concursos para los órganos jurisdiccionales en las Comunidades Autónomas, señalando que debe resultar acorde con las exigencias del proceso de normalización lingüística y las necesidades de quienes residan en el territorio autonómico. Teniendo en cuenta que los jueces y magistrados destinados en Comunidades Autónomas donde operan los citados méritos de conocimiento de idioma y Derecho civil especial pueden mantener su destino y, además, que dicho mérito tiene un valor relativo y no excluyente en los concursos de traslado, ese equilibrio resulta plasmado de forma razonable. En última instancia, no resulta injustificado que se fomente el conocimiento de la lengua y del Derecho civil especial en el caso de los jueces o magistrados que piensen permanecer durante largo tiempo en una determinada Comunidad Autónoma (STS de 30 de enero de 2001).

(5) Vid. G. HUERGA FIDALGO, "Las lenguas oficiales en las Administraciones Públicas", RAP, núm. 154, 2001.

La jurisprudencia también ha contribuido a concretar la funcionalidad del conocimiento de las lenguas cooficiales en el ámbito de la Administración educativa. Nuevamente el principio de territorialidad de los puestos a cubrir debe ser ponderado de forma proporcionada para determinar los supuestos en que debe exigirse el conocimiento del idioma autonómico y aquellos otros en que dicho conocimiento, al menos, ha de ser valorado como mérito. Por ello, cuando no se valora la conveniencia o necesidad del conocimiento del idioma autonómico en relación con las funciones asignadas a dichos puestos, la convocatoria vulnera el derecho de los ciudadanos de una Comunidad Autónoma a utilizar y a ser atendidos en ese idioma en sus relaciones con la Administración educativa en sus respectivos ámbitos territoriales (STSJ de Navarra de 20 de diciembre de 2000).

En cualquier caso, los méritos generales y específicos exigidos o valorados para la provisión mediante concurso de un puesto de trabajo deben estar objetivamente relacionados con las funciones a desarrollar, sin que la discrecionalidad de las Comisiones de Valoración autorice a éstas para dejar de apreciar tales méritos o realizar una valoración discriminatoria de los mismos.

En garantía de la apreciación objetiva de los méritos, nuestros Tribunales se encargan de comprobar, como exige el art. 46 del Reglamento de Ingreso y Provisión de puestos de trabajo (RD 364/1995, de 19 de marzo), que los miembros de las Comisiones de Valoración sean funcionarios de carrera pertenecientes a Cuerpos o Escalas de Grupo de titulación igual o superior al exigido para los puestos convocados. Si bien, matizando que la composición defectuosa de estos órganos colegiados, por vicios derivados de la cualidad que ostentan algunos de sus miembros, dado el carácter plural de las citadas Comisiones, no conlleva necesariamente la nulidad de sus acuerdos. En otras palabras, la composición defectuosa de las Comisiones de Valoración no determina sin más la nulidad de los concursos en que aquéllas intervienen (STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de junio de 1998).

B) Libre designación

El sistema de libre designación y sus notas características han sido objeto de no pocas resoluciones judiciales. Como es sabido, la LMRFP remite a las relaciones de puestos de trabajo para la determinación de los puestos que, en atención a la naturaleza de sus funciones, pueden ser provistos mediante este sistema. En cualquier caso, la discrecionalidad que encierra la libre designación no permite determinar con absoluta libertad los puestos en que procede este sistema de provisión.

En realidad, el recurso a la libre designación dista mucho de ser excepcional. Por ello, son frecuentes los pronunciamientos de los Tribunales que anulan las disposiciones de las relaciones de puestos de trabajo que reservan al sistema de libre designación la cobertura de numerosos puestos de trabajo, sin justificar la peculiar naturaleza de las funciones ni la especial responsabilidad que legitima la libre provisión de los mismos (STSJ de Cantabria de 14 de junio de 2000 y STS de 12 de marzo de 2001).

La especial confianza en que se basa la libre designación es la que deriva de la aptitud profesional del candidato, puesta de manifiesto en los méritos aportados. En estos términos, el sistema de libre designación no resulta contrario al art. 103.3 CE ni siquiera, según ha sostenido el Tribunal Constitucional, en supuestos como el de los puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional, pese a la importancia de las funciones de asesoramiento legal y económico, o de control financiero o presupuestario encomendadas a este colectivo de personal queda comprometida la imparcialidad necesaria para el ejercicio de las funciones públicas (STC 235/2000, de 5 de octubre).

La necesaria discrecionalidad con que han de ser valorados los méritos y capacidades de los aspirantes no impide a los Tribunales revisar los elementos reglados del sistema de libre designación. En este sentido, además de los requisitos de competencia y procedimiento, debe mediar un trámite de doble informe expresivo del juicio de idoneidad que avala al candidato designado (STSJ del País Vasco de 17 de octubre de 2000).

La discrecionalidad determina igualmente el cese de los funcionarios adscritos a un puesto de trabajo por el sistema de libre designación, de modo que, tal como reiteran los Tribunales, no es precisa motivación alguna ni debe darse audiencia al interesado, pues tampoco se motiva su nombramiento ni se le da audiencia en ese momento. Puesto que la confianza es el factor determinante de la libre designación, la pérdida de la misma por la actitud personal o profesional del funcionario legitima el cese (STSJ de Galicia de 17 de marzo de 1999). Lógicamente, la decisión del cese en un puesto de libre designación, como todas las potestades administrativas, no puede resultar contraria a los derechos fundamentales. No obstante, a juicio de nuestros Tribunales, se presume la legitimidad de las decisiones administrativas de cese en puestos de libre designación, de modo que corresponde al interesado demostrar la existencia de indicios razonables de vulneración de los derechos fundamentales. Ahora bien, si el cesado en un puesto de libre designación ocupa un cargo sindical, se invierte la carga de la prueba, debiendo motivarse el cese de forma detallada y objetiva para despejar toda sospecha de discriminación o de restricción del ejercicio de la libertad sindical (SSTC 48/2002, de 25 de febrero y 114/2002, de 20 de mayo).

C) Comisiones de servicios

La comisión de servicios procede en los supuestos de urgente e inaplazable necesidad para la provisión de un puesto de trabajo vacante, siempre que el funcionario propuesto reúna los requisitos establecidos para su desempeño en la relación de puestos de trabajo y exista la necesaria cobertura presupuestaria (art. 64.1 RGIPP). Además de insistir en los requisitos que legitiman la comisión de servicios (STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de mayo de 1999, Ar. 1432), los órganos judiciales se han pronunciado sobre otros aspectos esenciales del régimen jurídico propio de esta modalidad de provisión. Resultan especialmente destacables las resoluciones que resaltan el carácter discrecional de la propues-

ta y del cese de los funcionarios que han ocupado un puesto de trabajo en comisión de servicios (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 21 de enero de 2000) frente a aquellas otras que exigen acreditar la necesidad urgente o inaplazable que motiva la cobertura de un puesto mediante este sistema, o se pronuncian sobre la necesidad de acudir a un sistema de provisión definitiva para hacer frente a tal contingencia (STSJ de Asturias de 25 de febrero de 2000, Ar. 241), negando la posibilidad de que el funcionario en comisión de servicios pueda ser cesado en tanto el puesto no sea ocupado por otro funcionario de forma definitiva (STSJ de Andalucía de 20 septiembre de 1999, Ar. 2751).

D) Adscripción provisional

Entre las resoluciones judiciales que se han ocupado de esta forma de provisión de puestos de trabajo, interesa destacar las relativas a la adscripción provisional de los funcionarios cesados en puestos de libre designación y al reingreso al servicio activo de funcionarios sin reserva de su puesto de trabajo.

En relación con la primera de las cuestiones, los Tribunales son especialmente celosos de los derechos de los funcionarios adscritos provisionalmente. Así, entre otros supuestos, los órganos judiciales declaran la nulidad de las modificaciones de los instrumentos de gestión del personal que, al amparo de pretendidas necesidades organizativas, disponen la amortización (STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 15 de marzo de 1999) o la modificación del contenido y categoría de puestos de trabajo ocupados de manera provisional (STSJ de Baleares de 23 de abril de 1999).

Por lo que respecta al reingreso al servicio activo de los funcionarios sin reserva de puesto de trabajo, en atención al carácter excepcional de este sistema de adscripción provisional –frente a la modalidad ordinaria de reingreso mediante la participación del funcionario excedente en los oportunos procedimientos de provisión–, además de reiterar la necesidad de que el funcionario reúna los requisitos necesarios para el desempeño del puesto de trabajo, la jurisprudencia ha señalado que no se trata de una potestad discrecional, sino de una posibilidad reglada condicionada a las necesidades del servicio (STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de noviembre de 1999).

V. ASPECTOS RELATIVOS A LOS DERECHOS ECONÓMICOS FUNCIONARIALES

1. Límites a la discrecionalidad de la Administración en materia retributiva: el principio de legalidad y el principio de igualdad

Las cuestiones relativas a las retribuciones de los funcionarios públicos constituyen una de las materias más conflictivas y que más litigios suscitan diariamente ante los Tribunales del Orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo. Gran parte de ellos versa sobre las fuentes de su establecimiento y, más en concreto, sobre las potestades de la Administración para establecer, modificar o suprimir determinados complementos

retributivos. Son numerosos, en este sentido, los recursos que interponen los funcionarios solicitando de la Administración el pago de pluses o de complementos retributivos de la más variada índole que han sido fruto de la negociación colectiva llevada a cabo entre sus representantes y las Administraciones públicas y que no hacen sino sacar a la luz las continuas tensiones existentes entre el principio de legalidad, la negociación colectiva funcionarial y la discrecionalidad de la Administración.

La línea jurisprudencial apuntada por nuestros Tribunales, no obstante, no deja albergar dudas al respecto e insiste en que la totalidad de las retribuciones que devengan los funcionarios públicos están sometidas al dictado imperativo de la ley, de tal suerte que éstos sólo pueden ser retribuidos por los conceptos en ella establecidos, sin que la Administración a la que sirven pueda abonar nuevas retribuciones pactadas distintas de las legales ni, por consiguiente, el funcionario reclamarlas. Ni siquiera puede a través de las bases de una convocatoria de plazas garantizar retribuciones anuales contrarias a la regulación establecida legalmente dada, en todo caso, la primacía del principio de la legalidad presupuestaria.

También el principio de igualdad es utilizado continuamente por nuestros Jueces y Tribunales para enmarcar en sus justos términos la actuación de las Administraciones públicas, sobre todo en lo que se refiere a la asignación de retribuciones complementarias, toda vez que las retribuciones básicas, como por todos es sabido, son iguales en todas las Administraciones Públicas para cada uno de los grupos en que se clasifican los Cuerpos, Escalas, Categorías o clases de funcionarios públicos. Sin embargo, cuando se trata de retribuciones complementarias aflora un importante reducto de discrecionalidad administrativa en su determinación que se controla fundamentalmente recurriendo al principio de igualdad pues, según una consolidada línea jurisprudencial, no cabe establecer diferencias en las retribuciones complementarias para el personal que desarrolla las mismas funciones.

Efectivamente, si bien la Administración dispone de un amplio margen de discrecionalidad para la fijación de las retribuciones complementarias en ejercicio de sus potestades autoorganizativas, es necesario que dicha potestad se ejerza de manera coherente con el fin de no establecer desigualdades injustificadas que puedan traducirse en discriminaciones inaceptables en el seno de su propia organización. Por ello, se ha fijado el principio de que una vez afirmada la identidad de servicios, funciones y cometidos que realizan unos y otros funcionarios, la diferenciación en complementos retributivos entre los mismos es discriminatoria por establecer un trato retributivo distinto y sin justificación objetiva alguna. La actividad de la Administración en estos casos se convierte en una actuación reglada.

2. Consecuencias jurídicas derivadas del carácter objetivo del complemento de destino y del complemento específico

El modelo retributivo establecido en la Ley de Medidas 30/1984 se basa en la atribución al funcionario, junto a las retribuciones básicas, de las denominadas retribuciones com-

plementarias. Este tipo de retribuciones responde a una doble naturaleza. Así, mientras que el complemento de destino y el complemento específico poseen un marcado carácter objetivo que se hace depender únicamente de las condiciones particulares y de las tareas concretas del puesto de trabajo, el complemento de productividad se caracteriza por su carácter subjetivo o personal, en la medida en que retribuye el especial rendimiento y celo del funcionario. Pues bien, la labor jurisprudencial ha ido matizando poco a poco las diferencias de régimen jurídico de los distintos complementos retributivos en función de esta distinta naturaleza.

Del carácter objetivo del complemento específico y del de destino ha hecho derivar el principio de que las diferencias en las retribuciones complementarias han de apoyarse en la atribución a los funcionarios de distintas funciones, cometidos o responsabilidades, tal como acabamos de apuntar. Pero no ha sido ésta la única consecuencia que ha extraído la jurisprudencia.

En efecto, dado que dichas retribuciones vienen vinculadas objetivamente al puesto de trabajo, sólo deriva el derecho a su percepción por el desempeño específico de dichas tareas. Ello significa que el funcionario que realice las funciones asignadas a un determinado puesto tiene derecho a recibir las retribuciones complementarias que van ligadas al mismo si tal desempeño de tareas se ha producido realmente, con total independencia de que se haya producido una situación irregular y de que el puesto no se haya ocupado formalmente por no haberse verificado la adscripción formal del funcionario a dicho puesto. En estos casos, los Tribunales han dado primacía al principio de buena fe y a la efectividad en el desempeño de las funciones por entender que en caso contrario la Administración obtendría un enriquecimiento injusto, toda vez que obtendría los frutos del desempeño del puesto de trabajo sin tener que abonar los complementos que el mismo tiene asignado en la correspondiente relación de puestos de trabajo.

Ahora bien, es preciso advertir que a esta circunstancia del desempeño de tareas *de facto* se le han reconocido únicamente consecuencias económicas, pero no consecuencias en la carrera funcionarial. Quiere ello decir que estas situaciones irregulares no atribuyen al funcionario más derechos que los económicos, sin que exista posibilidad de consolidación del grado personal por haberse producido la ocupación del puesto al margen de los sistemas legales de provisión.

Por otra parte, además de la ocupación efectiva del puesto de trabajo, el devengo del complemento específico requiere que éste venga determinado en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo. Ahora bien, tampoco la jurisprudencia ha sido muy exigente en el cumplimiento de este segundo requisito, adoptando también aquí una interpretación favorable al funcionario. Por ello, y amparándose de nuevo en el principio de igualdad, ha considerado que, aun no teniendo reconocido en el catálogo de puestos de trabajo un complemento específico un determinado puesto, si el puesto que sí lo tiene reconocido es de contenido idéntico a aquel que no lo tiene expresamente reconocido, debe extenderse también a éste dicho complemento salarial en la medida en que dicha retribución, por su propia naturaleza objetiva, se hace depender únicamente del puesto de trabajo cuando en él concurren determinadas condiciones particulares.

3. Algunas muestras más de la desnaturalización del complemento de productividad

Mención aparte merece el complemento de productividad ya que éste, a diferencia de los demás complementos, posee un marcado carácter subjetivo y personal que necesariamente ha de condicionar su régimen jurídico. Aunque su finalidad no es otra que la de retribuir el especial rendimiento personal, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo, se ha producido una desvirtuación o desnaturalización de esta figura, no sólo por el uso que de este complemento ha realizado la Administración, sino también —y lo cual resulta más asombroso— por algunas interpretaciones jurisprudenciales que del mismo se han realizado y que han dado cobertura a aquellas prácticas viciosas.

La aplicación de este complemento, tal como tempranamente resaltó PIÑAR MAÑAS⁶, fue un auténtico caballo de batalla en la configuración del nuevo sistema retributivo que inauguraba la Ley de Medidas 30/1984, y ello a pesar de que una de las críticas más fundamentales que se han achacado tradicionalmente al sistema retributivo funcional ha sido la absoluta falta de incentivos para el funcionario. Precisamente con esta intención incentivadora fue pensado su establecimiento. Se aplicaría únicamente para retribuir el modo, el especial interés y la intensidad con la que el funcionario cumple las tareas propias de su puesto de trabajo, introduciendo a su favor un criterio de discriminación salarial positiva. Por ello, la correcta aplicación del complemento de productividad debe ir ligada al cumplimiento de determinados objetivos previstos de antemano y presupone necesariamente la evaluación diferenciada del trabajo de cada funcionario por parte de su superior⁷. Este carácter subjetivo o individualización del complemento de productividad justifica que no pueda configurarse como un sistema objetivo rotatorio, pues la introducción de elementos objetivos en su determinación mal se adecua a su naturaleza subjetiva.

Sin embargo, como ha denunciado CASTILLO BLANCO⁸, desde su puesta en funcionamiento se ha apreciado una notable desnaturalización por la utilización del complemento de productividad para finalidades distintas de las contempladas en su norma de creación. De esta manera, el propio Tribunal Supremo (STS de 30 de enero de 1998, dictada en recurso de casación en interés de ley) ha consagrado su empleo para retribuir la prestación de una jornada de trabajo de 40 horas semanales, superior a la ordinaria de 37 horas y media por semana. Ha considerado que con la mención a “la dedicación extraordinaria” que introdujo la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 en la Ley de Medidas, se quiere reflejar la voluntad del legislador de concebir el complemento de productividad como una remuneración apta para ser

(6) J.L. PIÑAR MAÑAS, “El nuevo sistema retributivo de los funcionarios y su aplicación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 111, 1986, pág. 359.

(7) M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 214.

(8) F. CASTILLO BLANCO, “Luces y sombras del complemento de productividad: ¿un concepto retributivo inaplicado?”, *Justicia Administrativa*, núm. 8, julio 2000, pág. 11, fundamentalmente.

asignada a los funcionarios públicos con el fin de retribuirles una dedicación extraordinaria y, por tanto, la prestación de su trabajo durante una jornada superior a la ordinaria. No obstante, si bien no se duda que ésta haya sido la intención del legislador, no por ello la medida deja de ser un tanto desvirtuadora de la auténtica naturaleza incentivadora que ha de caracterizar al complemento de productividad.

Por otra parte, dada la especial naturaleza subjetiva de este complemento, cabría pensar que el mismo va ligado de manera directa al trabajo efectivamente realizado, por lo que no debería concebirse como una retribución ordinaria ni el funcionario tendría derecho a percibirla durante los períodos en los que no se presta de forma efectiva ese trabajo y, por tanto, no se produce ese especial rendimiento. Ahora bien, tampoco este matiz ha sido respetado por la jurisprudencia analizada⁹ del Tribunal Supremo (STS de 15 de febrero de 1999), que se aparta decididamente de la doctrina que exige una equiparación absoluta entre el complemento de productividad y el trabajo efectivo. De esta manera, ha venido a reconocer el derecho a percibir este complemento también en los días de baja laboral del funcionario y enfermedad de su cónyuge en los que obtuvo la pertinente licencia.

4. La definitiva afirmación jurisprudencial de la sujeción del aumento de las retribuciones de los funcionarios públicos a los topes salariales previstos anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado

Tal vez ha sido la cuestión relativa a los incrementos de las retribuciones de los funcionarios una de las materias que más preocupaciones ha dado a nuestros Tribunales en los últimos años y que por ello bien merece que le dediquemos en este apartado algunas líneas. La cuestión principal que se ha planteado en un gran número de estos pronunciamientos judiciales ha sido la de determinar el grado de vinculación de las distintas Administraciones territoriales, y más en concreto de la negociación colectiva funcional, a los topes máximos fijados anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

La línea jurisprudencial señalada al respecto tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional ha sido bastante clara y contundente al respecto. Ha considerado que tanto las Administraciones Locales como las distintas Administraciones autonómicas deben respetar el límite previsto por el Estado en el presupuesto de la anualidad, sin que ello pueda ser considerado como una intromisión ilegítima en la autonomía de estas entidades, toda vez que dicha autonomía rige para la gestión de los respectivos intereses de los municipios, provincias y Comunidades Autónomas, pero no puede incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la Nación (entre otras muchas, las STS de 19 de octubre de 1999 y de 27 de marzo y 11 de abril de 2001).

Efectivamente, siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional (entre otras muchas, en sus Sentencias 96/1990; 237/1992; 171/1996 y, sobre todo, en la 62/2001, de 1 de marzo y 24/2002, de 31 de enero, por citar sólo algunas de las más recientes), la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado en diversas ocasiones la

(9) Algunas Sentencias, como la del TSJ de Baleares de 25 de noviembre de 1999, han sido más coherentes con esta especial naturaleza del complemento de productividad y han negado al funcionario el derecho a recibirlo en los períodos en los que no se presta el trabajo por incapacidad laboral transitoria.

necesaria vinculación de los incrementos previstos en la negociación colectiva, tanto en la de ámbito local como en la del ámbito autonómico o estatal, a los límites máximos salariales fijados anualmente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

La razón de ello la encontraba el Tribunal en la propia Constitución, toda vez que la fijación de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones constituye una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público cuya competencia corresponde al Estado de acuerdo con la competencia que le confiere el art. 149.1.13 de la Constitución para la dirección de la actividad económica general. También el principio de jerarquía normativa abogaba por la misma solución al impedir que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio pudieran prevalecer sobre las concretas determinaciones presupuestarias contenidas en normas con rango de ley.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000, sin embargo, hizo caso omiso de esta razonable argumentación¹⁰. Partiendo de la solicitud planteada por el sindicato recurrente para que se declarara la nulidad de la decisión del Ministro para las Administraciones Públicas de no incrementar las retribuciones de los funcionarios públicos para el año 1997, la Sentencia dio un inesperado salto cualitativo que, tras negar la naturaleza legal de las normas presupuestarias, le llevó finalmente a reconocer la obligación de la Administración de incrementar automáticamente las retribuciones de sus funcionarios conforme al incremento anual del IPC. Ello se traducía en la inaplicación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, que había establecido para ese año la congelación salarial en todo el ámbito funcional y, en consecuencia, en el reconocimiento implícito de la superioridad jerárquica de los convenios colectivos funcionariales respecto de las normas presupuestarias.

Esta Sentencia, sin embargo, supuso un acontecimiento aislado y ha sido casada por el Tribunal Supremo a través de dos Sentencias de 21 de marzo de 2002 (Ar. 4318 y 4319), al considerar que la línea jurisprudencial establecida en aquella resultaba gravemente errónea. Con ello, y por si alguna duda quedaba al respecto, el Tribunal Supremo ha venido a aclarar definitivamente que no existe un límite legal en la potestad de ordenación del gasto público derivado de la vinculatoriedad de los Acuerdos suscritos, sino la subordinación a la Ley de Presupuestos de todo incremento en el gasto público, pues al aprobar el Parlamento los Presupuestos Generales del Estado que el Gobierno elabora en virtud de lo dispuesto en el art. 134.1 de la Constitución, el articulado de la ley que los aprueba y su contenido adquieren fuerza de ley y a esta ley ha de someterse la voluntad negocial, sin que quepa en modo alguno considerar que los Acuerdos funcionariales puedan prevalecer sobre la Ley de Presupuestos. No obstante, sobre estas Sentencias volveremos más adelante al tratar la cuestión relativa a la naturaleza de la negociación colectiva funcional.

(10) Para un análisis más detenido de dicha Sentencia me remito a J. CANTERO MARTÍNEZ, "Las inesperadas consecuencias de la contractualización de las retribuciones de los funcionarios públicos (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)", *Justicia Administrativa*, núm. 11, abril de 2001, págs. 311 y ss.

Con base en toda esta argumentación, concluye el Tribunal la primacía absoluta de las Leyes Generales de Presupuestos del Estado sobre cualquier acuerdo, convenio o pacto local, autonómico o estatal, que implique un crecimiento de las retribuciones funcionariales superior al fijado en ellas.

5. Algunas consecuencias derivadas del reconocimiento de las cuotas colegiales del personal estatutario como gastos motivados por razón de servicio y, por tanto, indemnizables

Resulta interesante comentar, si quiera sea muy escuetamente, las importantes novedades que se están produciendo en las cuestiones retributivas con motivo de colegiación del personal estatutario de la Seguridad Social —o de los distintos sistemas sanitarios de las Comunidades Autónomas—. El inicio de todos estos cambios hay que situarlo fundamentalmente en la STS de 11 de julio de 2001.

Dicha Sentencia se dictó como consecuencia de la interposición de un recurso de casación interpuesto por un ayudante técnico sanitario (ATS), en cuya demanda reclamaba el reintegro de las cuotas que el empleado se había visto obligado a satisfacer al Colegio Oficial de Diplomados de Enfermería, a causa de la obligatoriedad de su colegiación, pese a que únicamente ejercía como tal ATS al servicio del INSALUD. El principal argumento se basaba, no en la especial naturaleza de los gastos motivados por las cuotas, sino en la discriminación a la que se veían sometidos respecto a otros colectivos como ocurre con el caso de los Inspectores médicos o con el caso de los médicos que ocupan puestos en los Equipos de Valoración de Incapacidades y los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, respecto de los cuales el INSALUD había acordado reintegrar las cuotas colegiales como indemnizaciones de servicio en caso de que su única actividad profesional tuviera lugar al servicio de dicha entidad.

Aunque esta medida no venía exigida por ninguna norma, ha de considerarse ciertamente loable la decisión de la Administración de resarcir a su personal por el pago de las cuotas colegiales bajo el concepto de indemnización por razón de servicio. La elección de esta vía indemnizatoria parece razonable al resultar perfectamente encuadrable en el art. 23.4 de la Ley 30/1984, en la medida en que su pretensión no es otra que evitar un gravamen económico a aquellos empleados a quienes la legalidad vigente les exige la incorporación obligatoria a un Colegio profesional para poder ejercer su profesión. Ahora bien, pese al carácter voluntario de la medida, una vez adoptada ésta, la Administración está obligada por el art. 14 de la Constitución a no discriminar a ningún empleado que se halle en igualdad de situación con aquellos colectivos a los que previamente ha beneficiado, siendo a este respecto irrelevante la naturaleza estatutaria o funcionarial del personal, la diferente titulación y requisitos exigidos para el ingreso en la Administración o las distintas funciones que desempeñe cada uno de estos colectivos.

Pues bien, una vez destapada la caja de los truenos, y con las preocupantes perspectivas económicas que para las nuevas Administraciones sanitarias autonómicas supone esta jurisprudencia, las reacciones no se han hecho esperar. Aunque todavía es muy temprano para dar una visión global, no está de más mencionar que algunas Comunidades

Autónomas, como la Rioja, Canarias o Andalucía, han pretendido encontrar la solución a este importante problema económico –más que jurídico– en la supresión del requisito de la colegiación obligatoria. Medida que, no obstante y como era de esperar, ya ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional. Otras Administraciones, por el contrario, no pretenden llegar a una solución tan drástica, pero apuntan también a la posibilidad de terminar con este privilegio para así desmontar el argumento jurídico de la discriminación en torno al cual se sustenta esta nueva jurisprudencia. Muerto el perro se acabó la rabia.

En este sentido, resulta interesante mencionar la STS de 18 de julio de 2002, que ha estudiado el conflicto colectivo promovido por el Sindicato de Médicos de la Asistencia Pública (Simap) contra la Consejería de Sanidad Valenciana sobre abono de cuotas colegiales en concepto de indemnización por razón de servicio para todo el personal facultativo que presta servicios en exclusiva. En dicho litigio el Simap solicitaba dicho abono para evitar la discriminación que se producía respecto del colectivo de inspectores del Insalud, para quienes la resolución de 22 de junio de 1998 había previsto dicha indemnización. Pues bien, el Tribunal ha contribuido a establecer cierta serenidad al respecto al situar este problema jurídico en sus justos términos, al aclarar que la doctrina sobre discriminación por el pago de las indemnizaciones para los colectivos afectados que trabajan en exclusiva para el Insalud no puede ser aplicada a la Comunidad Autónoma valenciana, puesto que desde que se creó el Servicio Valenciano de Salud por la Ley 81/1987 y le fueron transferidas las competencias del Insalud en cuanto a su personal estatutario facultativo, no se ha dictado resolución alguna similar a la de 22 de junio de 1988.

Esperemos, pues, que a la espera de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el requisito de la colegiación obligatoria, este clarificador pronunciamiento del Tribunal Supremo haya servido para sosegar a algunas Comunidades Autónomas y a erradicar el temor que les llevó a regular la libre colegiación de sus funcionarios.

VI. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL DE LOS FUNCIONARIOS COMO UN ELEMENTO JUSTIFICADOR DE LA EXISTENCIA DE DETERMINADAS ESPECIALIDADES EN MATERIA DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN

El art. 11 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, establece una serie de garantías y derechos para los funcionarios que tras el correspondiente proceso de elecciones sindicales hayan resultado elegidos representantes legales de los funcionarios públicos y, en consecuencia, ostenten la condición de Delegados de Personal o miembros de la Junta de Personal en un determinado ámbito administrativo. En concreto, tienen derecho a no ser trasladados ni sancionados durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en el caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el traslado o sanción se base en la acción del funcionario en el ejercicio de su representación.

La doctrina del Tribunal Constitucional y la línea jurisprudencial marcada por nuestros Tribunales ha sido bastante explícita a este respecto y ha otorgado una amplia tutela al derecho de libertad de sindicación de los funcionarios públicos, extendiendo incluso el régimen de garantías que establece el mencionado precepto más allá del plazo del año siguiente a la expiración del mandato sindical del funcionario (Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de 15 de junio de 2001). Por otra parte, la especial protección de que goza el derecho fundamental a la libre sindicación de los funcionarios y la aplicación de la doctrina constitucional respecto a la alteración del *onus probandi* cuando se presume la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales se ha traducido en el ámbito administrativo en la aparición de determinados límites a las potestades discrecionales de la Administración, sobre todo en materia de autoorganización administrativa.

Efectivamente, si el funcionario recurrente alega que bajo una determinada decisión administrativa, aunque sea discrecional, se esconde una conducta antisindical, lesiva de los derechos fundamentales del afectado, y el Tribunal entiende que hay indicios suficientes de ello, la carga de la prueba se traslada a la propia Administración, de tal forma que deberá probar que dicha decisión obedece a motivos razonables, objetivos y ajenos por completo a todo propósito atentatorio de los derechos sindicales del funcionario afectado. Ello se ha traducido en el establecimiento de determinadas especialidades en materia de motivación de los actos administrativos, exigiendo que exista una motivación en actos en los que el ordenamiento jurídico no la exige o exigiendo que ésta sea todavía más intensa en aquellos actos para los que en principio bastaría con una sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, tal como contempla la letra f) del art. 54.1 de la Ley 30/1992 para los actos discrecionales.

El primero de estos supuestos se ha planteado en los casos de cese de funcionarios nombrados por el sistema de libre designación. Dado que dichos puestos se basan primordialmente en la confianza, está plenamente justificado que la autoridad que nombró libremente a dicho funcionario pueda también libremente cesarlo si por cualquier circunstancia se pierde esta nota, y ello sin que la Administración esté sometida a requisito formal alguno de hacer una exposición expresa de los motivos en virtud de los cuales se ha preferido a una persona en lugar de otra o por los que se ha perdido la confianza en ella depositada. Por ello, el art. 58 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, dispone que estos funcionarios podrán ser cesados con carácter discrecional y la motivación de esta resolución se referirá meramente a la competencia para adoptarla.

Sin embargo, la jurisprudencia ha considerado que la libre remoción de los mismos no puede conducir legítimamente a su utilización como un instrumento de coacción o condicionamiento de la libertad sindical. Por ello, la decisión administrativa del cese del funcionario libremente designado requiere una adecuada motivación que exteriorice las normas objetivas del cese en el puesto de trabajo a fin de descartar la concurrencia de un propósito atentatorio de derechos fundamentales (Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de 15 de junio de 2001).

Este mismo propósito ha llevado también a exigir una motivación más intensa en aquellos supuestos en los que la Administración en virtud de sus potestades autoorganizativas procede al traslado de un funcionario a otro puesto de trabajo y hay indicios razonables para sospechar que con dicha potestad se pretende castigar o coaccionar a un funcionario por su mera condición de afiliado a un sindicato o de representante legal de los demás funcionarios. En estos supuestos, el Tribunal Constitucional (Sentencia 114/2002, de 20 de mayo, fundamentalmente) ha entendido que incluso aunque se trate del ejercicio de potestades discrecionales o que no precisen ser motivadas, la Administración ha de demostrar la legitimidad de su decisión a través de una motivación específica y de singular proyección sobre el caso concreto, explicando objetiva, razonable y proporcionalmente tal decisión y eliminando toda sospecha de que ésta oculte la lesión de un derecho fundamental.

VII. CONCRECIONES JURISPRUDENCIALES ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA FUNCIONARIAL Y, MÁS EN CONCRETO, DE SU FUERZA VINCULANTE

Los múltiples pronunciamientos dictados por nuestros Tribunales acerca de la negociación colectiva en el ámbito de la Función Pública han servido para introducir algo de luz en algunas de las cuestiones más problemáticas que ha planteado el reconocimiento de esta institución típicamente laboral en el clásico régimen estatutario funcionarial. Una de estas cuestiones, la más importante diría yo, ha sido precisamente la concreción de la naturaleza jurídica de los Pactos y Acuerdos, así como la justa determinación de su eficacia.

La línea jurisprudencial que tempranamente se apuntó dejó claro las enormes diferencias existentes en la negociación colectiva laboral y la funcionarial. Así, mientras la negociación colectiva en el ámbito laboral encuentra su fundamento preciso en el artículo 37.1 de la Constitución, su reconocimiento en el ámbito de la Función Pública es de consagración exclusivamente legal, lo que implica que sólo la ley constituye el sustrato normativo adecuado para establecer su contenido, alcance y significado. Ni siquiera del reconocimiento a los funcionarios del derecho de sindicación puede derivarse como consecuencia necesaria la negociación colectiva, y menos todavía con efectos vinculantes. Ante este panorama, no resulta en modo alguno extraño que se haya negado en el ámbito funcionarial la posibilidad de aplicación de criterios y principios laborales, tal como por ejemplo, el de la aplicación de la norma más favorable.

De esta manera, a partir de la STS 7544/1993, de 22 de octubre, quedó consolidada la doctrina de que las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de mínimos sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la

ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa negociadora. El carácter legal y estatutario de la relación de servicio y el principio de irrenunciabilidad de la competencia y de las potestades públicas, impedirían hacer una traslación analógica de aquel esquema negociador al ámbito funcional.

A falta, pues, de una regulación más amplia y detallada del régimen de los Pactos y de los Acuerdos y ante la imposibilidad de aplicar a éstos los mismos esquemas y reglas de la negociación laboral, se planteaba el nada desdeñable problema de determinar su naturaleza, su eficacia y papel exacto que dichos frutos de la negociación desempeñan en nuestro ordenamiento jurídico en su relación con las demás fuentes¹¹. Pues bien, aunque ya antes algunas Sentencias habían ido concretando este papel, ha sido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000, dictada en materia de retribuciones de los funcionarios y congelación salarial, la que ha contribuido de forma considerable a despejar todas estas dudas. Y no nos referimos al contenido en sí de esta Sentencia, pues la misma ha sido casada por las SSTs de 21 de marzo de 2002 (Ar. 4318 y 4319), sino porque, a nuestro juicio, la misma parece haber servido para forzar a otros Tribunales a ser todavía mucho más explícitos en el encuadre de la negociación colectiva funcional en el marco estatutario.

Efectivamente, la SAN de 7 de noviembre de 2000 vino a reconocer el valor de los Acuerdos como auténticos convenios colectivos vinculantes y de cumplimiento obligatorio, incluso para el legislador, declarando, en suma, la primacía de aquéllos sobre las propias estipulaciones legales presupuestarias y la necesaria sujeción de éstas a su contenido, al entender que lo contrario supondría vaciar de contenido a la negociación colectiva en el ámbito de la Función Pública.

El conflicto suscitado en este pronunciamiento sirvió para sacar nuevamente a la luz algunas de las cuestiones más espinosas que plantea el actual modelo de negociación colectiva¹². Y es que, efectivamente, el principal problema que plantea la determinación de los

(11) Así, por ejemplo, para C. CARRERA ORTIZ, "Naturaleza y eficacia jurídica de la negociación colectiva en la función pública en España", *Relaciones Laborales*, núm. 38, 1989, pág. 269, el fruto de la negociación no es fuente unilateral de regulación, sino que, desde el punto de vista material y formal, se trata de un verdadero acuerdo, es decir, de una nueva fuente del derecho de carácter convencional semejante a los convenios colectivos laborales. Resaltando también la naturaleza convencional de estos convenios podemos citar, entre otros muchos, a M. ARENILLA SÁEZ, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, La Ley, Madrid, 1993, pág. 142; L. ORTEGA ÁLVAREZ, "La negociación colectiva de los funcionarios públicos", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 1, 1992, págs. 36 y ss.; A. OJEDA ÁVILES, "La negociación colectiva en el sector público", en la obra colectiva coordinada por F. CASTILLO BLANCO, titulada *Situación actual y tendencias de la Función Pública española*, Comares, Granada, 1998, pág. 546, etc. Por el contrario, para J. MAURI MAJÓS, "Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la Función Pública. Convergencias y divergencias con el empleo privado", *Documentación Administrativa*, núm. 241-242, 1995, pág. 261, el Acuerdo aprobado actuaría como un reglamento, aunque se trataría de un reglamento elaborado a través de un procedimiento convencional. En cualquier caso, para una exposición más amplia y detallada de esta cuestión me remito a J. CANTERO MARTÍNEZ, *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 329 y ss.

(12) Este problema es destacado por la generalidad de la doctrina. No obstante, con carácter meramente ilustrativo y sin pretensiones de agotar las fuentes, nos remitimos para una exposición más detallada del mismo a R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 532 y ss., para quien la negociación colectiva no es sino "un elemento contingente, no necesario, del derecho sindical en la función pública que tropieza con la dificultad de suponer un acuerdo sobre materias *extra commercium* —las retribuciones o la ordenación misma de la función pública— que son de la competencia de un órgano soberano, el Parlamento, por lo que el Gobierno no puede, en principio, pactar sobre ellas como los empresarios"; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 241 y ss.; L. ORTEGA ÁLVAREZ, "La negociación colectiva de los funcionarios públicos", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 1, 1992, págs. 36 y ss.; J.L. PIÑAR MANAS, "Las estructuras de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 65, 1990, págs. 51 y ss.

incrementos de las retribuciones que procede incluir en las normas presupuestarias radica en que su eficacia no depende directamente de la voluntad de las partes negociadoras, sino de un tercero –las Cortes Generales– que no ha intervenido en la negociación. Ahora bien, ¿está este tercero vinculado por el contenido de lo negociado?, ¿la eficacia de la negociación funcional puede llegar hasta el punto de condicionar el contenido de las Leyes presupuestarias?

El aspecto más llamativo de esta Sentencia radica muy posiblemente en que buscó una solución a este problema, me atrevería a decir, verdaderamente osada e innovadora. Intentó afrontar con coherencia este escollo de la negociación colectiva funcional, ciertamente de difícil solución, asumiendo una determinada teoría doctrinal que niega la naturaleza de ley material al acto de aprobación del presupuesto al considerar que las Cortes Generales no están ejercitando la potestad legislativa cuando aprueban el presupuesto, de tal forma que, tanto en la elaboración del gasto público como en la aprobación del presupuesto, están vinculadas por los compromisos legalmente asumidos. Entendió la Sala, efectivamente, que “el Gobierno y las Cortes Generales, estas últimas en el ejercicio de potestades no legislativas, encuentran un límite legal en la potestad de ordenación del gasto público y por ello en la elaboración y aprobación de los presupuestos cuando el ordenamiento determina de forma vinculante un determinado gasto público”.

Asimismo, atribuyó a los frutos de la negociación colectiva funcional plena eficacia obligatoria al partir de la consideración de que “la Ley 7/1990 expresamente atribuye fuerza vinculante a los Pactos y Acuerdos válidamente adoptados en la negociación colectiva, que han de ser cumplidos por las partes en la negociación; siendo una parte la Administración del Estado, ella queda vinculada por el Acuerdo que nos ocupa –respecto del cual la Ley de aplicación no reconoce *ius variandi*–, y no ya por la naturaleza jurídica del Acuerdo, que lo es de convenio entre empleador y empleados, ni tampoco como consecuencia de la vinculación de los convenios colectivos laborales, cuya regulación no es aquí aplicable; sino como consecuencia de la aplicación de la Ley 7/1990 que expresamente regula en el ámbito funcional el alcance y consecuencias de la negociación colectiva en dicho ámbito, y que determina la vinculación y obligatoriedad del Acuerdo”.

Estas consideraciones llevarán finalmente a la Sala a concluir la plena sujeción de las normas presupuestarias a la negociación colectiva y, más concretamente, a las obligaciones económicas asumidas por el Gobierno durante el proceso negociador, lo que se traducía en la inaplicación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997 en la medida en que había previsto la congelación salarial para ese año. Ésta era la principal consecuencia derivada de la obligatoriedad de los Acuerdos. Sin embargo, este pronunciamiento ha sido anulado por las STS de 21 de marzo de 2002. En ellas, y al margen de otras importantes consideraciones que ahora no vienen al caso, el Tribunal ha matizado estas atrevidas conclusiones de la Audiencia respecto a la eficacia y al valor de la negociación funcional.

Considera el Tribunal, efectivamente, que la Ley de Presupuestos es una verdadera Ley, siendo erróneo sostener, como hace la sentencia recurrida, que la aprobación de los Presupuestos no se realiza en el ejercicio de la potestad legislativa. El art. 66.2 de la Constitución, que se invocaba por la Sala de instancia para negar la naturaleza legal de las Leyes Presupuestarias, no tiene otro alcance que recalcar la singularidad de estas Leyes como competencia específica de las Cortes, desdoblada de la genérica potestad legislativa. Esta argumentación le lleva a concluir que no existe un límite legal en la potestad de ordenación del gasto público derivado de la vinculatoriedad de los Acuerdos suscritos, sino la plena subordinación a la Ley de Presupuestos de todo incremento en el gasto público, pues al aprobar el Parlamento los Presupuestos Generales del Estado que el Gobierno elabora a tenor del artículo 134.1 de la Constitución, en el ejercicio de una función o competencia específica, derivada de la genérica potestad legislativa, el articulado de la ley que los aprueba y su contenido adquiere fuerza de ley y a esta ley ha de someterse la voluntad negocial.

Ni siquiera aunque nos situáramos en la hipótesis de considerar que el Gobierno estuviese obligado a incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos lo previamente negociado con los sindicatos podría llegarse a una solución distinta, toda vez que la Ley de Presupuestos es una verdadera Ley, la cuantía de las retribuciones de los funcionarios es una materia reservada a la Ley de Presupuestos (art. 24.2 de la Ley 30/1984) y, como consecuencia, el Acuerdo Administración-Sindicatos de 1994 no tenía efecto vinculante para el Poder Legislativo, como se desprende de los arts. 32 y 35 de la Ley 9/1987 (Fundamento Jurídico Undécimo de la STS de 21 de marzo de 2002, Ar. 4319). En estos términos, pues, quedaban aclaradas las relaciones entre los Acuerdos colectivos funcionariales y la reserva de ley estatutaria.

Pues bien, como decíamos antes, da la impresión de que la Sentencia de la Audiencia Nacional ha servido para que otros Tribunales, aun sin apartarse de la línea jurisprudencial consolidada al respecto y de contemplar novedosos pronunciamientos, fueran bastante más explícitos en las cuestiones relativas a la naturaleza de los Pactos y Acuerdos y, sobre todo, a las relaciones de éstos con las normas con rango de ley. Como muestra de ello, podemos traer a colación al menos dos ejemplos. El primero de ellos es la STS de 25 de junio de 2001 en la que, a pesar de que el tema central del debate se refiere a la negociación colectiva laboral, aprovecha la ocasión para pronunciarse sobre la naturaleza de la negociación funcionarial estableciendo que la presencia en el marco estatutario de una amplia reserva de ley lleva a distinguir distintos tipos de negociación, una negociación prelegislativa con procedimiento de participación en forma de consulta obligada y una negociación colectiva con eficacia directa.

Todo ello explica, a juicio del Tribunal, que la ley se refiera a dos instrumentos distintos de negociación. De esta manera, sólo “los Pactos han permitido la introducción en el ordenamiento administrativo de una nueva fuente reguladora de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, puesto que dada su obligatoriedad y en clara semejanza con los convenios colectivos laborales, son auténticos pactos colectivos vinculantes y de eficacia normativa por haberlo establecido así la ley”. Por el contrario, los Acuerdos son un mero instrumento con que finalizan las negociaciones sobre materias que son competencia del órgano ejecutivo superior y que por ello requieren para su eficacia la aprobación expresa y formal del órgano administrativo competente.

El segundo ejemplo podemos encontrarlo en la STC 62/2001, de 1 de marzo, en la que se habían impugnado determinados preceptos de la ley presupuestaria aragonesa en la medida en que, al haber recogido el contenido del Acuerdo negociador, había establecido un incremento retributivo para sus empleados públicos superior al tope previsto para ese año por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Pues bien, para la resolución del caso, el Tribunal reproduce su doctrina ya consolidada respecto de la fijación de topes máximos salariales en las normas presupuestarias, estableciendo que dicha fijación constituye una medida general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión del gasto público.

Hasta aquí, por tanto, ninguna novedad. Lo significativo, no obstante, ha sido la aportación de nuevos matices más explícitos y clarificadores respecto de las relaciones entre las distintas fuentes reguladoras de la relación funcional. Efectivamente, dirá el Tribunal que la aplicación del principio de jerarquía normativa reconocido en el art. 9.3 de la Constitución impide que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio puedan prevalecer sobre las concretas determinaciones contenidas en normas con rango de ley, toda vez que es precisamente “el convenio el que debe respetar y someterse a la ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, pues resulta constitucionalmente inaceptable que una Ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador”.

En estos términos, pues, quedaba resuelta la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los Acuerdos sobre los incrementos de las retribuciones y de su fuerza obligatoria, que han sido finalmente definidos como un mero “compromiso, no de resultado, sino de actividad, sin que pueda garantizarse su resultado ni el tiempo en que éste pueda conseguirse”.

VIII. LA EXTENSIÓN JURISPRUDENCIAL DE DETERMINADOS DERECHOS AL PERSONAL INTERINO Y, EN ESPECIAL, DEL DERECHO A LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE EXCEDENCIA VOLUNTARIA PARA EL CUIDADO DE HIJOS

El interino, por propia definición legal¹³, es aquel funcionario que por razones de justificada necesidad y urgencia ocupa una plaza dotada presupuestariamente en tanto no se provea por un funcionario de carrera y permanezcan dichas razones de necesidad o urgencia. De ahí que esta figura se caracterice, o mejor dicho, se debiera caracterizar precisamente por su provisionalidad en la Función Pública. El carácter excepcional y temporal de su relación con la Administración se ve reflejado también en la propia limitación legal que se establece para su nombramiento, toda vez que será “condición

(13) Definición dada en el artículo 54 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

inexcusable” que no sea posible, con la “urgencia” exigida por las circunstancias, la prestación de servicios por funcionarios de carrera. Pues bien, estos caracteres de excepcionalidad, urgencia y temporalidad constituyen las notas principales de su naturaleza jurídica y que necesariamente han de condicionar su régimen jurídico, en la medida en que sólo se puede hacer una aplicación analógica del régimen de los funcionarios de carrera cuando ello resulte adecuado y compatible con esta naturaleza.

Del análisis jurisprudencial que hemos recogido a lo largo de estos últimos años se aprecia una clara tendencia a la extensión a los interinos de derechos, sobre todo de carácter laboral y social, que en principio estaban previstos para el personal de plantilla vinculado a la Administración de forma estable. De hecho, desde la STS de 3 de octubre de 1996, se ha venido dando cobertura a una interpretación amplia de este concepto, entendiendo que el término “plantilla” comprende también al personal interino y al eventual que en cada momento concreto preste sus servicios en la Administración, lo que ha supuesto la extensión a los mismos de los derechos a solicitar permisos y licencias temporales, a recibir ayudas económicas para la compra de libros de sus hijos, anticipos a cuenta de sus retribuciones y, en general, todo tipo de derechos de naturaleza social con independencia de que éstos en principio sólo estuvieran previstos para el personal fijo de plantilla.

Ahora bien, también en los últimos años nos hemos encontrado con que la jurisprudencia les ha reconocido determinados derechos funcionariales que por su vinculación precisamente con el tiempo parecen resultar de dudosa compatibilidad con su naturaleza jurídica o que, al menos, resultan un tanto chocantes, como por ejemplo, el reconocimiento al interino del derecho a la prolongación del servicio activo una vez cumplida la edad reglamentaria de cese por jubilación, pues hace pensar en la existencia de un interino perpetuo cuya estancia en la Administración posiblemente se ha prolongado ya durante varios años y pretende extenderse incluso hasta más allá de la jubilación. Ciertamente, situaciones como éstas poco tienen que ver con la urgencia y no hacen sino poner de manifiesto la desnaturalización de la interinidad provocada por el mal uso que con frecuencia realiza la Administración de esta figura, que lleva a situaciones de interinidad de larga duración que hacen que cada vez resulten más injustificables las diferencias de trato entre ambos colectivos.

Pero todavía suscita mayor extrañeza la extensión al personal interino del derecho a la situación administrativa de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos, en la medida en que esta figura va irremediablemente unida a la idea de permanencia indefinida en el puesto de trabajo y puede suponer la suspensión del vínculo funcional hasta varios años, lo cual difícilmente resulta armonizable con la naturaleza temporal y con la situación de urgencia que justifica el interinaje.

Dado, efectivamente, que la urgente necesidad de cubrir un puesto de trabajo es la causa única y exclusiva que justifica el nombramiento de un funcionario interino, la interrupción de la prestación del servicio en buena lógica debería hacer desaparecer la causa que justificó la interinidad y, en consecuencia, parecería razonable pensar que ello debería ocasionar la ruptura de la relación del interino con la Administración. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no lo ha estimado así cuando la excedencia se solicita para el cui-

dado de hijos al ser consciente de la dimensión constitucional de protección de la maternidad y la familia que se esconde tras esta situación administrativa y, sobre todo, de la discriminación por razón de sexo que para la mujer interina puede suponer su falta de reconocimiento.

En efecto, el Tribunal Constitucional, a través de sus Sentencias 240/1999, de 20 de diciembre, y 20/2001, de 29 de enero, ha consagrado el reconocimiento del derecho a la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos también al personal interino al estimar el amparo solicitado por las recurrentes. Ha considerado, efectivamente, la existencia de un trato discriminatorio que se manifiesta en la resolución administrativa que declaró la extinción de la relación como funcionaria interina de la recurrente. Este trato discriminatorio dimana de la toma en consideración de un factor, el sexo, directamente vinculado a la situación de licencia maternal, que resulta prohibido por el art. 14.C). Su falta de reconocimiento causaría unos importantes perjuicios en el ámbito familiar y sobre todo en el laboral, que afectarían especialmente a las mujeres interinas. Y ello porque la denegación de este derecho supondría un obstáculo muy importante para la permanencia de la mujer en el mundo del trabajo, dado que hasta ahora son sobre todo las mujeres las que solicitan casi en exclusiva las excedencias para el cuidado de los hijos. Por ello, de serles denegado, sólo las mujeres se verían obligadas a abandonar su puesto de trabajo y a salir del mercado laboral, lo que produce, a juicio del Tribunal, una situación de discriminación por razón de sexo.

Asimismo, debe tenerse presente que la protección específica de la maternidad persigue una clara finalidad social, esto es, la protección de la familia, la maternidad y la potenciación del vínculo entre padres e hijos. Por ello, como en su día recordó la STC 203/2000, de 24 de agosto, no resulta admisible, desde la perspectiva del art. 14 CE, fundar la denegación de un derecho con trascendencia constitucional exclusivamente en el carácter temporal y en la necesaria y urgente prestación del servicio propia de la situación de interinidad.

Al margen de las cuestiones constitucionales, también justifican esta solución razones de estricta legalidad, ya que como ha declarado una jurisprudencia inconcusa, el cese del funcionario interino debe vincularse a alguna de las circunstancias expresamente contempladas –tradicionalmente, la reincorporación del funcionario de carrera a su puesto de trabajo o la ocupación del mismo por los procedimientos reglamentariamente previstos–, pues la resolución del vínculo no supone, en modo alguno, una absoluta y libre rima facultad de cese. La Administración sólo puede dictar dicha resolución mediando las causas que regulan su posible actuación. Pero ha sido la vulneración del principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo fundamentalmente los argumentos que han llevado al Tribunal a conceder el amparo solicitado por la recurrente y a proclamar, en consecuencia, también el derecho de los funcionarios interinos a disfrutar de la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos.

Ahora bien, pese a la irreprochable racionalidad constitucional de esta solución, no puede obviarse que esta medida sigue casando mal con la propia naturaleza de la interi-

nidad y que en la práctica puede ocasionar situaciones ciertamente paradójicas, toda vez que se llegaría a una situación un tanto insólita de “reinterinaje” o interinidad en cascada al verse de nuevo obligada la Administración a nombrar a otro funcionario interino para cubrir a su vez al interino que ha solicitado la excedencia y que a su vez también tendría derecho a solicitar otra excedencia de este tipo. Con lo cual, si nos atenemos estrictamente a las causas que justifican la interinidad y a su naturaleza jurídica, no es difícil advertir que el despropósito no puede ser mayor.

Por otra parte, el propio TC ha recordado en el Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia 20/2001 que el cese del funcionario interino debe vincularse a alguna de las circunstancias legalmente contempladas al no ser ello una facultad discrecional de la Administración. Por ello, resulta claro que “los motivos que justifiquen el acto administrativo de cese deberán resultar subsumibles en alguna de las causas de cese normativamente previstas; derecho este que emana del propio acto de nombramiento. Es evidente, por ello, que habrá de producirse el referido cese de sobrevenir cualquiera de tales causas”.

Pues bien, si ponemos en relación dicha argumentación con la nueva regulación de la interinidad que se realiza en el art. 54 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, vemos que ahora se contempla expresamente como causa de cese del interino “la extinción del derecho a la reserva del puesto de trabajo del funcionario de carrera sustituido”. De realizar una interpretación literal de este precepto, podría llegarse a la conclusión de que, una vez cumplido el plazo de un año en el que el funcionario de carrera sustituido por encontrarse en situación de excedencia por cuidado de hijos tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo concreto, existiría justa causa para el cese del interino, aunque todavía no se hubiera producido su reincorporación, por lo que podría ser utilizada por la Administración como un subterfugio legal para evitar soslayadamente la prolongación de los efectos de esta nueva jurisprudencia y para seguir amparando posibles conductas discriminatorias. Si esto llegara a ocurrir, no obstante, habría que tener también en cuenta que según la doctrina del TC, aunque existiera una causa legal para el cese del interino “tal eventualidad no ha de entenderse en términos absolutos; tal posibilidad no resultará amparada cuando la misma sea ejercida con motivación torpe –como la que pudiera derivar de una posible desviación de poder–, o se hubiera realizado con abierta vulneración de derechos fundamentales, como pudieran resultar los tratos desfavorables basados en el embarazo, que al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, por tanto, una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE”. Si llegara a producirse el caso, no obstante, entendemos que esta argumentación sería suficiente para limitar la actuación de la Administración en este sentido.

IX. UNA INTERPRETACIÓN RIGUROSA DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES PARA LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

La regulación establecida en el régimen de incompatibilidades parte de dos ideas fundamentales. La primera de ellas se basa en el principio de la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo, sin permitir otra

excepción que aquella que sea demandada por el propio servicio público. La segunda consiste en la necesidad, al mismo tiempo, de respetar el ejercicio de actividades privadas que no impidan ni menoscaben el estricto cumplimiento de los deberes del empleado público o que puedan comprometer su imparcialidad o independencia.

Puede decirse que la práctica totalidad de las Sentencias dictadas por nuestros jueces y tribunales al respecto han intentado realizar una interpretación armonizadora de ambos principios con ocasión de los conflictos que en no pocas ocasiones plantea la aplicación de los distintos preceptos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal de las Administraciones Públicas. Así, por ejemplo, ha sido bastante claro y contundente a la hora de interpretar el régimen de incompatibilidades cuando el funcionario recibe en sus retribuciones el pago de una determinada cantidad en concepto de complemento específico o equiparable o es retribuido por arancel, en la medida en que la permisión de un segundo puesto de trabajo en el sector público o el ejercicio libre de alguna actividad profesional en el sector privado podría comprometer seriamente la imparcialidad del funcionario y, en todo caso, su eficacia en el desempeño de su tarea y del servicio público encomendado.

Especialmente generosa ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo con la extensión del régimen de incompatibilidades a los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales (SSTS de 1 de marzo de 1999 y de 9 de marzo de 2000). En concreto, ha anulado el art. 79 del Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al Servicio de la Administración de Justicia, toda vez que establecía que las funciones de estos Cuerpos son incompatibles con todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido. Sin embargo, dadas las múltiples funciones y puestos de trabajo que pueden desempeñar estos empleados, el Tribunal ha considerado que no puede sostenerse con carácter de generalidad que el asesoramiento jurídico comprometa su imparcialidad o menoscabe el ejercicio de sus funciones, por lo que se hace necesario estudiar cada caso concreto, de tal forma que sólo si en un puesto de trabajo concreto concurriera cualquiera de estas circunstancias resultaría aplicable la incompatibilidad prevista con carácter general para todos los empleados públicos en los arts. 1.3 y 11.1 de la Ley 53/1984.

Mucho más exigente y rotunda se ha mostrado la línea jurisprudencial apuntada en torno a la actividad privada o pública que pretendan realizar los Magistrados del Tribunal Supremo (STS de 20 de noviembre de 2000). En contra de lo pretendido por la parte recurrente, el Tribunal ha realizado una interpretación rigurosa de las modificaciones establecidas por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, por la que se modifican determinados preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de su nueva filosofía inspiradora que, según reza en su Exposición de Motivos, intenta reforzar al máximo las notas de independencia e imparcialidad que han de presidir la actuación de quienes tienen encomendado el ejercicio de la Jurisdicción y evitar lo que pueda objetivamente perjudicarlos o dejarlos en entredicho ante la opinión pública. Dado, pues,

que el legislador ha querido establecer un riguroso sistema de incompatibilidades con carácter ejemplarizante, el Tribunal ha interpretado que a los Magistrados del Tribunal Supremo, tal como establece el art. 350.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, única y exclusivamente se les puede permitir desempeñar funciones de Presidente de Tribunales de oposiciones a ingreso en la Carrera Judicial y de miembros de la Junta Electoral Central y no ningún otro tipo de actividad, ya sea pública o privada, gratuita o remunerada.

X. LAS PECULIARIDADES DEL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LOS FUNCIONARIOS

1. Matices de la reserva de ley en la regulación de infracciones disciplinarias

El principio de legalidad en la determinación de infracciones y sanciones, además de un principio básico del Derecho sancionador, constituye igualmente un derecho fundamental (art. 25.1 CE). Sin embargo, cuando se trata de aplicar la vertiente formal de dicho principio constitucional al régimen disciplinario de los funcionarios públicos, es habitual en la práctica judicial llevar a cabo una interpretación más que flexible de la reserva de ley exigible para la regulación de faltas y sanciones. Para los Tribunales las infracciones establecidas por el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (Real Decreto 33/1986, de 10 de enero) no representan un supuesto de ausencia de la exigencia de reserva de ley, pues ésta se entiende satisfecha con la regulación de algunas infracciones disciplinarias por la LMRFP (art. 31.1), sin perjuicio de la invocación de otras normas con rango de ley que remiten —en ocasiones, sin detallar mínimamente el contenido de las infracciones— al citado Real Decreto o a otras normas reglamentarias (STS de 23 de octubre de 2001).

Las crónicas de jurisprudencia de Función pública y de Derecho administrativo sancionador de esta Revista ofrecen sobradas muestras de la tendencia a acudir a los más variados argumentos —que van desde la necesidad de flexibilidad en la regulación y castigo de las faltas disciplinarias hasta la mera invocación de la relación de sujeción especial en la que se encuentran los funcionarios— para, a través de distintos mecanismos como el de la remisión recepticia (STS de 14 de noviembre de 2000), señalar la norma con rango de ley que sirve de apoyo a la regulación reglamentaria de infracciones o sanciones disciplinarias. Sin negar que algunos de los argumentos sostenidos para pronunciarse en el sentido expuesto no están exentos de razón, lo cierto es que, de este modo, acaban confundándose las exigencias de la reserva de ley en el ordenamiento sancionador con la simple determinación de la cobertura legal de la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones.

2. Tipicidad de infracciones disciplinarias

Más rigurosa se muestra la jurisprudencia en lo relativo al respeto de la vertiente material del principio de legalidad sancionadora. Teniendo en cuenta que el régimen disciplinario de los funcionarios públicos constituye un campo abonado de conceptos jurídicos

indeterminados y de cláusulas generales, resulta especialmente loable el empeño de los órganos judiciales por concretar el significado de las infracciones, tal como exige la garantía de seguridad jurídica que encierra el principio de tipicidad. La labor judicial de precisión de los elementos —insistiendo en la necesaria concurrencia de todos y cada uno de ellos— de los distintos tipos sancionadores permite avanzar notablemente en la materialización de las garantías que consagra el principio de tipicidad en la apreciación y en la sanción de las infracciones disciplinarias.

3. Delitos cometidos por funcionarios y sanciones disciplinarias

Entre los aspectos de la doctrina jurisprudencial que merecen ser destacados se encuentran, sin duda, las peculiaridades que la aplicación del principio *non bis in idem* reviste en el régimen sancionador de los funcionarios públicos¹⁴. En este sentido, se aprecia claramente en las resoluciones judiciales una línea evolutiva tendente a la admisión de la doble sanción penal y disciplinaria en la práctica totalidad de los casos, sin distinción en función de los delitos cometidos. Al amparo de la infracción consistente en la comisión de “cualquier conducta constitutiva de delito”, presente en casi todos los listados de faltas disciplinarias, suele extraerse de forma habitual la responsabilidad disciplinaria derivada de un ilícito penal. Esta práctica no lesiona el principio *non bis in idem* por entender los Tribunales que delitos e infracciones disciplinarias protegen bienes jurídicos distintos, aunque a primera vista las últimas sean consecuencia inmediata de la comisión de los primeros. Incluso en los supuestos en que se ha castigado un delito cometido en el ejercicio del cargo (SAN de 3 de abril de 2000; STS de 17 de julio de 2001) o la condición de funcionario del sujeto ha sido apreciada como agravante de la responsabilidad penal (STS de 20 de septiembre de 2001) es posible sancionar los mismos hechos en vía disciplinaria¹⁵, pues los Tribunales se afanan en demostrar que cada ilícito preserva bienes jurídicos diferentes. Ciertamente, tratándose —como ocurre en muchos casos— de miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad pocas dudas caben sobre el desvalor que, desde el punto de vista disciplinario, implica la comisión de cualquier tipo de delito —incluidos los delitos comunes (STS de 30 de mayo de 2000)— por funcionarios cuya función consiste precisamente en evitar que tengan lugar conductas delictivas y en perseguir a los responsables de las mismas¹⁶. No obstante, la aplicación de la doctrina descrita parece ir extendiéndose a todos los Cuerpos de funcionarios con independencia del delito previamente castigado. En todo caso, merece un juicio positivo esta labor argumental que los órganos judiciales están realizando para deslindar los bienes jurídicos amparados por delitos e infracciones disciplinarias, prescindiendo de la simple invoca-

(14) Vid. B. MARINA JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos (Fundamentos y regulación sustantiva)*, Lex Nova, Valladolid, 2ª ed., 2001, págs. 185 y ss.

(15) Se abandona así la doctrina del Tribunal Supremo en cuya virtud el principio *non bis in idem* prohíbe la sanción disciplinaria aplicada a hechos constitutivos de delitos que incorporan como elemento del tipo la cualidad de funcionario público. En este sentido, vid. SSTs de 13 de septiembre de 1989, 16 de enero y 13 de marzo de 1991 y 7 de julio y 13 de octubre de 1992.

(16) Vid. B. MARINA JALVO, “*Non bis in idem* e irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía”, RAP, núm. 155, 2001.

ción de la relación de sujeción especial. Esta postura de nuestros Tribunales, pone de manifiesto la dificultad de compaginar los intereses de la Administración y las exigencias de proporcionalidad en la sanción de delitos e infracciones cometidos por los funcionarios.

Con carácter general, se aprecia una línea jurisprudencial consciente de la necesidad de flexibilizar los principios sancionadores, de modo que la potestad disciplinaria resulte un instrumento funcional en manos de la Administración para mantener el orden en su organización y garantizar la correcta prestación de los servicios¹⁷.

XI. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

En este ámbito, la línea jurisprudencial más desatacable ha sido la relativa a las condiciones en que puede producirse el cese del personal interino. El vencimiento del plazo establecido en el nombramiento, la reincorporación del funcionario sustituido, la desaparición de la urgencia o necesidad determinantes del nombramiento, la amortización del puesto de trabajo o su cobertura definitiva son algunas de las circunstancias que la normativa aplicable en cada caso considera legitimantes del cese del personal interino (STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de mayo de 1999).

En consecuencia, y entre otros supuestos posibles, los Tribunales anulan las resoluciones de cese de interinos que no se amparan en alguna de las circunstancias mencionadas. Es el caso, por ejemplo, de la jubilación del titular de la plaza ocupada interinamente. Si la Administración no decide amortizar la plaza vacante, debe proceder a cubrirla con carácter definitivo. Pero, en tanto no opte por alguna de estas posibilidades no puede cesar al interino que venía ocupándola para nombrar a otro sustituto en régimen de interinidad (STSJ de Murcia de 19 de octubre de 2000).

Tampoco la prolongada ausencia del trabajo con motivo de baja por enfermedad es causa habilitante para el cese. Frente a las alegaciones de las Administraciones interesadas sobre la incompatibilidad de la inasistencia prolongada al trabajo con la misión del funcionario interino, que consiste en cubrir la urgencia para la que ha sido nombrado, los órganos judiciales entienden que la pretendida urgencia del nombramiento de los funcionarios interinos se compagina mal con la permanencia en sus puestos de trabajo durante varios años (STSJ de Asturias de 24 de septiembre de 2001). Por ello, tampoco la baja por maternidad de las funcionarias interinas es causa justificante del cese pues, tal como ha declarado el Tribunal Constitucional, se incurriría además en discriminación por razón de sexo.

(17) En este sentido, algún sector doctrinal ha ido más lejos proponiendo rescatar el Derecho disciplinario del ámbito sancionador para situarlo en el ámbito de la potestad organizativa de la Administración, vid. F.A. CASTILLO BLANCO y R.M. ILDEFONSO HUERTAS, "La renovación de la dogmática del Derecho disciplinario: a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la Seguridad Social", RAP, núm. 158, 2002, págs. 7 y ss.

Bases constitucionales del empleo público

BELÉN MARINA JALVO

Universidad de Alcalá

Sumario:

I. Reserva de ley para la determinación de los aspectos que inciden en el estatuto de los funcionarios públicos. II. Reserva de ley para la regulación del estatuto de los funcionarios públicos. Condiciones de la colaboración reglamentaria. Legislación básica del Estado dictada al amparo del art. 149.1.18 CE. Competencia estatal ex art. 149.1.1 CE. Competencias autonómicas para la regulación de los aspectos integrantes del estatuto funcional.

I. RESERVA DE LEY PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS ASPECTOS QUE INCIDEN EN EL ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La STSJ de Navarra de 15 de junio de 2000, Ar. 1478, enjuicia el recurso interpuesto contra la Resolución que aprobó la convocatoria para la provisión mediante oposición de plazas de bomberos al servicio de la Administración de la Comunidad Foral. El demandante alega en su recurso que el límite de edad (no haber cumplido 36 años) establecido en la convocatoria no se encuentra contemplado por el Estatuto Decreto Foral Legislativo 251/1993 (Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra) sino en el Decreto Foral 113/1985 (Reglamento de Ingreso en las Administraciones Públicas de Navarra).

La Sentencia comentada declara la nulidad del art. 6.a), inciso segundo, del Decreto Foral 113/1985 (Reglamento de Ingreso en las Administraciones Públicas de Navarra), exclusivamente en cuanto a la referencia a la edad máxima para el ingreso en el Cuerpo de Bomberos, concluyendo en los siguientes términos:

“(…) que la regulación reglamentaria que hace el Decreto Foral 113/1985 en su art. 6 apartado a) inciso segundo en la referencia que hace al Cuerpo de Bomberos, es nula de

pleno derecho puesto que regula una materia reservada a la Ley sin que se limite a completar o desarrollar las previsiones legales; y es que el establecimiento de tal requisito específico de ingreso que recoge el artículo mencionado no tiene cobertura legal alguna que ampare tal regulación reglamentaria, incidiendo en el estatuto básico de los funcionarios públicos (pues los requisitos de ingreso en la función pública inciden sustancialmente en tal estatuto) que exige su regulación por Ley y no por Reglamento (...). Y es que el Decreto Legislativo no sólo no contiene los criterios objetivos que pudieran servir al Reglamento para su desarrollo (en cuyo caso podría discutirse su alcance, ámbito y límites, esto es si pudiera tratarse de una remisión no objetiva, incondicionada y/o determinada proscrita o de una deslegalización) sino que simplemente no contiene criterio, referencia ni habilitación alguna a ese requisito limitativo de ingreso. Esto es, la Administración puede regular materias que inciden en el Estatuto básico de los funcionarios sobre la base de una regulación legal sustantiva que el legislador establezca, ya que en caso contrario (y tal es el presente caso) la regulación efectuada desborda la potestad reglamentaria incidiendo en materia reservada a Ley”.

II. RESERVA DE LEY PARA LA REGULACIÓN DEL ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. CONDICIONES DE LA COLABORACIÓN REGLAMENTARIA. LEGISLACIÓN BÁSICA DEL ESTADO DICTADA AL AMPARO DEL ART. 149.1.18 CE. COMPETENCIA ESTATAL EX ART. 149.1.1 CE. COMPETENCIAS AUTONÓMICAS PARA LA REGULACIÓN DE LOS ASPECTOS INTEGRANTES DEL ESTATUTO FUNCIONARIAL

La STC 37/2002, de 14 de febrero, del Pleno (cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 71/94 y 243/95), resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña relativas, por un lado, al art. 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y, por otro lado, a los arts. 74.4, 93.n), 97.1.d) y 99 de la Ley 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña. Las cuestiones de inconstitucionalidad son planteadas por la Sala al considerar que el art. 92.2 de la LBRL podría vulnerar la reserva de ley establecida en el art. 103.3 CE que alcanza, entre otros aspectos, a la regulación del estatuto de la función pública, mientras que los preceptos de la Ley catalana podrían vulnerar la competencia estatal para establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), así como la normativa básica estatal que regula las bases del régimen estatutario de los funcionarios (art. 149.1.18 CE).

En cuanto a la primera de las cuestiones planteada en relación con el art. 92.2 LBRL, para mejor entendimiento de las dudas del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, conviene recordar el contenido de este precepto en cuya virtud: “Son funciones públicas cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente al personal sujeto al estatuto funcionarial, las que impliquen ejer-

cicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”. A juicio del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el último inciso del art. 92.2 LBRL (“... y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”) podría ser contrario a la reserva de ley que establece el art. 103.3 CE y que, tal como precisó la STC 99/1987 comprende, entre otros aspectos del estatuto funcional, las formas de provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública. Puesto que la Constitución ha optado por un modelo estatutario para los servidores públicos, entiende el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que el último inciso del art. 92.2 LBRL realiza una remisión a la regulación reglamentaria que excede de los límites permitidos por la reserva de ley en la materia, pues la referencia a los criterios de “objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función” constituye una mera indicación formal que no satisface la exigencia constitucional de reserva de ley (art. 103.3 CE).

El Tribunal Constitucional comienza recordando que la reserva de ley para la regulación del estatuto de la función pública establecida por el art. 103.3 CE no impide la remisión al reglamento para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa (STC 99/1987, de 11 de junio y 235/2000, de 5 de octubre). Ciertamente, el legislador no puede disponer de la reserva de ley mediante remisiones incondicionadas a las normas reglamentarias ni el reglamento puede actuar aquí innovando o sustituyendo la regulación legislativa. Tampoco en relación con otras materias reservadas por la Constitución a la ley es imposible la intervención auxiliar o complementaria del reglamento (STC 83/1984, de 24 de julio).

Al pronunciarse en la Sentencia 99/1987 sobre uno de los aspectos concretos que integran el estatuto de los funcionarios públicos, como es el modo de provisión de los puestos de trabajo al servicio de la Administración Pública, el Tribunal Constitucional ya advirtió que, habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos, habrá de ser la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías de acceso al servicio de la Administración. En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del último inciso del art. 15.1 de la LMRFP, que remitía al Ministerio de la Presidencia la determinación de los requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo, “debiendo especificarse aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos”. En opinión del Tribunal Constitucional, la redacción de este precepto otorgaba un apoderamiento indeterminado al Ministerio de la Presidencia y suponía la renuncia del legislador a su tarea de establecer una regulación crucial para la estructura de las Administraciones Públicas y de la misma función pública.

A la luz de la doctrina constitucional referida, el Tribunal Constitucional concluye sobre la constitucionalidad del art. 92.2 LBRL, afirmando la compatibilidad del precepto cues-

tionado con la reserva de ley que dispone el art. 103.3 CE. Sin negar que el art. 92.2 LBRL no especifica qué concretas funciones —entre las que no tienen la consideración de necesarias en todas las corporaciones locales— han de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcionarial, el Tribunal Constitucional estima que la remisión efectuada por el precepto controvertido no resulta incondicionada o carente de límites, pues las referencias a la garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública constituyen criterios a tener en cuenta para la regulación reglamentaria de las funciones que hayan de ser desempeñadas por funcionarios públicos. Por más genéricos que puedan resultar los criterios mencionados, son susceptibles de ser concretados en cada caso, por lo que, atendiendo a las específicas características de las funciones o puestos de trabajo a considerar, sirven para determinar las funciones no calificadas como necesarias en todas las corporaciones locales que deben ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcionarial.

Es más, interpretando de manera global el art. 92.2 LBRL, el Tribunal Constitucional considera que dicho precepto realiza una regulación material suficiente de las funciones que en todo caso han de ser desempeñadas por funcionarios públicos y, a la inversa, de aquellas que no pueden ser encomendadas al personal contratado, que no podrá ocupar los puestos de trabajo que impliquen ejercicio de las funciones enumeradas en el primer inciso del art. 92.2 LBRL, es decir, las que supongan ejercicio de autoridad y las calificadas como necesarias en todas las corporaciones locales, ni las que se exijan para mayor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública.

En la segunda cuestión formulada, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña formula sus dudas de constitucionalidad en relación con los arts. 74.4, 93.n), 97.1 y 99 de la Ley 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña, referidos todos ellos a distintos aspectos del régimen disciplinario de los funcionarios públicos, por entender que podrían infringir el orden constitucional de distribución de competencias. Por un lado, los citados preceptos podrían invadir la competencia estatal para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.19 CE), al no respetar la legislación básica que sobre dicha materia ha aprobado el Estado. En este sentido, en opinión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la legislación básica estatal vendría constituida por el art. 31.1 de la LMRFP, que tipifica las faltas muy graves, los arts. 47, 48 y 49 de la LFCE, que regulan la suspensión provisional de funciones durante la tramitación de un procedimiento judicial o disciplinario, los arts. 87.2 y 91 de la última norma citada, que regulan los plazos de prescripción de faltas disciplinarias y las sanciones disciplinarias que procede imponer en cada caso, respectivamente, y, por último, los arts. 146.2, 148.2 y 150.2 del Texto Refundido del Régimen Local de 1986, que regulan el plazo de prescripción de las faltas, las sanciones que pueden imponerse por la comisión de las mismas y la suspensión provisional del expedienteado. Por otro lado, a juicio de la Sala, a excepción del art. 93.n), todos los preceptos mencionados podrían invadir también la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), por

establecer diferencias irrazonables y desproporcionadas en relación con el régimen disciplinario aplicable en otras partes del territorio del Estado.

Para resolver la primera duda formulada en esta cuestión de inconstitucionalidad, el TC comienza pronunciándose sobre el reparto de competencias que, en esta materia, existe entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña, así como sobre la consideración o no de básicos de los mencionados preceptos de la LFCE y del Texto Refundido de Régimen Local de 1986. En cuanto al primer aspecto, corresponde al Estado la determinación de las bases del régimen disciplinario de los funcionarios públicos y a la Comunidad Autónoma catalana la competencia de desarrollo legislativo y ejecución, de acuerdo con la referida legislación básica, en relación con la función pública autonómica y local. Respecto de la posible consideración del carácter básico de determinados preceptos de una norma preconstitucional como es la LFCE, el TC concluye en sentido negativo, manifestándose en los siguientes términos:

“La noción formal de bases elaborada por la doctrina de este Tribunal Constitucional y la finalidad con ella perseguida de dotar de una determinación cierta y estable a los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas mal se compadece con la posibilidad de poder seguir infiriendo bases de las normas legales preconstitucionales cuando el legislador estatal constitucional ha procedido en el ejercicio de la competencia constitucionalmente atribuida a establecer de manera aparentemente completa e innovadora las bases sobre una determinada materia, a menos que declare expresamente la pretendida naturaleza básica de esas normas legales preconstitucionales o dicha naturaleza resulte, sin lugar a dudas, de ser éstas un complemento indispensable de las normas básicas posconstitucionales por deducirse de su propia estructura que no han pretendido agotar la regulación de todos los aspectos de la materia.”

A tenor de lo señalado, no cabe atribuir carácter básico a los preceptos citados de la LFCE, pues el legislador posconstitucional ha regulado de manera aparentemente completa e innovadora las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas, estableciendo en cuanto al régimen disciplinario como norma básica común a todos ellos el art. 31 de la LMRFP. Por lo demás, el legislador posconstitucional no ha hecho uso de la legítima posibilidad de declarar expresamente como básicos los cuestionados preceptos de la LFCE (SSTC 32/1983, 42/1983 y 76/1983), ni tampoco dicho carácter puede extraerse de su posible consideración como complemento necesario de las normas posconstitucionales (SSTC 75/1990 y 86/1990), pues nada hace pensar que el legislador posconstitucional no haya querido agotar la regulación de los aspectos de la materia que haya considerado básicos.

Pasando a enjuiciar los arts. 146.2, 148 y 150.2 LRL de 1986, relativos todos a distintos aspectos del régimen disciplinario de los funcionarios locales, propuestos como parámetros de control de constitucionalidad por considerarlos básicos el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el TC vuelve a señalar que sólo el art. 31 de la LMRFP ha sido calificado por el legislador estatal como norma básica en materia de régimen disciplinario de todos los funcionarios públicos (incluidos, por supuesto, los de las corporaciones locales). No cabe, por tanto, predicar el carácter básico de los citados arts. 146.2 (pres-

cripción de las faltas disciplinarias), 148 (catálogo de sanciones y criterios de modulación en función de su gravedad) y 150.2 (suspensión provisional del funcionario expedientado). Aun más, estos preceptos tampoco pueden operar como canon de control de constitucionalidad de la Ley 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad, pues ésta no ha sido dictada al amparo de la competencia en materia de régimen local (título competencial comprensivo de todos los aspectos relativos a la Administración Local), sino en ejercicio de la competencia autonómica en materia de régimen estatutario, y aquí la Comunidad Autónoma se encuentra sometida a las bases que dicte el Estado sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos de todas las Administraciones, pero no resulta vinculada a las bases estatales específicas para la función pública local, que únicamente condicionarán la competencia autonómica para el desarrollo legislativo en materia de función pública local.

Descartada la lesión de las competencias que el art. 149.1.18 CE otorga al Estado, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera que los preceptos ya conocidos de la Ley 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad, podrían vulnerar el título competencial recogido en el art. 149.1.1 CE, que reserva al Estado “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. En este sentido, conviene recordar, como hace el Tribunal Constitucional, que el art. 149.1.1 CE habilita al Estado para que, mediante la determinación de una serie de condiciones básicas uniformes, condicione el ejercicio de las competencias autonómicas con el fin de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales (STC 173/1998).

Por su parte, el principio de igualdad, estrechamente relacionado con la competencia estatal que se acaba de mencionar, y cuya vulneración parece querer ser expresada por la Sala proponente de la cuestión de inconstitucionalidad, no se traduce en la necesidad de que todas las Comunidades Autónomas posean las mismas competencias ni que hayan de ejercerlas de igual manera para alcanzar idénticos resultados, pues la autonomía supone la posibilidad de que cada región ejerza sus competencias del modo que estime más adecuado, siempre que resulte garantizada una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales en lo relativo al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales (SSTC 227/1988, 150/1990, 186/1993, 319/1993, 173/1998).

En aplicación de la doctrina expuesta, es evidente que el Derecho administrativo sancionador de las Comunidades Autónomas habrá de atenerse a lo dispuesto por el art. 149.1.1 CE, de modo que no podrá introducir tipos ni sanciones que difieran, sin fundamento razonable, de los establecidos en la normativa aplicable en todo el Estado. Respetando estas condiciones, la regulación autonómica puede desarrollar los principios básicos del ordenamiento sancionador estatal y modular tipos y sanciones por razones de prudencia u oportunidad.

En el caso del Derecho disciplinario, con un ámbito de aplicación más reducido (el de los sujetos sometidos a una relación de sujeción especial), lógicamente ha de admitirse que las Comunidades Autónomas puedan establecer tipos distintos de los contemplados por las normas básicas, siempre que exista un fundamento razonable para ello y no contradigan la regulación estatal.

A la luz de la doctrina expuesta, ningún reproche de constitucionalidad puede hacerse al art. 93.n) de la Ley 17/1985, de función pública catalana, que considera falta muy grave “causar por negligencia o mala fe daños muy graves en el patrimonio y bienes de la Generalidad”. Si bien la falta regulada por la normativa catalana no aparece contemplada por el art. 31.1 LMRFP, que tiene carácter básico, no se aprecia incompatibilidad ni contradicción alguna entre el precepto legal autonómico y la norma básica estatal. El art. 31.1 LMRFP no impide el desarrollo ni la tipificación por las Comunidades Autónomas de otras faltas muy graves, y la conducta descrita en el art. 93.n) de la Ley catalana no introduce diferencias en las posiciones jurídicas fundamentales de los ciudadanos.

Idéntica suerte desestimatoria siguen el resto de las cuestiones de inconstitucionalidad formuladas en relación con los arts. 74.4, 97.1.d) y 99 de la Ley 17/1985, de función pública de la Administración de la Generalidad. El primer precepto citado prevé como posible medida cautelar a adoptar en un expediente disciplinario, que el funcionario pueda ser trasladado a un puesto de trabajo distinto en la misma localidad y, a juicio de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, podría ser contrario a los arts. 47, 48 y 49 LFCE y 150.2 LRL, que no regulan esa concreta medida cautelar. El art. 97.1.d) tipifica como sanción aplicable a las faltas graves la pérdida de uno a tres grados personales, que tampoco aparece prevista por los arts. 91 LFCE y 148 LRL. Por último, el art. 99 establece un plazo de prescripción de las faltas leves y de las sanciones aplicables a éstas distinto al determinado por los arts. 87.2 LFCE y 146.2 LRL.

La conclusión no podía ser sino desestimatoria. De un lado, porque ya ha sido señalado que los preceptos invocados por la Sala no son básicos. De otro lado, porque el art. 149.1.1 CE lejos de prohibir al legislador autonómico establecer una norma divergente de la legislación estatal, establece una exigencia de igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales que es respetada por los preceptos de la Ley catalana.

Clases de empleados públicos

BELÉN MARINA JALVO

Universidad de Alcalá

Sumario:

I. Personal eventual. Se caracteriza por ejercer funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento oficial. II. Profesores de religión católica. Categoría asimilada al personal interino. III. Ayudantes, becarios y otros colectivos de personal. No forman parte de los Cuerpos docentes universitarios.

I. PERSONAL EVENTUAL. SE CARACTERIZA POR EJERCER FUNCIONES EXPRESAMENTE CALIFICADAS DE CONFIANZA O ASESORAMIENTO OFICIAL

Según el art. 89 de la Ley de Bases del Régimen Local, en relación con el art. 20.2 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, el personal eventual se caracteriza tanto por ejercer funciones de asesoramiento oficial como por la especial confianza que ofrece a quien los nombra. Por esta razón, su nombramiento y cese libre corresponde al Alcalde o Presidente de la Entidad local, y procederá automáticamente el cese de este tipo de personal siempre se produzca el cese o expire el mandato de la Autoridad a la que presten confianza o asesoramiento.

En cualquier caso, los puestos de trabajo a desempeñar por personal eventual deben estar incluidos en la plantilla y, por otro lado, también las retribuciones correspondientes deben figurar en la partida correspondiente del Presupuesto.

De conformidad con todo lo expuesto, la STSJ de Extremadura de 2 de marzo de 1999 (recurso 29/1996), Ar. 677, estima el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Puebla de la Calzada, de 14 de agosto de 1995, por el que se nombró a P.S.C. para ocupar el puesto de Encargado de Obras, reservado a personal eventual de libre designación por la Alcaldía, dada la falta de observancia de los dos últimos requisitos mencionados y, además, por entender que:

“(...) la designación del Encargado de Obras a que se refiere este recurso, al que se le asignan las atribuciones de encargado del personal laboral del Ayuntamiento, de las obras que se realicen por administración y supervisión de las que se adjudiquen mediante concurso o subasta y la de Encargado General de los Servicios Municipales de abastecimiento de agua, saneamiento, basura, vía pública, parques y jardines, matadero y aquellos que le sean encomendados directamente por la Alcaldía, no se ajusta al concepto técnico de personal eventual (...)”.

Por su parte, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 12 de noviembre de 2001, Ar. 440, resalta las diferencias entre los rasgos específicos del personal eventual de la Administración y los funcionarios nombrados por el sistema de libre designación. El personal eventual se caracteriza por desarrollar funciones de confianza o especial asesoramiento, su nombramiento es libre, sin estar siquiera sujeto a un procedimiento de selección, y su cese es igualmente discrecional. Por el contrario, las funciones ejercidas por los funcionarios nombrados por el sistema de libre designación no son de confianza o especial asesoramiento, sino que la confianza en su idoneidad para el puesto es propiamente la circunstancia determinante del nombramiento.

II. PROFESORES DE RELIGIÓN CATÓLICA. CATEGORÍA ASIMILADA AL PERSONAL INTERINO

La Ley 50/1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, añadió un nuevo párrafo a la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, en cuya virtud los profesores que, no perteneciendo a los Cuerpos de funcionarios docentes, impartan enseñanzas religiosas en los centros públicos en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la citada ley, lo harán en régimen de contratación laboral temporal.

Con anterioridad a esta normativa, para la garantía del derecho a la enseñanza religiosa, la LOGSE remitía a los Acuerdos celebrados entre el Estado español y la Santa Sede. Pues bien, de conformidad con la Orden Ministerial de 16 de julio de 1980, sobre enseñanza de la Religión y Moral Católica en los Centros docentes de Educación Preescolar y de Educación General Básica (dictada en aplicación del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales), en caso de no existir un número suficiente de profesores preparados y dispuestos a asumir la enseñanza religiosa en los Centros públicos, a propuesta de la autoridad eclesiástica competente, el Delegado Provincial del MEC nombrará a las personas idóneas, disponiendo expresamente que el MEC no contrae relación alguna de servicios con las mismas.

Por otro lado, respecto de los profesores que no tengan la consideración de personal docente de la Administración (es el caso de los profesores de enseñanza religiosa con nombramiento administrativo a propuesta de la autoridad eclesiástica competente), el Convenio de 20 de mayo de 1993 prevé su inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

Teniendo en cuenta las disposiciones mencionadas, así como la obligatoriedad para los Centros de impartir la religión católica como materia ordinaria en los Planes de Estudio, la STSJ de Murcia de 23 de enero de 2002, Ar. 311, asimila el vínculo existente entre los profesores de religión que no forman parte de los cuerpos docentes y la Administración en la que prestan servicio al propio de los funcionarios interinos. Aunque la especial situación de los citados profesores de religión no encaja estrictamente en ninguna de las categorías de empleados públicos, la Sala llega a esta conclusión atendiendo, desde un punto de vista material de las funciones desarrolladas, a la similitud existente entre estos profesores y los funcionarios interinos (art. 5.2 LFCE).

III. AYUDANTES, BECARIOS Y OTROS COLECTIVOS DE PERSONAL. NO FORMAN PARTE DE LOS CUERPOS DOCENTES UNIVERSITARIOS

La STS de 5 de mayo de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 10097, declara nulos los artículos de los Estatutos de la Universidad de Sevilla que reconocen la cualidad de Profesores a los Ayudantes, a partir de su segundo contrato, a los Becarios de los planes de inserción de personal investigador y otros becarios posdoctorales de similar categoría siempre que estén adscritos a un Departamento de forma estable, y a los miembros del Cuerpo a extinguir de Maestros de Taller o Laboratorios y Capataces de Escuelas Técnicas.

La sentencia comentada recuerda que el art. 33 de la LRU determina taxativamente los Cuerpos de los funcionarios docentes que constituyen el profesorado universitario, incluyendo a Asociados y Visitantes. El carácter exclusivo y excluyente de la mención realizada por el art. 33 LRU también se pone de manifiesto en la normativa de desarrollo de dicha norma (RD 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario; RD 989/1986, de 23 de mayo, sobre retribuciones, y RD 1086, de 28 de agosto) que da un tratamiento distinto a los profesores y al resto de categorías del personal. Si en alguna ocasión se designa como profesores a los colectivos señalados, lo es sin ánimo de asimilación de su status. Por tanto, no es posible que los Estatutos de una Universidad atribuyan naturaleza de profesores a otros colectivos cuya actividad, pese a desarrollar incidentalmente funciones docentes, se orienta a completar su formación científica e investigadora —Ayudantes y Becarios—, o constituyen Cuerpos a extinguir (Maestros de Taller y asimilados).

Instrumentos de gestión de los recursos humanos

BELÉN MARINA JALVO

Universidad de Alcalá

Sumario:

I. Plantilla. Necesidad de inclusión previa en la plantilla para la contratación temporal.

II. Relación de puestos de trabajo. A) La verdadera naturaleza de las relaciones de puestos de trabajo es la de los actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, excluyendo en todo caso que sean auténticos reglamentos. B) Contenido obligatorio de las relaciones de puestos de trabajo. C) Límites en la configuración de los puestos de trabajo. Puestos y funciones reservados a funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional. Impugnación del RD 1174/1987. D) Reestructuración funcional mediante relación de puestos de trabajo. Potestad autoorganizativa de la Administración. Límites. E) La incorporación del requisito de una determinada titulación para acceder a un puesto constituye una modificación de la relación de puestos de trabajo y no una simple corrección de errores. F) Requisitos de publicidad en caso de modificación por creación de un puesto de trabajo. **III. Oferta de empleo público.**

A) Límites establecidos por la Ley de Presupuestos del Estado para convocatoria de plazas de nuevo ingreso. B) Debe ceñirse a las plazas que no han podido ser cubiertas con los efectivos de personal existente. C) Promoción interna. Necesidad de inclusión en la Oferta de Empleo Público de las plazas a cubrir por este sistema.

I. PLANTILLA. NECESIDAD DE INCLUSIÓN PREVIA EN LA PLANTILLA PARA LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

El art. 90.1 de la Ley 7/1985, LRBRL, establece que corresponde a cada Corporación aprobar anualmente, a través del Presupuesto, la plantilla, que deberá comprender todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios, personal laboral y eventual. La

Corporación recurrente había interpretado que no era obligatoria la inclusión de los puestos laborales de carácter temporal, dado que el precepto no lo dice expresamente. Sin embargo, en la **Sentencia de 12 de diciembre de 1997**, Sección Séptima, Sala Tercera, Ar. 9587, el TS ha estimado que:

“El precepto invocado exige que la plantilla incluya todos los puestos de trabajo, correspondan a funcionarios o a personal laboral, e incluso cita al personal eventual que, de cualquier forma que se entienda su concepto, alude a un personal de carácter temporal. No existe por tanto excepción a la inclusión en la plantilla de los puestos de trabajo de carácter laboral temporal que hayan de cubrirse por la Corporación Local.”

Ahora bien, la Corporación podrá proceder a la celebración de un contrato laboral temporal ante una situación de emergencia aun cuando el puesto no aparezca previsto en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo. Pero para ello se requiere, a juicio de la Sala, el cumplimiento de los siguientes requisitos: “que se trate de realizar tareas de carácter no permanente; 2) que se proceda a celebrar contratos de duración determinada; 3) que el gasto se realice con cargo a créditos correspondientes al personal laboral eventual o al capítulo de inversiones (...) lo que significa que la Administración no puede contratar personal laboral de carácter temporal para realizar trabajos que tienen naturaleza permanente dentro de la organización administrativa, no trasladándose la temporalidad del contrato a la temporalidad del trabajo para el que el contrato se verifica”.

II. RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

A) La verdadera naturaleza de las relaciones de puestos de trabajo es la de los actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, excluyendo en todo caso que sean auténticos reglamentos

En la STS de 26 de mayo de 1998, Sección Séptima, Sala Tercera, Ar. 5451, se ha pronunciado el Tribunal sobre cómo ha de ser interpretado el requisito de la publicidad de las relaciones de puestos de trabajo al que hace referencia el art. 15 de la Ley de Medidas 30/1984, toda vez que dicho precepto establece únicamente que “las relaciones de puestos de trabajo serán públicas”, pero no especifica la forma que debe adoptar esa publicidad. El TS ha establecido en sus Sentencias de 3 de marzo de 1995, Ar. 2305, y 28 de mayo de 1996, Ar. 4653, la vocación normativa de las relaciones de puestos de trabajo y les ha otorgado el tratamiento propio de las disposiciones generales a efectos estrictamente procesales y para justificar que, a pesar de merecer la calificación de cuestiones de personal, las sentencias que recaigan sobre las mismas puedan ser apelables. Pero no por ello ha desconocido que “materialmente su verdadera sustancia jurídico-administrativa es la de los actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, de donde viene aquella vocación normativa, pero excluyendo en todo caso que sean auténticos reglamentos”.

Atendiendo, pues, a esta doctrina, no se exige que cualquier modificación de las relaciones de puestos de trabajo tenga que ser publicada en el Boletín, pues lo único que se exige es que sean públicas, en el sentido de que puedan ser conocidas por quien lo desee.

Las SSTs de 12, 13, 20 y 21 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Primera, Ar. 582, 583, 586, 587 y 588, aunque se ocupan fundamentalmente de dilucidar el órgano judicial competente para conocer de los recursos dirigidos contra las relaciones de puestos de trabajo de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, aprovechan para reiterar la doctrina de la Sala relativa a la naturaleza de éstas. Conforme a dicha doctrina, las relaciones de puestos de trabajo, aunque encuadrables en materia de personal, participan de la naturaleza propia de las disposiciones de carácter general.

B) Contenido obligatorio de las relaciones de puestos de trabajo

El art. 15 LMRFP no impone una descripción exhaustiva del contenido, de los aspectos y de las características de todos los puestos contemplados por las relaciones de puestos de trabajo. Es suficiente con que la relación consigne las características esenciales de los puestos de trabajo. Fuera de éstas, es posible que algunas de las características de los puestos de trabajo no sean mencionadas en la relación. Esta circunstancia no permite sin más tildar de injustificadamente discriminatoria la previsión de niveles de complemento de destino y de importes del complemento específico distintos para puestos de trabajo con igual denominación, pues tales diferencias pueden estar basadas en la concurrencia de elementos o aspectos singulares de cada puesto de trabajo —tales como la atribución de misiones específicas con diferente grado de complejidad o incluso el desempeño de misiones coincidentes ejercidas en distintos niveles jerárquicos— que no han sido especificados en la relación de puestos de trabajo, pero que determinan la falta de identidad entre las responsabilidades propias de puestos de trabajo con el mismo contenido funcional.

Así lo ha declarado la STS de 26 de febrero de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 4188, casando en interés de ley la sentencia de instancia que juzgó de contraria al principio constitucional de igualdad la previsión por una relación de puestos de trabajo de diversos niveles de complemento de destino y distintos complementos específicos para puestos de trabajo con la misma denominación (“Auxiliar de Gestión”), sin mencionar las funciones específicas y las responsabilidades concretas que justifican las diferencias apuntadas. Esto no significa que las relaciones de puestos de trabajo, en tanto que instrumentos expresivos de la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de su potestad organizativa, puedan operar de manera discriminatoria o arbitraria en la determinación de los complementos retributivos de los funcionarios, pues, siempre que exista plena coincidencia entre las características de varios puestos de trabajo deben asignarse a los mismos idénticas retribuciones. Lo que ocurre, como ha advertido el Tribunal Constitucional (Sentencias de 18 de octubre de 1993 y 29 de octubre de 1996), es que la asignación de funciones iguales a ciertos puestos de trabajo o la vinculación de éstos a un mismo Grupo de titulación no son criterios absolutos para determinar la igualdad de retribuciones. El legislador o la Administración pueden tomar en consideración otros cri-

terios de organización (no necesariamente objetivos ni generales, pues existe un amplio margen de discrecionalidad) para establecer la identidad de circunstancias que conlleva la asignación de conceptos retributivos coincidentes (STSJ de Asturias de 29 de octubre de 2001, Ar. 1439).

C) Límites en la configuración de los puestos de trabajo. Puestos y funciones reservados a funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional. Impugnación del RD 1174/1987

La STS de 27 de noviembre de 1997, Sección Séptima, Sala Tercera, Ar. 8669, resuelve el recurso interpuesto contra determinados artículos (Disposición Transitoria Primera, 7.2, 13.2, 17.2, 18.3 y 4, 42.2, 34 y 23) del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, sobre Régimen Jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Dado que dicha norma ha sido con anterioridad objeto de varios recursos, tanto de impugnación directa como indirecta, resueltos por esta misma Sala, por exigencias de unidad de doctrina, en los puntos de coincidencia (todos, excepto los arts. 7.2 y 23 del RD 1174/1987), la Sentencia indicada se remite a la doctrina proclamada en la Sentencia de 4 de diciembre de 1990, Ar. 10.124.

En cuanto a la impugnación del artículo 7.2 del RD 1174/1987, en cuya virtud “la denominación y características esenciales de los puestos de trabajo a que se refiere el art. 16 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, quedarán reflejadas en la relación de los de cada Entidad, confeccionada con arreglo a la normativa básica indicada por la Administración del Estado”, sostienen los recurrentes que este precepto se aparta del criterio establecido por el art. 16 de la Ley 30/1984 y que concede amplísimas facultades a las entidades locales para configurar los puestos de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, por lo que la denominación y características esenciales pueden ser totalmente distintas en cada una de las Administraciones Locales.

Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que:

“La lectura del precepto no acredita esa interpretación, pues la exigencia de que en las relaciones de puestos de trabajo de cada entidad deban quedar reflejadas ‘la denominación y características esenciales de los puestos de trabajo a que se refiere el artículo 16 de la Ley 30/1984’, no incluye ningún elemento en función del cual pueda entenderse que tal exigencia constituye de por sí una autorización para la libre configuración y denominación de unos puestos, cual los de los funcionarios de habilitación de carácter nacional, que el propio Real Decreto denomina y configura. La exigencia aludida, entendida en el marco de su referencia al artículo 16 de la Ley 30/1984, en su relación con los puestos cuestionados, no puede entenderse sino como exigencia de que esos puestos con la denominación y características que define el propio Real Decreto figuren en la relación de los de la Entidad.”

D) Reestructuración funcional mediante relación de puestos de trabajo. Potestad autoorganizativa de la Administración. Límites

La STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2000, Ar. 258, resuelve el recurso planteado contra la convocatoria de provisión por libre designación del puesto de Responsable de la Residencia Asistida de la Tercera Edad de Ciudad Real y el posterior nombramiento en comisión de servicios para el mismo de F.R.D.

La actora venía ocupando el puesto de Directora Gerente de dicha Residencia, dependiente del Inerso en el momento de producirse la transferencia de competencias, medios personales y materiales a la Junta de Castilla-La Mancha. Con motivo de la transferencia, el Decreto 184/1995 modificó la relación de puestos de trabajo del personal funcionario de la Junta de Castilla-La Mancha, creando una plaza de Responsable de la Residencia, manteniendo la plaza existente de Administrador y convirtiendo la plaza ocupada por la actora en una plaza de Gerente a amortizar. Tras la convocatoria y provisión por libre designación de la primera de las plazas mencionadas, la actora resultó privada de un puesto de trabajo que ganó por concurso.

Para resolver el recurso formulado, el TSJ de Castilla-La Mancha aplica la reiterada doctrina sobre la potestad autoorganizativa de la Administración —que resume la STS de 13 de abril de 1999—, y en particular, sobre las reorganizaciones funcionariales realizadas mediante las relaciones de puestos de trabajo que, además de respetar los derechos adquiridos de los funcionarios, han de llevarse a cabo de forma justificada y razonable, pues, en caso contrario, se estaría en presencia de un supuesto de arbitrariedad e, incluso, de desviación de poder.

En la búsqueda del motivo que habría justificado el aumento de puestos directivos de la Residencia de la Tercera Edad, el TSJ de Castilla-La Mancha advierte que la reestructuración realizada por la relación de puestos de trabajo no respondía a la necesidad de crear nuevos órganos superiores encargados de supervisar las funciones de nuevas unidades administrativas, que no se crearon. Tampoco pretendía dar una respuesta a la situación planteada por la eventual adscripción del contingente de personal transferido y la consiguiente necesidad de coordinación con el personal propio de la Administración receptora de la transferencia.

Por otro lado, no entiende el Tribunal cómo, si se considera necesario crear un nuevo puesto y distribuir las funciones de dirección y gestión con el anterior, un año y medio después de la reestructuración, aparentemente basada en una redistribución de funciones, no se sepa cuáles son las funciones concretas a redistribuir. Igualmente sorprende al Tribunal que la plaza de Gerente de nueva creación lo sea a amortizar cuando sea abandonada por quien la ocupa, de modo que la estructura directiva volvería a disponer de un solo puesto. Suponiendo que la Administración hubiese pretendido con dicha reestructuración convertir el nuevo puesto directivo de Responsable en un puesto de libre designación, a diferencia del antiguo puesto de Director, provisto por concurso, debería haberlo hecho:

“(…) De forma directa y respetando los derechos y procedimientos legalmente establecidos y no a través de vías indirectas que, aparentemente fundadas en necesidades de reorganización, sólo encubren una clara desviación de poder, pues suponen la utilización de facultades de organización legítimas, pero que están huecas y vacías en cuanto a la justificación de su uso, todo ello para conseguir un fin distinto del de una reorganización legítima y necesaria del servicio, que no es otro que el de conseguir la posibilidad de nombrar por libre designación al titular del puesto sin esperar a que quien lo ocupa por concurso agote su derecho legal a permanecer en el puesto”.

La Sentencia comentada estima el recurso y anula el Decreto autonómico 184/1995, por el que se modificaron las relaciones de puestos de trabajo del personal funcionario de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en el punto en el que crea la plaza de Responsable de la Residencia de la Tercera Edad de Ciudad Real, y determina que el puesto de Director Gerente con el que fue transferida la actora se clasifica como de Gerente a amortizar.

E) La incorporación del requisito de una determinada titulación para acceder a un puesto constituye una modificación de la relación de puestos de trabajo y no una simple corrección de errores

La Orden de 30 de mayo de 1997 de la Consejería de Presidencia de la Región de Murcia aprobó la Relación de Puestos de Trabajo de dicha Administración. Dicha Relación contemplaba un puesto de Técnico Especializado en Telecomunicaciones, Grupo B, a proveer por concurso de méritos, perteneciente a la Dirección General de Transportes y Comunicaciones (Consejería de Política Territorial y Obras Públicas). La Orden mencionada fue corregida por otra Orden de 25 de septiembre de 1997, que modificó el puesto señalado añadiendo la exigencia de titulación de Ingeniero Técnico en Telecomunicaciones.

Esta modificación fue impugnada por entender el actor que, lejos de tratarse de una mera corrección de errores, constituía una modificación del puesto y de la Relación de Puestos de Trabajo, ya que la titulación requerida para esa plaza no debe ser la específica de Ingeniero Técnico en Telecomunicaciones sino la genérica de Diplomado Universitario, Arquitecto Técnico, FP3 o equivalente.

La STSJ de Murcia de 7 de junio de 2000, Ar. 1575, comienza recordando la consolidada jurisprudencia relativa a la elaboración y la modificación de las relaciones de puestos de trabajo como un instrumento de política de personal en manos de la Administración, que deben ser realizadas de acuerdo con las normas de Derecho administrativo determinantes de su confección, aprobación y publicidad. Partiendo de esta base, la STSJ de Murcia estima el recurso por considerar que, en este caso, no se trata de una simple corrección de errores, sino de una verdadera modificación del puesto de trabajo y de la Orden que aprobó la Relación de Puestos, sin que se haya observado el procedimiento establecido para la tramitación de las propuestas de actualización y modificación de las Relaciones de Puestos de Trabajo.

F) Requisitos de publicidad en caso de modificación por creación de un puesto de trabajo

Estimando en parte el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Cataluña que anuló las resoluciones por las que se acordó la creación de una segunda plaza de Jefe de Servicio de Medicina Interna y la convocatoria de la misma para su provisión mediante concurso, la STS de 8 de enero de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2047, declara, en primer lugar, la aplicabilidad de los arts. 14.4, 16 y 18 de la LMRFP al procedimiento de creación de nuevas plazas del Personal Médico de la Seguridad Social.

Sentado lo anterior, la STS de 8 de enero de 2002, se pronuncia sobre el requisito de publicidad en el momento de creación de la plaza de Jefe de Servicio de Medicina Interna, cuya ausencia motivó el fallo estimatorio de la Sentencia de instancia. Según el TS, el art. 14.4 LMRFP no exige como presupuesto inexcusable de la válida creación de una plaza su inclusión en la oferta pública de empleo, aunque el requisito de publicidad sí sea relevante a efectos de la posterior provisión de la plaza en cuestión. Por el contrario, el precepto mencionado sí condiciona la validez de la creación, convocatoria y asignación de una plaza a la previa consignación presupuestaria de la misma.

Satisfechos los requisitos legales y presupuestarios para la creación de una plaza, los defectos de la convocatoria no tienen que afectar necesariamente a la existencia misma de la plaza convocada. A mayor abundancia, puesto que la consideración de las relaciones de puestos de trabajo como disposiciones generales no excluye su verdadera sustancia jurídica de actos plúrimos e impide su calificación como auténticos reglamentos, no resulta legalmente exigible que cualquier modificación de dichas relaciones deba ser publicada en el Boletín, sino que basta con que pueda ser conocida por cualquiera que lo desee, y así ocurrió en el caso estudiado, dándose al recurrente la oportunidad de conocer la existencia de dicha modificación.

III. OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO

A) Límites establecidos por la Ley de Presupuestos del Estado para convocatoria de plazas de nuevo ingreso

La Administración General del Estado impugnó el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Daimiel que aprobó la oferta de empleo público para 1997, por entender que al incluir dos plazas de nueva creación (guardia y oficial de limpieza) vulneró el art. 17.4 de la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997. Este precepto dispone que “durante 1997, las convocatorias de plazas para ingreso de nuevo personal se concentrarán en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren absolutamente prioritarios. En todo caso, el número de plazas de nuevo ingreso deberá ser inferior al 25 por ciento que resulte por aplicación de la tasa de reposición de efectivos”. En opinión de la Administración estatal, si este artículo limita la convocatoria de plazas vacantes al 25 por ciento, es claro que excluye la posibilidad de convocar plazas de nueva creación.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de noviembre de 1999, Ar. 3804, desestima el recurso:

“(…), lo cierto es que la expresión ‘plazas de nuevo de ingreso’ tanto sirve para incluir plazas que ya existieran y hayan quedado vacantes, como otras que sean de nueva creación y no hayan sido cubiertas todavía en ninguna ocasión. Siendo ello así, lo que la norma establece es que la oferta de cobertura de dichas plazas (considerando ambas clases) no podrá sobrepasar el 25 por ciento que resulte por aplicación de la tasa de reposición de efectivos; lo que desde luego no permite entender que esté prohibido el ofrecer plazas de nueva creación ni que su oferta sea, por tanto, automáticamente nula.

Si en el caso de autos el total de plazas convocadas supera o no ese 25 por ciento que resulte por aplicación de la tasa de reposición, es algo que no ha sido discutido, alegado ni probado, y que, de concurrir, provocaría, en su caso, la necesidad de anular la convocatoria de todas las plazas (al no poder determinarse cuáles fueran concretamente las que provocasen el exceso), cosa que tampoco ha sido solicitada”.

B) Debe ceñirse a las plazas que no han podido ser cubiertas con los efectivos de personal existente

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de mayo de 2000, Ar. 1598, estima el recurso interpuesto contra la Orden que aprobó e hizo pública la relación definitiva de aprobados en las pruebas de acceso al Cuerpo de auxiliares facultativos de la Administración de Castilla y León, ofertando al mismo tiempo las vacantes correspondientes.

En virtud del Decreto Legislativo Autonómico 1/1990, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Administración de Castilla y León, la sentencia citada señala que sólo pueden formar parte de la oferta de empleo público las plazas que no hubiesen sido cubiertas por los procedimientos de provisión convocados y resueltos con anterioridad. En consecuencia, los funcionarios de nuevo ingreso no pueden acceder a plazas que no han sido ofertadas previamente a funcionarios del mismo cuerpo y escala, y que ya formaban parte de la función pública autonómica.

C) Promoción interna. Necesidad de inclusión en la Oferta de Empleo Público de las plazas a cubrir por este sistema

La STS de 29 de febrero de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 3167, estima el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado, anulando la Sentencia de instancia en la parte que confirmó el art. 24 del Convenio Colectivo del Personal Laboral y del Acuerdo con el Personal Funcionario. En virtud de dichos preceptos, en caso de vacante en la plantilla del personal laboral o funcionario, el Ayuntamiento podrá incluir la plaza en la Oferta de Empleo del año siguiente o convocar pruebas selectivas en régimen de promoción interna para cubrirla en el plazo más breve. A tal efecto, los preceptos mencionados señalan que se acudirá preferentemente al concurso de méritos como sistema de acceso, sin perjuicio de la posibilidad de optar por el sistema de oposición o concurso-oposición.

Los citados preceptos vulneran, por un lado, el art. 18 de la LMRFP, que dispone la inclusión de las plazas vacantes en la Oferta de Empleo Público de aquellas plazas dotadas presupuestariamente que, encontrándose vacantes sin posibilidad de ser cubiertas con el personal disponible, vayan a ser objeto de convocatoria de pruebas selectivas. Todo ello, sin hacer ninguna salvedad en cuanto a las plazas reservadas al sistema de promoción interna. Por otro lado, resulta vulnerado también el art. 2 del RD 896/1991, que lejos de otorgar libertad ilimitada para optar entre los distintos sistemas de acceso a la función pública local, dispone la necesidad de acudir, con carácter general, al sistema de oposición. Lejos de ello, los preceptos en cuestión convierten la excepción en regla general, sin subordinar el recurso a los sistemas de concurso-oposición o concurso de méritos a la mayor idoneidad de éstos en relación con la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar, tal como establece el art. 2 del RD 896/1991.

Acceso al empleo público

BELÉN MARINA JALVO

Universidad de Alcalá

Sumario:

I. Requisitos para el acceso. A) Los familiares de españoles tienen derecho a acceder a los empleos públicos en las mismas condiciones que éstos y el resto de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, con independencia de su nacionalidad.

B) Acceso restringido. a) Sólo cabe convocar pruebas de acceso restringido en presencia de determinadas circunstancias excepcionales que únicamente pueden ser apreciadas en una ocasión. b) Pruebas selectivas para el ingreso por el sistema de plazas afectadas por el artículo 15 de la Ley de Medidas. Cobertura en normas dictadas con la finalidad de otorgar estabilidad en el empleo al personal contratado.

II. Igualdad, mérito y capacidad en la selección de todo el personal. A) El acceso debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre, con garantía de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Incorporación a la plantilla y relación de puestos de trabajo de un Ayuntamiento del personal de los Patronatos de Escuelas Infantiles y de Deportes. B) Las normas que rigen la selección del personal para empleos públicos deben ser observadas con independencia del régimen funcional o laboral que después resulte aplicable. C) Personal laboral de carácter temporal. Principios de igualdad, mérito y capacidad. D) Contratación de personal laboral de alta dirección. El principio de igualdad debe desplegar su eficacia en el proceso administrativo de selección que precede a la formalización del contrato, no en dicho contrato. E) Efectos de las irregularidades en la contratación laboral temporal en la Administración. La contratación laboral en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los

demandantes a trabajadores fijos de plantilla. **III. Procedimiento de selección.**

A) Convocatoria. Régimen específico del personal de las Cortes Generales. Falta de previsión de reserva de un porcentaje para el acceso de minusválidos. B) Celebración de las pruebas de acceso. a) Orden de intervención. Orden de intervención en las pruebas de especialización para cubrir plazas de magistrado especialista en el orden contencioso-administrativo. Configuración legal del derecho de igualdad. b) Contenido de las pruebas. Aspirante nombrada que repite en un espacio no dilatado en el tiempo dos ejercicios sustancialmente coincidentes. Vulneración del derecho de igualdad en el acceso a la función pública. C) Valoración del mérito y la capacidad. a) Distinción entre requisito y mérito para el acceso. a') Distinción entre requisito básico y mérito en la convocatoria. b') La experiencia docente es configurada como un mérito por la ley, por lo que no debe ser considerada como un requisito para el acceso a los Cuerpos docentes universitarios. Vulneración del derecho de igualdad en el acceso a la función pública. c') El conocimiento de lenguas cooficiales distintas del castellano no puede ser considerado como requisito obligatorio para el acceso a los puestos que carecen de perfil lingüístico. d') Determinación de requisitos de aptitud física, altura mínima y edad mínima y máxima. b) Exigencia de requisitos no derivados de los principios de mérito y capacidad. a') Vulnera el principio de igualdad en el acceso. b') Puede vulnerar los derechos al honor y a la intimidad personal y la libertad ideológica. c) Valoración de la experiencia previa. a') Pruebas de acceso restringidas y pruebas en las que, pese a primar claramente al personal interino, no se excluye la participación de otros aspirantes. Carácter excepcional. b') Desproporción en la valoración de los méritos por servicios prestados como interinos. c') Bolsa de trabajo. No cabe excluir el mérito de experiencia profesional en otro país comunitario. Personal médico. d) Criterios de valoración. a') Respeto a los criterios establecidos en la convocatoria. La valoración de pruebas debe respetar los criterios establecidos en las bases de las convocatorias e indicados a los concursantes. Personal laboral. b') Momento de fijación de criterios de calificación. Fijación por el Tribunal calificador de los criterios de puntuación tras la realización de las pruebas de acceso. c') Falta de calificación numérica. Cuerpos Docentes Universitarios. Catedráticos de Universidad. Cuantificación de la valoración de las pruebas. Acreditación de la condición de Director de Proyecto de Investigación. e) Diferencias injustificadas en la valoración de méritos. f) Motivación. Cuando no viene exigida por las bases de la convoca-

ria de las pruebas de acceso, la falta de motivación de la calificación otorgada a los ejercicios selectivos no constituye irregularidad alguna de la actuación del Tribunal calificador.

IV. Órganos de selección. A) Composición. a) Número y especialización de sus miembros.

Personal laboral. b) Competencias para la propuesta y nombramiento de los representantes sindicales de personal laboral y funcionario. Bolsa de empleo para la selección de

funcionarios interinos y personal laboral temporal. B) Discrecionalidad técnica de los

órganos de selección. El juicio técnico de los órganos de selección no puede ser revisado

únicamente en función de criterios cuantitativos. **V. Aspirantes no seleccionados en con-**

vocatorias anteriores. Procedimiento de urgencia. La relación de aspirantes no seleccio-

nados en convocatorias anteriores no tiene la consideración de lista de espera para

sucesivas convocatorias. Selección del personal interino y laboral temporal.

I. REQUISITOS PARA EL ACCESO

A) Los familiares de españoles tienen derecho a acceder a los empleos públicos en las mismas condiciones que éstos y el resto de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, con independencia de su nacionalidad

La STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de abril de 2000, Ar. 1194, anula la resolución que declaró la exclusión de la actora de la lista de aspirantes a funcionarios interinos de la Escala Técnica de Sanitarios Locales, por ostentar la misma nacionalidad iraní. La sentencia señalada declara el derecho de la actora a ser incluida en la lista de la Bolsa de Trabajo, ya que siendo cónyuge de español, es de aplicación lo dispuesto el RD 766/1992 y el art. 1 de la Ley 17/1993 en la redacción dada por la Ley 55/1999, que extiende el derecho de acceso a los empleos públicos en igualdad de condiciones que los españoles, además de a los nacionales del resto de los Estados miembros de la Unión Europea, a los cónyuges de españoles y de los citados nacionales, así como a sus descendientes y a los del cónyuge.

B) Acceso restringido

a) Sólo cabe convocar pruebas de acceso restringido en presencia de determinadas circunstancias excepcionales que únicamente pueden ser apreciadas en una ocasión

La realización de pruebas restringidas para el acceso a la función pública se considera un procedimiento proscrito para el Tribunal Constitucional con carácter general, si bien admite matizaciones en casos excepcionales que permitan resolver, asimismo, situaciones excepcionales. La STC 27/1991 tuvo ocasión de pronunciarse sobre la materia que nos ocupa, “manteniendo conforme al art. 23.1 CE la realización de pruebas restringidas con ocasión de la creación de una nueva forma de organización es corregida por obra del

recurso de terceros, la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual, a resolver el recurso a la luz del art. 23.2 CE. Al no hacerlo, se produce un vicio autónomo y distinto que genera el derecho a la reparación. Y ello, porque una cosa es el hecho de aquietarse ante una eventual infracción de la legalidad, con las consecuencias que ello tenga de acuerdo con el ordenamiento, y otra muy distinta la producción ulterior de una nueva lesión, ésta de carácter o con relevancia constitucional. La solicitante de amparo consintió el erróneo criterio de valoración, pero no un vicio ulterior y distinto, cual es el seguido con ocasión de la resolución de ese error respecto a otros concursantes, y cuya reparación no puede ser impedida con el argumento de haber consentido una infracción distinta, anterior y de menor relevancia (...)

La Sentencia 23/1998, de 27 de enero, Sala Primera, (recurso de amparo 3984/1995) y la Sentencia 85/1998, de 20 de abril (recurso de amparo 2263/1996) se pronuncian en el mismo sentido que la Sentencia que se acaba de citar.

Matizando lo anterior, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia, el derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad impide el establecimiento de requisitos incompatibles con el art. 14 CE. Por tanto, el art. 23.2 impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisitos que no estén basados en criterios de mérito y capacidad. En otras palabras, se infringe el principio de igualdad cuando la diferencia de trato carece de una justificación objetiva y razonable a la luz de los principios de mérito y capacidad. Para que sean respetadas las exigencias de igualdad en el acceso a la función pública no basta con que el fin perseguido con la diferenciación sea lícito, es preciso, además, que las consecuencias derivadas de esa desigualdad sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin. Por último, en la determinación del mérito y la capacidad, tanto el legislador como en las convocatorias, debe realizarse en términos generales y abstractos.

Pues bien, en el supuesto contemplado por la **STC 48/1998, de 2 de marzo**, Sala Segunda (recurso de amparo 2712/1995) los criterios de acceso han sido configurados de forma negativa, excluyendo a sanitarios, investigadores y docentes para la provisión del puesto de Secretario general del Servicio Aragonés de Salud. La presente sentencia considera que la exclusión operada respecto de todo Docente ajeno a un Servicio resulta contraria a los criterios de mérito y capacidad previstos en aras del acceso a la función pública. El fundamento octavo lo razona de la siguiente manera:

“Por hipótesis el legislador formal y material podría reservar determinados puestos a uno o varios cuerpos o establecer ciertas preferencias, por entender que en ellos se dan las condiciones ideales para su desempeño. También sería pensable, en sentido contrario, que por necesidades atendibles, y con determinadas condiciones, se excluyera el acceso a un puesto a ciertos colectivos, como pudiera ser el caso de sanitarios (...) con la finalidad de que estos profesionales no abandonaran el ámbito que les es propio, o bien, por ejemplo, en aras de una mayor racionalidad u objetividad en el desempeño por otros profesionales de la tarea de que se trate. Lo que, sin embargo, tiene más difícil justificación y carece de base

racional a la luz del art. 23.2, esto es, en virtud del mérito y capacidad, es la exclusión a limine operada para la provisión del puesto frente a un Docente ajeno al Servicio Aragonés de Salud, en el que podrían concurrir las condiciones para su desempeño. La norma podría haber establecido, en términos positivos y con pleno respeto del art. 23.2 CE toda una suerte de requisitos (grupo, experiencia, formación, etc.) que garantizaran plenamente la función requerida. A excluir de entrada y por presunción la concurrencia del actor se ha lesionado su derecho garantizado por el art. 23.2 CE.”

La citada sentencia estima parcialmente las pretensiones del recurrente en amparo, haciendo extensiva la nulidad tanto a la exclusión que realiza la convocatoria respecto de los Docentes como a la misma relación de puestos de trabajo (FJ 9º).

b) Pruebas selectivas para el ingreso por el sistema de plazas afectadas por el artículo 15 de la Ley de Medidas. Cobertura en normas dictadas con la finalidad de otorgar estabilidad en el empleo al personal contratado

La STS de 20 de marzo de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2533, estima ajustada a Derecho y, en consecuencia, desestima el recurso interpuesto contra las Órdenes del Ministerio de Cultura que convocaron pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Facultativos de Archivos, Bibliotecas y Arqueólogos, en el Cuerpo de Ayudantes de Archivos, Bibliotecas y Museos y en el Cuerpo de Conservadores de Museos, por el sistema de plazas afectadas por el art. 15 de la LMRFP.

A juicio de los demandantes, las Órdenes de convocatoria vulneran los arts. 23 y 103 de la CE, Disposición Transitoria Decimoquinta de la LMRFP y art. 37 de la Ley 31/1990, de Presupuestos del Estado para 1991. Sin embargo, El Tribunal Supremo señala que las convocatorias en cuestión tuvieron fundamento legal en la Disposición Transitoria Decimoquinta de la LMRFP y en el art. 37 de la Ley 31/1990. El apartado primero de este último precepto contempla un turno especial (“Plazas afectadas por el art. 15 LMRFP) en el que podrá participar el personal mencionado por la Disposición Transitoria Decimoquinta de la LMRFP. Por tanto, se trata de un turno restringido, en consonancia con la finalidad de las convocatorias enjuiciadas, que es impedir el cese del personal laboral que ocupa los puestos de trabajo que se adscriben a personal funcionario. Así pues, para la garantía de la estabilidad en el empleo, las normas mencionadas se vieron obligadas a arbitrar un procedimiento “(...) que impidiera que la conversión voluntaria, con pruebas selectivas, de ese personal laboral en funcionario, originara una duplicidad de personas en el mismo puesto, lo que pudiera haber ocurrido si las pruebas se hubieran convocado en turno libre, pues entonces hubiera sido posible que accediera desde fuera de la Administración un nuevo funcionario para ocupar una plaza que ya tenía titular con el consiguiente exceso de los límites presupuestarios para una misma plaza”.

II. IGUALDAD, MÉRITO Y CAPACIDAD EN LA SELECCIÓN DE TODO EL PERSONAL

A) El acceso debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre, con garantía de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Incorporación a la plantilla y relación de puestos de trabajo de un Ayuntamiento del personal de los Patronatos de Escuelas Infantiles y de Deportes

La STS de 22 de enero de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1394, desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Almería contra Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Esta Sentencia de instancia estimó el recurso contra la Resolución del Pleno del Ayuntamiento de Almería de 28 de julio de 1989, que acordó aprobar la plantilla de personal, catálogo de puestos de trabajo, Anexos del personal de los Patronatos de Escuelas Infantiles y de Deportes, que fueron incorporados a la plantilla y catálogo del Ayuntamiento en los términos propuestos por la Comisión de Personal, y oferta de empleo público para el año 1989.

De ahí que el TS señale que:

“(...) el art. 91.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que la selección de todo el personal de las Corporaciones Locales, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, 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. La resolución del Pleno del Ayuntamiento de Almería de 28 de julio de 1989 incorpora a la plantilla de personal de la Corporación el personal de los Patronatos de Escuelas Infantiles y de Deportes, entidades con personalidad jurídica propia, sin cumplir los requisitos exigidos por el citado precepto de la Ley 7/1985, por lo que infringe dicho artículo (...). Además, y ello lo estimamos fundamental, el hecho de que el Ayuntamiento de Almería fuese el órgano que intervino en el proceso de selección del personal de los Patronatos de Escuelas Infantiles y de Deportes, que son, como hemos indicado, entidades con personalidad propia, no le autorizaba para incorporar dicho personal a la plantilla del Ayuntamiento, incorporación que exigía, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 91.2 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local”.

B) Las normas que rigen la selección del personal para empleos públicos deben ser observadas con independencia del régimen funcional o laboral que después resulte aplicable

La STS de 31 de octubre de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9012, desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del TSJ de Andalucía (Granada) que anuló el nombramiento de A.D. como personal laboral de plantilla con carácter fijo. El trabajador mencionado fue contratado en régimen laboral con carácter interino para sus-

tituir a otro trabajador. Cesado este último, continuó el vínculo laboral del sustituto, sin que el Ayuntamiento contratante convocase las pruebas oportunas para cubrir la plaza vacante, por lo que aquél adquirió la condición de trabajador indefinido según la legislación laboral. Para subsanar la situación irregular surgida tras el cese del trabajador al que sustituía, el “sustituto” recibió un nombramiento de personal laboral permanente, sin que el Ayuntamiento convocase con carácter previo las pruebas oportunas a tal efecto.

El recurso de casación enjuiciado por la STS de 31 de octubre de 2000 es interpuesto por el citado trabajador A.D. y por el Ayuntamiento que efectuó su nombramiento, pretendiendo que sea declarada la competencia del orden jurisdiccional social para conocer del asunto y, subsidiariamente, si la competencia perteneciese a la jurisdicción contencioso-administrativa, que se confirme el acuerdo municipal por el que A.D. fue nombrado trabajador fijo.

En atención a los hechos señalados, la STS de 31 de octubre de 2000, desestima los motivos de casación alegados por el Ayuntamiento y el trabajador que adquirió la condición de fijo, señalando que las normas que regulan la selección del personal para empleos públicos son de obligada observancia, con independencia del régimen funcional o laboral al que los empleados vayan a ser sometidos. Dichas normas no pueden ser derogadas o modificadas por la simple voluntad de los titulares de los órganos administrativos. En consecuencia, corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo examinar la validez de los actos administrativos por los que se nombra a una persona como trabajador o personal laboral de una Administración Pública. Cuestión distinta es la relativa a las consecuencias jurídicas derivadas del cese de un trabajador cuyo acto administrativo de nombramiento haya sido anulado, que habrán de ser extraídas del Derecho laboral y valoradas por la jurisdicción social.

C) Personal laboral de carácter temporal. Principios de igualdad, mérito y capacidad

Constituyen el objeto del presente recurso los Decretos de la Alcaldía de San Ildefonso de la Granja (11 y 12/1998) por los que se acordó adscribir temporalmente a J.B. y J.E. a puestos de responsable de los servicios de limpieza y obras, respectivamente. El recurrente, delegado de personal de la plantilla laboral de dicho Ayuntamiento, alega que las personas citadas venían ocupando dichas plazas, con adscripciones temporales, desde 1992, con total vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de diciembre de 1999, Ar. 4224, estima el recurso, pues:

“(…) el art. 103 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, establece que el personal laboral será seleccionado por la propia corporación ateniéndose, en todo caso, a lo dispuesto en el art. 91 y con el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades de cuantos reúnan los requisitos exigidos. Señalando el art. 91, objeto de referencia, que la selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de

acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en que se garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. Principios que son recogidos también por el RD 896/1991, de 7 de junio. Siendo destacable que en toda esta normativa no se hace diferenciación entre que la adscripción sea permanente o temporal, por lo que tales principios son aplicables a casos, como el que nos ocupa, en el que se efectúan nombramientos provisionales, observándose en el expediente que dichos principios no han sido tenidos presentes ya que se realizó directamente el nombramiento sin ninguna convocatoria previa”.

La STSJ de Asturias de 21 de abril de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 1137, viene a insistir en la necesidad de observar los principios de mérito y capacidad en la selección del personal laboral, sin perjuicio de la necesaria flexibilidad del procedimiento selectivo. Así, anula una convocatoria para la formación de una lista de personal apto para contrataciones laborales no permanentes que, entre otros, contemplaba como criterios de selección los referidos a la situación socio-económica familiar y a las facilidades de incorporación al puesto de trabajo, puesto que, estos criterios:

“(...) ninguna relación guardan con los principios de capacidad y mérito que deben regir el acceso a un puesto de trabajo, vulnerando de esta forma los artículos 91 y 103 de la Ley 7/1985, 177 del Real Decreto Legislativo 781/1986, y 35 del referido Real Decreto 364/1995 (...)”.

D) Contratación de personal laboral de alta dirección. El principio de igualdad debe desplegar su eficacia en el proceso administrativo de selección que precede a la formalización del contrato, no en dicho contrato

La STS de 18 de octubre de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1398, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Galicia de 7 de marzo de 1995. La sentencia impugnada estimó el recurso interpuesto contra la Disposición Transitoria Segunda del Decreto 353/1992, de 11 de diciembre, que estableció la estructura orgánica de la Consellería de Economía y Hacienda, contemplado la posibilidad de que determinados puestos fuesen cubiertos por personal contratado de alta dirección, de conformidad con el RD 1382/1985, por entender que la opción por esta posibilidad vulnera tanto el genérico principio de igualdad del art. 14 CE, como el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas que consagra el art. 23 CE.

La STS desestima el recurso y anula la resolución judicial impugnada aplicando la doctrina de los actos separables, que permite diferenciar el contrato de trabajo propiamente dicho que pueda perfeccionar una Administración, de la previa selección de la persona con la que se establecerá dicho vínculo laboral. Siendo así que el mandato del art. 23 CE se ha de observar en la actividad preliminar de selección y no a través del posterior contrato. Por lo demás, la amplia libertad de estipulaciones que permite esta modalidad de contratación se proyecta sobre la definición del contenido concreto del vínculo contrac-

tual y no sobre la elección del sujeto que pueda suscribir el contrato con la Administración.

En definitiva, la opción por la relación laboral especial de alta dirección, siempre que resulte aconsejable por la singularidad del cometido funcional del concreto puesto de trabajo a cubrir, no es por sí misma contraria al principio de igualdad.

E) Efectos de las irregularidades en la contratación laboral temporal en la Administración. La contratación laboral en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla

Con la Sentencia de la Sala Cuarta del TS de 18 de marzo de 1991, Ar. 1875, dictada en casación para la unificación de la doctrina, se había iniciado una nueva línea jurisprudencial respecto a los efectos que producía la contratación irregular en la Administración Pública y, en concreto, respecto a la armonización entre los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y el art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, que establece la presunción de indefinición de los contratos temporales celebrados en fraude de ley. La doctrina de la Sala se orientó a considerar que las Administraciones Públicas están sometidas a los límites que la legislación laboral establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de la fijeza en el empleo.

Recientemente, sin embargo, con la Sentencia de la Sala Cuarta del TS de 7 de octubre de 1996, Ar. 7492, dictada también en recurso de casación para unificación de la doctrina, se han introducido importantes matizaciones a la aplicación íntegra del Derecho laboral en la Administración. En virtud de esta nueva orientación jurisprudencial dirá la Sala, y citamos textualmente, que:

“Los preceptos sobre los efectos legales del despido improcedente (y la misma conclusión debe valer para el despido nulo) se aplican en su integridad a los despidos acordados por las Administraciones Públicas, sin que los principios de mérito y capacidad establecidos en el art. 103.3 de la Constitución sean obstáculo para la imposición a la Administración empleadora de los deberes de indemnización o de readmisión. Ahora bien, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial unificada, esta conclusión no enerva el deber de las Administraciones Públicas de atenuamiento a los sistemas o procedimientos de contratación que concretan la puesta en práctica de tales principios constitucionales. De esta segunda premisa general se desprende una consecuencia para la decisión del caso enjuiciado, que supone una precisión o matización de la doctrina de la Sala en esta materia. Tal precisión no afecta a la calificación de la modalidad de la posición subjetiva del trabajador en la Administración Pública, y que puede formularse como sigue: la contratación laboral en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido.”

Esta nueva doctrina ha sido reiterada posteriormente, entre otras, en las Sentencias de la Sala Cuarta del TS de 10 de diciembre de 1996, Ar. 9139, de 39 de diciembre de 1996, Ar. 9864, de 14 de marzo de 1997, Ar. 2474, de 24 de abril de 1997, Ar. 3498, de 20 de enero de 1998, Ar. 317. En esta última sentencia, y dada la equivalencia que en el ámbito privado existe entre los dos términos empleados por la Sala, ha profundizado el Tribunal acerca del significado que hay que conceder al término “contrato de trabajo por tiempo indefinido”, estableciendo que:

“El carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.”

III. PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

A) Convocatoria. Régimen específico del personal de las Cortes Generales. Falta de previsión de reserva de un porcentaje para el acceso de minusválidos

En virtud de lo establecido por el art. 72 CE, compete a las Cortes Generales la regulación del Estatuto del personal a su servicio, sin que resulten aplicables a este colectivo las disposiciones que forman parte del régimen jurídico propio de otros Cuerpos de funcionarios.

Por esta razón, y aplicando también la reiterada doctrina según la cual la no impugnación de las bases de una convocatoria para el acceso a la función pública, así como la participación en las pruebas selectivas convierte a dichas bases en firmes e inatacables, no pudiendo ser impugnadas después por los aspirantes que no resultan seleccionados, la **STS de 13 de enero de 2000**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 551, desestima el recurso interpuesto por A.R. que, en su condición de minusválido, invocó el derecho a obtener una plaza por haber superado las dos pruebas del concurso-oposición convocado para la provisión por turno libre de puestos del Cuerpo de Ujieres de las Cortes Generales. Todo ello, por entender el recurrente que resulta de aplicación el art. 6 del RD 226/1991, de 22 de febrero, por el que se aprobó la oferta de empleo público en el ámbito de la Administración Civil del Estado para 1991, según el cual del total de las plazas ofertadas en cada caso debe reservarse un 3 por ciento para su provisión por quienes tengan la condición legal de minusválidos.

No obstante, el recurso no puede prosperar puesto que una previsión tal no aparece en las bases de la convocatoria para la provisión de plazas de ujieres ni en el estatuto del personal de las Cortes Generales, no siendo de aplicación tampoco lo dispuesto por el citado Real Decreto dictado al amparo del art. 18 LMRFP.

B) Celebración de las pruebas de acceso

a) Orden de intervención. Orden de intervención en las pruebas de especialización para cubrir plazas de magistrado especialista en el orden contencioso-administrativo. Configuración legal del derecho de igualdad

La STS de 23 de octubre de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8999, desestima el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que desestimó el recurso ordinario promovido contra el acuerdo del tribunal calificador de las pruebas de especialización para cubrir plazas de magistrado especialista en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que convocó para la realización de dichas pruebas a los quince primeros aspirantes, comenzando por la letra A.

Según alega el demandante, la mencionada determinación del orden de intervención de los aspirantes vulnera el derecho de igualdad del art. 23.2 CE, tal como éste se concreta en el art. 22 del Reglamento 1/1995, de la Carrera Judicial, que se remite al art. 17 del RD 364/1995, por el que se aprueba el RGIP. A juicio del actor, en virtud de los preceptos citados y del acuerdo que concretó el orden de intervención de los participantes en las pruebas convocadas durante el año 1997, éstos debían ser llamados a partir de la letra Z.

Partiendo de considerar que el derecho de igualdad del art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal y, en lo que aquí interesa, se traduce en la necesidad de garantizar que las bases y el procedimiento de selección establecidos se apliquen de igual modo a todos los aspirantes, el TS no estima infracción alguna del derecho invocado en el caso enjuiciado. En este sentido, la STS de 23 de octubre de 2000 declara que el orden de prelación mencionado por el demandante era el orden establecido para las pruebas de acceso a la Carrera Judicial, que no resulta aplicable a las pruebas de especialización de Magistrados en el orden contencioso-administrativo. Idéntica suerte corre la alegación de discriminación formulada por el demandante amparándose en que, según la legislación española, todos los opositores actúan por sorteo y todas las oposiciones se celebran conforme a un orden aleatorio. Sobre este particular, el TS señala que dicha alegación es válida para las pruebas selectivas que se rigen por el RGIP, pero no para las que están sujetas a una normativa distinta, como ocurre aquí. Por lo demás, la opción por el orden de intervención determinado alfabéticamente no ocasiona perjuicio alguno para el recurrente ni para el resto de los opositores, ya que al existir un único aspirante apellidado por la letra Z, sólo se habría llamado a una persona antes que al interesado.

b) Contenido de las pruebas. Aspirante nombrada que repite en un espacio no dilatado en el tiempo dos ejercicios sustancialmente coincidentes. Vulneración del derecho de igualdad en el acceso a la función pública

La STS de 27 de noviembre de 1998, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 305/1999, enjuicia un supuesto en el que el contenido de algunas de las pruebas de un concurso-oposición para la provisión de una plaza de Técnico de Estudios y Documentación de la Asamblea de Extremadura coincidían exactamente con las propuestas en un proceso convocado, no hacía mucho tiempo, para cubrir otra plaza también en dicha Asamblea. Impugnada la Resolución del Tribunal Calificador por la que se hace pública la relación de aprobados por orden de puntuación, en la que se propone para la provisión de la plaza a A.L.G., que había tenido ocasión de realizar las pruebas mencionadas al concurrir con anterioridad al otro proceso mencionado, el Tribunal Supremo se emplea en la labor de determinar si el hecho de que la señora L.G. hubiese realizado en un corto espacio de tiempo dos pruebas sustancialmente iguales, infringe el principio de igualdad exigible en el acceso a las funciones y cargos públicos.

Al respecto, el TS estima que la repetición, en un espacio de tiempo no dilatado, de dos ejercicios sustancialmente iguales, uno consistente en la traducción de un texto con diccionario y otro de contestación a un cuestionario tipo test, favorece a dicho concursante frente a los demás.

“En efecto, se trata de ejercicios sobre los que el concursante ha reflexionado al contestarlos anteriormente, lo que le facilita de modo importante la contestación posterior. Además de ello, es lógico pensar que la reflexión, contestación y subsiguiente resultado adverso de las pruebas, ha conducido al concursante a depurar, si no todos, sí los errores más significativos en los que incurrió. Todo ello coloca en una situación de desigualdad que tiene carácter discriminatorio respecto a los otros concursantes, en cuanto se establece una diferencia a favor de doña A.L.G. de notable importancia, que le permite contestar a las pruebas con una facilidad de la que los otros carecen y que tiene entidad como para ser determinantes del resultado de estas pruebas.”

Por otro lado, en relación con la comparación que hace doña A.L.G. entre el supuesto aquí contemplado y las oposiciones en que se repiten los temarios y participan “los repetidores”, el TS señala que:

“La comparación con las pruebas consistentes en contestar a los temas de un programa, que es el mismo en las distintas convocatorias de una oposición, por lo que los temas a contestar pueden resultar repetidos para un participante en convocatorias anteriores, no es admisible. Se trata de oposiciones con un temario más o menos largo, en que la elección de los temas que corresponde desarrollar al opositor se produce al azar, mientras que en el caso de autos todo elemento de azar, que siempre cabe la posibilidad de que favorezca a un opositor, queda de antemano excluido por la naturaleza de las pruebas (traducción con diccionario y contestación a unas preguntas de tipo test).”

C) Valoración del mérito y la capacidad

a) Distinción entre requisito y mérito para el acceso

a') Distinción entre requisito básico y mérito en la convocatoria

El Ayuntamiento de Pamplona convocó un concurso para la provisión provisional de treinta vacantes en el servicio de atención domiciliaria. En la convocatoria se distinguía entre requisitos básicos (titulación y experiencia laboral mínima) y factores complementarios valorables (entre ellos, la realización de cursos impartidos por centros oficiales o reconocidos con una duración superior a 150 horas). Sin embargo, posteriormente, el Tribunal de selección acordó eliminar a quienes no acreditasen experiencia laboral ni cursos relacionados con el puesto de trabajo de duración superior a 150 horas.

La falta de acreditación de realización de un curso de tal duración determinó que la Sra. V. no resultase seleccionada. La STSJ de Navarra de 15 de noviembre de 1999, Ar. 3815, estima el recurso y declara el derecho de la recurrente a ser seleccionada e incorporarse al puesto de trabajo:

“(…), pues, en definitiva y dada la operatividad que al curso se le ha dado, lo que al final resulta es que quien no lo poseyese debería haberse abstenido de participar o debería haber sido excluido *ab initio*. La realidad explicitada en la literalidad de la convocatoria y subyacente en el espíritu de la misma, es que tal curso será valorado como parte del *curriculum* que forma una unidad compuesta de éste y otros méritos y cuya valoración total pese a ser suficientes a tales efectos, no sirvió para la selección de la recurrente, precisamente por eso, porque realmente no se valoró como una unidad sino que se desgajó de él constituyéndose como un mérito, requisito o condición (llámesele como quiera) *sine qua non*. Y no era tal, repetimos, lo que se decía en la convocatoria en la que tal categoría queda circunscrita a la posesión del graduado escolar y a una experiencia laboral mínima (que no es, hay que precisarlo, la que se acredita mediante el curso, pues, según el método previsto, la experiencia debía valorarse por el INEM, quedándole al Tribunal, solamente, la definitiva selección a través del *curriculum vitae* y la entrevista)”.

b') La experiencia docente es configurada como un mérito por la ley, por lo que no debe ser considerada como un requisito para el acceso a los Cuerpos docentes universitarios. Vulneración del derecho de igualdad en el acceso a la función pública

La STC 138/2000, de 29 de mayo, BOE de 20 de junio, concede el amparo solicitado por la demandante contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía (Granada), de 1 de julio de 1996, que anuló las resoluciones de la Universidad de Granada por las que fue nombrada Profesora Titular de Farmacia y Tecnología Farmacéutica. La STSJ de Andalucía anuló las citadas resoluciones por entender que no interpretaron correctamente los criterios establecidos por la Comisión evaluadora para la valoración de las pruebas del concurso: por un lado, formación académica y actividad docente e investigadora, especialmente para la misión prevista por la

Universidad para el desempeño de la plaza objeto de concurso y, por otro lado, actividad investigadora congruente con los diversos contenidos del área de conocimiento. A juicio de la STSJ de Andalucía dichos requisitos deben ser considerados concurrentes o acumulativos, quedando excluidos los aspirantes que carezcan de cualquiera de ellos, como es el caso de la recurrente en amparo que no tenía experiencia docente formal.

No cabe duda que la experiencia docente puede ser uno de los méritos alegados por los candidatos a plazas de Profesor Titular de Universidad (arts. 37.2 LRU y 9.3 y 4 del RD 1888/1984, en la redacción dada por el RD 1427/1986) y ha de ser valorado por la Comisión evaluadora en la primera de las pruebas del concurso, junto con otros méritos, el historial académico e investigador y el proyecto docente presentado por los aspirantes.

Sin embargo, según señala la STSJ de Andalucía, la carencia de experiencia docente conduce a la exclusión del procedimiento selectivo de los candidatos que no reúnen tal requisito, por lo que dicha experiencia docente deja de ser considerada como un mérito para convertirse en un requisito para el acceso, que carece de toda previsión y cobertura legal. Por esta razón el TC concede el amparo a la recurrente y anula la STSJ de Andalucía, que situó a los concursantes en una posición de desigualdad, estableciendo una causa de exclusión no contemplada por la ley.

c') El conocimiento de lenguas cooficiales distintas del castellano no puede ser considerado como requisito obligatorio para el acceso a los puestos que carecen de perfil lingüístico

Según reiterada jurisprudencia, la exigencia del conocimiento de las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas puede ser incluida legítimamente entre los méritos y capacidades a tener en cuenta para el acceso a la función pública, siempre que el nivel de conocimiento exigido guarde relación con la capacidad requerida para el desempeño de los puestos de trabajo.

En el supuesto enjuiciado por la **STS de 18 de enero de 2000**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1227, no concurren los requisitos señalados. Por esta razón, el TS desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Tolosa contra la STSJ de Navarra de 24 de septiembre de 1991, anulando el acuerdo del citado Ayuntamiento por el que se aprobaron las bases de la convocatoria de un concurso-oposición para la provisión de plazas de oficial de fontanería, pintura y albañilería, incluyendo un ejercicio obligatorio de conocimiento del euskera.

La exigencia del conocimiento del euskera como requisito obligatorio a reunir por los aspirantes es discriminatoria en este caso, pues no guarda relación alguna con el alcance, características y contenido de las funciones que han de desempeñar quienes resulten seleccionados para ocupar las plazas señaladas.

d') Determinación de requisitos de aptitud física, altura mínima y edad mínima y máxima

La STSJ de Cataluña de 7 de abril de 2000, Ar. 788, enjuicia la impugnación de varias bases de una convocatoria para la provisión de cuatro plazas de Inspector del Cuerpo de Mossos d'Esquadra.

En primer lugar, se impugna la base que establece como requisito para participar en la convocatoria una edad mínima de 21 años y máxima de 40. Si bien el legislador concede un margen de discrecionalidad a la Administración para la determinación de la edad mínima o máxima de las convocatorias, la concreción de este requisito debe responder siempre a un fundamento razonable. En este caso, la Administración convocante no ha expresado el fundamento de las limitaciones de edad ni éstas derivan necesariamente de las funciones a realizar por los Inspectores. La determinación de la edad máxima es innecesaria, puesto que el proceso de selección incluye pruebas físicas y médicas que, en su caso, pueden ser reveladoras de la incapacidad para desempeñar las funciones de los puestos convocados, con independencia de la edad. Otro tanto ocurre con la edad mínima, que no puede ampararse en la finalidad de permitir el acceso de quienes hayan adquirido una experiencia mínima para desempeñar estas funciones, puesto que la citada experiencia ha de ser valorada en la fase de concurso, al margen de la edad. De ahí que la STSJ de Cataluña anule la citada base de la convocatoria, discriminatoria por carecer de cualquier justificación objetiva y razonable.

En segundo lugar, el recurso se dirige también contra la base que exige una altura mínima de 1,65 para las mujeres y de 1,70 para los hombres. La alegación de discriminación es doble en este caso: en cuanto a la determinación misma de una altura mínima y en cuanto a la diferencia entre la altura exigida a hombres y mujeres. En este sentido, la STSJ de Cataluña recuerda que los requisitos establecidos para el acceso a los empleos públicos han de tener siempre la consideración de mérito o capacidad para el desempeño de las funciones propias de los puestos convocados. Así, es habitual que las convocatorias para el acceso a los Cuerpos policiales contemplen la exigencia de una altura mínima. Si bien este requisito no aparece previsto en ninguna norma con rango de ley ni en la Declaración sobre Policía aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (Resolución 690/1979), obedece a una finalidad razonable que no puede ser tachada de discriminatoria sin más. Es evidente que el desempeño de las funciones policiales requiere una cierta complexión física. Asimismo, es razonable distinguir entre la altura exigida a hombres y mujeres, pues se parte de situaciones de hecho diferentes, con medias de altura distintas entre los dos sexos. Ahora bien, esta exigencia de altura mínima que resulta justificada y proporcionada para el acceso a las escalas policiales inferiores, que tienen atribuidas funciones de naturaleza eminentemente ejecutiva, no lo es para el desempeño de las tareas propias del Cuerpo de Inspectores, donde predominan las funciones técnicas y de mando. La exigencia de una altura mínima resulta aquí discriminatoria, ya que la aptitud para el desempeño de estas funciones técnicas, de gestión y de mando deriva de otros requisitos físicos y de la titulación exigida (la correspondiente al grupo B de funcionarios) para el acceso al Cuerpo de Inspectores.

Se impugna también la base de la convocatoria relativa a las pruebas físicas para el acceso, en la medida en que no establece ningún requisito mínimo para entender superadas dichas pruebas. En este aspecto, el TSJ de Cataluña distingue dos tipos de pruebas dentro del proceso de selección: por un lado, las pruebas físicas o médicas que permiten comprobar una aptitud mínima para el desempeño de los puestos convocados y, por otro lado, otras pruebas realizadas en concurrencia competitiva que han de ser valoradas en la fase de concurso. Respecto de las primeras, por su carácter objetivo, es necesario que la convocatoria fije los requisitos de la aptitud física mínima para el desempeño de las funciones. De otro modo, si las aptitudes físicas exigidas no tuviesen relación con las funciones a desarrollar, resultaría afectado el principio de igualdad de oportunidades en el acceso. En el caso de las segundas, por su carácter competitivo, no hay obstáculo para que la Administración actúe con cierta discrecionalidad al valorar los méritos de cada uno de los aspirantes.

Sin embargo, la STSJ de Navarra de 15 de junio de 2000, Ar. 1478, entiende que no existe discriminación en la fijación de una edad máxima para el acceso al Cuerpo de Bomberos, pues dicha exigencia resulta idónea para el adecuado desempeño de las funciones propias del Cuerpo mencionado.

b) Exigencia de requisitos no derivados de los principios de mérito y capacidad

a') Vulnera el principio de igualdad en el acceso

La STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de julio de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 2489, anula el Acuerdo de la Diputación Provincial de Ciudad Real por el que se convoca la provisión de tres plazas de animadores socio-culturales para determinadas zonas de esta provincia, exigiendo a los aspirantes “vivir o estar empadronados en la zona”, al estimar que:

“(…) el que el proyecto a presentar por los aspirantes deba mostrar el conocimiento de la zona en sus aspectos geográficos y socio-culturales así como de las entidades e instituciones del territorio, no impide en absoluto que una persona que no viva o esté empadronada en la zona lo pueda acreditar. Debe entenderse, pues, que la citada condición establecida por las bases de la convocatoria es contraria al art. 14 de la Constitución, que prohíbe todo tipo de discriminaciones por razón de nacimiento o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Idéntica vulneración del principio de igualdad se produce en el supuesto enjuiciado por la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de marzo de 1999, Ar. 699. Esta sentencia estima el recurso interpuesto contra la Resolución del Ayuntamiento de Caudete (Albacete), de 24 de octubre de 1999, por la que se desestimaron los recursos interpuestos contra el procedimiento selectivo de provisión de vacantes de Policía Municipal.

Los recurrentes sostienen la nulidad del tercer ejercicio escrito sobre conocimientos generales, por vulnerar lo establecido en el art. 4.c) y la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, que establece las reglas básicas y programas mínimas a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los Funcionarios de la Administración local, por cuanto el Tribunal Calificador acordó que los aspirantes indicasen nombre, apellidos y DNI en sus respectivos ejercicios. Al actuar así, se privó a los aspirantes de la necesaria garantía de la igualdad de oportunidades en el proceso de selección.

Así lo estima la Sentencia comentada, sosteniendo que:

“En el caso de autos, la Corporación demandada no ha justificado la conveniencia de esta medida consistente en la necesidad de hacer constar, en el tercer ejercicio de las pruebas (en concreto, la correspondiente a la prueba de conocimientos generales), los datos personales de los aspirantes, actuando con arbitrariedad, en clara vulneración de lo dispuesto en el art. 103 CE, dado que en ningún momento justifica el porqué se decide conocer el nombre de los aspirantes antes de la realización del tercer ejercicio. Es decir, el Tribunal Calificador no ha justificado la razón por la que no es posible (como dice el art. 4.c) garantizar el anonimato de los aspirantes, lo que supone una vulneración de la legalidad vigente, suficientemente grave como para declarar la nulidad del tercer ejercicio de la fase de oposición, al objeto de que pueda realizarse con las garantías necesarias.”

La **SJCA núm. 1 de Zamora de 10 de diciembre de 2001**, Ar. 275 (de 2002), declara que es ilegal valorar la situación familiar de los aspirantes, tal como se contempla en las bases para la formación Bolsa de trabajo que se enjuicia. La situación sociolaboral de los aspirantes no puede ser tendida en cuenta porque no guarda relación con los criterios de igualdad, mérito y capacidad que rigen la selección de los empleados públicos, sin perjuicio de las correspondientes acciones protectoras que los poderes públicos puedan desarrollar para atender a la citada situación. No obstante, cuando la aplicación de los principios de mérito y capacidad acredite la igualdad de los aspirantes, podrán ser consideradas las circunstancias familiares para deshacer el empate.

b') Puede vulnerar los derechos al honor y a la intimidad personal y la libertad ideológica

La **STSJ de Navarra de 20 de noviembre de 1998**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 4243, declara la nulidad del test realizado a profesores en período de prácticas tras acceder a la función pública, puesto que el contenido del test recurrido supone una intromisión ilegítima en la esfera de la personalidad, recabando sin justa causa el conocimiento de datos que afectan a la intimidad personal, según lo dispuesto por la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, la Ley Orgánica 1/1982, sobre protección del honor e intimidad personal y la Ley 12/1989, sobre modo de obtener y proteger datos informáticos.

En este sentido, la Sala señala que:

“(...) el test mismo desborda cualquier ámbito objetivo de justificación, sin perjuicio de que pudiera proponerse un test general de personalidad proporcionado, no denigratorio o de ámbito más limitado, o que ese mismo test pudieran estar justificado en sus líneas generales para el personal que se sospechase pudiera tener graves enfermedades psicológicas o alteraciones de personalidad que les hicieran incompatibles con el servicio público a desempeñar, lo que exigiría en todo caso una justificación individual previa y suficiente”.

La **STSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2000**, Ar. 417, estima el recurso interpuesto contra la calificación de no apto obtenida en la segunda prueba de la fase de oposición de la convocatoria de concurso-oposición para cubrir mediante promoción interna plazas de caporal del cos de Mossos d'Esquadra de la Generalitat de Catalunya.

Dicha prueba consistía en la realización de un test psicológico. Sin entrar a valorar la idoneidad de la prueba psicológica para detectar perfiles de personalidad adecuados para el desempeño de las funciones propias de los Mossos d'Esquadra, y teniendo en cuenta además que los aspirantes ya habían superado las pruebas psicológicas pertinentes para ejercer dicha función, pues no ha de olvidarse que la prueba lo era para la promoción interna al rango de cabo, el TSJ de Cataluña aprecia que la mencionada prueba resulta totalmente desproporcionada en atención a los fines que pueda perseguir, pues invade el núcleo más íntimo de la persona, incluyendo numerosas cuestiones relativas a la familia, ideología y creencias de los aspirantes, tales como “estoy seguro que sólo hay una religión verdadera”, “tengo unas opiniones políticas muy bien definidas”, etc.

Para el TSJ de Cataluña no existe duda alguna sobre la desproporción de las pruebas psicológicas, que bien podrían haber sido desarrolladas sin incidir en los ámbitos constitucionalmente preservados de la libertad ideológica, de la libertad religiosa y de la intimidad personal. Por ello, no son admitidas las alegaciones de la parte demandada sobre la posibilidad de no responder a las cuestiones formuladas y sobre la confidencialidad de las respuestas. En este sentido, señala el TSJ de Cataluña que en el cuadernillo de instrucciones se conmina a los aspirantes a contestar con sinceridad las cuestiones formuladas. Asimismo, precisa el Tribunal que la vulneración de derechos fundamentales se consuma por el solo hecho de obligar a pronunciarse sobre cuestiones amparadas por la libertad ideológica, la libertad religiosa y la intimidad personal, independientemente de la garantía de confidencialidad de las respuestas. Confidencialidad, por lo demás, que no queda asegurada desde el momento en que dichas pruebas se incluyen en un proceso selectivo y la Administración convocante tiene acceso a todos los datos relativos a dicho proceso.

La Sentencia del TSJ de Cataluña concluye anulando el test realizado, así como la declaración de no apto de los recurrentes en la segunda prueba de la fase de oposición.

c) Valoración de la experiencia previa

a') Pruebas de acceso restringidas y pruebas en las que, pese a primar claramente al personal interino, no se excluye la participación de otros aspirantes. Carácter excepcional

La STC 12/1999, de 11 de febrero, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad formulada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en relación con la Orden de 4 de enero de 1994, por la que se convocó un proceso selectivo para el ingreso en diversas Escalas de la Administración sanitaria de esa Comunidad Autónoma. Más concretamente, la resolución del proceso de instancia depende de la validez de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Castilla y León 13/1993, de Ordenación del Sistema Sanitario, pues dicha Disposición establece un sistema de valoración de los servicios prestados por el personal interino que puede ser contrario al art. 23.2 de la Constitución.

Conforme a las normas citadas, el acceso a la condición de funcionario de las distintas Escalas Sanitarias de los Cuerpos señalados por la Ley de Función Pública de Castilla y León se realizará, “con carácter excepcional, transitorio y por una sola vez”, mediante el procedimiento de concurso. Dicho concurso consiste, por un lado, en la realización de un Trabajo-Memoria y, por otro lado, en la valoración de los méritos conforme a un baremo determinado —a) 0,30 puntos por mes de servicios prestados en la Administración de Castilla y León, con un máximo del 40 por ciento de la puntuación máxima total del concurso; b) Máximo del 15 por ciento de la puntuación total por servicios prestados para cualquier Administración en el territorio de Castilla y León, a razón de 0,10 puntos por año de servicio; c) 0,5 puntos por cada año de servicios prestados en cualquier otra Administración Pública, sin exceder del 10 por ciento de la puntuación máxima—.

El problema planteado en el supuesto que nos ocupa ha sido objeto de atención por el TC en varias ocasiones. La doctrina sentada en las SSTC 27/1991, 60/1994, ha sido confirmada y matizada recientemente por la STC 16/1998. En dichas resoluciones el TC ha insistido en el carácter excepcional de este sistema de acceso, lo que determina que sólo pueda acudir a ellos una sola vez, siempre que esa posibilidad esté prevista en una norma con rango de ley y que la desigualdad de trato que establecen sea razonable y proporcionada.

Teniendo en cuenta estas exigencias, el TC estima que:

“(…) en el presente caso no nos encontramos propiamente ante un proceso de selección restringido, pues no se impide el acceso al concurso a quienes no ocupen interinamente las plazas ofertadas. Ciertamente, el sistema de valoración de méritos cuestionado prima de manera muy notable los servicios prestados en la Administración de la Comunidad Autónoma frente a los que lo hayan sido en otras Administraciones o en otras partes del territorio nacional. La excepcionalidad de la solución adoptada es, por tanto, menor que en aquellos supuestos en los que sencillamente se excluye del proceso selectivo a quienes no tengan una previa relación de servicio con la Administración convocante. De otro lado, a través de esta convocatoria, pretende resolverse una situación singular que tiene su ori-

gen en la puesta en planta de la Administración Sanitaria de Castilla y León, de manera que, como en el supuesto planteado en la STC 16/1998, concurriría el primero de los requisitos antes señalados”.

Siguiendo con el análisis de los requisitos apuntados, el TC estima que las diferencias derivadas del concurso enjuiciado son razonables y proporcionadas, pues no se excluye la participación de quienes no sean interinos y, por otro lado, con dichas diferencias se ha pretendido favorecer a quienes ya han prestado servicios en dicha Administración, habida cuenta de la necesidad de resolver la situación excepcional generada por la creación de una Administración sanitaria propia.

Abundando en las condiciones mencionadas por la STC 16/1998, el TC aprecia un elemento más de conformidad entre dicha Sentencia y el supuesto que nos ocupa, al entender que, si bien no es éste el primer proceso de estas características que la Administración castellano-leonesa lleva a cabo para intentar resolver el problema de los interinos, sí es el único que, hasta el momento, no ha sido declarado contrario a Derecho.

En definitiva, el TC concluye señalando que:

“(…) la Administración sanitaria de Castilla y León ha contado hasta el momento con un personal interino, cuya estabilización funcional podría haberle inclinado a la convocatoria de un concurso restringido. Sin embargo, ha querido conseguir esa estabilización con un sistema de selección en el que, aun primándose la condición de interino, no se hiciera imposible el acceso de profesionales que hubieran prestado servicios en otras Administraciones, por lo que se dan las condiciones que, según nuestra ya citada doctrina (especialmente, STC 185/1994), derivan del art. 23.2 de la Constitución”.

b') Desproporción en la valoración de los méritos por servicios prestados como interinos

La STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de octubre de 2000, Ar. 2307, enjuicia el recurso interpuesto contra la Orden por la que se convocó proceso selectivo para el ingreso por el sistema de acceso libre al Cuerpo Superior de la Administración de la Junta de Comunidades.

El recurso es desestimado en la invocación de vulneración del derecho de igualdad, que entendían producida los licenciados en Derecho por el hecho de tener que optar por la especialidad de administración general o la jurídica, cuando su titulación les permitiría presentarse a ambas. Entiende el Tribunal que es del todo lógico que se permita el acceso a través de una sola especialidad, pues, de lo contrario, se podría acceder dos veces al mismo cuerpo. Por lo demás, esta previsión afecta de igual modo a todos los aspirantes, con independencia de su titulación.

Cuestión distinta es la alegada por los actores sobre la desproporción en la valoración de los méritos por los servicios prestados como interinos en la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Según establece la Orden de convocatoria, superada la fase de oposición, dichos méritos podrán ser valorados hasta un máximo de 40 puntos, a razón de 0,55 por mes de servicio. Para determinar si ha existido vulneración del derecho a la igualdad en el acceso, el Tribunal parte de considerar que existe una fase de oposición previa a la de concurso, y de carácter eliminatorio, donde todos los aspirantes son tratados con igualdad. No se trata pues de una prueba restringida, limitada a los interinos, que podrían no superar la fase de oposición. En principio, existen posibilidades reales de que los aspirantes que no hayan prestado servicios como interinos en la Junta de Comunidades puedan acceder a las plazas.

No obstante, aunque la experiencia puede ser valorada como mérito si se opta por el sistema de concurso-oposición, el Tribunal debe examinar si la valoración otorgada al mérito por interinidad es razonable y proporcionada o, si por el contrario, vulnera los principios de mérito y capacidad. Si bien la fase de oposición es igual para todos, pudiendo ser superada con un mínimo de 47,50 puntos sobre un total de 100, el mérito de interinidad puede ser valorado, a razón de 0,55 puntos por año, hasta un máximo de 40 puntos sobre un total de 45 de la fase de concurso y un total de 145 puntos del total de las pruebas.

“Ello quiere decir que un interino (o laboral, en su caso) de la Junta que haya prestado servicios durante seis años y un mes alcanza el máximo de 40 puntos; y debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la prueba practicada, las plazas ofrecidas en la especialidad jurídica son 48 y los interinos de la Junta que suman ya los 40 puntos son 40, aparte de otros 94 que suman puntuaciones inferiores, algunas no desdeñables en absoluto. Lo anterior también quiere decir que la fase de concurso está acaparada en un 88,8 por ciento por la valoración de este mérito. Y significa, sobre todo, lo siguiente: que un opositor no interino de la Junta que en la fase de oposición obtuviese nada menos que un 87 sobre 100, puntuación que no cabe de calificar si no de sumamente brillante, quedaría desplazado por cualquiera de los cuarenta interinos mencionados que hubiera aprobado con un escueto 47,5, mínimo para hacerlo y que no supone ni siquiera la mitad de la puntuación posible en la fase de oposición. En la valoración de este último dato la Sala tiene en cuenta una circunstancia decisiva: la obtención de una puntuación como la mencionada en la fase de oposición resulta sumamente relevante, pues se habrá obtenido en una fase que contiene exigentes pruebas teóricas y prácticas, e incluso una complementaria de idioma (...)”.

En atención a lo expuesto, dado que un solo mérito sirve para salvar distancias tan abismales en cuanto a la capacidad demostrada en un complejo ejercicio teórico-práctico, el Tribunal estima que dicha valoración es desproporcionada y vulnera el principio de igualdad en el acceso.

A idéntica conclusión llega el Tribunal en relación con la desigual valoración atribuida a los méritos por servicios prestados en la Junta de Comunidades (0,55 puntos por mes) y la correspondiente a la experiencia como funcionarios interinos o de carrera en otras Administraciones (0,37 puntos por mes). Si bien la Administración castellano-manche-

ga pretende justificar la mayor puntuación otorgada a sus interinos por el hecho de conocer mejor la normativa autonómica, el Tribunal no admite dicha alegación, ya que el conocimiento de dicha normativa queda acreditado con la superación de la fase de oposición.

Por todo ello, el TSJ de Castilla-La Mancha concluye anulando las bases relativas a la valoración de los méritos por interinidad y ordenando la repetición de las pruebas de las especialidades de administración general y jurídica.

Del mismo modo, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de febrero de 2001**, Ar. 429, declara nulas las Órdenes por las que se convocaron procesos selectivos para la consolidación del empleo temporal en distintos Cuerpos, mediante concurso de méritos. Conforme a lo establecido en las convocatorias, la experiencia profesional representa el 45 por ciento de los méritos, si bien no podrá exceder de 45 puntos ni se podrán valorar más de 10 años de experiencia. En este sentido, se obtendrán 0,4 puntos por cada mes de experiencia en puestos de trabajo adscritos a personal funcionario contemplados en la Relación de Puestos de Trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía, del mismo contenido que los desempeñados por los funcionarios de carrera de los Cuerpos y especialidades a que se opta y siempre que hayan sido adquiridos en el mismo grupo al que se aspira. La puntuación correspondiente sería de 0,2 puntos cuando la experiencia se hubiese adquirido en puestos adscritos a personal funcionario de cualquier Administración Pública, reduciéndose a 0,1 puntos experiencia distinta de la contemplada en los supuestos anteriores. De este modo, sólo los funcionarios interinos de la Junta de Andalucía podrían obtener la máxima puntuación (48 puntos en 10 años), mientras que en los restantes casos la puntuación no excedería de 24 o de 12 puntos.

Si además se tiene en cuenta la escasa importancia otorgada a las titulaciones académicas y a la superación de ejercicios de pruebas selectivas, claramente se desprende que las Órdenes impugnadas convocaron unas pruebas restringidas con apariencia de concurso de libre de acceso a la función, que hacían prácticamente imposible el acceso a la función pública de personas ajenas a la Administración de la Junta de Andalucía. Se trataba, por tanto, de un intento de solucionar el problema de la amplia bolsa de personal interino en la Junta de Andalucía, al margen de toda prueba objetiva que permita contrastar los principios de mérito y capacidad.

c') Bolsa de trabajo. No cabe excluir el mérito de experiencia profesional en otro país comunitario. Personal médico

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Málaga desestimó el recurso interpuesto contra la Resolución administrativa que desestimaba el recurso de reposición del actor, que resultó excluido de la lista definitiva de la bolsa de trabajo de la categoría de médico general. La citada sentencia apreció que el baremo establecido por la Administración para formación de la bolsa de trabajo ya mencionada no contemplaba los servicios prestados en centros asistenciales ajenos al Sistema Nacional de Salud Español,

como es el caso de los servicios prestados por el actor en otro país comunitario (Alemania).

Conviene precisar, en primer lugar, que el baremo contempla la valoración de la experiencia profesional en centros asistenciales del Servicio Nacional de Salud, sin referencia a la territorialidad o mención alguna a la nación a la que pertenece dicho Servicio de Salud.

Apelada la sentencia de instancia, la cuestión estriba entonces en determinar si la referencia al “servicio nacional de salud” debe ser interpretada en un sentido territorial (“servicio español de salud”) o debe atenderse a la titularidad del servicio sanitario (“servicio público de salud”). Por ello, para resolver si cabe excluir en un proceso de selección para la formalización de una bolsa de trabajo de técnicos de la categoría de médico general la valoración de la experiencia profesional adquirida en un Estado miembro de la Unión Europea distinto del español, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 13 de noviembre de 2001**, Ar. 457 (de 2002), comienza recordando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa a la libertad de movimiento de los trabajadores de los países miembros de la Unión Europea y su posible modulación en función de la especialidad del trabajo a desempeñar. En este sentido, el TJCE ha precisado que, en el territorio de otros Estados miembros, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los propios trabajadores nacionales en lo relativo a las condiciones de empleo y de trabajo. Esto incluye la consideración de los años de servicio prestados en una Administración Pública, en una persona jurídica de Derecho público o en la Administración local, en el marco de una relación de trabajo regida por el Derecho público (art. 48 del Tratado CEE y Reglamento 1612/68).

Ciertamente, el Tratado CEE contempla la excepción de que los Estados prohíban el acceso a los nacionales de otros Estados miembros a determinadas funciones de la Administración Pública que implican participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y que suponen por parte de sus titulares la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que fundan el vínculo de nacionalidad. Pero, para impedir una interpretación abusiva de esta excepción por los Estados miembros, la Comisión, elaboró la Comunicación 88/C 72/02, titulada “La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración Pública en los Estados miembros o La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE”, instando a los Estados a permitir a los nacionales de otros Estados miembros acceder a puestos de trabajo en los organismos responsables de la gestión de servicios comerciales, a los servicios operativos de la salud pública, de la enseñanza pública y la investigación civil en establecimientos públicos. A todo esto debe unirse la reiterada jurisprudencia sobre la necesidad de una interpretación uniforme en toda la Comunidad del concepto de Administración Pública. A los efectos del art. 48.4 del Tratado, el concepto de Administración Pública no puede dejarse a la absoluta discreción de los Estados, pues debe realizarse una interpretación funcional al amparo de la naturaleza de las tareas y responsabilidades propias del puesto de trabajo. De este modo se evita la vulneración de los principios de igualdad y libre circulación de los trabajadores derivada de una interpreta-

ción del concepto de Administración Pública derivada exclusivamente del Derecho nacional.

Por todo ello, la referencia al sistema sanitario nacional debe ser entendida en su condición de servicio público. De ahí que no quepa interpretar el baremo aplicable a la formación de bolsa de trabajo como lo han hecho la Administración demandada y la sentencia apelada, pues dicha interpretación encubre un trato discriminatorio de un ciudadano comunitario, en este caso español, por el mero hecho de realizar parte de su formación profesional en una institución sanitaria alemana.

d) Criterios de valoración

a') Respeto a los criterios establecidos en la convocatoria. La valoración de pruebas debe respetar los criterios establecidos en las bases de las convocatorias e indicados a los concursantes. Personal laboral

La STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de febrero de 2001, Ar. 441, enjuicia el supuesto de unas pruebas selectivas de personal laboral, cuya fase de oposición consta de un ejercicio teórico y otro práctico, ambos eliminatorios. El ejercicio teórico constaba de 60 preguntas, con cuatro respuestas posibles cada una de ellas. Según las bases de dicha convocatoria, la prueba teórica se calificaría de 0 a 7 puntos, siendo necesario obtener una calificación mínima de 3,5 puntos para superarla y penalizándose con la resta de un acierto la comisión de tres errores. Asimismo, junto con el cuestionario, a los opositores se les entregaron ciertas instrucciones, en las que se advertía que todas las preguntas del cuestionario tenían idéntico valor. Sin embargo, una vez realizado el ejercicio teórico, la Comisión de Selección decidió situar el umbral de la consideración de apto para acceder a la prueba siguiente en 34 respuestas correctas tras descontar el porcentaje correspondiente por fallos. De este modo, la Comisión consideró que pasarían al ejercicio siguiente un número suficiente de aspirantes (486).

Conforme a lo indicado en las bases de la convocatoria, los recurrentes entienden que el número mínimo de aciertos para obtener 3,5 puntos y pasar al ejercicio siguiente sería 30 y no 34.

La STSJ de Castilla-La Mancha estima el recurso por apreciar que la decisión de establecer el aprobado en 34 puntos sitúa el aprobado en 3,96 puntos, mientras que, según las bases de la convocatoria y las instrucciones dadas a los opositores, bastaba obtener 3,5 puntos para pasar al ejercicio siguiente.

b') Momento de fijación de criterios de calificación. Fijación por el Tribunal calificador de los criterios de puntuación tras la realización de las pruebas de acceso

Según señala la STS de 14 de noviembre de 1997, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8443, en el supuesto de que en la convocatoria no se hayan previsto los criterios de pun-

tuación de cada una de las pruebas para el acceso, la determinación de tales criterios por el Tribunal, una vez finalizado el ejercicio, no supone base suficiente para dudar de la objetividad de la calificación. Pues, no considera la Sala que:

“(…) el mencionado reparto adoleciera de nulidad, pues la convocatoria carecía de regulación sobre dicho extremo y la distribución de puntos que el Tribunal efectuó no puede calificarse de arbitraria ya que, como se reconoció en la demanda, la cumplimentación de impresos, a la que asignó una puntuación superior, era la prueba de mayor dificultad, siendo obviamente la de pesaje la más sencilla y a la que por ello se atribuyó la puntuación menor; sin que, por otra parte, conste en las actuaciones que el Tribunal calificador, hubiera procedido a examinar los ejercicios de los opositores antes de decidir la tan repetida distribución de puntos, por lo que no existe base para dudar de la objetividad de aquél”.

c') Falta de calificación numérica. Cuerpos Docentes Universitarios. Catedráticos de Universidad. Cuantificación de la valoración de las pruebas. Acreditación de la condición de Director de Proyecto de Investigación

La STSJ de Castilla y León de 25 de marzo de 2000, Ar. 430, se pronuncia sobre algunas cuestiones de interés en relación con las pruebas de acceso a los Cuerpos Docentes Universitarios. En el caso enjuiciado por dicha sentencia, la actora solicitó del Rector que suspendiese el nombramiento del candidato propuesto para ocupar una plaza de Catedrático de Universidad, por entender que se incumplió el art. 8.2.a) del RD 1888/1984 al no puntuarse a cada candidato en la primera prueba, y por resultar vulnerado también el art. 9.6 del mismo Real Decreto al no haber aportado el candidato propuesto certificado de los miembros del equipo de investigación que le confirmase como Director del mismo.

Conforme a lo preceptuado en el art. 9.6 del RD 1888/1984, la segunda prueba de los concursos a plaza de Catedrático de Universidad será pública y consistirá en la exposición por el concursante de un trabajo original de investigación realizado por el concursante solo o en equipo, en este último caso como Director de la investigación, lo que deberá ser certificado por los miembros del equipo. Según el art. 9.4 del RD 1888/1984, para la realización de la segunda prueba los concursantes entregarán a la Comisión, una vez realizada la calificación de la primera, un resumen del tema elegido o del trabajo original de investigación que vaya a ser expuesto oralmente. Pues bien, el señor T. entregó a la Comisión un Proyecto de Investigación con un escrito de la DGICT del MEC comunicándole la aprobación del proyecto subvencionado en el que él figuraba como Investigador Principal. En consecuencia, en el momento de celebrarse la segunda prueba, la Comisión de Selección tuvo conocimiento de la condición de Investigador Principal del señor T. Si bien el concursante no aportó certificación de los miembros de su equipo que le acreditase como Director de la Investigación, esta circunstancia no constituye un defecto formal determinante de nulidad, y como tal es subsanable (se subsanan entregando el certificado a la Comisión de Garantías, legalmente acreditada para comprobar si se han cumplido los requisitos formales precisos). En definitiva, tampoco afecta a la validez del juicio emitido por la Comisión de Selección, que valoró el contenido y la calidad del proyecto de Investigación presentado y defendido oralmente ante ella. En definitiva, el mencionado certificado no es una condición de legitimación para poder desarrollar las pruebas del ejercicio.

No ocurre lo mismo con la falta de calificación numérica en la primera prueba, en la que todos los miembros de la Comisión de Selección otorgaron voto favorable a todos los concursantes. La Comisión de Selección otorgó a la primera prueba un valor doble que a la segunda. Teniendo en cuenta que, además, esta última prueba no tiene carácter eliminatorio, la falta de calificación numérica individual a cada uno de los candidatos en la primera prueba supone un defecto de valoración que priva de racionalidad a la valoración final del conjunto de las pruebas, a realizar mediante medias o promedios de puntuaciones parciales obtenidas. La Sentencia del TSJ de Castilla y León concluye con un pronunciamiento de nulidad de la resolución impugnada, ordenando la retroacción de las actuaciones a la fase de valoración de la primera prueba practicada, de modo que sea subsanada la falta de motivación.

e) Diferencias injustificadas en la valoración de méritos

La SAN de 9 de marzo de 2000, Ar. 599, estima el recurso interpuesto contra la Orden que convoca pruebas selectivas para el ingreso en la Escala de Técnicos de Gestión de Organismos Autónomos, especialidad de Sanidad y Consumo. Dicha orden establece en las Bases de la convocatoria la posibilidad de que participen en las pruebas los licenciados en Medicina y Cirugía, Farmacia y Veterinaria, que en condiciones de igualdad han de superar la fase de oposición, permitiendo después, en la fase de concurso, que los licenciados en Veterinaria puedan obtener una puntuación más elevada, pues éstos pueden alegar como méritos no sólo la titulación –como ocurre con los aspirantes de otras licenciaturas– sino también las calificaciones obtenidas en la misma.

La AN ordena la anulación del precepto de la Orden de la convocatoria que establece un sistema diferenciado de puntuación para los licenciados y doctores en Farmacia, dado que la Administración convocante no ha ofrecido justificación alguna de la desigualdad de trato, de modo que sea posible determinar si ésta tiene un fundamento lógico y objetivo. En este sentido, señala la AN, si la Administración considera mejor preparados para el desempeño de los puestos convocados a los licenciados en Farmacia, no se entiende por qué permite que concurran a las pruebas quienes tienen otra titulación. Asimismo, la Administración pudo optar por distribuir las plazas en diversas áreas, tal como hizo en la convocatoria para el ingreso en la misma Escala y especialidad en el proceso de consolidación de empleo temporal.

La STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 4652, enjuicia otro supuesto de desigual valoración de méritos, y estima parcialmente el recurso interpuesto por el demandante, anulando la resolución impugnada por falta de valoración del mérito relativo al “trabajo desarrollado según el nivel de complemento de destino del puesto de trabajo desempeñado en la fecha de publicación de la convocatoria”. Mérito cuya valoración aparecía condicionada en otra de las Bases a que el puesto de trabajo “se ocupe en la Administración General del Estado el día de la publicación de esta convocatoria”.

La Administración demandada afirma haber aplicado este último criterio en la puntuación del mérito alegado, circunstancia que es negada por el recurrente. Es cierto que, al publicarse la convocatoria, el actor se encontraba destinado en una Universidad, es decir, en un Ente público independiente de la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia. Ocurre, sin embargo, que la Administración valoró el mérito controvertido a cuatro funcionarias que, en la fecha de publicación de la convocatoria, no prestaban servicio en la Administración General del Estado, sino también en determinados Entes de Derecho Público independientes de ésta.

Por ello, afirma la Sentencia:

“(…) todos debían ser tratados de manera idéntica a la hora de calificar ‘el trabajo desarrollado’, pese a lo cual el órgano de selección estableció un doble criterio para valorar el aludido mérito al no otorgar puntuación alguna al recurrente, violando el principio constitucional que obliga a dispensar un trato igual a todos los concursantes y creando una situación discriminatoria que debe ser reparada”.

f) Motivación. Cuando no viene exigida por las bases de la convocatoria de las pruebas de acceso, la falta de motivación de la calificación otorgada a los ejercicios selectivos no constituye irregularidad alguna de la actuación del Tribunal calificador

La STS de 10 de octubre de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8992, desestima el recurso interpuesto contra la Resolución del Pleno del Tribunal de Cuentas que desestimó el recurso de la actora contra la relación final de aprobados en las pruebas selectivas convocadas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Auditores del Tribunal de Cuentas, así como contra la resolución del mismo órgano por la que se nombraron funcionarios de carrera del mencionado Cuerpo. La actora superó los tres primeros ejercicios y fue suspendida en el cuarto, en el que obtuvo una puntuación de 13,39 puntos, siendo la puntuación mínima exigida de 20 puntos. La actora reclamó una revisión de la calificación y el detalle de la puntuación otorgada a cada uno de los temas desarrollados en el cuarto ejercicio.

Salvo que así venga exigido en las bases de la convocatoria, los Tribunales calificadores no están obligados a fundamentar las calificaciones otorgadas, si bien la resolución que ponga fin al procedimiento selectivo deberá realizar una explicación o motivación complementaria. Del mismo modo, la STS de 10 de octubre de 2000, recuerda que tampoco las bases de la convocatoria exigían detallar la puntuación independiente asignada a cada uno de los temas del ejercicio selectivo. El TS recuerda, además, que el conocimiento de la puntuación asignada a cada uno de los temas expuestos sólo tendría interés si el suspenso derivase de haber obtenido una calificación de cero puntos en alguno de los temas y pese a todo la puntuación global alcanzase el mínimo exigible.

IV. ÓRGANOS DE SELECCIÓN

A) Composición

a) Número y especialización de sus miembros. Personal laboral

Según lo dispuesto por el artículo 11.2 del Real Decreto 223/1984, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado, “en la composición de los Tribunales se velará por el cumplimiento del principio de especialidad, en base al cual al menos la mitad más uno de sus miembros deberá poseer una titulación correspondiente al mismo área de conocimientos que la exigida para el ingreso y la totalidad de los mismos de igual o superior nivel académico”.

En el mismo sentido insistía la Base 70 de la Convocatoria para la provisión de una plaza laboral de Técnico de Normalización Lingüística del Ayuntamiento de Ibiza, pronunciándose sobre la composición predominantemente técnica del Tribunal y la titulación o especialización de sus miembros igual o superior a las exigidas para el acceso a la plaza convocada.

Sin embargo, ninguna de las disposiciones anteriores fueron respetadas en la composición del Tribunal calificador de las pruebas para el acceso a la plaza indicada, ya que no resultó acreditado que ninguno de los actuantes tuviera la titulación correspondiente al área de conocimientos exigida para el ingreso. Tampoco el Tribunal calificador se compuso de los cinco miembros a los que hace referencia el Real Decreto 2223/1984, sino que solamente constaba de cuatro miembros, con ausencia del que corresponde designar a los representantes de los trabajadores.

Por todo ello, la STSJ de Baleares de 2 de noviembre de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 4247, declaró la nulidad radical de las actuaciones seguidas por dicho Tribunal de Selección.

b) Competencias para la propuesta y nombramiento de los representantes sindicales de personal laboral y funcionario. Bolsa de empleo para la selección de funcionarios interinos y personal laboral temporal

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Zamora estima el recurso interpuesto por la representación del sindicato UGT contra el Acuerdo para la aprobación de la Bolsa de Empleo 2000-2001, suscrito por el Ayuntamiento de Toro y el sindicato CCOO, que recoge, entre otros extremos, la constitución de una “Mesa Paritaria de Contrataciones Temporales”. Según consta en el art. 3 del Acuerdo impugnado, dicha Mesa estará integrada por 4 representantes; dos por parte de la Administración y uno más por cada una de las organizaciones sindicales firmantes del Acuerdo, de manera que los representantes de la Administración serán nombrados por el Alcalde y los representantes

sindicales por la Central sindical firmante. Resulta entonces que bajo la denominación de “Mesa Paritaria de Contrataciones Temporales” se configura un verdadero órgano de selección con cierta vocación de permanencia (dos años), cuyas funciones se extienden tanto al personal laboral como al personal funcionario, siempre que se pretenda su selección para la prestación de servicios temporales.

La **SJCA núm. 1 de Zamora de 10 de diciembre de 2001**, Ar. 275 (de 2002), señala que dicha previsión no resulta ajustada al ordenamiento jurídico. Así deriva de la exigencia de que todo órgano de selección acomode su quehacer a los principios de igualdad, mérito y capacidad, para lo que sus miembros deben reunir los requisitos de profesionalidad y especialización adecuados, siendo nombrados por el órgano de gobierno competente al efecto (el Alcalde, en este caso). Pues bien, en el supuesto enjuiciado por la **SJCA núm. 1 de Zamora**, sólo dos de los integrantes del citado órgano de selección son nombrados por el Alcalde, mientras que los otros dos son designados por la única Central sindical firmante del Acuerdo que contempla la creación de la Mesa, sin que en ningún momento se haga referencia alguna a los requisitos de formación o titulación que deben concurrir en los miembros de la misma.

Tal como declara la sentencia ya citada, en los procedimientos para la selección del personal laboral, el nombramiento de las personas llamadas a la baremación de los méritos es competencia del Alcalde, si bien al menos una de ellas “será designada a propuesta de la representación de los trabajadores” (art. 30 del RD 364/1995). En el caso que nos ocupa, la representación de los trabajadores corresponde al Comité de empresa o, al menos, a los sindicatos más representativos con presencia en dicho Comité (art. 6 del Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Toro). No es posible, por tanto, vincular la presencia de los representantes de los trabajadores en un órgano de selección a la determinación de un sindicato, por el mero hecho de que haya suscrito un pacto —relativo a una materia sobre la que la Administración no está obligada a negociar— para la formación de una Bolsa de empleo.

En cuanto a la selección del personal interino, la normativa aplicable no contempla la presencia de representantes sindicales en los órganos constituidos al efecto. No obstante, suponiendo que el Alcalde tuviese a bien nombrar algún representante del personal funcionario como miembro de los órganos de selección, dicha representación correspondería, en el caso del Ayuntamiento de Toro, a los delegados de personal.

B) Discrecionalidad técnica de los órganos de selección. El juicio técnico de los órganos de selección no puede ser revisado únicamente en función de criterios cuantitativos

Es jurisprudencia reiterada la relativa a las limitaciones de control de los juicios técnicos de los órganos de selección en las pruebas de acceso a la función pública, tanto por lo que respecta a las funciones de las Comisiones de Revisión del art. 42 de la LRU, en este caso, como a las propias de los órganos jurisdiccionales. En este sentido, no cabe control de fondo sobre el núcleo de la discrecionalidad técnica. Fuera de este núcleo, los aspectos materiales de la prueba son susceptibles de un control negativo con objeto de comprobar que las propuestas de los órganos selectivos no han quebrantado, por aparta-

miento de los principios de mérito y capacidad, la igualdad de trato a la que tienen derecho los participantes.

En el supuesto que aborda la **STS de 11 de octubre de 1997**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7769, la Comisión evaluadora fijó los criterios de valoración de los méritos a tener en cuenta en el concurso convocado para cubrir una plaza de Profesor Titular, sin determinar la puntuación correspondiente a los diversos méritos. Así las cosas, al margen de los criterios cualitativos, no se dispone de criterios cuantitativos que permitan una comparación de los méritos de cada uno de los concursantes. Dado que el recurrente centra la comparación en criterios únicamente cuantitativos, prescindiendo de aquellos otros de orden cualitativo y omitiendo cualquier consideración sobre las pruebas, la Sentencia citada concluye que:

“Sin un baremo de puntuación de los distintos factores que se establecieron como criterios de evaluación no es posible, en un puro juicio de legalidad, pretender que el solo dato del mayor número de pretendidos méritos, centrado fundamentalmente en más publicaciones y más años de docencia, evidencia por sí solo la mayor capacidad de uno de los concursantes y la mayor idoneidad para la plaza. En esas circunstancias de ambigüedad no existe una base segura con la que poder contrastar el juicio técnico de la Comisión que, como se dijo, constituye un núcleo irrevisible jurisdiccionalmente.”

V. ASPIRANTES NO SELECCIONADOS EN CONVOCATORIAS ANTERIORES. PROCEDIMIENTO DE URGENCIA. LA RELACIÓN DE ASPIRANTES NO SELECCIONADOS EN CONVOCATORIAS ANTERIORES NO TIENE LA CONSIDERACIÓN DE LISTA DE ESPERA PARA SUCESIVAS CONVOCATORIAS. SELECCIÓN DEL PERSONAL INTERINO Y LABORAL TEMPORAL

La **STSJ de Murcia de 13 de octubre de 1999**, Ar. 3620, desestima el recurso interpuesto por la actora contra la Resolución de la Presidencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia que confirmó una Resolución anterior de la Dirección General de la Función pública y de Inspección de los Servicios por la que se denegó el derecho de la actora a ser llamada para cubrir interinamente las vacantes o sustituciones de plazas del Cuerpo Superior de Administradores, teniendo en cuenta que se presentó a una convocatoria realizada con anterioridad para proveer con personal interino tres puestos de trabajo del referido cuerpo, si bien no resultó seleccionada.

La cuestión radica, pues, en determinar si la relación de aspirantes no seleccionados puede ser considerada como una “lista de espera”, tal como pretende la recurrente. En este sentido, el TSJ de Murcia emite un juicio negativo, ya que:

“(…) la finalidad del procedimiento de urgencia es cubrir urgentemente unas plazas en los supuestos contemplados en el art. 21 de la Orden de 27 de marzo de 1995 –Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública por la que se regula la selección del per-

sonal interino y laboral temporal, desarrollando lo establecido por el RD 57/1986, de 27 de junio, sobre Acceso a la Función Pública, Promoción Interna y Provisión de Puestos de Trabajo— y no constituir una ‘lista de espera’ con los aspirantes no seleccionados, a diferencia de lo que ocurre con el ordinario y con el derivado de pruebas selectivas de acceso, según se desprende de lo dispuesto en los arts. 12.2 y 17 de la citada Orden. Así, el art. 25 de la misma dispone que el procedimiento de urgencia concluye con la Resolución definitiva de la comisión de selección en la que figuran: 1) los aspirantes que resulten seleccionados. 2) Y una relación complementaria con el resto de los aspirantes por orden de puntuación que tiene por finalidad permitir seleccionar al amparo del propio art. 25.6, párrafo segundo, de la Orden referida, al resto de los participantes por orden de puntuación en caso de renuncia de los aspirantes seleccionados y no constituir una lista de espera como se establece expresamente por los arts. 12.2 y 17 para los otros dos procedimientos”.

Carrera administrativa

BELÉN MARINA JALVO

Universidad de Alcalá

Sumario:

I. La función de los cuerpos. A) Puestos de trabajo de adscripción indistinta. En un proceso de consolidación de empleo temporal, el acceso a la función pública puede tener lugar mediante la asignación de destinos de cualquier naturaleza orgánica y no implica la adscripción al mismo puesto que se ocupó interinamente. B) Funciones reservadas a funcionarios con habilitación nacional. Impugnación indirecta del RD 1147/1987, que establece el régimen jurídico de los funcionarios de habilitación nacional. C) La reserva de puestos de trabajo a Cuerpos de funcionarios propios y específicos de la Administración autonómica no es contraria al art. 23.2 CE. Movilidad de los funcionarios entre las distintas Administraciones Públicas. D) Puestos de trabajo reservados a Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles. E) Integración de escalafones del personal militar. No vulnera el principio de igualdad. **II. Grupos de titulación.** A) No cabe la exclusión injustificada de titulaciones. Requisitos establecidos en Relación de Puestos de Trabajo. B) Los puestos de trabajo deben ser adscritos al Grupo que corresponda según la titulación exigida para el acceso al Cuerpo de pertenencia del funcionario. **III. Grado personal.** A) La comisión de servicios no permite consolidar el grado personal. B) No es posible la consolidación del grado personal en supuestos de adscripción provisional a un puesto de trabajo. **IV. Promoción interna.** A) El régimen del ascenso a Grupos profesionales distintos no es asimilable al propio del ascenso dentro de un mismo Grupo. Puestos y funciones reservados a funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional. Impugnación del

RD 1174/1987. B) Promoción del personal laboral. No existe obligación de convocar de manera simultánea y en términos análogos las pruebas de ascenso para el personal funcional de oficios y para el personal laboral fijo. **V. Provisión de puestos de trabajo.**

A) Concurso. a) Supuestos de movilidad entre Administraciones. a') La provisión de puestos de trabajo de las Administraciones autonómicas por funcionarios de otras Administraciones viene condicionada a la necesidad de que las relaciones de puestos de trabajo contengan previsiones expresas al respecto. b') Concursos de traslado para la provisión de vacantes. b) Concurso de traslado. Preferencia a favor de los miembros de un Cuerpo que no resulta discriminatoria. c) Concurso de méritos para la provisión de puestos ofrecidos a las promociones de nuevo ingreso. Cuerpo Nacional de Policía.

d) Determinación y valoración de méritos. a') En los procesos selectivos para la provisión de las vacantes por el turno de promoción interna en concursos restringidos, previstos únicamente para las convocatorias territorializadas, limitadas a puestos de trabajo de la Comunidad Autónoma, la valoración como mérito del conocimiento de la lengua oficial de la Comunidad Autónoma tiene una justificación razonable y objetiva. Personal al servicio de la Administración de Justicia. b') Valoración del mérito del conocimiento de lengua propia o Derecho civil especial autonómico en los concursos para la provisión de plazas de jueces o magistrados. c') Nulidad del concurso de méritos para la provisión de puestos de ámbito provincial que no exige ni valora el conocimiento del euskera. d') Duración y fases de los cursos considerados como méritos.

Valoración conjunta. e') Debe ser tenida en cuenta la experiencia profesional adquirida en una anterior relación de carácter laboral. f') Interpretación discriminatoria de baremos de méritos lesiva del derecho de igualdad. e) Comisiones de Valoración.

a') Composición. Las Comisiones de Valoración deben estar compuestas por funcionarios de carrera. Consecuencias derivadas de una constitución defectuosa.

b') Discrecionalidad. La discrecionalidad de las Comisiones de valoración no permite a éstas dejar de valorar los méritos previstos en la convocatoria, alegando dificultad técnica. La antigüedad debe ser valorada computando el plazo posesorio. f) La renuncia de los participantes en un concurso debe producirse con anterioridad a la resolución provisional del mismo. g) La potestad administrativa de autoorganización no ampara la revocación de oficio de la convocatoria y del consiguiente derecho de quienes figura-

ban en la lista de admitidos. B) Concurso específico. a) Carácter discriminatorio de determinados méritos. b) Discrecionalidad técnica de los órganos de valoración.

a') Límites. Vinculación a valoraciones de los mismos méritos realizadas con anterioridad. No es posible dejar de valorar la existencia de los requisitos generales y específicos exigidos para desempeñar un puesto de trabajo. b') El control de los alegatos de la decisión técnica permite apreciar la actuación arbitraria del órgano de selección.

Ausencia de cualquier criterio objetivo en la comprobación y valoración de méritos específicos. C) Libre designación. a) La opción por el sistema de provisión por libre designación debe justificarse por la especial naturaleza de los puestos a cubrir.

b) Provisión por el sistema de libre designación de los puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional. c) Interpretación concorde de Relación de puestos de trabajo y Convenio colectivo que permiten la participación de todo el personal laboral de las Universidades públicas gallegas en los procedimientos para la provisión de determinados puestos de trabajo. d) Supuestos especiales. Magistrados de las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Sistema de libre designación con condicionantes. e) Control jurisdiccional de los aspectos reglados.

f) Cese. a') Pérdida de confianza. Innecesariedad de motivación y de audiencia.

b') El cese discrecional en los puestos de libre designación tiene un límite en el respeto a los derechos fundamentales, pero la carga de la prueba de su vulneración corresponde al interesado. D) Remoción del puesto de trabajo. a) Falta de aptitud o idoneidad. Rendimiento medio. Jueces sustitutos. b) La inamovilidad del Magistrado Suplente supone que su eventual cese o remoción ha de limitarse a los supuestos en que concurre alguna de las causas legalmente establecidas. E) Supresión del puesto de trabajo.

F) Adscripción provisional. a) Cese en puestos de libre designación. a') La garantía de los puestos de trabajo cubiertos por este sistema impide su amortización.

b') Adscripción provisional a puesto diferente. Desviación de poder. Potestad autoorganizativa de la Administración Local. c') Adscripción provisional a puesto de nivel inferior tras cese en puesto ocupado por libre designación. Normativa autonómica.

b) Reingreso al servicio activo de los funcionarios sin reserva del puesto de trabajo. La facultad de adscribir provisionalmente al funcionario excedente al puesto de trabajo vacante no es una potestad discrecional de la Administración, sino una posibilidad reglada condicionada a las necesidades del servicio. G) Comisiones de servicios.

a) Requisitos para la provisión de puestos de trabajo mediante este sistema.

a') Los funcionarios deben reunir los requisitos establecidos por la relación de puestos de trabajo para su desempeño. Cobertura presupuestaria. b') Necesidad urgente e inaplazable. Requisitos del puesto. c') Provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional por funcionarios de distinta categoría. Carácter excepcional. b) Carácter forzoso. Sujeción a límite temporal. c) Cese.

a') El funcionario en comisión de servicios puede ser cesado antes de transcurrido el año de la asignación de la comisión, únicamente en el supuesto del nombramiento de otro funcionario, como titular con carácter definitivo, para el puesto asignado en aquella comisión. b') Carácter discrecional. H) Atribución temporal de funciones. Es una figura distinta de la comisión de servicios, no estando sujeta a límite temporal, sino condicionada a la permanencia de las circunstancias que la motivaron.

I. LA FUNCIÓN DE LOS CUERPOS

A) Puestos de trabajo de adscripción indistinta. En un proceso de consolidación de empleo temporal, el acceso a la función pública puede tener lugar mediante la asignación de destinos de cualquier naturaleza orgánica y no implica la adscripción al mismo puesto que se ocupó interinamente

La SAN de 8 de noviembre de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 71 de 2001, desestima el recurso interpuesto por la actora contra la Resolución por la que fue nombrada funcionaria de carrera de la Escala Auxiliar de Organismos Autónomos en el ámbito de la Dirección General de Policía. A juicio de la demandante, dado que obtuvo un puesto de trabajo en el marco de un proceso de consolidación de empleo temporal en la Dirección General de Policía, debería haber tomado posesión en el mismo puesto que ocupaba interinamente en la mencionada Dirección General y no pertenecer a un Organismo Autónomo sin adscripción a puesto determinado.

Sin embargo, la Resolución impugnada debe ser mantenida en su integridad, pues en las bases de la convocatoria, respetadas por la Administración y aceptadas por los aspirantes, se anunciaba claramente la asignación de destinos en dicha Dirección General, con independencia de la naturaleza orgánica del destino asignado. Por lo demás, según señala el art. 15.2 LMRFP, los puestos de trabajo serán de adscripción indistinta para todos los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de dicha norma. Únicamente podrán adscribirse con carácter exclusivo puestos de trabajo a funcionarios de un determinado Cuerpo o Escala cuando tal adscripción derive necesariamente de la naturaleza y de la función a desempeñar en ellos y así lo determine el Gobierno a propuesta del Ministerio de la Presidencia.

B) Funciones reservadas a funcionarios con habilitación nacional. Impugnación indirecta del RD 1147/1987, que establece el régimen jurídico de los funcionarios de habilitación nacional

La STS de 12 de diciembre de 1998, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 693/1999, desestima el recurso interpuesto contra el Texto Refundido de las Normas Reguladoras de la Estructura Orgánica de la Administración Ejecutiva de los Distritos de Barcelona.

La apelante entiende que tanto las normas señaladas, como el art. 13.2 del RD 1174/1987, de 18 de septiembre, sobre régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, al contemplar la posibilidad de encomendar a funcionarios carentes de habilitación nacional las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, vulneran el principio de jerarquía normativa que consagra el art. 9.3 de la Constitución, puesto que el art. 92 de la Ley de Bases del Régimen Local atribuye en exclusiva dichas funciones a funcionarios con habilitación nacional, por lo que sería necesario que una norma con rango de ley autorizase su delegación, según lo dispuesto por el art. 4 de la LPA.

Sin embargo, según declara el TS, la alegación no puede prosperar:

“(…), pues tanto las atribuciones que confieren las normas municipales organizativas impugnadas, como las que pueden desempeñarse al amparo del art. 13.2 del Real Decreto 1174/1987, debían realizarse por delegación del Secretario General del Ayuntamiento de Barcelona, que es cargo desempeñado por funcionario con habilitación de carácter nacional, de modo que, por los efectos propios de la delegación, las consecuencias jurídicas de la actuación del funcionario que desempeñe aquellas funciones por delegación, en lo que afecte a la responsabilidad, deberán entenderse producidas como si inmediatamente derivasen de la actuación del delegante, es decir, del Secretario General, según ha declarado esta Sala en Sentencias de 4 de diciembre de 1990 (Ar. 10124) y 28 de septiembre de 1994 (Ar. 7347), al conocer de la impugnación directa del mencionado Real Decreto 1174/1987, y en las de 24 de noviembre de 1992 (Ar. 9184), 25 y 26 de febrero de 1993 (Ar. 1191), 15 de abril de 1994 (Ar. 2825) y 12 de junio de 1995 (Ar. 5965), relativas a la impugnación indirecta del mismo Real Decreto y de las aludidas normas municipales hoy impugnadas, hoy refundidas, con lo que aparecen respetadas las prescripciones del art. 92.3.a) de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, que únicamente reserva a los funcionarios con habilitación de carácter nacional la responsabilidad de las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, propias de la Secretaría de la Corporación Local, pero sin prohibir la delegación, sin que, por otra parte, quepa hablar de infracción del art. 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en cuanto que, como se dijo en la citada Sentencia de 4 de diciembre de 1990, la delegación la realiza la Corporación como titular del órgano externo en que se engloba la actuación de esos funcionarios con habilitación nacional, en uso de las potestades autoorganizatorias conferidas por un precepto con rango legal, como es el art. 4 de la Ley de Bases de Régimen Local”.

C) La reserva de puestos de trabajo a Cuerpos de funcionarios propios y específicos de la Administración autonómica no es contraria al art. 23.2 CE. Movilidad de los funcionarios entre las distintas Administraciones Públicas

Es sabido que el derecho consagrado en el art. 23.2 CE juega con un rigor atenuado en la provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido en condiciones de igualdad a la función pública. Puesto que el mérito y la capacidad exigibles han quedado acreditados en el momento del acceso, y dado que el derecho del art. 23.2 CE es de configuración legal, para el posterior desarrollo de la carrera administrativa puede el legislador establecer otros criterios distintos, siempre que estén justificados en la mejor prestación de los servicios o en la protección de otros bienes constitucionales y no introduzcan discriminaciones prohibidas por el art. 23.2 CE. Pues bien, cuando el art. 17.1 LMRFP condiciona la movilidad entre los funcionarios de la Administración estatal y la autonómica a lo dispuesto por las relaciones de puestos de trabajo, está permitiendo, entre otras cosas, que esta última Administración reserve determinados puestos a Cuerpos de funcionarios propios y específicos suyos. Esta reserva persigue un fin constitucionalmente protegible, consistente en que las Comunidades Autónomas puedan ejercer sus competencias en materia de organización de su función pública, por lo que no implica lesión alguna del art. 23.2 CE.

Por todo lo expuesto, la **STC 156/1998, de 13 de julio**, Sala Segunda (recurso de amparo 3455/1995) concluye que:

“(…) el acto administrativo por el que se excluyó al ahora recurrente del concurso para la provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Guardería Forestal de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por no tener la condición de funcionario de esta Administración Autonómica no vulnera el art. 23.2 CE. Esta resolución se limitó a aplicar lo dispuesto en la Relación de Puestos de Trabajo, donde expresamente se reserva el desempeño de estos puestos de trabajo a los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Guardería Forestal de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; reserva que, como se ha señalado, no puede considerarse contraria al derecho fundamental a acceder a la función pública en condiciones de igualdad, ya que esta decisión constituye una manifestación del ejercicio de las competencias que en materia de organización de su propia función pública corresponde a esta Comunidad Autónoma”.

D) Puestos de trabajo reservados a Notarios Y Registradores de la Propiedad y Mercantiles

La **STS de 24 de octubre de 2000**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9220, desestima el recurso interpuesto contra el RD 1786/1997, sobre Régimen Jurídico de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado, dictado en desarrollo de la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que estableció una reserva de diez plazas en la mencionada Dirección General a cubrir, mediante concurso de méritos, por Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

El recurrente, Corredor de Comercio Colegiado, fundamenta la pretensión de nulidad del RD 1786/1997 en la vulneración por dicha norma del principio de reserva de ley en materia de función pública, de los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas, así como principio de imparcialidad que debe presidir el ejercicio de las funciones públicas y la reserva constitucional de éstas a favor de funcionarios.

Ninguna de las pretensiones formuladas por el demandante pueden prosperar ya que, según aclara la STS de 24 de octubre de 2000, la Ley 13/1996 no crea un nuevo Cuerpo de funcionarios sino puestos de trabajo para Cuerpos de funcionarios ya existentes, con un régimen estatutario específico respetuoso de la exigencia de reserva de ley (Ley del Notariado, Ley Hipotecaria y Reglamento Hipotecario). Dado que notarios y registradores son funcionarios, el concurso de méritos previsto no constituye un sistema de acceso a la función pública sino de provisión de puestos de trabajo. Por lo demás, los méritos a valorar en dicho concurso son fácilmente identificables, pues están relacionados con las materias propias de las tareas a realizar en los mencionados puestos.

Por todo ello, la sentencia comentada concluye señalando que no cabe efectuar tacha alguna de arbitrariedad a la reserva de plazas a favor de Notarios y Registradores establecida por el RD 1786/1997.

E) Integración de escalafones del personal militar. No vulnera el principio de igualdad

La STS de 28 de septiembre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9020, desestima el recurso de casación interpuesto contra Sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria del recurso contra unas Órdenes Ministeriales de la Administración Militar que aprueban los escalafones definitivos del personal militar profesional. El recurrente impugnó las citadas Órdenes Ministeriales, elaboradas conforme a la Ley 17/1989 y al Real Decreto 1637/1990, alegando que el sistema de integración establecido por las mismas resulta contrario al principio de igualdad del art. 14 de la Constitución.

Señala la Sala que el sistema de integración contemplado por las Órdenes impugnadas, tomando en consideración el empleo y orden de escalafón que tengan los componentes de las escalas integradas (orden en la escala de origen en el momento de la integración y el tiempo de servicios cumplidos desde el acceso a la misma), no contradice el principio de igualdad, pues dicha integración aparece establecida con criterio de generalidad y abstracción para todos los componentes de esas escalas. Tampoco puede prosperar la pretensión del recurrente de comparación con otras regulaciones anteriores y posteriores, ya que el legislador no queda vinculado por las mismas y pertenece a su soberanía establecer nuevos regímenes estatutarios que, si así se considera por razones de oportunidad, pueden ser distintos para los diferentes Cuerpos de funcionarios. Y ello, porque, en definitiva, no existe un derecho adquirido que permita a los funcionarios mantener indefinidamente inalterada su situación anterior.

II. GRUPOS DE TITULACIÓN

A) No cabe la exclusión injustificada de titulaciones. Requisitos establecidos en Relación de Puestos de Trabajo

La STSJ de Aragón de 24 de enero de 2001, Ar. 713, enjuicia el recurso interpuesto contra la Orden por la que se convocó la provisión por el sistema de libre designación del puesto de Jefe de servicio de Espacios Naturales Protegidos, Caza y Pesca, reservado a Ingenieros de Montes, tal como estaba previsto en la Relación de Puestos de Trabajo.

La STSJ de Aragón estima parcialmente el recurso, anulando la resolución recurrida por entender que no existe justificación de la opción por la titulación de Ingeniero de Montes con exclusión de otras, ya que de la descripción de las funciones del puesto en cuestión no puede deducirse falta de idoneidad para el desempeño por otros titulados (en Biología, como es el caso de la recurrente). En este caso, la Administración convocante había tenido en cuenta sólo una parte del cometido funcional del puesto para determinar su adscripción exclusiva a los Ingenieros de Montes.

B) Los puestos de trabajo deben ser adscritos al Grupo que corresponda según la titulación exigida para el acceso al Cuerpo de pertenencia del funcionario

El Grupo de adscripción de un puesto de trabajo viene determinado por la titulación exigida para el acceso al Cuerpo al que pertenece el funcionario. De lo contrario, tal como señala la STSJ de Madrid de 9 de junio de 2001, Ar. 218, si no se respeta esta vinculación se rompe la lógica unidad de Escala, que ha de ser el término de referencia para decidir la inclusión de la misma en uno de los Grupos de clasificación regulados por el art. 25 de la LMRFP.

La STS de 5 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1875, estima el recurso de casación en interés de ley interpuesto contra una Sentencia del TSJ de Andalucía que declaró el derecho de una funcionaria a ser incluida en el Grupo D. Dicha funcionaria ingresó como Auxiliar de Clínica en un momento en que la titulación exigida a tal efecto era el Certificado de escolaridad, mientras que, en la actualidad, para el acceso al Grupo D se exige el Título de Formación Profesional de Primer Grado (rama sanitaria). El principal argumento en que se basa el pronunciamiento estimatorio del TSJ de Andalucía es que del art. 25 LMRFP se deduce que el objeto de clasificación no son los funcionarios o sus puestos de trabajo, sino los cuerpos, escalas, clases o categorías.

A diferencia de lo anterior, el TS señala que del art. 25 LMRFP se extrae que lo esencial para el reconocimiento del correspondiente grupo es la titulación exigida para el ingreso. Una interpretación finalista y sistemática del precepto mencionado exige tener en cuenta la función que corresponde a los grupos de clasificación, así como las consecuencias que otros preceptos hacen derivar de esa clasificación. En este sentido, tales gru-

pos constituyen un mecanismo de ponderación del mérito y la capacidad en la Función Pública, diversificando a sus componentes según el nivel de titulación que les fue exigido a su ingreso. Además, el grupo de clasificación sirve para determinar la cuantía de determinados elementos que integran las retribuciones básicas de los funcionarios (arts. 23 y 24 LMRFP).

En definitiva, la vinculación entre grupo, titulación y retribución básica aparece unida a la necesidad de asegurar que el nivel de titulación exigido a cada funcionario reciba en todo caso la misma valoración a efectos retributivos, por lo que sería discriminatorio que funcionarios con la misma titulación exigida para su ingreso percibieran diferentes cuantías del concepto retributivo que precisamente pondera ese requisito de la titulación y no otro.

III. GRADO PERSONAL

A) La comisión de servicios no permite consolidar el grado personal

La STSJ de Cantabria de 8 de mayo de 2000, Ar. 1243, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto anulando una Resolución del Director General de la Función Pública que denegaba la solicitud relativa a abono de diferencias salariales en el Complemento de Destino y Consolidación del grado personal como consecuencia del efectivo desempeño de los puestos de trabajo como Jefe de Negociado de Personal y Organización del recurrente. No obstante, no se reconoce la consolidación del grado personal porque la legislación vigente distingue, a los efectos de consolidación del grado personal, entre el desempeño definitivo o en posesión de un puesto de trabajo obtenido mediante un mecanismo normal de provisión, que permite asegurar el grado, y el ejercicio provisional de un puesto de trabajo a través de la comisión de servicio, insuficiente para consolidar el grado personal (FJ 51º).

B) No es posible la consolidación del grado personal en supuestos de adscripción provisional a un puesto de trabajo

La STS de 6 de marzo de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1572, señala que las condiciones establecidas para la consolidación del grado personal en los supuestos de desempeño de un puesto de trabajo en comisión de servicios son aplicables también a las situaciones de adscripción provisional a un puesto de trabajo. En este sentido, la sentencia comentada se remite a pronunciamientos anteriores conforme a los cuales el desempeño de un puesto de trabajo en comisión de servicios permite la consolidación del grado correspondiente al nivel del puesto de trabajo del que proviene el funcionario y, sólo excepcionalmente, se atenderá al nivel del puesto de trabajo desempeñado en comisión de servicios cuando éste se ocupe como destino definitivo obtenido a través de concurso o libre designación. De otro modo, la asignación de grados personales se realizaría al margen de los principios de mérito y capacidad.

IV. PROMOCIÓN INTERNA

A) El régimen del ascenso a Grupos profesionales distintos no es asimilable al propio del ascenso dentro de un mismo Grupo. Puestos y funciones reservados a funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional. Impugnación del RD 1174/1987

La STS de 27 de noviembre de 1997, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8669, resuelve el recurso interpuesto contra determinados artículos (Disposición Transitoria Primera, 7.2, 13.2, 17.2, 18.3 y 4, 42.2, 34 y 23) del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, sobre Régimen Jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Dado que dicha norma ha sido con anterioridad objeto de varios recursos, tanto de impugnación directa como indirecta, resueltos por esta misma Sala, por exigencias de unidad de doctrina, en los puntos de coincidencia (todos, excepto los arts. 7.2 y 23 del RD 1174/1987), la Sentencia indicada se remite a la doctrina proclamada en la Sentencia de 4 de diciembre de 1990 (Ar. 10124).

En cuanto a la impugnación del art. 23 del Real Decreto 1174/1987, que se estima discriminatorio en relación con el art. 24, dado que para la Subescala de Secretario-Interventor no se reconoce la misma posibilidad de promoción que para las de Secretario y de Intervención-Tesorería, de forma que los funcionarios de la primera, para ascender en su carrera administrativa, deben superar una oposición o concurso-oposición, mientras que los de las otras escalas disponen de los procedimientos previstos en el art. 24. Esta tesis resulta inaceptable, puesto que parte:

“(…) de la identificación de dos supuestos disímiles, para sostener que la diferencia es discriminatoria, cuando siendo supuestos distintos los de ascenso de categoría dentro de una subescala, sin cambiar de Grupo profesional, y de promoción de una subescala a otra superior, con cambio consecuente de Grupo, no hay razón para que el mecanismo del primero deba trasladarse al segundo, lo que supondría trato igual de casos desiguales”.

B) Promoción del personal laboral. No existe obligación de convocar de manera simultánea y en términos análogos las pruebas de ascenso para el personal funcionario de oficios y para el personal laboral fijo

La STS de 25 de octubre de 1997, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9246, resuelve estimar el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 12 de febrero de 1992, que anuló la convocatoria de pruebas selectivas para ascenso entre personal fijo laboral por no contener una previsión análoga para el personal funcionario.

Al respecto, es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a las amplias facultades que el ordenamiento concede a las Administraciones Públicas para optar por una organización funcional o laboral (Doctrina contenida en numerosas Sentencias

entre las que destacan las SSTC 293/1993 y 302/1993). Ese mismo margen de decisión permite a las Administraciones Públicas concretar las particularidades del *status* de cada uno de los tipos del personal a su servicio (así lo han establecido las SSTC 50/1986, 57/1990 y 293/1993). Es evidente que el ejercicio de tales potestades organizativas ha de derivar en diferencias profundas e inevitables entre los regímenes jurídicos propios de uno y otro tipo de personal.

Sin embargo, por inevitable que sea la tensión entre el ejercicio de las citadas facultades organizativas y el derecho a la igualdad, este último no puede entenderse vulnerado con carácter general, pues lejos de tratarse de una diferencia carente de justificación objetiva y razonable (STC 153/1994), la desigualdad de regímenes jurídicos aplicables al personal funcionario y laboral es una creación del Derecho (STC 7/1984). No es posible, por tanto, tratar de asimilar situaciones normativamente diferenciadas. Razón por la cual, la eventual discriminación únicamente podrá darse cuando la Administración aplique criterios de diferenciación no objetivos ni generales (SSTC 68/1989, 77/1990, 48/1992, 293/1993, 82/1994, 236/1994 y 237/1994).

En definitiva, la contratación laboral no se encuentra sujeta a los mismos requisitos de mérito y capacidad que operan, si bien con distinto rigor, en el acceso a la función pública y en el ulterior desarrollo de la carrera administrativa.

“La diferenciación marca para siempre el futuro desarrollo de una y otra prestación, sin que pueda haber trasvase de técnicas de una a otra y sin que las expectativas que se generen en una de ellas puedan exigirse en la que no las ha generado, transitoria o permanentemente, simplemente porque ningún precepto legal así lo dispone y porque ello iría contra las atribuciones organizativas de los Ayuntamientos (...)” En contraste con la Sentencia objeto del recurso (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 12 de febrero de 1992), la dictada anteriormente por la misma Sala en 11 de julio de 1989 muestra la buena doctrina, desestimando la pretensión de anular la convocatoria de las pruebas selectivas y afirmando que “es innecesario recordar cuál es la interpretación que el Tribunal Constitucional ofrece entre personal laboral y funcional, o sobre la intercambiabilidad de sus situaciones, lo que conduce a que no puedan establecerse convocatorias que permitan el acceso a ambos colectivos”.

V. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

A) Concurso

a) Supuestos de movilidad entre Administraciones

- a') La provisión de puestos de trabajo de las Administraciones autonómicas por funcionarios de otras Administraciones viene condicionada a la necesidad de que las relaciones de puestos de trabajo contengan previsiones expresas al respecto

Con el fin de lograr una mejor utilización de los recursos humanos en las Administraciones Públicas, el art. 17 de la LMRFP contempla la posibilidad de que los

puestos de trabajo de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas puedan ser cubiertos por funcionarios que pertenezcan a cualquiera de estas Administraciones, “de acuerdo con lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo”. Este precepto tiene carácter básico (art. 1.3 LMRFP) y es, por ello, aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas. Por esta razón, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de octubre de 1993 anuló las Resoluciones de la Dirección General de la Función Pública de la Generalidad Valenciana por las que se convocaban concursos de méritos permitiendo la participación de funcionarios de otras Administraciones, sin respetar el requisito de la correspondiente previsión en las relaciones de puestos de trabajos, desconociendo así la exigencia expresa al respecto del art. 9.6 del texto Refundido de la Ley de la Función Pública Valenciana.

Interpuesto recurso de casación en interés de ley contra la Sentencia citada, la **STS de 14 de octubre de 1997**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7534, lo desestima, remitiéndose, por exigencia de la unidad de doctrina, a la Sentencia de la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1994, Ar. 4240, señalando que el art. 17 LMRFP:

“(…) viene así a condicionar la movilidad entre Administraciones a que cada una de éstas haya previsto, en el instrumento de ordenación de la función pública que constituye la relación de puestos de trabajo, conforme al contenido de tales relaciones. (...) El artículo 17 de la Ley 30/1984, no confiere un derecho a los funcionarios de la Administración del Estado inmediata e incondicionalmente ejercitable, sino que les otorga la posibilidad de acceder a puestos de trabajo de la Administración de las Comunidades Autónomas en tanto en cuanto las relaciones de puestos de trabajo de la función pública de estas últimas Administraciones contengan expresa previsión al respecto”.

b') Concursos de traslado para la provisión de vacantes

La **STSJ de País Vasco de 10 de abril de 2000**, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden de 30 de diciembre de 1996 del Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco que convocó concurso de traslados de funcionarios del Cuerpo de Agentes de la Administración de Justicia para la provisión de vacantes en Juzgados y Tribunales de la Comunidad Autónoma, sin incluir en el mismo todas las vacantes existentes en la citada fecha. La Sala señala que del ordenamiento jurídico vigente no se desprende que en todos los concursos de traslados deban incluirse la totalidad de las vacantes existentes en ese momento; pero el margen de decisión administrativa está limitada entre la obligación de convocar pruebas selectivas al menos una vez al año, en la que deben incluirse todas las vacantes no cubiertas por el de concurso de traslados, y por la posibilidad de no incluir vacantes que vayan a ser amortizadas o modificadas, lo que explica el mecanismo de colaboración administrativa (previo acuerdo) que establece el art. 54.1, párrafo 2, *in fine*, del ROOAA, en cuanto a la determinación de las vacantes que deben incluirse en la convocatoria (se determinan por la Comunidad Autónoma, previo acuerdo con el Ministerio de Justicia).

b) Concurso de traslado. Preferencia a favor de los miembros de un Cuerpo que no resulta discriminatoria

La STS de 4 de junio de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7426, ha señalado que el derecho de preferencia establecido en la Disposición Transitoria del Real Decreto 429/1988, que trae causa de la Disposición Transitoria Vigésima Primera de la LOPJ, en cuya virtud los Secretarios procedentes de la Jurisdicción de Trabajo tendrán preferencia, mientras permanezcan en órganos del orden jurisdiccional laboral, para ocupar las plazas de las Secretarías de los Juzgados de lo Social y en las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional o Tribunales Superiores de Justicia, no vulnera los arts. 14 y 23.2 de la Constitución.

Frente a la pretensión del recurrente, a juicio de la Sala, la norma citada, que determinó la resolución del concurso de traslado impugnado, no produce entre los Secretarios procedentes de la Jurisdicción de Trabajo no especializados en el Cuerpo de Secretarios ni en los demás Secretarios Judiciales ninguna situación de desigualdad contraria a los preceptos constitucionales mencionados. La preferencia cuestionada resulta justificada por la distinta procedencia y formación de los miembros de un Cuerpo respecto al cual se ha ordenado su integración en el Cuerpo de Secretarios Judiciales y a los que el legislador respeta unas expectativas de traslado a partir de dicha integración. Por añadidura, recuerda la Sala que los Cuerpos y Escalas del personal al servicio de las Administraciones Públicas son estructuras de creación legal, por lo que la constatación de diferencias entre unos y otros no determina sin más vulneración del derecho de igualdad ante la ley ni tampoco altera el estatuto básico de deberes y derechos del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

c) Concurso de méritos para la provisión de puestos ofrecidos a las promociones de nuevo ingreso. Cuerpo Nacional de Policía

En virtud del art. 16 del RD 997/1989, por el que se aprueba el Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo de la Dirección General de Policía, por regla general, cada año deben ser convocadas las vacantes resultantes del concurso o concursos del año anterior, o las que entre éstas estime el Director General, que serán ofrecidas a las promociones de nuevo ingreso. Excepcionalmente, podrán ser ofrecidos a las promociones de nuevo ingreso otros puestos de trabajo (no necesariamente vacantes del año anterior), siempre que concurran las oportunas necesidades del servicio y se dé conocimiento de ello a la Comisión de Personal del Consejo de Policía.

La STSJ de Baleares de 3 de noviembre de 2000, Ar. 126 de 2001, estima el recurso dirigido contra la Resolución que convocó un concurso para la provisión de puestos por funcionarios de nuevo ingreso, haciendo uso de la posibilidad excepcional contemplada por el art. 16 del RD 997/1989. El pronunciamiento de nulidad de la Resolución impugnada se basa en dos motivos. Por un lado, en el hecho de que no se puso en conocimiento previo de la Comisión de Personal del Consejo de Policía. Por otro lado, si bien la Administración convocante ofreció a los funcionarios de nuevo ingreso plazas que no habían quedado vacantes en el anterior concurso por considerar la provisión de los puestos afectados “más preteritoria atendiendo al movimiento de personal producido (...), y

todo ello para una mejor cobertura de las necesidades del servicio”, lo cierto es que en el expediente no consta la debida justificación de las necesidades invocadas, por más que éstas constituyan un concepto jurídico indeterminado. Además, aunque la cobertura de dichos puestos resultase realmente urgente o perentoria, la necesidad podría haber sido atendida igualmente ofreciendo dichos puestos a todos los funcionarios, sin hacer uso de la excepción mencionada.

También la STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2001, Ar. 1319, estima el recurso interpuesto contra la Resolución que resolvió un concurso general de méritos para la provisión de plazas vacantes que no habían sido ofertadas en un concurso anterior, sin que la Administración convocante justificase la concurrencia de las circunstancias excepcionales que habilitaban tal modo de proceder.

d) Determinación y valoración de méritos

a') En los procesos selectivos para la provisión de las vacantes por el turno de promoción interna en concursos restringidos, previstos únicamente para las convocatorias territorializadas, limitadas a puestos de trabajo de la Comunidad Autónoma, la valoración como mérito del conocimiento de la lengua oficial de la Comunidad Autónoma tiene una justificación razonable y objetiva. Personal al servicio de la Administración de Justicia

La STS de 16 de junio de 1998, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 5626, desestima el recurso interpuesto contra los arts. 5.4, 11.4 y 20.4, en relación con la Disposición Adicional Segunda, del Reglamento Orgánico de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia, aprobado por el Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, en los que se dispone que en los concursos para la provisión de plazas de Oficiales, Auxiliares y Agentes al servicio de la Administración de Justicia por promoción interna y en las convocatorias territorializadas que se lleven a cabo en las Comunidades Autónomas que tengan lengua oficial propia y que han recibido los correspondientes trasposos, el conocimiento de la misma se valorará hasta un máximo de seis puntos.

El Tribunal Supremo, remitiéndose a su Sentencia de 13 de abril de 1998, señala respecto de la alegada vulneración del art. 471 de la LOPJ que:

“(…) las convocatorias territorializadas de promoción interna en concurso restringido suponen una conjugación de los arts. 471 y 491.2 de la LOPJ, conjunción con la que se establece el título legal de habilitación de los preceptos reglamentarios discutidos, al tiempo que se sientan las bases adecuadas para poder rechazar la imputación de desigualdad.

El art. 491.2 de la LOPJ permite las convocatorias territorializadas, siendo una consecuencia inmediata de la territorialización el que los momentos, jurídicamente distintos, de ingreso en los Cuerpos nacionales y de provisión de plazas se aproximan, hasta fundirse prácticamente en uno solo, pudiendo ya operar en esa fusión el art. 471 LOPJ, como título

lo legal de habilitación al Reglamento para la valoración como mérito del conocimiento del idioma”.

Dado que, conforme al art. 391.2 de la LOPJ, la territorialización determina que se agrupen las vacantes de uno o varios territorios y que el aspirante debe optar por uno de los ámbitos territoriales señalados en la convocatoria, el Tribunal Supremo añade que:

“(…) aunque el ingreso lo sea a un Cuerpo nacional y la prueba de selección sea única, a resolver por un Tribunal asimismo único, en realidad las vías de ingreso se diversifican por el hecho de la territorialización, al tiempo que ésta determina una inmediata fusión entre los fenómenos del ingreso en el Cuerpo y de provisión de las plazas, volatilizándose el ingrediente de abstracción del ingreso en el Cuerpo, y prevaleciendo el de provisión de la plaza, pues aquel ingreso de antemano está preordenado a la provisión de las plazas de un determinado ámbito. Es precisamente la primacía real del elemento de la provisión de las plazas en la fusión jurídica de los arts. 471 y 491.2 de la LOPJ lo que permite, y justifica, que la previsión del primero pueda desplegar su virtualidad en las convocatorias territorializadas”.

Por último, en relación con la pretendida discriminación esgrimida por los recurrentes, el Tribunal supremo estima que:

“Limitada la funcionalidad del mérito especial discutido sólo al ámbito de las Comunidades Autónomas con idioma especial propio, el hecho de que en ese ámbito se considere como mérito el conocimiento del idioma para la provisión de plazas del mismo (que es, no se olvide ingrediente especial del fenómeno de la territorialización), tiene cobertura legal en el art. 471 de la LOPJ, y no lesiona el principio de igualdad, pues dentro de ese limitado ámbito es razonable que se valore especialmente el conocimiento del idioma, como mérito.”

b') Valoración del mérito del conocimiento de lengua propia o Derecho civil especial autonómico en los concursos para la provisión de plazas de jueces o magistrados

La **STS de 30 de enero de 2001**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 215, desestima el recurso interpuesto por la Asociación Profesional de la Magistratura contra el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 25 de febrero de 1998. Dicho Acuerdo modificó el Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial, en lo relativo a la valoración del idioma y del Derecho civil especial o foral como mérito preferente en los concursos para los órganos jurisdiccionales en las Comunidades Autónomas.

El recurso contra el citado Acuerdo se funda en tres motivos básicos. En primer lugar, falta de concreción del nivel de conocimientos suficiente para acreditar los méritos correspondientes al conocimiento de la lengua y del Derecho civil propios de las Comunidades Autónomas. En segundo lugar, estima que el contenido del Acuerdo vulnera el derecho del art. 23 CE por no establecer diferencias entre determinados jueces y magistrados. En tercer lugar, entiende que se establece una nueva modalidad de magistrado especialista, alterando el sistema de pruebas previsto en la LOPJ para adquirirla.

El primer motivo resulta rechazado por el TS. No cabe alegar falta de concreción en el citado Acuerdo cuando la Ley no la exige. Además, es preciso diferenciar entre la valoración de los conocimientos de idioma y de Derecho civil especial y la virtualidad que ha de darse a dichos méritos en los concursos de provisión de vacantes. La segunda tarea es la que tiene incidencia efectiva sobre el estatuto de juez o magistrado y es, por ello, realizada por el CGPJ. La primera de las tareas entraña una labor de valoración técnica, académica o científica cuya valoración es ajena a las competencias del CGPJ y es por ello remitida a la institución competente para expedir el título o certificación oficial correspondiente. Sobre este aspecto, no es posible fijar un criterio único aplicable a todas las Comunidades Autónomas, puesto que en cada una de ellas el proceso de normalización lingüística presenta características particulares.

También el segundo motivo es rechazado. La alegada infracción del derecho de igualdad pretende fundarse en la falta de distinciones entre los distintos supuestos: jueces y magistrados que lleven ya algún tiempo en las Comunidades Autónomas donde opera el mérito del conocimiento de la lengua o del Derecho civil especial, aquellos otros que vayan a ocupar órganos en los que no se conozca de pleitos sometidos al Derecho civil especial y los casos de Comunidades Autónomas donde se establece la implantación generalizada del mérito, sin distinguir entre los lugares del territorio en que no se aplica el Derecho civil (se cita el caso de el País Vasco). Sobre el particular, el TS señala que los preceptos del Acuerdo controvertido han tratado de equilibrar las exigencias del proceso de normalización lingüística y las necesidades de quienes residan en el territorio autonómico. Ese equilibrio se ha plasmado de forma razonable, sin desconocer los intereses de jueces y magistrados. Pues los jueces y magistrados destinados en Comunidades Autónomas donde operan los citados méritos de conocimiento de idioma y Derecho civil especial, pueden mantener su destino. Además, dicho mérito tiene un valor relativo y no excluyente en los concursos de traslado. Por otra parte, no resulta injustificado que se fomente el conocimiento de la lengua y del Derecho civil especial en el caso de los jueces o magistrados que piensen permanecer durante largo tiempo en una determinada Comunidad Autónoma.

Idéntica suerte corre el tercer motivo indicado, dado que la valoración como mérito de los conocimientos de idioma y de Derecho civil especial es un mandato de la LOPJ. Por ello, el Acuerdo impugnado en nada innova dicha norma ni altera el modelo de pruebas establecidas para adquirir la condición de magistrado especialista.

c') Nulidad del concurso de méritos para la provisión de puestos de ámbito provincial que no exige ni valora el conocimiento del euskera

La STSJ de Navarra de 20 de diciembre de 2000, Ar. 176 de 2001, anula la Resolución por la que se convocó concurso de méritos para la provisión mediante comisión de servicios de puestos de especialista del Centro de Recursos para Educación Especial de Navarra. Para ninguno de estos puestos, itinerantes de carácter provincial, se exigía ni se valoraba como mérito el conocimiento del euskera.

La Administración convocante, desconociendo el principio de territorialidad que inspira la regulación del uso del euskera en Navarra, actuó como si se tratase de la provisión de puestos en la zona no vascófona de Navarra. En definitiva, la convocatoria impugnada y anulada por la Sentencia citada no ha ponderado de forma proporcionada el ámbito territorial de los puestos ofrecidos, es decir, el porcentaje de Centros de Enseñanza Primaria en los que está implantado el modelo D, ni ha valorado la conveniencia o necesidad del conocimiento del euskera en relación con las funciones asignadas a dichos puestos. Al no haber exigido el conocimiento de dicha lengua para la provisión de al menos una sexta parte de los puestos y no haber valorado este mismo mérito para el acceso a las demás plazas, la convocatoria vulneró el derecho de los vascófonos a utilizar y ser atendidos en ese idioma en sus relaciones con la Administración educativa en sus respectivos ámbitos territoriales (arts. 6 y 10 de la Ley Foral 18/1986).

d') Duración y fases de los cursos considerados como méritos. Valoración conjunta

La Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía convocó un concurso para la provisión de plazas de Catedráticos de los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria, Escuelas Oficiales de Idiomas y Artes Gráficas y Diseño. El baremo del Anexo III de la Orden de convocatoria del concurso, relativo a “Cursos de Formación y Perfeccionamiento”, distinguía, a efectos de su puntuación, entre cursos de duración no inferior a treinta horas ni superior a cien horas y cursos de duración superior a cien horas. En aplicación del baremo señalado, el recurrente, que había impartido las tutorías en las prácticas del Curso de Aptitud Pedagógica durante los cursos académicos 1988/1989 y 1989/1990, por espacio de noventa horas en cada uno de ellos, encargándose también de los módulos teóricos de Didáctica Especial, de treinta horas de duración cada uno y dentro de los citados Cursos de Aptitud Pedagógica, obtuvo la valoración correspondiente a dos cursos de duración inferior a cien horas.

Sin embargo, no cabe sostener dicha postura atendiendo a la norma reguladora de los Cursos de Aptitud Pedagógica, la Orden de 11 de diciembre de 1985. Pues, si bien la citada Orden contempla dentro de dichos cursos una fase práctica de noventa horas de duración, y una fase teórica, con duración de treinta horas, los alumnos obtienen un único certificado por la realización de dicho Curso, con la calificación correspondiente a la media aritmética de las fases práctica y teórica.

Dada la consideración inescindible de las fases que integran los Cursos de Aptitud Pedagógica, la **STSJ de Andalucía de 3 de diciembre de 1998**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 4700, declara el derecho del recurrente a la valoración de los cursos por él impartidos como dos cursos de duración superior a cien horas.

e') Debe ser tenida en cuenta la experiencia profesional adquirida en una anterior relación de carácter laboral

En el caso enjuiciado por la **SJC (Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo) núm. 5 de Madrid de 6 de noviembre de 2000**, Ar. 418, la Comisión de Valoración no tuvo en cuenta los méritos alegados por el actor, que acreditó haberlos obtenido en una

anterior relación laboral. Dado que dichos méritos específicos eran contemplados por las bases de la convocatoria como adecuados a las características del puesto de trabajo y determinantes de la idoneidad necesaria para el desempeño del mismo, el hecho de que los méritos en cuestión deriven de una relación laboral no autoriza a la Comisión de Valoración a apartarse de las bases del concurso. Por las razones expuestas, el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo anula la resolución por la que se declaró desierta una plaza a la que había optado el actor.

f") Interpretación discriminatoria de baremos de méritos lesiva del derecho de igualdad

La **STC 99/1999, de 31 de mayo**, BOE de 29 de junio, Sala Primera (recurso de amparo), concede amparo en el recurso interpuesto contra la Sentencia de 31 de diciembre de 1994 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que resolvió el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de 3 de agosto de 1990 de la Dirección General de la Función Pública, que desestimó el recurso de reposición contra la Orden de 25 de mayo de 1990, de la Consejería de Administración Pública e Interior, que resolvió el concurso de méritos para la provisión, entre otros, del puesto de Jefe de Servicio de Medicina Interna del Hospital General de Murcia.

Según la Orden de convocatoria del mencionado concurso, podrían concurrir a la plaza convocada, además de los funcionarios de carrera de las distintas Administraciones Públicas, el personal estatutario de la Seguridad Social vinculado a ésta con carácter definitivo. Asimismo, en el baremo de méritos de dicha orden se contemplaba una puntuación de hasta tres puntos “por haber consolidado un grado personal igual o superior al nivel de complemento de destino del puesto que se solicita”. El ahora recurrente, personal estatutario al servicio del INSALUD, no obtuvo puntuación en el apartado del baremo de méritos relativos al grado personal ni, por ello, obtuvo la plaza de Jefe de Servicio de Medicina Interna. La Comisión de Selección justificó tal falta de puntuación por entender que entre el personal estatutario no estaba prevista la consolidación del grado personal en los términos establecidos por los arts. 20.1.a) y 21.2 de la Ley 30/1984. Sin embargo, esta constatación no impidió a la Comisión valorar la posesión de grado personal respecto del personal laboral fijo, estimando consolidado al menos el nivel de puesto base por el transcurso de dos años desde la adquisición de la condición de laboral fijo en la categoría o escala de pertenencia.

El Tribunal Constitucional advierte que la Comisión de selección, dejando de puntuar al recurrente en el baremo referido a la posesión de determinado grado personal, ha efectuado una interpretación discriminatoria y, por tanto, lesiva del derecho consagrado en el art. 23.2 CE. Pues:

“No es razonable que, abierta la convocatoria al personal funcionario, al personal laboral fijo y al personal estatutario de la Seguridad Social, al interpretar las bases y el baremo no se tenga en cuenta el diferente régimen jurídico sustantivo de dichos colectivos, de tal

suerte que se coloca en una situación desventajosa al personal estatutario frente a los funcionarios públicos y al personal laboral fijo, al no valorar al personal estatutario de la Seguridad Social en uno de los apartados del baremo de méritos (en lo relativo al “grado personal”) cuando ello es perfectamente posible mediante una interpretación más acorde con el principio de igualdad del referido apartado, como se ha hecho en relación con el personal laboral fijo. Dicho de otro modo, la Comisión de Selección aplicó un criterio material o sustantivo en relación con el personal laboral fijo, entendiendo que, si bien la institución del grado personal no se contempla en la normativa laboral, cabe puntuar por el referido apartado a dicho personal, considerando el desempeño del puesto de trabajo durante dos años desde la adquisición de la condición de laboral fijo como equivalente a la consolidación de un grado personal, habida cuenta que el grado personal (de los funcionarios públicos) se consolida por el desempeño de un puesto durante dos años continuados o tres con interrupción. Sin embargo, en relación con el personal estatutario de la Seguridad Social y respecto de ese mismo apartado del baremo de méritos mantuvo un criterio formalista, y ello a pesar de que el régimen jurídico aplicable a este tipo de personal guarda mayor similitud con el régimen funcional que el que puede existir entre éste y el régimen laboral. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el recurrente, personal estatutario de la Seguridad Social, venía ocupando con carácter definitivo un puesto de trabajo de nivel 26 durante más de siete años a la fecha de la convocatoria.”

e) Comisiones de Valoración

a’) **Composición.** Las Comisiones de Valoración deben estar compuestas por funcionarios de carrera. Consecuencias derivadas de una constitución defectuosa

Si bien el art. 46 del Reglamento de Ingreso y Provisión de puestos de trabajo (RD 364/1995, de 19 de marzo) dispone, refiriéndose a los concursos para la provisión de puestos de trabajo, que los miembros de las Comisiones de Valoración “deberán pertenecer a Cuerpos o Escalas de Grupo de titulación igual o superior al exigido para los puestos convocados”, este precepto debe ser interpretado a la luz de lo establecido por los arts. 11 y 12.3 del mismo Reglamento, en cuya virtud tanto los Tribunales como las Comisiones Permanentes de Selección estarán integrados por funcionarios de carrera, con nivel de titulación igual o superior al exigido para el ingreso en el Cuerpo o Escala en cuya selección van a intervenir. En consecuencia, la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de junio de 1998**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 2058, ha señalado la exigencia de ostentar la condición de funcionario de carrera a estos efectos. Esta exigencia es, pues, una condición insalvable, que no puede ser obviada por la pertenencia a un sindicato de los miembros de la Comisión. Si bien, precisa la Sentencia que “(...) la composición defectuosa de un órgano colegiado, por vicios imputables a la cualidad que ostentan determinados de sus miembros, dado el carácter plural del mismo, no conlleva necesariamente la nulidad de sus acuerdos, y por ello, la defectuosa composición de las Comisiones evaluadoras, no produce necesariamente el efecto de nulidad de los concursos en que aquéllas intervienen (...)”.

b') Discrecionalidad. La discrecionalidad de las Comisiones de valoración no permite a éstas dejar de valorar los méritos previstos en la convocatoria, alegando dificultad técnica. La antigüedad debe ser valorada computando el plazo posesorio

Así, la SAN de 1 de junio de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 2044, considera inaceptable una decisión que excluye la valoración de cursos de formación y perfeccionamiento, porque tal acuerdo está en pugna con las bases de la convocatoria, y “por mucha autonomía que quiera darse a la Comisión en la valoración de los méritos no tasados, impregnados de aspectos técnicos y, por tanto, es lógica cierta discrecionalidad, la misma no puede llegar hasta el punto de facultarlas para prescindir de alguno de los méritos establecidos en la convocatoria y menos con la excusa de la dificultad, pues ésta también existiría para otros méritos como el trabajo desarrollado y específico y, sin embargo, necesariamente han de ser valorados, máxime si a los miembros que integran la Comisión se les presume capacidad y conocimientos técnicos adecuados, para llevar a cabo tal valoración, y en segundo lugar porque con semejante acuerdo se produce una manifiesta desigualdad para aquellos que acrediten haber realizado una serie de cursos valorables, en beneficio de aquellos otros que no acrediten curso alguno”.

Por otro lado, los méritos relativos a la experiencia en el trabajo desarrollado no pueden ser valorados tomando como punto de referencia el día concreto de la toma de posesión dentro del plazo posesorio, pues el vigente Reglamento General de Provisión, se cuida de establecer en su art. 48.4 que “efectuada la toma de posesión, el plazo posesorio se considerará como de servicio activo a todos los efectos”, precepto que por su claridad, excluye cualquier criterio de aplicación, y por eso, en los escalafones de todos los Cuerpos, los integrantes de una misma promoción, figuran con la misma antigüedad a efectos de reconocimiento de servicios.

f) La renuncia de los participantes en un concurso debe producirse con anterioridad a la resolución provisional del mismo

Conforme establece la correspondiente Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública por la que se aprueban las bases generales que han de regir las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo de la Administración Regional de Murcia por el sistema de concursos de méritos, las renunciaciones a la totalidad del concurso se podrán presentar por los interesados hasta que por la Comisión de Selección se dicte Resolución Provisional. Las renunciaciones deberán ser admitidas por Resolución de la Dirección General de la Función Pública.

En aplicación de la norma señalada, la STSJ de Murcia de 22 de noviembre de 2000, Ar. 2303, estima el recurso interpuesto y anula los actos impugnados en cuanto que aceptaron la renuncia extemporánea de uno de los concursantes. En este sentido, el factor determinante para la apreciación de la validez o no de la renuncia es el momento de la efectiva resolución provisional del concurso, con independencia de la fecha en que ésta se haga pública y al margen de las incidencias posteriores, incluida la consulta elevada sobre criterios de adjudicación, que ni pueden ni deben variar la previa resolución.

g) La potestad administrativa de autoorganización no ampara la revocación de oficio de la convocatoria y del consiguiente derecho de quienes figuraban en la lista de admitidos

La STSJ de Navarra de 9 de septiembre de 1999, Ar. 2761, declara la nulidad de la Resolución del director General de Función Pública y Organización por la que se dejó sin efecto la convocatoria para la provisión mediante concurso de méritos de la Jefatura de la Sección de Producción y Sanidad Vegetal del servicio de Agricultura, Ganadería y Montes como consecuencia de la modificación de la estructura orgánica de ese Departamento aprobada por Decreto Foral 92/1996, de 29 de enero, que creó la Sección de Producciones y Mercados Agrícolas en lugar de la antedicha Sección de Producción.

En la misma Resolución se cita la Disposición Adicional Tercera del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra (Texto Refundido aprobado por Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto), en cuyo párrafo 3º señala “que lo dispuesto anteriormente (se refiere a la provisión de la Jefatura y a su desempeño durante un período de seis años), no afectará a la potestad del gobierno y, en su caso, de los Consejeros para establecer y modificar la estructura orgánica de la Administración de la Comunidad Foral. En consecuencia, cualquier modificación de dicha estructura que suponga la supresión de determinadas unidades orgánicas llevará consigo el cese en la Jefatura de las mismas de los funcionarios que las desempeñen con la consiguiente pérdida de las retribuciones complementarias correspondientes”.

La STSJ de Navarra de 9 de septiembre de 1999 declara que:

“Lo que no prevé esa norma ni ninguna otra es que la supresión de la unidad orgánica (y más que discutible es que en el presente caso se haya producido la supresión y no sólo una reestructuración de la sección de cuya Jefatura se trata) comporte automáticamente la revocación de la convocatoria para la provisión del puesto mediante concurso de méritos.

El recurrente figuraba en la lista de aspirantes admitidos, por lo tanto ya había adquirido el derecho —no mera expectativa— a acceder al puesto en condiciones de igualdad con los demás admitidos.

La potestad administrativa de autoorganización, o sea, de establecer y modificar la estructura de sus órganos no lleva aparejada la facultad de revisar cualquier acto declarativo de derechos y sí únicamente los previstos por la norma (la Disposición Adicional antes citada), no en vano es norma general que las Administraciones Públicas no pueden revocar los actos declarativos de derechos sino a través de los procedimientos legalmente establecidos (arts. 102, 103 y 105 de la Ley 30/1992), y en el presente caso la demandada prescindiendo por completo de esos procedimientos —en concreto el de declaración de lesividad— ha revocado la convocatoria para la provisión de la Jefatura en perjuicio de un derecho ya adquirido por el recurrente.”

B) Concurso específico

a) Carácter discriminatorio de determinados méritos

La STS de 5 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1847, desestima el recurso de casación en interés de ley interpuesto contra la Sentencia del TSJ de Madrid que anuló las resoluciones de aprobación de las Bases, convocatoria de concurso para la provisión de una plaza de Secretario de Ayuntamiento y actos posteriores del proceso de selección iniciado a partir de las mismas.

El fallo de nulidad de la Sentencia de base y la desestimación del recurso de casación interpuesto contra la misma se apoyan en el carácter evidentemente discriminatorio de determinados méritos específicos. Por un lado, las Bases contemplaban el mérito consistente en “(...) haber desempeñado a satisfacción de la Corporación el puesto de Secretario Interventor del Ayuntamiento de (...) con cualquier tipo de nombramiento”, otorgando a dicho mérito cuatro puntos; es decir, más de la mitad de la puntuación total (7,50 puntos) que podía asignarse por méritos específicos.

Asimismo, otro de los méritos valoraba tan sólo la realización de un determinado curso específico, precisamente realizado por el candidato que resultó adjudicatario de la plaza, sin tomar en consideración otros cursos de igual o superior duración y también relacionados con la actividad y las funciones del puesto a cubrir.

b) Discrecionalidad técnica de los órganos de valoración

a') Límites. Vinculación a valoraciones de los mismos méritos realizadas con anterioridad. No es posible dejar de valorar la existencia de los requisitos generales y específicos exigidos para desempeñar un puesto de trabajo

La posesión de los méritos específicos contemplados por las bases de la convocatoria para la provisión de una serie de puestos de trabajo supone, simplemente, la procedencia de su valoración por la Comisión correspondiente, sin que la valoración que haya de realizar tal Comisión resulte condicionada en sentido alguno. La valoración efectuada por otra Comisión en una convocatoria previa, considerada aisladamente, no puede constituir un elemento corrector de la discrecionalidad de la Comisión que valora los méritos exigidos en una convocatoria posterior.

Sin embargo, según ha señalado la SAN de 5 de marzo de 1998, Sala de los Contencioso-Administrativo, Ar. 847:

“sí puede considerarse significativa la existencia de varias valoraciones previas congruentes entre sí y respecto de los datos y méritos invocados en el nuevo procedimiento o concurso, que conforman una situación jurídica objetivizada, a efectos de enjuiciar la actuación de la Comisión”.

De este modo, la Comisión encargada de valorar los méritos indicados en la convocatoria para la provisión de un puesto de trabajo no puede ampararse en el ejercicio de su discrecionalidad para otorgar una puntuación por méritos específicos inferior a la mínima exigida, teniendo en cuenta que, alegando esos mismos méritos, un concursante obtuvo la máxima puntuación para optar a una plaza similar a la que ahora se ventila y que, en aquel momento, la ahora recurrente obtuvo una puntuación superior a la actual. Pues:

“(…) quien reúne las condiciones funcionariales exigidas para desempeñar un determinado puesto de trabajo, acredita tener la formación específica que pueda exigirse en la convocatoria para desempeñar el concreto puesto, justifica igualmente tener la experiencia en los aspectos que como méritos específicos se prevén en relación con el puesto de trabajo de que se trate, y además prueba que tales méritos han sido valorados en otras ocasiones por encima del mínimo exigido e incluso con la máxima puntuación, no puede ser excluido por falta de aptitud para el desempeño del mismo, mediante la fórmula inmotivada de otorgarle una puntuación por méritos específicos inferior a la mínima exigida en la convocatoria pues, constatada la concurrencia objetiva de los méritos determinantes para el desempeño del puesto de trabajo de que se trate y existiendo datos que los valoran como suficientes, ha de entenderse acreditada la aptitud del funcionario, equivalente cuando menos al mínimo de la puntuación establecida en la convocatoria, que sólo puede destruirse por la valoración de la Comisión mediante un juicio razonado y fundado que desvirtúe el alcance objetivo de los méritos invocados por el participante, expresando las razones por las que tales méritos en ese concreto caso no merecen la valoración que objetivamente les corresponde en la generalidad de los casos”.

b') El control de los aledaños de la decisión técnica permite apreciar la actuación arbitraria del órgano de selección. Ausencia de cualquier criterio objetivo en la comprobación y valoración de méritos específicos

Tal como señaló la STC de 14 de noviembre de 1991, “el núcleo material de la decisión técnica” de los pronunciamientos de las Comisiones Juzgadoras no puede ser revisado por las Comisiones Administrativas de reclamaciones ni por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, sí es posible el control de “los aledaños” de esos pronunciamientos, es decir, de aquellos otros aspectos que permiten comprobar si se han respetado la igualdad de condiciones y los principios de mérito y capacidad de los candidatos en el proceso de adjudicación de plazas. En consecuencia, en caso de que estos principios hayan sido desconocidos de forma evidente, la propuesta de provisión de una plaza, entre otros pronunciamientos del órgano de selección, incurre en arbitrariedad manifiesta, por lo que podrá no ser ratificada.

La doctrina señalada cobra especial relevancia, y, por lo tanto, obliga a prestar mayor atención a aquellos aspectos que puedan revelar una actuación no suficientemente objetiva de la Comisión Juzgadora, en casos como el enjuiciado por la **STS de 2 de marzo de 1998**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2723, donde no existe ningún parámetro objetivo para la comprobación y valoración de los méritos específicos. En el supuesto que aborda esta Sentencia, una de las concursantes obtuvo idéntica puntuación por los méritos específicos alegados para cada una de las plazas solicitadas, mientras que la otra con-

cursante obtuvo una puntuación inferior en medio punto. La menor puntuación obtenida por esta concursante se debió, según informe del Subdirector Jefe de Personal y Asuntos Generales de la Administración convocante, a la aplicación de un criterio de puntuación más restrictivo en la “fase de resultas”.

Sobre el particular, el Tribunal Supremo entiende que:

“(…), no apareciendo descrita ninguna circunstancia objetiva de diferencia entre la señora O.N. y la demandante, el criterio general a que se refiere el informe del Subdirector resulta de una clara insuficiencia para dar explicación de una merma en la puntuación de ésta que, rebasando su calidad meramente numérica, de ordenación de los concursantes, alcanza la eficacia de excluirla totalmente del concurso, cuando para otro puesto igual a las dos se les había reconocido la misma puntuación en cuanto a su mérito y capacidad específicas, lo que justifica que anulemos la resolución impugnada y restableciendo a la interesada en la situación jurídica individualizada de ocupar el puesto de trabajo que le fue denegado, (...)”.

C) Libre designación

a) La opción por el sistema de provisión por libre designación debe justificarse por la especial naturaleza de los puestos a cubrir

La STSJ de Cantabria de 14 de junio de 2000, Ar. 772, estima el recurso interpuesto contra el Decreto que modificó la Relación de Puestos de Trabajo del Personal Funcionario de la Consejería de Educación y Juventud de esa Diputación Regional.

La STSJ de Cantabria estima que dicha modificación vulnera los principios de igualdad, mérito y capacidad que ordenan la carrera administrativa, ya que realiza una determinación aleatoria de los puestos de libre designación, que no responde a la naturaleza de sus funciones y a la especial relación de confianza y responsabilidad que debe caracterizar a aquéllos.

Asimismo, la STS de 12 de marzo de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1712, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Canarias contra la STSJ de dicha Comunidad Autónoma que anuló el Decreto 122/1995 del Gobierno canario. Por lo que aquí interesa, no resulta ajustado a Derecho que, en las relaciones de puestos de trabajo de las Consejerías de la Comunidad Autónoma de Canarias, la provisión de todas las Jefaturas de Servicios se reserve al sistema de libre designación. Y, ello, porque según deriva de los preceptos aplicables de la Ley 30/1984 y de la Ley Territorial 2/1987, de la Función Pública Canaria, el sistema de libre designación tienen carácter excepcional, se aplica a determinados puestos en atención a la naturaleza de sus funciones, entre los que sólo se incluyen los puestos directivos y de confianza que la Ley menciona (Subdirector General, Delegados y Directores regionales y provinciales, Secretarías de altos cargos y otros de especial responsabilidad). Y, en relación con los

puestos de especial responsabilidad, las relaciones de puestos de trabajo deberán incluir en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos.

Pues bien, la Administración Canaria no ha exteriorizado una justificación suficiente por la que todas las Jefaturas de Servicios impliquen especial responsabilidad determinante de su provisión por el sistema de libre designación.

De igual modo, la **STS de 12 de marzo de 2001**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2877, expresa de forma sintética y clara los requisitos con los que la LMRFP configura el sistema de libre designación. En este sentido, el Tribunal Supremo señala que la provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación tiene carácter excepcional, se aplica a determinados puestos —únicamente los puestos directivos y de confianza que la Ley menciona— en atención a la naturaleza de sus funciones y que las relaciones de puestos de trabajo habrán de concretar la “especial responsabilidad” de dichos puestos, debiendo incluir “en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos”.

Pues bien, de esta doctrina deriva la nulidad de los Decretos del Gobierno Canario que modificaron las relaciones de puestos de trabajo de varios órganos de la Administración Insular optando por el sistema de libre designación para la provisión de todas las Jefaturas de Servicios, sin justificar debidamente que en todos esos puestos concurra la especial responsabilidad que legitimaría su provisión por dicho sistema.

b) Provisión por el sistema de libre designación de los puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional

La **STC 235/2000, de 5 de octubre**, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el párrafo 1 del art. 99 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la redacción dada por el art. 2 de la Ley 10/1993, de 21 de abril, de modificación del régimen de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional. El precepto señalado contempla el concurso como sistema ordinario de provisión de los puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional y, con carácter excepcional, el sistema de libre designación. El recurso de inconstitucionalidad se encamina a combatir ambos sistemas de provisión.

En lo que respecta al sistema de concurso, la impugnación señala la conculcación de la debida reserva de ley establecida por el art. 103 CE, ya que el art. 99.1 de la Ley 7/1985 no contiene elemento alguno que permita precisar el contenido del 25 por ciento de la puntuación total que las Corporaciones Locales pueden atribuir a los méritos específicos que establezcan. Sin embargo, el Tribunal Constitucional desestima el motivo invocado y entiende acertada la remisión a la potestad reglamentaria de los entes locales de la fijación de este 25 por ciento de los méritos específicos que han de ser tomados en cuenta para la provisión mediante concurso de los puestos reservados a funcionarios locales con habilitación de carácter nacional, pues permite que los méritos a valorar tengan conexión con las singularidades de las Corporaciones Locales en las que se sitúan los puestos de trabajo sacados a concurso.

En lo relativo al sistema de libre designación, las dudas de constitucionalidad surgen de la pretendida incompatibilidad de este sistema con la finalidad última a la que responde la reserva de las funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales a funcionarios con habilitación de carácter nacional; la garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función. a) la vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica; b) la ilegitimidad constitucional del sistema de libre designación, ya sea desde la perspectiva del carácter básico del concurso, ya desde la perspectiva de la garantía de un tratamiento común a los administrados; c) la inadecuación de dicho sistema a las exigencias de la Carta Europea de la Autonomía Local; d) el quebrantamiento por el mencionado sistema de los principios de mérito y capacidad en el desempeño de las funciones públicas, así como de los de objetividad de la Administración y de imparcialidad en el ejercicio de aquellas funciones, y e) la incompatibilidad del sistema de libre designación con los derechos al cargo y a la inamovilidad de la residencia.

El Tribunal Constitucional rechaza la existencia de vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica. Tampoco la STC realiza ningún reproche de inconstitucionalidad a la decisión del legislador de introducir, junto al sistema de concurso, el de libre designación, aun con carácter excepcional. Igual suerte corre la alegación relativa a la inadecuación del sistema de libre designación a la Carta Europea de Autonomía Local, ya que este sistema respeta los principios de mérito y capacidad, pues queda reservado para la provisión de puestos de especial relevancia en la Administración Local (Secretaría, Intervención-Tesorería y Secretaría-Intervención, distinguiéndose en las dos primeras las categorías de entrada y superior. Por ejemplo, son Secretarías de primera clase las de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, Ayuntamientos que sean capitales de Comunidad Autónoma y de Provincia, y Municipios con población superior a 20.000 habitantes). Tanto el concurso como la libre designación sirven a la misma finalidad de atribuir los puestos de trabajo a los funcionarios que reúnen las mejores condiciones de cualificación e idoneidad. A tal efecto, es indiferente que la adjudicación se haga, en el caso del concurso, mediante la baremación, más o menos automática, de los méritos aportados, o mediante la apreciación que el órgano decisor se haya forjado a la vista del historial profesional de los aspirantes en el caso de libre designación. La confianza que puede predicarse de la libre designación es la que se deriva de la aptitud profesional del candidato, puesta de manifiesto en los méritos aportados.

En base a todo lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye que el sistema de libre designación para puestos de indudable relevancia para su carácter directivo y especial responsabilidad no es, en abstracto, contrario al art. 103.3 CE, ni tampoco en el caso estudiado, pese a la importancia de las funciones de asesoramiento legal y económico, o de control, financiero o presupuestario encomendadas a los funcionarios con habilitación nacional, queda comprometida la imparcialidad necesaria para el ejercicio de las funciones públicas.

Son también desestimados los alegatos relativos a la vulneración de los derechos al cargo y a la inamovilidad de la residencia por el libre cese que procede en los casos de libre designación.

c) Interpretación concorde de Relación de puestos de trabajo y Convenio colectivo que permiten la participación de todo el personal laboral de las Universidades públicas gallegas en los procedimientos para la provisión de determinados puestos de trabajo

Impugnada la convocatoria para la provisión mediante libre designación de la Dirección de los Servicios Informáticos de Investigación de la Universidad de Vigo (UV), abierta a la participación tanto del personal laboral de la Universidad convocante como de la Universidad de Santiago de Compostela (USC), la Sentencia de instancia acoge la pretensión de nulidad formulada por los actores, basándose en que ni la relación de puestos de trabajo de la UV ni el Convenio colectivo para el personal laboral de las Universidades públicas de Galicia (20 de septiembre de 1996) contemplan la posibilidad de que el puesto en cuestión pueda ser cubierto por personal de otras Universidades públicas gallegas.

No llega a la misma conclusión la STSJ de Galicia de 3 de octubre de 2001, Ar. 85 (de 2002), que revoca la sentencia de instancia. La STSJ de Galicia parte de recordar que la convocatoria impugnada tiene lugar al amparo del Convenio colectivo mencionado, que comprende en su ámbito de aplicación territorial a todas las Universidades públicas de Galicia, extendiendo su ámbito funcional a todo el personal vinculado a las citadas Universidades mediante relación laboral. Por tanto, si la convocatoria se restringiese al personal laboral de la UV, además de ignorarse el ámbito de aplicación del Convenio, se frustraría el objetivo último perseguido por éste, que es la movilidad funcional del personal laboral de Universidades públicas gallegas. Puesto que ambas Universidades (UV y USC) han suscrito el citado Convenio Colectivo, si bastase con la falta de previsión en la relación de puestos de trabajo de la Universidad de Vigo para impedir la provisión con personal de USC se produciría un fraude inadmisibile del mismo. Si el Convenio remite a la respectiva relación de puestos de trabajo para la cobertura de puestos de naturaleza singularizada y la de la UV permite que la provisión del puesto de que se trata sea por libre designación no hay duda de que a este puesto puede acceder también personal de USC. En definitiva, como señala la Sala, puesto que la relación de puestos de trabajo de la UV contempla la provisión del puesto de Director de los servicios informáticos de investigación por libre designación y el Convenio se remite a la relación de puestos de trabajo, no cabe sostener que el Convenio no admita la apertura de los puestos de libre designación a todo el personal laboral de las Universidades públicas gallegas, siempre que el personal en cuestión cumpla las condiciones de la relación de puestos de trabajo. A mayor abundancia, recuerda la Sala, no puede exigirse que la relación de puestos de trabajo de la UV reitere la posibilidad de participación del personal laboral de otras Universidades, pues dicha mención, además de estar ya recogida en el Convenio, no forma parte del contenido obligatorio de las relaciones de puestos de trabajo (art. 15 LMRFP), ni puede tampoco ser interpretada la relación de puestos de trabajo al margen del Convenio que se remite a ella. Por otro lado, dado que el Convenio colectivo expresa claramente su ámbito de aplicación personal, no puede exigirse que el mismo reitere constantemente la posible participación del personal laboral de las distintas universidades gallegas en la provisión de puestos como el debatido.

d) Supuestos especiales. Magistrados de las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Sistema de libre designación con condicionantes

El régimen de provisión de plazas de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, atribuidas al turno de la Carrera Judicial, se separa del régimen ordinario que establece el art. 330.1 de la LOPJ para la provisión de plazas de Magistrados de Salas o Secciones de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, en el que la antigüedad se presenta como criterio único para resolver el concurso.

El Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 25 de septiembre de 1996, por el que se resuelve un concurso convocado para la provisión de una plaza de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco fue impugnado, al entender la actora que se habían infringido los criterios de provisión contemplados en los arts. 326, 329 y 330 de la LOPJ, pues, en su opinión, en caso de concurrir en dos aspirantes los requisitos establecidos por dichos preceptos –cinco años de antigüedad en la carrera y conocimiento del Derecho Foral–, el concurso debe ser resuelto a favor de quien, como la actora, ocupa una posición preferente en el escalafón de la carrera judicial.

Resolviendo este recurso, la **STS de 12 de diciembre de 1998**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 692/1999, señala, según tiene declarado en Sentencias de 17 de mayo de 1991, 17 de marzo de 1992, Ar. 1585 y 3 de febrero de 1997, Ar. 9646, que para la provisión de plazas de Magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia:

“(…) el art. 330.3 LOPJ diseña –aunque con determinados condicionantes– un sistema de libre designación en el que la resolución del concurso no viene impuesta por el mejor puesto escalafonal, ya que la provisión de la plaza o plazas convocadas tiene lugar, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre quienes llevan cinco años en la categoría de Magistrado y tengan especiales conocimientos en derecho Civil, Foral o Especial, propio de la Comunidad Autónoma, de modo que reunidos ambos requisitos por dos o más concursantes, el Consejo General del Poder Judicial goza de una potestad discrecional para discernir la provisión de la plaza o plazas convocadas, salvo el control jurisdiccional en los supuestos de arbitrariedad o desviación de poder en la designación”.

e) Control jurisdiccional de los aspectos reglados

La provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación, en cuanto ejercicio de una potestad administrativa discrecional, está sujeta al control de los elementos reglados, entre los que se pueden aislar los de competencia, procedimiento y concurrencia de los requisitos exigidos a los aspirantes. Así, el procedimiento de elección requiere un doble trámite de informe, que no supone una motivación externa del acto sino que deja traslucir el proceso de formación de la voluntad del órgano decisor, de

modo que resulte posible un control sobre el acierto, bondad y seriedad de la propuesta y sobre la razón de confianza o juicio de idoneidad que hagan decidir sobre la elección del aspirante. Dichos informes tienen carácter preceptivo y, si bien no son vinculantes *stricto sensu*, pueden llegar a ser determinantes para la resolución del procedimiento.

En el supuesto enjuiciado por la **STSJ del País Vasco de 17 de octubre de 2000**, Ar. 2282, las solicitudes del actor no fueron informadas tal como exige la norma aplicable (Reglamento de provisión de puestos de trabajo a desempeñar por miembros del Cuerpo Nacional de Policía), ya que el informe del jefe Superior de Policía carecía de la concreción necesaria en lo relativo a la idoneidad del candidato para ocupar los puestos solicitados, y además no fue puesto en conocimiento del interesado. El segundo informe o parecer del órgano del que dependía el puesto de trabajo, ni siquiera fue formulado. Por todo ello, la Sentencia comentada anula la Resolución recurrida por el actor.

f) Cese

a') Pérdida de confianza. Innecesariedad de motivación y de audiencia

Tal como prevén los arts. 20.1.b) de la Ley de Medidas para la Reforma de la Forma de la Función Pública y 27.2 de la Ley de la Función Pública de Galicia, la libre designación, previa convocatoria pública, es un sistema de provisión de puestos de trabajo basado en la confianza que el nombrado merece a quien lo designa. De ahí que, cuando desaparece la confianza que motivó el nombramiento se produzca el cese del nombrado.

En consecuencia, la **STSJ de Galicia de 17 de marzo de 1999** (recurso 397/1996), Ar. 714, desestima el recurso interpuesto por J.P.M. contra la Resolución del Secretario General y del Patrimonio de la Consellería de Economía y Hacienda de la Xunta de Galicia, por la que se dispuso el cese del actor como Jefe del Servicio de Gestión Tributaria en la Delegación Territorial de Ourense.

Pese a que el actor alega falta de motivación y arbitrariedad de la decisión administrativa, a juicio de la Sala:

“Basta leer el informe reservado obrante en el expediente para comprender las razones que impulsaron la decisión administrativa impugnada, en cuyo contenido esta Sala no quiere insistir por obvios motivos de no herir susceptibilidades, sin que sea misión de este Tribunal valorar si tales razones allí vertidas son fiel y exacto reflejo de la realidad, pues es suficiente con estimar que lo que en aquel informe se recoge no es sino la justificación de la desconfianza hacia la actitud personal y funcional del recurrente que, por sí sola, avala la decisión de cese que se recurre y decisión que no tiene por qué ser motivada ni respecto de la cual ha de concederse audiencia previa al interesado, del mismo modo que no se motivó ni se le oyó al tiempo de su nombramiento.”

b') El cese discrecional en los puestos de libre designación tiene un límite en el respeto a los derechos fundamentales, pero la carga de la prueba de su vulneración corresponde al interesado

La Sentencia de 21 de mayo de 2001 del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo, núm. 5, de Madrid, Ar.570, reitera la doctrina [entre otras, SSTs (3) de 6 de febrero de 1995, Ar. 2109, 18 y 29 de mayo de 1995, Ar. 4123 y 4399, 10 y 11 de enero de 1997, Ar. 406 y 407 y 13 de junio de 1997, Ar. 5143] conforme a la cual en los puestos de libre designación, en los que la persona es nombrada en virtud de la especial relación de confianza con la autoridad correspondiente, ésta puede también proceder libremente al cese cuando considere que se ha producido un quebranto de dicha confianza, sin que sea necesario que realice una exposición expresa de los motivos por los que ha preferido a una persona en lugar de otra o por los que ha perdido la confianza en la que fue designada. No obstante, como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 29/2000), la discrecionalidad de la Administración tiene un límite en el debido respeto a los derechos fundamentales y no puede utilizarse como instrumento para limitar, impedir o coaccionar el ejercicio de los mismos. Ahora bien, la decisión de la Administración ha de reputarse, en principio, legítima, correspondiendo al interesado la carga de acreditar las pruebas o indicios de la existencia de una vulneración de la Constitución. En el presente caso, el Juzgado considera que no se ha demostrado la existencia de indicios que generen una razonable sospecha de que el cese acordado tuviera por causa la vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad personal, a la igualdad en el acceso a los cargos público y a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, desestima el recurso interpuesto.

D) Remoción del puesto de trabajo

a) Falta de aptitud o idoneidad. Rendimiento medio. Jueces sustitutos

La STS de 31 de enero de 2000, Ar. 85, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por J.M.H.R. contra el Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ por el que se decidió su cese como Juez sustituto de los Juzgados de Barcelona, por falta de aptitud o idoneidad para el ejercicio del cargo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 201.5.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

“El elemento determinante de la decisión del Consejo, sobre cuya base se constata la inidoneidad del señor H.R. para continuar como juez sustituto de Barcelona, viene definido por el hecho de la clara diferencia entre el rendimiento medio de los Juzgados de Barcelona y el dado por el expedientado durante la permanencia en la sustitución en el Juzgado núm. 10, en cuyo sentido cabe observar que el total de sentencias con contradicción dictadas no alcanza, en los cuatro meses, al promedio de un solo mes de los Juzgados de Barcelona.

Ante esta circunstancia y habida cuenta de que las sustituciones judiciales no implican merma de las normales exigencias de funcionamiento de los Juzgados en que aquéllas tienen lugar, ha de concluirse que la *ratio decidendi* de la Resolución del Consejo no ha sido desvirtuada por las alegaciones del señor H.R.”

b) La inamovilidad del Magistrado Suplente supone que su eventual cese o remoción ha de limitarse a los supuestos en que concurra alguna de las causas legalmente establecidas

La STS de 25 de octubre de 2000, Ar. 9006, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el actor contra el Acuerdo de la Comisión General del Poder Judicial de 28 de abril de 1997, que contiene su cese como Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Sevilla por falta de aptitud o idoneidad para el desempeño de su cargo.

El cese del recurrente se produjo, según la Sala, por aplicación de lo dispuesto en el art. 201.5.d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que los Magistrados suplentes cesarán en el cargo “por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, previa sumaria información con audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, cuando se advierta en ellos falta de aptitud o idoneidad para el ejercicio del cargo”. En consecuencia, continúa la Sala, “no puede aceptarse la tesis de que se haya lesionado la inamovilidad temporal del recurrente, habida cuenta que es la propia Ley la que ha previsto las circunstancias en las cuales la prestación temporal de servicios por parte de los Magistrados suplentes puede ser interrumpida (...) de forma que la inamovilidad no implica una intangibilidad absoluta del Magistrado Suplente durante el tiempo para el que ha sido nombrado, sino que supone solamente que su eventual cese o remoción ha de limitarse a los supuestos en que concurra alguna de las causas legalmente establecidas, como ha ocurrido en este caso, en que los hechos determinantes del cese son perfectamente integrables en la norma invocada por el Consejo para tomar su decisión” (FJ 2º).

E) Supresión del puesto de trabajo

La STSJ de La Rioja de 21 de junio de 2000, Ar. 1554, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Consejero de Desarrollo Autonómico, Administraciones Públicas y Medio Ambiente de 20 de diciembre de 1996, por la que cesaba al recurrente con motivo de la supresión del puesto de Jefe de Servicio de Coordinación y Gestión de Medios de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Industria, Trabajo, Turismo y Comercio. El recurrente solicita la anulación de la citada Resolución porque considera que se ha producido una remoción de su puesto de trabajo sin seguir el procedimiento establecido en el art. 20.1.e) de la Ley 30/1984, es decir, sin previo expediente contradictorio, mediante resolución motivada del órgano que realizó el nombramiento, una vez oída la Junta de Personal correspondiente.

La Sala consideró que no se trataba de una remoción ya que no estamos ante una alteración en el contenido del puesto de trabajo que venía desempeñando, sino ante una supresión de un puesto de trabajo mediante la oportuna modificación de la Relación de Puestos de Trabajo, motivada por una nueva reorganización de Consejerías con servicios diferentes a los anteriores, por lo que es exigible el procedimiento establecido para proceder a la remoción.

F) Adscripción provisional**a) Cese en puestos de libre designación**

a') La garantía de los puestos de trabajo cubiertos por este sistema impide su amortización

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 15 de marzo de 1999 (recurso 622/1997), Ar. 684, estima el recurso interpuesto contra la Resolución de la Comisión Interministerial de Retribuciones, de 31 de octubre de 1996, que modificó la relación de puestos de trabajo y creó un nuevo puesto a amortizar en plazo determinado, al que fue adscrito un funcionario cesado en un puesto de libre designación. La citada Sentencia señala que la modificación de la relación de puestos de trabajo objeto de impugnación infringe la garantía del puesto de trabajo que el art. 72 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, establece en favor de los funcionarios cesados en puestos de libre designación, como es el caso del recurrente, que serán adscritos provisionalmente a un puesto de trabajo.

Por tanto, tal como señala la Sentencia del TSJ de Canarias, en virtud de la garantía del puesto de trabajo que consagra el art. 72 del Reglamento de Ingreso:

“Los puestos cubiertos por adscripción provisional serán convocados para su cobertura con carácter definitivo, teniendo los funcionarios que los desempeñen la obligación de participar en las correspondientes convocatorias. Pero además implica que se reconoce al funcionario la posibilidad de optar a obtener destino definitivo en el puesto al que ha sido adscrito provisionalmente.

El acto impugnado, al establecer que el puesto al que se adscribe provisionalmente, se amortizará en el plazo de dieciocho meses, desconoce el derecho del funcionario a optar a la plaza con carácter definitivo, obligándole irremediamente a un nuevo cambio de puesto cuando se amortice el puesto al que ha sido adscrito provisionalmente.”

b') Adscripción provisional a puesto diferente. Desviación de poder. Potestad autoorganizativa de la Administración Local

La STSJ de Baleares de 23 de abril de 1999 (recursos acumulados 1051/1995 y 840/1996), Ar. 876, estima los recursos interpuestos contra sendos Acuerdos del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, de 31 de julio de 1995 y 30 de mayo de 1996.

En virtud del primero de los acuerdos, de la Alcaldía, se cesa a doña T.F. como Jefe del Servicio de Recursos Humanos y se la adscribe provisionalmente al puesto de trabajo vacante de la Oficina municipal de Información al Consumidor, con orden de iniciar expediente de modificación de la plantilla de 1995, transformando este puesto de Técnico de Administración General Jefe de Negociado de la Oficina Municipal de Información al Consumidor por el de Administrativo Jefe de Sección. Este mismo acuer-

do de 31 de julio de 1995 dispuso la adscripción provisional de don C.R. al puesto de Jefe del Servicio de Recursos Humanos. El acuerdo en cuestión fue adoptado sin motivación alguna, apoyándose únicamente en un informe del Concejal delegado de la Función Pública, quien señaló conocer a fondo las características y necesidades organizativas del Departamento Municipal por haber desempeñado con anterioridad el puesto de Asesor de Relaciones Laborales —si bien, en la fecha del informe ya no existía dicho cargo—, y en cuya opinión, don C.R. era la persona idónea para cubrir el puesto de Jefe de Servicio de Recursos Humanos, pues reunía la doble cualidad como funcionario experto en materia de personal municipal y capacidad negociadora, tanto con las organizaciones sindicales, como directamente con el personal municipal.

Mediante el segundo de los acuerdos impugnados, del Pleno, se convoca la provisión por libre designación del puesto de Jefe del Servicio de Recursos Humanos.

En base a todo lo expuesto, la STSJ de Baleares de 23 de abril de 1999 señala que

“Si el acto, como aquí acontece, se orienta a la arbitrariedad, y supuestamente se halla inspirado en los fines de interés público que acompañan a la potestad autoorganizatoria, pero, en realidad, prescinde claramente de ellos, cuando aparece que, ‘a pesar de las dificultades del Departamento’, según se refiere en el informe, éste ‘disminuye’ con un puesto de trabajo, el que ostentaba el Concejal informante, y sin ninguna razón se nombra a otra persona, no para su puesto, el ‘vacante’ de asesor, sino para el de otra, a la que se traslada a un puesto que no guarda relación; que es Jefa del Servicio, y sobre la cual, su competencia o sus resultados, nada se refiere, ni en una sola mención o línea, deberá concluirse que aunque se quiera pensar que dicha resolución esté inspirada en el servicio a determinado interés público, desde luego no lo está, por lo que necesariamente debe concluirse que está viciada de desviación de poder.”

c') Adscripción provisional a puesto de nivel inferior tras cese en puesto ocupado por libre designación. Normativa autonómica

La STSJ de Murcia de 28 de marzo de 2001, Ar. 653, resuelve el recurso interpuesto contra la resolución que confirmó la adscripción provisional del actor a un puesto de nivel 24, tras ser suprimido el puesto que ocupaba (nivel 30), con motivo de la aprobación de una nueva Relación de Puestos de Trabajo.

En ejercicio de su potestad autoorganizativa, la Administración autonómica decidió —mediante la Relación de Puestos de Trabajo mencionada— suprimir el puesto de Director de Estudios de la Consejería de Política Territorial y Obras (nivel 30) ocupado por el actor, adjudicándole provisionalmente un puesto de la nueva Relación de Puestos de Trabajo, de Técnico de Gestión (nivel 24), por entender que no existía otro puesto de funciones y retribuciones similares y no tener el nuevo puesto un nivel superior en más de dos grados al del puesto anterior.

Pues bien, además de reiterar el reconocimiento de naturaleza normativa de las Relaciones de Puestos de Trabajo, la STSJ de Murcia señala que la actuación de la Administración ha sido ajustada a Derecho, ya que podía adscribir al actor a cualquiera

de los puestos vacantes en la localidad, siempre que reuniese los requisitos establecidos por la Relaciones de Puestos de Trabajo. Por otro lado, el actor fue adscrito a un puesto que se encuentra dentro del arco de niveles establecido para el grupo A al que pertenecía y siguió percibiendo el sueldo base, los trienios y el complemento de destino del nivel 30 que tenía consolidado. Por último, teniendo en cuenta que no es de aplicación al caso el art. 58.2 del RD 364/1995, por estar esta materia específicamente regulada por la normativa autonómica (Ley 3/1986, de 19 de marzo, de la Función Pública de la Región de Murcia), la Sentencia desestima el recurso.

b) Reingreso al servicio activo de los funcionarios sin reserva del puesto de trabajo. La facultad de adscribir provisionalmente al funcionario excedente al puesto de trabajo vacante no es una potestad discrecional de la Administración, sino una posibilidad reglada condicionada a las necesidades del servicio

La STSJ de Castilla-la Mancha de 3 de noviembre de 1999, Ar. 3798, se ha pronunciado sobre los requisitos exigibles para el reingreso provisional de un funcionario que previamente había disfrutado de una excedencia voluntaria por interés particular. La Sala aclarará que existen dos formas de reingreso: una ordinaria, que supone la participación del funcionario excedente en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo que se convoquen y otra extraordinaria, que consiste en adscribirlo provisionalmente al puesto de trabajo vacante. Ahora bien, dado el carácter excepcional o especial de este sistema, que implica un nombramiento o destino provisional para un puesto de trabajo, es preciso que se cumplan una serie de requisitos que se deducen de la interpretación conjunta del art. 29 bis de la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública, y del art. 62 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo.

A tenor de dichos preceptos, resulta imprescindible que así lo impongan las necesidades del servicio, que el funcionario excedente reúna los requisitos necesarios para su desempeño y que el puesto de trabajo así provisto se convoque para su provisión definitiva en el plazo de un año, con obligación para el funcionario excedente de participar en la convocatoria solicitando el puesto que ocupa provisionalmente, quedando si no obtiene destino definitivo a disposición del órgano competente en destino provisional. En cualquier caso, no cabe a juicio de la Sala interpretar que esta facultad de adscripción provisional sea una potestad de tipo discrecional.

G) Comisiones de servicios

a) Requisitos para la provisión de puestos de trabajo mediante este sistema

a') Los funcionarios deben reunir los requisitos establecidos por la relación de puestos de trabajo para su desempeño. Cobertura presupuestaria

Según lo dispuesto por los arts. 64.1 del Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, y 153 de la Ley de Haciendas

Locales, es posible cubrir en comisión de servicio un puesto de trabajo vacante, en caso de urgente e inaplazable necesidad, con un funcionario que reúna los requisitos establecidos para su desempeño en la relación de puestos de trabajo. Así mismo, el art. 153 de la Ley de Haciendas Locales supedita la citada posibilidad a la existencia de la necesaria cobertura presupuestaria.

Atendiendo a lo establecido por los preceptos mencionados, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de mayo de 1999**, (recurso 1333/1996), Ar. 1432, estima el recurso interpuesto contra la resolución de 26 de junio de 1996, por la que el Ayuntamiento de Albacete nombró en comisión de servicios a R.F.V. para ocupar el puesto de Jefe de Sección Especial de Consumo y Abastos, y a F.G.T. para ocupar el puesto de Jefe de Negociado Especial de la Unidad Municipal Agroalimentaria, en ausencia de los requisitos indicados más arriba.

Así lo estima esta Sentencia, pues además de la falta de cobertura presupuestaria de las plazas litigiosas:

“Queda acreditado al respecto que en el nombramiento en que se produjo la resolución impugnada, en el Catálogo de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento de Albacete, la plaza de Jefe de Sección Especial de Consumo estaba configurada como de Técnico Superior de la Administración Especial con exigencia de licenciatura en Derecho o Ciencias Económicas o Empresariales, condiciones que no cumplía el señor F.V. que pertenece a la categoría administrativa de la Administración General. Tampoco en lo que respecta al puesto de Jefe de Negociado Especial de la Unidad Municipal Agroalimentaria, encuadrado en el grupo C, se cumplían los requisitos exigidos para desempeñar el puesto por el funcionario nombrado en comisión de servicios, que sí pertenece a la subescala de servicios especiales como exigía el catálogo, pero pertenece al Grupo retributivo D, con lo que se infringía el citado art. 64.1 del Real Decreto 364/1995 (...)”.

b') Necesidad urgente e inaplazable. Requisitos del puesto

La **STSJ de Asturias de 25 de febrero de 2000**, Ar. 241, estima el recurso interpuesto contra el Acuerdo por el que se otorgó una comisión de servicios para ocupar el puesto de trabajo de Ayudante de Inspección en los Servicios de Sanidad Exterior de la Unidad Administrativa de Málaga.

En aplicación del art. 64 del RD 364/1995, el TSJ de Asturias anula el Acuerdo impugnado, puesto que no resultó acreditada la necesidad urgente e inaplazable de cubrir el puesto de trabajo vacante. Incluso aunque concurriese dicha circunstancia, se debió optar por otro medio de provisión que permitiese hacer frente a tal contingencia con carácter definitivo, y no a través de soluciones temporales. Por último, tampoco resultó probado que la funcionaria nombrada en comisión de servicios reuniese los requisitos del puesto de trabajo en cuestión, de adscripción exclusiva a determinada categoría de funcionarios.

c') Provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional por funcionarios de distinta categoría. Carácter excepcional

Según establece el Real Decreto 1732/1994, las plazas de Secretario General están reservadas a secretarios de primera categoría. No obstante, cuando no sea posible cubrir dichas plazas con funcionarios de la categoría indicada, y con carácter excepcional, el mencionado Real Decreto 1732/1994 contempla la posibilidad de que esas plazas puedan ser cubiertas mediante comisión de servicios por funcionarios habilitados de distinta escala y categoría en posesión de la titulación adecuada.

La **STSJ de Extremadura de 24 de julio de 2001**, Ar. 1183, tras recordar que no cabe ocupar un puesto en comisión de servicios sin reunir los requisitos establecidos para su desempeño, estima el recurso enjuiciado y anula la Resolución que adscribe en comisión de servicios a un funcionario habilitado de categoría de entrada a la plaza de Secretario General. El pronunciamiento de nulidad deriva de la falta de concurrencia de los requisitos que habilitan para que un funcionario de categoría distinta a la exigida con carácter general (secretario de primera categoría) pueda ocupar en comisión de servicios la plaza litigiosa, ya que en el caso de autos no se ha acreditado la imposibilidad de cubrir la plaza por el sistema ordinario de provisión ni tampoco se ha justificado la imposibilidad de que dicha plaza fuese ocupada por funcionario de igual categoría.

b) Carácter forzoso. Sujeción a límite temporal

La **SJCA núm. 3 de Santander de 18 de abril de 2001**, Ar. 1016, estima el recurso interpuesto por un funcionario que fue adscrito en comisión de servicios a un puesto de trabajo de manera forzosa.

La estimación del recurso no deriva del carácter forzoso de la comisión de servicios, pues dicha forma de adscripción está prevista por la normativa aplicable (Decreto 46/1987, de 2 de julio, por el que se regulan las situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria) para la realización de tareas que, por razón de su mayor volumen o por otras razones coyunturales, no puedan ser atendidas por los funcionarios que desempeñan con carácter permanente las tareas asignadas a dichos puestos. Es legítima, por tanto, la comisión de servicios forzosa siempre que resulten acreditadas las necesidades del servicio y las razones de urgente e inaplazable necesidad determinantes de la asignación de las tareas en cuestión.

Pero, tal como dispone el citado Decreto 46/1987, esta modalidad de adscripción está sujeta a un límite temporal máximo de seis meses. Y éste es precisamente el motivo determinante de la adscripción forzosa del funcionario recurrente, pues la Resolución administrativa que la establece carece de mención alguna relativa a la duración de aquélla e incluye una cláusula que pone de manifiesto el carácter permanente de la asignación que desnaturaliza la comisión de servicios.

c) Cese

a') El funcionario en comisión de servicios puede ser cesado antes de transcurrido el año de la asignación de la comisión, únicamente en el supuesto del nombramiento de otro funcionario, como titular con carácter definitivo, para el puesto asignado en aquella comisión

En el presente caso se planteaba la cuestión de si un funcionario nombrado en comisión de servicios podía ser cesado discrecionalmente por la Administración en cualquier momento. La STSJ de Andalucía de 20 de septiembre de 1999, Ar. 2751, hace un análisis del régimen jurídico de la comisión de servicios. En concreto, parte del art. 64 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, que permite la posibilidad de que un puesto vacante, en caso de urgente e inaplazable necesidad, pueda ser cubierto por un funcionario en comisión de servicios, teniendo la citada comisión una duración máxima de una año, prorrogable por otro en caso de no haberse cubierto el puesto con carácter definitivo.

Pues bien, considerará finalmente la Sala que “la dicción del precepto transcrito es lo suficientemente clara como para concluir que el recurrente podía ser cesado discrecionalmente en la comisión de servicios antes de transcurrido el año de la asignación de la comisión, únicamente en el supuesto del nombramiento de otro funcionario, como titular con carácter definitivo, para el puesto asignado en aquella comisión”.

b') Carácter discrecional

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de enero de 2000, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un funcionario del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias que fue cesado como educador, puesto que desempeñaba en comisión de servicios, debido a la postura adoptada por él ante un plante de los internos del Centro Penitenciario de Cádiz-Puerto II. La Sala señala que la comisión de servicios como educador en un centro penitenciario es una propuesta discrecional de la Administración, cuyo desempeño exige prudencia y discreción y, cuyo cese, al no ser reglado, puede acontecer en cualquier momento.

H) Atribución temporal de funciones. Es una figura distinta de la comisión de servicios, no estando sujeta a límite temporal, sino condicionada a la permanencia de las circunstancias que la motivaron

Es objeto de impugnación judicial la Resolución del Subsecretario del Ministerio de Medio Ambiente de 22 de abril de 1997, que desestimó la petición de C.T. de dejar sin efecto la “comisión de servicios” conferida al mismo al amparo de lo dispuesto en el art. 66 del RD 364/1995, con destino en Almagro. De este modo, el recurrente vio también frustrada su petición de ser reintegrado al puesto de trabajo en que estaba adscrito temporalmente en Albacete, hasta tanto se convoque el procedimiento para su cobertura definitiva.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de noviembre de 1999, Ar. 4078, cita la STS de 30 de junio de 1997, Ar. 5432, donde el Alto Tribunal señaló que la forma de provisión con-

templada en el art. 66 del Reglamento de Ingreso no constituye una comisión de servicios, y desestima el recurso, pronunciándose del siguiente modo:

“a) Ciertamente que puede ser discutible que la provisión que se realizó del puesto de trabajo por el actor entre el supuesto del art. 66 del Reglamento de Ingreso, que es el que se le aplicó; pero también lo es que tal provisión daba respuesta a una situación coyuntural que beneficiaba tanto a la Administración como al recurrente y que fue aceptada y consentida por el mismo; comportamiento que no puede ser obviado por ninguna de las partes a las que afectaba ni por este Tribunal conforme al principio de la buena fe (art. 7.1 CC). Que ello era así lo demuestra la propia Resolución administrativa de 17 de marzo de 1997 de la Directora General del Ministerio, (...); y en donde se deja constancia que su actual destino en Almagro, fue elegido voluntariamente por el recurrente, aunque a efectos económicos, para su beneficio, se le destinó provisionalmente en otro puesto. b) Ciertamente que el destino que tiene se caracteriza por ser provisión temporal, excepcional y coyuntural, pero también lo es que el puesto al que pretende incorporarse constituye un supuesto de adscripción provisional, que no puede quedar condicionado por la pretensión de la parte actora, según se perfila en suplico de su demanda hasta que se convoque el procedimiento para su cobertura definitiva. c) Si a ello unimos que el puesto que ocupa el recurrente no constituye una comisión de servicios y no tiene carácter voluntario; no siéndole extrapolable el límite temporal que se contempla en el art. 64 del Reglamento aplicable, habrá de convenirse que su carácter temporal deberá vincularse a la existencia de circunstancias que justifiquen la pervivencia del supuesto, que no son otras que las pudieron dar lugar a su provisión para el mismo; lo que impediría su renuncia y su permanencia en dicho puesto mientras subsistan dichas circunstancias (...).”

Derechos económicos de los funcionarios públicos

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. Cuestiones generales. A) La totalidad de las retribuciones de los funcionarios están sometidas al dictado imperativo de la ley, sin que la Administración pueda abonar retribuciones distintas de las legales. B) El incremento de retribuciones que prevean las entidades locales debe respetar el límite máximo previsto por el Estado en el presupuesto anual. C) Los convenios colectivos de la Administración con su personal no pueden contener singularidades retributivas para un determinado colectivo de personal público. D) Las retribuciones no pueden determinarse a través de bases de convocatorias. E) Cómputo del plazo de prescripción para la reclamación de retribuciones indebidamente dejadas de percibir. **II. Retribuciones básicas.** A) El sueldo. a) Los servicios prestados en las guardias médicas no tienen la consideración de horas extraordinarias, sino de horas especiales o complementarias de la jornada normal y, por tanto, nada impide que su importe forme parte de las retribuciones generales de los médicos. B) Trienios. a) El abono de los trienios del personal militar no siempre se realiza con arreglo a la cuantía que corresponda a cada uno de ellos en el momento en que fueron perfeccionados, sino que en ocasiones se realiza atendiendo al empleo o graduación que efectivamente ostentare el perceptor en el momento de recibirlos. b) El tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas correspondiente a la prestación del servicio militar obligatorio no se computa para el personal militar a efectos de trienios. c) Para el reconocimiento de trienios debe computarse el período de tiempo en que se han prestado servicios en una Administración Pública de otro Estado miembro de la Comunidad Europea. d) El reconocimiento de trienios produce efectos económicos desde su perfeccionamiento y no desde su solicitud. **III. Retribuciones complementarias.**

A) Cuestiones generales. a) La diferenciación en complementos retributivos es discriminatoria para los funcionarios cuando hay identidad de servicios, funciones y cometidos. b) Las retribuciones complementarias vienen vinculadas objetivamente al puesto de trabajo, de tal manera que sólo deriva el derecho a su percepción por su desempeño específico. B) El complemento de destino. a) La aplicación de distintos complementos de destino a funcionarios de distintas administraciones territoriales no rompe el principio de unidad de la administración pública. b) La Administración puede alterar la asignación de nivel del complemento de destino como consecuencia del ejercicio de la competencia de organización que le corresponde. c) Resulta lícito que una nueva regulación pueda establecer distinciones retributivas, justificándose dicha distinción en el mero devenir del ordenamiento jurídico. d) La percepción del complemento de destino por los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Maestros se fija en virtud del Cuerpo del que forman parte y no en razón del puesto de trabajo que desempeñan. e) El carácter objetivo del complemento de destino hace que dicho complemento venga establecido para el puesto concreto, con independencia de las características de cada funcionario. f) Derecho del personal transferido a la Comunidad Foral de Navarra al complemento de destino. C) El complemento específico. a) No resulta disconforme a Derecho la generalización del complemento específico cuando se trata de pequeñas organizaciones administrativas en las que el escaso número de funcionarios tiene que llevar a cabo todas y cada una de las funciones que son propias de dicha organización. b) Los miembros del Cuerpo Nacional de Policía en la situación de segunda actividad sin destino no tienen derecho a percibir el 80 por ciento de los denominados complementos específicos de puesto de trabajo y de catálogo. c) La disminución del complemento específico es legal siempre que tal descuento esté previsto en una norma con rango de Ley. d) La atribución del complemento específico es una actuación reglada, aunque la Administración cuenta con un amplio margen de apreciación dada la configuración de su ejecución a través de conceptos jurídicos indeterminados. e) La evaluación de la actividad investigadora para la determinación del complemento específico por méritos docentes y de productividad no requiere que hayan transcurrido dos años desde el acceso al cuerpo docente universitario en condición de funcionario de carrera. f) El catálogo de puestos de trabajo puede establecer puestos distintos con diferentes

retribuciones en razón de las diversas funciones que a cada uno le están asignadas, pero ello no impide que se vulnere el principio de igualdad si tal diferenciación de tareas no se produce y si todos realizan los mismos cometidos, desapareciendo la causa justificativa del trato retributivo diverso. g) La mera concurrencia de un factor de penosidad no obliga a la Administración al establecimiento del complemento específico. La previsión de ese complemento en la convocatoria para acceder al puesto de trabajo tampoco obliga a la Administración a su mantenimiento. h) El abono de diferentes retribuciones como complemento específico cuando en la práctica se desarrollan las mismas funciones vulnera el principio de igualdad. i) La cuantía del complemento específico no puede hacerse depender del grupo al que pertenece el funcionario. j) Los servicios prestados en un centro homologado y dependiente de la Administración estatal deben ser computados a efectos del complemento específico por formación permanente del profesorado no universitario. k) Existe discrecionalidad de la Administración para la fijación del complemento específico respecto a puestos de trabajo que pertenecen al mismo grupo siempre, claro está, que la diferencia retributiva obedezca a elementos realmente diferenciadores. l) La asignación del complemento específico es una potestad administrativa que puede recoger todos o tan sólo algunos de los elementos a los que se refiere el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984. D) El complemento de productividad. a) El complemento de productividad constituye un concepto que la Administración puede utilizar para retribuir la prestación de una jornada de trabajo superior a la ordinaria. b) En la asignación del complemento de productividad existe un margen de discrecionalidad de la Administración que alcanza a la fijación de las condiciones exigibles para su reconocimiento y al señalamiento de su cuantía. c) Una vez reconocida por la Administración la procedencia del complemento de productividad en supuestos en los que no hay prestación efectiva de trabajo, ha de estimarse también legítima su percepción en los períodos de licencia por enfermedad del cónyuge. d) El complemento de productividad tiene carácter subjetivo y está en función del rendimiento personal del titular del puesto de trabajo, así como de su actividad extraordinaria y de su interés, por lo que no puede regirse por un sistema objetivo rotatorio. e) Los médicos del Servicio de Urgencias tienen derecho al percibo del complemento de productividad variable durante vacaciones y permisos retribuidos. E) Gratificaciones por servicios extraordinarios. a) No es conforme a Derecho la previsión en un acuerdo de una gratificación por continuidad en el empleo. **IV. Especialidades retributivas del**

personal sanitario. A) Retribución del personal de refuerzo en Equipos de Atención Primaria: retribuciones que no son fines de semana o festivos. B) La especial naturaleza de las guardias médicas como parte de la jornada laboral y sus consecuencias retributivas. C) El régimen de las retribuciones de los especialistas de cupo no puede establecerse en un simple Acuerdo administrativo. D) Retribuciones de los Equipos de Atención Primaria por las horas de localización en atención continuada. E) Es lícito que se reduzcan las retribuciones de los médicos de cupo y zona cuando disminuye el número de titulares de cartillas, pero no cuando no concurre esta causa objetiva. F) El derecho de los ATS/DUE al reintegro de las cuotas satisfechas a colegios profesionales como indemnizaciones por gastos obligados por razón del servicio. G) El personal no sanitario al servicio del Insalud no tiene derecho a percibir el complemento de atención continuada los días festivos o de libre disposición. H) El personal liberado por acción sindical tiene derecho al cobro de la totalidad de sus retribuciones.

I. CUESTIONES GENERALES

A) La totalidad de las retribuciones de los funcionarios están sometidas al dictado imperativo de la ley, sin que la Administración pueda abonar retribuciones distintas de las legales

En este supuesto un funcionario había reclamado a la Administración en la que prestaba servicio el pago de unos pluses que retribuían el trabajo en días festivos con período nocturno o en circunstancias de penosidad, toxicidad o peligrosidad. Se daba además la circunstancia de que diversas sentencias del Juzgado de lo Social habían reconocido el pago de dichos pluses al personal laboral del Ayuntamiento, lo que incita al funcionario recurrente a reclamar también el pago de los mismos dada la identidad de funciones que realiza.

En STSJ del País Vasco de 5 de noviembre de 1998, Ar. 4144, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, se establece, no obstante, que “la pretensión que postula el recurrente no puede ser aceptada y ello por la definitiva razón de que no puede desconocerse que la totalidad de las retribuciones que devengan los funcionarios públicos están sometidas al dictado imperativo de la ley, de tal suerte que éstos sólo pueden ser retribuidos por los conceptos en ella establecidos sin que la Administración a la que sirven pueda abonar retribuciones distintas de las legales ni, por consiguiente, el funcionario reclamarlas”.

Además, ello no supone ninguna violación del principio de igualdad entre el personal laboral y el funcional, toda vez que cada una de estas categorías está sometida a un régimen completamente distinto.

B) El incremento de retribuciones que prevean las entidades locales debe respetar el límite máximo previsto por el Estado en el presupuesto anual

La STS (4) de 19 de octubre de 1999, Ar. 9761, siguiendo la jurisprudencia constitucional establecida en las SSTC 96/1990, 237/1992 y 171/1996, principalmente, reitera la conocida doctrina de que el incremento de retribuciones que prevean las entidades locales debe respetar el límite previsto por el Estado en el presupuesto de la anualidad, puesto que la fijación de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones constituye una medida económica general de carácter presupuestario, dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales de gasto público, cuya competencia corresponde al Estado de acuerdo con la competencia que le confiere el art. 149.1.13 de la Constitución para la dirección de la actividad económica general.

Con el mismo contenido ha sido dictada posteriormente la STS de 27 de marzo de 2001, Sala Tercera, Ar. 2535. Este pronunciamiento desestima el recurso interpuesto contra la Sentencia de 27 de junio de 1996 del TSJ de Andalucía, que estimó el recurso contra el Convenio Colectivo del Personal al Servicio Municipalizado de Aguas de la provincia de Cádiz, por establecer unos incrementos retributivos para los años 1993, 1994 y 1995 contrarios a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para esos años. La sentencia reitera la doctrina sentada por el TC en su Sentencia de 1 de marzo de 2001, de acuerdo con la cual “el principio de jerarquía normativa impide que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre las concretas determinaciones contenidas en normas con rango de Ley”. Los topes máximos retributivos fijados por el Estado constituyen un límite legítimo al incremento del volumen de las retribuciones de los empleados públicos y ello no vulnera la autonomía municipal pues “esa autonomía rige para la gestión de los respectivos intereses de los municipios, provincias y Comunidades Autónomas, pero no puede incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la nación”.

La misma doctrina aplican también la STS de 11 de abril de 2001, Sala Tercera, Ar. 2857, respecto a los incrementos salariales acordados por la Diputación Provincial de Guadalajara, que también eran superiores a los establecidos en la Ley de Presupuestos del Estado, así como la STSJ de Asturias de 14 de febrero de 2000, Ar. 238, que también anula varios preceptos de un Convenio Colectivo aplicable al personal laboral del Ayuntamiento de Mieres que preveía retribuciones, seguros y fondos de pensiones que eran claramente contrarias a las Leyes de Presupuestos de los años correspondientes.

C) Los convenios colectivos de la Administración con su personal no pueden contener singularidades retributivas para un determinado colectivo de personal público

La STS de 9 de marzo de 2000, Ar. 2901, anula un precepto del Convenio para el personal funcionario y laboral fijo de plantilla del Ayuntamiento de Castrillón para 1993 y 1994 que garantizaba al personal municipal que se encontrara en los diez años anteriores a la fecha de la jubilación obligatoria el máximo del complemento de destino correspondiente al Grupo al que perteneciesen, por vulnerar la Ley de Presupuestos Generales para 1994 que prohibía que las retribuciones del personal del sector público experimentasen una

variación respecto a las de 1993 “en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a la efectivos del personal como a la antigüedad del mismo”. El Tribunal afirma también que la previsión es contraria a la LMRFP, por cuanto supone una singularidad retributiva para un determinado colectivo de personal público contraria al principio de igualdad que consagra el art. 24 de esta ley.

D) Las retribuciones no pueden determinarse a través de bases de convocatorias

La STS de 9 de febrero de 2000, Ar. 1751, reitera la doctrina establecida en la STS de 14 de enero de 2000, Ar. 399, conforme a la cual a través de las bases de una convocatoria de plazas no pueden garantizarse retribuciones anuales contrarias a la regulación establecida legalmente. En el presente caso se trataba de una convocatoria del Servicio Valenciano de Salud para la provisión de plazas de libre designación de Dirección de Gestión y Servicios Generales de Instituciones Hospitalarias. El TS recuerda que ya en su Sentencia de 27 de abril de 1995, Ar. 3274, seguida entre otras por la de 13 de noviembre de 1998, Ar. 9744, se afirmó que las Instrucciones y Resoluciones de las Administraciones de las Comunidades Autónomas que han asumido el Servicio de Salud no pueden enervar el Real Decreto-ley 3/1987, regulador de las retribuciones del personal estatutario, que es una norma estatal con rango de ley, ni pueden suponer tampoco un compromiso de fondos públicos al margen de la legalidad.

E) Cómputo del plazo de prescripción para la reclamación de retribuciones indebidamente dejadas de percibir

La STS de 28 de diciembre de 1999, Ar. 10063, reitera la doctrina ya establecida en sentencias anteriores (SSTS de 23 de febrero de 1989, Ar. 1137, de 22 de junio de 1990, Ar. 5167 y 15 de abril de 1991, Ar. 3217), conforme a la cual, los cinco años previstos de prescripción en el art. 46.1.a) de la Ley General Presupuestaria, deben contarse desde el momento en que exista la posibilidad de ejercicio del derecho a exigir el pago de las obligaciones ya reconocidas o liquidadas. En el presente caso, el transcurso de más de cinco años desde la primera solicitud y la interposición del recurso de reposición formulado contra su denegación determina la existencia de prescripción y la confirmación de la sentencia de primera instancia que así lo había declarado.

II. RETRIBUCIONES BÁSICAS

A) El sueldo

a) Los servicios prestados en las guardias médicas no tienen la consideración de horas extraordinarias, sino de horas especiales o complementarias de la jornada normal y, por tanto, nada impide que su importe forme parte de las retribuciones generales de los médicos

En el presente caso una funcionaria de carrera ATS que prestaba sus servicios en un hospital psiquiátrico reclama de la Administración regional murciana el abono de guardias

médicas en los períodos vacacionales, al entender que las “vacaciones retribuidas” han de comprender todo lo que se viene percibiendo normalmente como media, incluyendo para realizar dicho cómputo lo satisfecho en concepto de guardias.

La STSJ de Murcia de 11 de noviembre de 1998, Ar. 4369, ha estimado el recurso al recoger la jurisprudencia del Tribunal Supremo en casos similares. Efectivamente, la jurisprudencia ha entendido que se trata de una jornada especial debido a la singularidad de función de los funcionarios que la realizan en relación con la establecida como regla general para los demás funcionarios, de forma que puede decirse que esa jornada especial constituye la jornada ordinaria o normal para los funcionarios sanitarios que la tienen establecida. En definitiva, pues, “la no consideración como horas extraordinarias no impide atribuir a las retribuciones que por las mismas se perciban la consideración de salarios, ya que el tiempo invertido en las guardias médicas tiene la consideración de tiempo complementario de la jornada normal y, por tanto, su importe forma parte de las retribuciones generales de los médicos”.

B) Trienios

a) El abono de los trienios del personal militar no siempre se realiza con arreglo a la cuantía que corresponda a cada uno de ellos en el momento en que fueron perfeccionados, sino que en ocasiones se realiza atendiendo al empleo o graduación que efectivamente ostentare el perceptor en el momento de recibirlos

En la STS de 3 de febrero de 1998, Sección Séptima, Sala Tercera, Ar. 2063, se cuestionaba el momento en que los trienios han de considerarse perfeccionados. En concreto, la Sentencia recurrida en casación por interés de ley había concedido al recurrente el derecho a que se le aplicaran a los trienios perfeccionados como Subteniente en el Grupo de Clasificación B (nivel 8), en lugar del C (nivel 6) en el que se le concedieron, así como el derecho a que se le abonaran en la cuantía del Grupo B de empleos militares los dos trienios que tenía perfeccionados en el empleo de Subteniente, toda vez que la Ley 50/1984 de Presupuestos Generales del Estado, aun manteniendo las mismas funciones y la misma denominación, había realizado una reclasificación y había incluido el empleo de Subteniente en el Grupo B.

El Abogado del Estado interpone el recurso de casación en interés de ley por considerar que dicha sentencia resulta gravemente dañosa y contradice a la doctrina legal fijada, entre otras, en la Sentencia del TS de 14 de junio de 1996, en cuya virtud “el abono de los trienios devengados en cada caso por los militares ha de realizarse no con la cuantía que corresponde al empleo o graduación que efectivamente ostenta el perceptor en el momento de recibirlos, sino con arreglo a la cuantía que corresponda a cada uno de tales trienios en el momento en que fueron perfeccionados”.

No obstante, considera el TS que en este caso existen determinadas especialidades que bien justifican la falta de aplicación de esta consolidada doctrina legal. Así, en el supuesto concreto concurre una circunstancia diferente a aquélla en la que se partía en los supuestos que dieron lugar a la consolidación de aquella doctrina. En efecto, no se ha

producido un ascenso a empleo o Cuerpo de superior categoría a la que ostentaba el recurrente al tiempo de perfeccionarse los trienios anteriores al ascenso, sino que, simplemente, por ministerio de la ley, el empleo que ostentaba el recurrente ha sido objeto de reclasificación, de tal forma que, aunque se mantengan las mismas funciones y la misma denominación, ha pasado del índice de proporcionalidad 6 al 8, que es el correlativo al Grupo B. Por tanto, considerará el TS que en este caso ya no se trata de establecer un nuevo régimen jurídico para la perfección y valoración de los trienios, sino más bien de fijar la cuantía de las retribuciones básicas y, entre ellas, la de los trienios, lo que justifica la inaplicación de la doctrina legal consolidada en materia de perfeccionamiento y abono de los trienios.

Esta jurisprudencia ha sido posteriormente recogida, entre otras, en la **STSJ de Murcia de 2 de junio de 1999**, Ar. 1961 y en la **SAN de 9 de marzo de 2000**, Ar. 642, que vuelven a resolver de nuevo sobre la cuestión de cómo deben cuantificarse los trienios cuando se ha producido una reclasificación del empleo y éste ha pasado de un índice de proporcionalidad inferior a uno superior. La Audiencia, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (STC 7/1982) y por el Tribunal Supremo (entre otras, 23 de octubre de 1985, Ar. 4866, 14 de noviembre de 1986, Ar. 6427 y 2 de noviembre de 1993), afirma que en estos casos “no se produce un cambio o acceso del funcionario desde un Cuerpo a otro, sino un cambio de denominación que no altera la situación administrativa y escalafonal del funcionario”, por lo que no es de aplicación el criterio relativo al cómputo de trienios a los funcionarios en supuestos de servicios prestados en más de un Cuerpo, escala o plaza con distinto índice de proporcionalidad, “lo que supone que la asignación de un nuevo coeficiente (índice de proporcionalidad) lo es a todos los efectos y aplicable tanto a los servicios prestados bajo la nueva denominación como los llevados a cabo en el tiempo que se identificaba con otro nombre”.

Por ello, considera la Sala que la cuestión debe resolverse aplicando el vigente Reglamento General de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por RD 1494/1991, de 11 de octubre, que ha derogado expresamente el RD 359/1989 y que no contiene disposición alguna equivalente a la anterior Disposición Adicional Décima del Real Decreto 359/1989. En consecuencia, reconoce el derecho de los actores a percibir los trienios que tienen perfeccionados en el empleo de Subteniente en la cuantía correspondiente al Grupo B con carácter retroactivo, tal y como habían solicitado los recurrentes, referido a los cinco años anteriores a las respectivas solicitudes.

b) El tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas correspondiente a la prestación del servicio militar obligatorio no se computa para el personal militar a efectos de trienios

En las **SSTS de 20 de enero**, Ar. 1420, **de 29 de enero**, Ar. 1693 y 1696, **de 4 de febrero**, Ar. 2066, y **de 30 de abril de 1998**, Ar. 3982, dictadas por la Sección Séptima de la Sala Tercera se discute sobre la legalidad del art. 3.3 del Real Decreto 359/1989, de 7 de abril, que ordena que el tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas correspondiente al servicio militar obligatorio no se compute a efectos de devengo de trienios. Dicho pre-

cepto es considerado por los recurrentes como una norma que discrimina a los miembros de las Fuerzas Armadas en relación con los demás funcionarios civiles, toda vez que el art. 29.2.k) de la Ley 30/1984 dispone que los funcionarios civiles pasan a la situación de servicios especiales cuando cumplan el servicio militar.

El TS vuelve a reiterar su consolidada doctrina al respecto considerando que “conforme establece el art. 1.3 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, la condición militar se adquiere no sólo por la incorporación a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil con una relación de servicios profesionales, sino también por el ingreso en los centros docentes militares de formación, cuyos planes de estudios han de ser superados para adquirir la condición de militar de carrera, lo que comporta el hecho de que al militar se le abone como servicio en filas el tiempo de permanencia en el Centro de Enseñanza Militar, mientras que el funcionario civil se ve obligado a optar entre demorar su preparación para el ingreso en la Administración o, previas las oportunas prórrogas, cumplir el servicio militar una vez ingresado, pasando a la situación administrativa de servicios especiales, prevista en el art. 29.2.k) de la Ley 30/1984. Por tanto, el precepto impugnado se aplicará en la práctica sobre el período de preparación para el ingreso en la Carrera Militar, situación bien distinta a la de servicios especiales que regula la Ley 30/1984 para quien ya es funcionario. Tan sensibles diferencias impiden, por tanto, apreciar la existencia de discriminación con relación a los funcionarios de la Administración Civil del Estado”.

Sobre la misma cuestión ha vuelto a incidir la **STS de 17 de abril de 2000**, Ar. 4757, aunque esta vez pronunciándose especialmente sobre la incidencia del precepto controvertido en los principios de jerarquía e igualdad. La Sentencia estima el recurso de casación presentado por el Abogado del Estado contra la STSJ de la Comunidad Valenciana que había estimado el recurso del militar recurrente y, por tanto, su derecho a computar a efectos de trienios el tiempo de duración del servicio militar. El TS analiza la compatibilidad del art. 3.3 del Real Decreto 359/1989, de 7 de abril, que excluye expresamente para el personal de las Fuerzas Armadas el tiempo de duración del servicio militar obligatorio para el cómputo de los trienios, con lo dispuesto en el art. 29.2.K) de la Ley de Medidas 30/1984, que sí permite su cómputo para los funcionarios, toda vez que la sentencia recurrida había estimado la ilegalidad del primero de los preceptos citados.

El TS finalmente ha casado la sentencia del TSJ por entender que el Real Decreto 359/1989 no vulnera el principio de jerarquía normativa, toda vez que “la aplicabilidad de la Ley 30/1984 al personal de las Fuerzas Armadas viene dada mediatamente, bien por su carácter de norma supletoria (art. 1.5 del citado texto legal), o por la remisión que a ella hace la Disposición Final Segunda de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, que autoriza al Gobierno para adecuar el sistema retributivo del personal militar al de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado. Pero por ninguna de estas dos vías es aplicable al personal militar el art. 29.2.K) de la Ley 30/1984, según el cual los funcionarios civiles pasan a la situación de servicios especiales cuando cumplan el servicio militar, pues el cumplimiento de dicho servicios por quienes ya están encuadrados en las Fuerzas Armadas no implica la alteración de la situación administrativa de actividad del interesado, con lo que mal puede entenderse que la norma reglamentaria cuestionada quebrante el principio de jerarquía normativa”.

Por otra parte, insiste la Sala en que tampoco dicho precepto vulnera el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución, puesto que no existe en este caso la identidad de situaciones que constituye la base imprescindible para la aplicación de este precepto. De esta forma, mientras que la prestación del servicio militar constituye el paso a la situación de servicios especiales en el ámbito civil, en el ámbito militar es causa de exclusión temporal del contingente anual de dicho servicio, lo que comporta el hecho de que al militar se le abone como servicio en filas el tiempo de permanencia en el Centro de Enseñanza militar.

c) Para el reconocimiento de trienios debe computarse el período de tiempo en que se han prestado servicios en una Administración Pública de otro Estado miembro de la Comunidad Europea

La STSJ de Murcia de 7 de julio de 1999, Ar. 2170, anula la resolución por la que se denegó al recurrente el derecho a que se computara, a efectos de trienios, el período de tiempo que trabajó en el “Lycée Michel-Montaigne” de Burdeos (Francia) tras haber sido seleccionado para ello por la Administración Pública Española. La Administración denegó el reconocimiento de estos servicios previos aduciendo que éstos no cumplían el requisito establecido en el art. 1 de la Ley 70/1978, pues habían sido prestados en un centro que no forma parte de la Administración Pública española. El TSJ de Murcia afirma, por el contrario, que la legislación española ha de ser aplicada de conformidad con el Derecho comunitario y que éste obliga a computar, a efectos de trienios, los servicios prestados en las Administraciones Públicas de cualquier Estado miembro de la Unión. En este sentido recuerda el caso sustancialmente idéntico resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 12 de marzo de 1998, en la que afirma que la negativa a computar los períodos de tiempo en que se han prestado servicios en las Administraciones Públicas de otros Estados constituye, por un lado, una vulneración del principio de no discriminación puesto que perjudica a los trabajadores migrantes y, por otro, un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores.

d) El reconocimiento de trienios produce efectos económicos desde su perfeccionamiento y no desde su solicitud

La STSJ de Murcia de 2 de junio de 1999, Ar. 1962, anula una resolución que atribuía efectos económicos a los trienios reconocidos a la recurrente desde la fecha de presentación de la solicitud. La Administración demandada argumentaba que hasta que los interesados no solicitan el reconocimiento de los servicios descritos en el art. 1.1 de la Ley 70/1987 no puede hablarse de derechos económicos en sentido estricto y que éstos se perfeccionan una vez que el órgano administrativo competente dicta el acto por el que se reconocen los servicios solicitados por el interesado. El TSJ de Murcia rechaza esta tesis y afirma que “reconocido por acto administrativo que el interesado ha adquirido el derecho retributivo al trienio, los efectos del derecho así reconocido, esto es, las percepciones económicas, han de desplegarse a partir del día 1 del mes siguiente al que se perfeccionó el trienio”. La solicitud del interesado no tiene ni puede tener otra virtualidad

que la de originar el inicio del procedimiento del reconocimiento de trienios. Es más, “la interpretación sustentada por la Administración, que origina que casi nunca coincida la fecha de la solicitud con la de efectos económicos del trienio, prima a quien presente rápidamente la instancia, en detrimento de aquel que haya obtenido con dificultades especiales las imprescindibles certificaciones de servicios computables”.

III. RETRIBUCIONES COMPLEMENTARIAS

A) Cuestiones generales

a) La diferenciación en complementos retributivos es discriminatoria para los funcionarios cuando hay identidad de servicios, funciones y cometidos

Son múltiples las Sentencias que limitan la discrecionalidad de la Administración en el establecimiento de las retribuciones complementarias cuando el personal realiza las mismas funciones. Así, en la **STSJ de Canarias de 16 de abril de 1999**, Ar. 889, se planteaba la Sala si resultaba legítimo la aplicación al funcionario recurrente de complementos retributivos distintos a los de otros funcionarios que estaban en la misma situación. El Tribunal parte en sus fundamentos del análisis de la potestad autoorganizativa de la Administración. La Administración, efectivamente, puede fijar libremente —aunque dentro de los límites legalmente establecidos— el nivel de las retribuciones complementarias pero, lógicamente, esa potestad ha de actuarse de manera coherente con el fin de evitar desigualdades injustificadas que pueden dar lugar a discriminaciones inaceptables en el seno de su propia organización. Por ello, y en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional en su **STC 161/1991, de 18 de julio**, concluirá que “una vez afirmada la identidad de servicios, funciones y cometidos que realizan unos y otros funcionarios, la diferenciación en complementos retributivos es discriminatoria por establecer un trato retributivo distinto y sin justificación objetiva alguna”.

La **STS de 21 de febrero de 2000**, Ar. 2648, reitera la doctrina recogida en su sentencia de 14 de diciembre de 1990, Ar. 10163, en la que ya se afirmó que no existe diferenciación alguna en los cometidos a desempeñar por los Subinspectores de Tributos de las categorías A y B, por lo que la menor retribución económica complementaria prevista para los Subinspectores de categoría B constituye una discriminación retributiva contraria al art. 14 de la Constitución. Procede, por tanto, el abono de las diferencias retributivas dejadas de percibir.

De semejante tenor es la **STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2000**, Ar. 581, que afirma que las diferencias en las retribuciones complementarias entre los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social con nivel 25 de complemento de destino, y los Inspectores con nivel 26 no se apoyan en la atribución a los mismos de distintas funciones, cometidos o responsabilidades y que se deben únicamente al carácter de funcionarios de nuevo ingreso de los primeros, sin que ello pueda lógicamente justificar la diferencia retributiva, constituyendo una vulneración del principio de igualdad. En consecuencia, la Sala declara la nulidad de la Relación de Puestos de Trabajo en este aspecto y reconoce los derechos económicos y administrativos de la actora.

b) Las retribuciones complementarias vienen vinculadas objetivamente al puesto de trabajo, de tal manera que sólo deriva el derecho a su percepción por su desempeño específico

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de marzo de 1999, Ar. 538, se ha pronunciado acerca de la naturaleza del complemento de destino y específico. Concretamente, se trataba de un funcionario que había desempeñado una jefatura de Negociado durante varios meses, a pesar de que no había existido un acuerdo formal de comisión de servicios. La tesis de la Administración demandada se basaba principalmente en el hecho de que, al no existir dicho acuerdo, no pueden abonarse unas retribuciones por un puesto de trabajo que no se ha ocupado “formalmente”. El Tribunal, no obstante, parte en su análisis de la mención a las retribuciones que realiza la Exposición de Motivos de la Ley de Medidas 30/1984.

Los diferentes conceptos retributivos que contempla aparecen referidos, bien al funcionario, o bien al puesto de trabajo y establece con claridad una primacía para aquellos que van ligados al desempeño del puesto de trabajo. Así pues, “unidas las retribuciones básicas al funcionario, las complementarias vienen vinculadas objetivamente al puesto de trabajo, de tal manera que, de su desempeño derivará el derecho a la percepción de las mismas, como ha señalado una constante y reiterada jurisprudencia; es, por tanto, incuestionable, que al recurrente le corresponderá percibir las retribuciones complementarias de la Jefatura de Sección que afirma haber desempeñado, si tal desempeño se ha producido efectivamente”.

En la misma línea se ha pronunciado también la STSJ de Navarra de 18 de enero de 1999, Ar. 83, al establecer que “los complementos retributivos (destino, específico, etc.) son de carácter funcional y por lo tanto su devengo no depende de la categoría, sino de las funciones o cometidos propios de cada puesto. Así, puede admitirse que funcionarios del mismo cuerpo, escala o categoría cobren cuantías diferentes”.

B) El complemento de destino

a) La aplicación de distintos complementos de destino a funcionarios de distintas administraciones territoriales no rompe el principio de unidad de la administración pública

En la Sentencia de 10 de octubre de 1997 de la Sección Séptima de la Sala Tercera del TS, Ar. 7678, se cuestionaba, entre otros varios aspectos, la posibilidad de aplicación preferente del Real Decreto 28/1990, que sólo tiene carácter supletorio para los funcionarios de la Administración Local, respecto al Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, que fija de forma diferente y con carácter específico los niveles máximos y mínimos de los complementos de destino asignables a los puestos de trabajo de las Corporaciones Locales. Entenderá el Tribunal, al igual que hiciera la sentencia de instancia, que la aplicación en

el ámbito local de su normativa específica, aunque sea distinta de la prevista en el ámbito estatal, no rompe la unidad que el art. 103 de la Constitución ha querido conseguir para el estatuto de la función pública, “porque dicha unidad sustancial no implica una absoluta uniformidad, ni exige una absoluta igualdad en las retribuciones para todos los funcionarios de las distintas Administraciones Públicas, cada una de las cuales puede tener sus especialidades tanto en materia retributiva como en otras cuestiones”. Completa, además, esta jurisprudencia con la doctrina fijada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1995, de 7 de noviembre, sobre el principio de igualdad y las diferencias retributivas entre los funcionarios de la Administración del Estado y los funcionarios de las Administraciones Locales, en virtud de la cual “los distintos Cuerpos de funcionarios son estructuras de creación legal, carentes de un substrato sociológico, de modo que el estatuto jurídico de cada uno de ellos es fruto de la ley, por lo que la simple constatación de diferencias entre unos y otros no justifica una condena por discriminación”.

b) La Administración puede alterar la asignación de nivel del complemento de destino como consecuencia del ejercicio de la competencia de organización que le corresponde

En la STSJ de Asturias de 29 de enero de 1999, Ar. 54, se planteaba una cuestión relativa a las posibilidades de modificación de la Administración del complemento de destino a través de las relaciones de puestos de trabajo. En el caso que nos ocupa, el funcionario había impugnado la modificación a la baja del nivel del complemento de destino asignado en el nuevo catálogo, a pesar de que no se habían alterado las funciones ni el contenido del puesto. El Tribunal, sin embargo y teniendo en cuenta que se trataba de un proceso de transferencias, estimó que “esas alteraciones legalmente pueden producirse como consecuencia del ejercicio de la competencia de organización que corresponde al Principado de Asturias, a no ser que afecten a concretos y verdaderos derechos adquiridos, que no han sido desconocidos como reconoce el demandante al prescribir el complemento de destino de los puestos de nivel correspondiente a su grado personal, que es un efecto inherente al factor de grupo previsto para su ocupación, en lo relativo al nivel desempeñado, sin que la catalogación anterior, reiterando lo razonado, pueda invocarse como precedente para generar derechos adquiridos”.

c) Resulta lícito que una nueva regulación pueda establecer distinciones retributivas, justificándose dicha distinción en el mero devenir del ordenamiento jurídico

La Asociación Nacional de Policía Uniformada interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1847/1996, de 26 de junio, en la medida en que modificaba los niveles de complemento de destino de la policía y, concretamente, establecía dos regímenes retributivos diferentes para los policías que habían pasado a la situación de segunda actividad antes y después de la Ley 26/1994. La STS de 18 de junio de 1999, Ar. 7728, desestima el recurso por considerar que tal diferenciación de trato no es contraria al principio de igualdad, sino que tiene su justificación objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad perseguida por dicha ley. Dirá la Sala que “toda ley supone un cambio de régimen jurídico entre las situaciones anteriores y las posteriores a la entrada

en vigor de sus normas. El principio de irretroactividad de las leyes y de respeto de los derechos adquiridos exige que a los sujetos de derechos que se rigen por la antigua normativa no se les prive de tales derechos, pero sin que exista norma o principio constitucional que haga preceptivo equipararlos a los sujetos que se rigen por la nueva normativa”.

d) La percepción del complemento de destino por los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Maestros se fija en virtud del Cuerpo del que forman parte y no en razón del puesto de trabajo que desempeñan

En el presente caso, la STSJ de Extremadura de 25 de mayo de 2000, Ar. 1589, dilucida sobre la pretensión del recurrente de obtener el reconocimiento del complemento correspondiente al nivel del puesto de trabajo que efectivamente estaba desempeñando, en vez del complemento de destino que corresponde al Cuerpo al que pertenece. La Sentencia, tras reconocer que la Ley 30/1984 permite que los funcionarios docentes se sometan a preceptos especiales, recoge la jurisprudencia recogida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de enero de 1998, Ar. 826, dictada en interés de Ley. Según dicha línea jurisprudencial, “los funcionarios del Cuerpo de Maestros que estén prestando servicios en puestos de trabajo correspondientes al primer ciclo de la Enseñanza Secundaria Obligatoria, al que corresponde un nivel de complemento de destino superior al 21, no tienen derecho a percibir como complemento de destino el que tiene atribuido el puesto de trabajo que desempeñan, sino que deben cobrar como complemento de destino el de nivel 21, que es el asignado al Cuerpo de Maestros”.

e) El carácter objetivo del complemento de destino hace que dicho complemento venga establecido para el puesto concreto, con independencia de las características de cada funcionario

La STSJ de Cantabria de 8 de mayo de 2000, Ar. 1243, ha tratado la cuestión relativa a la naturaleza del complemento de destino. En este caso se trataba de determinar los efectos que tenía para la funcionaria recurrente el desempeño de un puesto de trabajo en virtud de una comisión de servicios realizada de forma irregular. El Tribunal, dando primacía al principio de buena fe y a la efectividad en el desempeño de las funciones, ha establecido que “por encima de la procedencia o no de una adscripción real y efectivamente verificada, de la que ha derivado una ocupación también efectiva del puesto asignado y, correlativamente, la responsabilidad, dedicación y cualificación material propias de dicho puesto, resulta procedente apreciar la posibilidad de reconocimiento y abono de las diferencias retributivas nacidas de esta situación de hecho, desde luego, no imputable al funcionario, que se ha limitado a desarrollar la función que le había sido encomendada. En caso contrario, la Administración obtendría un enriquecimiento injusto, ya que obtendría el desempeño del puesto de trabajo sin tener que abonar los complementos que el mismo tiene asignado en el respectivo catálogo”. Ahora bien, el Tribunal aclara que ello no significa reconocer el derecho del funcionario a la consolidación del grado personal, por haber estado en posesión del mismo al margen de los sistemas legales de provisión.

f) Derecho del personal transferido a la Comunidad Foral de Navarra al complemento de destino

La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Pamplona de 23 de marzo de 2001, Ar. 579, se pronuncia sobre si el actor, funcionario estatal transferido a la Comunidad Foral de Navarra, tiene derecho al complemento de destino previsto en el art. 33.2 de la Ley 31/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1991. El Gobierno de Navarra había desestimado esta pretensión aduciendo que el complemento de destino no está previsto en la legislación foral y que las retribuciones complementarias no caen dentro de la categoría de derechos esenciales previstos en la legislación básica.

La situación en Navarra es ciertamente peculiar, pues, en virtud de los derechos históricos reconocidos constitucionalmente, Navarra dispone de una competencia muy amplia para la regulación del régimen estatutario. Su límite no es la totalidad de la legislación básica estatal, sino únicamente el respeto a “los derechos y obligaciones esenciales” reconocidos en la misma [art.49.1.b) de la LORAFNA]. Por ello, el Gobierno de Navarra afirma que las retribuciones complementarias no pueden considerarse, a diferencia de las retribuciones básicas, derechos esenciales del funcionariado.

La Sala discrepa de esta argumentación y considera que el principio de igualdad retributiva entre los funcionarios estatales, autonómicos y transferidos, debe llevar, por el contrario, a la conclusión de que las retribuciones complementarias en cuanto integran la retribución salarial del funcionario constituyen también un derecho esencial. La Sala refuerza su argumentación acudiendo al Real Decreto 2356/1984, por el que se establecen las normas reguladoras de la transferencia de servicios estatales a la Comunidad Foral, en el que se dispone que la Comunidad respetará el grupo del Cuerpo o Escala de procedencia, así como los derechos económicos inherentes al grupo y grado personal, de lo que se deduce la voluntad de ambas Administraciones de que los funcionarios transferidos no resulten de peor condición que el resto de los funcionarios del Estado por el mero hecho del traspaso.

Contra dicha Sentencia se interpuso un recurso de apelación que ha sido finalmente estimado por la STSJ de Navarra de 7 de septiembre de 2001, Ar. 1427. Efectivamente, según la Sala hay que tener en cuenta la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 20 de septiembre de 1998, de acuerdo con la cual, el legislador foral ha de respetar los derechos y obligaciones esenciales de los funcionarios, entendiendo por los mismos las situaciones jurídicas caracterizadoras del propio modelo del régimen estatutario de los funcionarios y sin las cuales no sería reconocible ese estatuto. En aplicación de esta doctrina, la Sala afirma que el estatuto de los funcionarios no deja de ser reconocible por el hecho de que exista una particular regulación de la consolidación del grado personal, que es un elemento de carácter accesorio.

C) El complemento específico

- a) No resulta disconforme a Derecho la generalización del complemento específico cuando se trata de pequeñas organizaciones administrativas en las que el escaso número de funcionarios tiene que llevar a cabo todas y cada una de las funciones que son propias de dicha organización**

En la STS de 4 de septiembre de 1998, Ar. 7044, dictada por la Sala Tercera en recurso de apelación, se cuestionaba la generalización del complemento específico, pues el Abogado del Estado entendía que resultaba contraria a la naturaleza singular y limitada de este concepto retributivo. El Tribunal Supremo ha declarado, no obstante, que para destruir la presunción de legalidad del acuerdo por el que se generalizaba el complemento específico, “no basta con invocar la improbabilidad, que no la imposibilidad, de que en todos los supuestos concurren elementos que justifiquen la existencia del complemento específico, en mayor o menor cuantía, olvidando que resulta igualmente improbable que en ninguno de ellos se den dichos elementos, cuando es razonable que en algunos concurren las características necesarias para la asignación de dicha retribución complementaria”. Por ello, entenderá finalmente el Tribunal, que la anulación de este acuerdo hubiera requerido la ruptura de la presunción de su legalidad mediante la acreditación de que en ninguno de los puestos aparece justificada la concesión del complemento específico”.

- b) Los miembros del Cuerpo Nacional de Policía en la situación de segunda actividad sin destino no tienen derecho a percibir el 80 por ciento de los denominados complementos específicos de puesto de trabajo y de catálogo**

El Tribunal Supremo en su STS de 15 de febrero de 1999, Ar. 2224, dictada en recurso de casación en interés de la Ley, se ha pronunciado sobre la extensión de la regulación prevista por el Acuerdo del Ministerio de Justicia e Interior y las Organizaciones Sindicales el 24 de febrero de 1995 a los funcionarios en situación de segunda actividad. En virtud de dicho acuerdo, los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía tendrían derecho a que se les abonase el 80 por ciento del incremento equivalente a un punto de complemento de destino correspondiente a la categoría de funcionario de que se trate.

No obstante, tras realizar un estudio detallado de toda la normativa aplicable y, en concreto, de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, que regula la situación de segunda actividad, el TS estima el recurso y fija finalmente la doctrina postulada por la Administración. En virtud de la misma, hay que entender que el Acuerdo recién citado “excluye a los funcionarios de dicho Cuerpo en situación de segunda actividad sin destino y que, por tanto, no prestan servicio en la Administración General del Estado, si bien es cierto que dicho Acuerdo recoge mejoras retributivas, también lo es que se establecen como complemento específico singular en los diversos apartados de su Anexo tercero”.

c) La disminución del complemento específico es legal siempre que tal descuento esté previsto en una norma con rango de Ley

En el presente caso se impugnan determinados preceptos del Real Decreto 1844/1996, por el que se fijan las cuantías y porcentajes de las retribuciones derivadas de la reclasificación de los grupos del personal de determinados empleos de las Fuerzas Armadas. Pues bien, acontece que como consecuencia de la aplicación de dicha norma resultaban aminorados determinados complementos retributivos del personal reclasificado.

La parte recurrente, entre otros motivos, alegaba la regulación que el art. 23 de la Ley de Medidas 30/1984 realiza sobre el complemento específico. Dado que éste está destinado a retribuir condiciones especiales de algunos puestos de trabajo, en ningún caso podrá ser disminuido cuando las citadas condiciones de trabajo sigan siendo las mismas. El TS, no obstante, rechaza estos argumentos al entender que “no se trata de negar que un puesto de trabajo que reunía condiciones particulares que daban lugar a un complemento específico las haya perdido, ni de modificar ese complemento específico, sino de aplicarle un descuento autorizado por una norma con rango de ley sobre las retribuciones complementarias, de modo que, como expresa el mencionado art. 5 del Real Decreto-Ley 12/1995, los funcionarios de las Escalas y empleos afectados por la reclasificación perciban idénticas remuneraciones globales respecto a su situación anterior a la reclasificación”.

d) La atribución del complemento específico es una actuación reglada, aunque la Administración cuenta con un amplio margen de apreciación dada la configuración de su ejecución a través de conceptos jurídicos indeterminados

En la STSJ de Navarra de 6 de abril de 1999, Ar. 1072, se ha pronunciado la Sala sobre la impugnación de una Resolución de la Dirección General de Policía por la que se le asignaba a un funcionario un complemento específico inferior al recibido por el resto de compañeros de igual categoría y que desempeñaban puestos de trabajo similares. La Sala ha entendido que, al ser el complemento específico una modalidad retributiva que se vincula objetivamente al puesto de trabajo efectivamente desarrollado, su devengo exige la concurrencia de dos requisitos entrelazados: su efectivo desempeño y que éste tenga asignado el complemento correspondiente en las relaciones de puestos de trabajo.

Ahora bien, aun no teniendo reconocido en el catálogo de puestos de trabajo un complemento específico a un determinado puesto, si el puesto que sí lo tiene reconocido es de contenido idéntico a aquel que no lo tiene reconocido expresamente, no existiendo diferencia funcional alguna entre ambos ni distinción en relación con las circunstancias concurrentes en los mismos, debe extenderse el reconocimiento de dicho complemento salarial en aras al respeto al principio de igualdad, pues dicha retribución, por su propia naturaleza, únicamente se hace depender del puesto de trabajo cuando en él concurren determinadas condiciones particulares. De modo que no existe discrecionalidad alguna de la Administración para atribuir en esas circunstancias a un determinado puesto de trabajo el complemento retributivo referido, pues la asignación que realiza la Administración del complemento específico es una actuación reglada.

- e) La evaluación de la actividad investigadora para la determinación del complemento específico por méritos docentes y de productividad no requiere que hayan transcurrido dos años desde el acceso al cuerpo docente universitario en condición de funcionario de carrera**

La STSJ de Murcia de 29 de septiembre de 1999, Ar. 2783, anula la Resolución de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora que estimaba que no era posible evaluar los méritos investigadores del actor por no haber transcurrido dos años desde su acceso a una plaza con derecho a evaluación. Habían transcurrido dos años desde que el actor accedió a la plaza de Titular interino, pero la Comisión entendió que el derecho a evaluación surge cuando se accede a una plaza del cuerpo docente universitario en condición de funcionario de carrera. El Tribunal rechaza esta interpretación del RD 1086/1989, sobre retribuciones del profesorado universitario, apoyándose en las siguientes razones: 1) que la Universidad ha de valorar los méritos que concurren en el actor por el desarrollo de la actividad investigadora encomendada a su puesto de trabajo, 2) que el período de dos años exigido por el art. 2.5.1 se refiere “al acceso a cualquier plaza del correspondiente Cuerpo docente y no al acceso al Cuerpo” y a las plazas puede accederse como titular o como interino, 3) que el propio RD 1086/1989 dispone que el período de actividad desarrollada en situación distinta a la de funcionario de carrera se asimile a efectos económicos al prestado en el Cuerpo en que hubiera ingresado como funcionario de carrera y 4) que el requisito de dos años al que hace referencia el art. 2.5.1 alcanza únicamente al cómputo de sexenios.

- f) El catálogo de puestos de trabajo puede establecer puestos distintos con diferentes retribuciones en razón de las diversas funciones que a cada uno le están asignadas, pero ello no impide que se vulnere el principio de igualdad si tal diferenciación de tareas no se produce y si todos realizan los mismos cometidos, desapareciendo la causa justificativa del trato retributivo diverso**

La STS de 17 de diciembre de 1999, Ar. 10054, se pronuncia sobre la libertad que tienen las relaciones de puestos de trabajo de establecer distinciones entre los distintos puestos, con las correspondientes repercusiones en cuanto a niveles y complementos retributivos, recogiendo la jurisprudencia sentada, entre otras, en su Sentencia de 14 de diciembre de 1990, Ar. 10163. En este caso, en el catálogo de puestos de trabajo que aprueba la Orden Ministerial de 26 de mayo de 1986, no aparece distinción alguna de tareas entre los subinspectores de Hacienda adscritos a las categorías “A” y “B”. A partir de ahí, deducirá la Sala que la no percepción del complemento específico por parte de los subinspectores de la categoría “B” constituye una discriminación injustificada que está proscrita por el art. 14 de la Constitución: los catálogos de trabajo pueden establecer distinciones entre los distintos puestos, con las correspondientes repercusiones en el nivel del puesto y en los complementos, “si bien no de modo absolutamente discrecional, sino en función de una diferente definición de los contenidos laborales de los distintos puestos”, de tal forma que “al no haber norma alguna que atribuya cometidos diferentes entre los subinspectores, la eventual distinción en su tratamiento económico

sólo podría justificarse por una organización del servicio del que resultase que los que ocupan los puestos catalogados “A” desarrollaran funciones determinadas o conocieran de asuntos diferentes por cualquier razón o incluso más numerosos que los atribuidos al conocimiento de los clasificados “B”.

g) La mera concurrencia de un factor de penosidad no obliga a la Administración al establecimiento del complemento específico. La previsión de ese complemento en la convocatoria para acceder al puesto de trabajo tampoco obliga a la Administración a su mantenimiento

La STS de 4 de enero de 2001, Ar. 840, casa la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de mayo de 1996 que había reconocido el derecho del recurrente a la percepción de un complemento específico como consecuencia de la incompatibilidad absoluta prevista para su plaza en el catálogo de puestos de trabajo. El TS recuerda que existe ya una doctrina jurisprudencial consolidada sobre esta cuestión (STS de 25 de junio de 1996, Ar. 5352, 28 de octubre de 1996, Ar. 7789 y 18 de febrero de 1997, Ar. 1491), que rechaza que el mero hecho de que un puesto de trabajo esté definido en el catálogo correspondiente como incompatible determine necesariamente la asignación de un complemento específico. El art.23.3.b) de la Ley 30/1984, que recoge la incompatibilidad como uno de los factores determinantes del complemento específico, no contiene en sí mismo un contenido dispositivo, sino que se limita a establecer los elementos precisos sobre los que pueden asentarse otras normas ulteriores para su reconocimiento. No puede deducirse, por tanto, del art. 23.3.b) la existencia automática de un derecho al complemento específico por la mera concurrencia de un factor de penosidad.

Por otro lado, la sentencia también rechaza que exista un derecho al complemento específico cuando en la convocatoria para acceder al puesto de trabajo figure la asignación de un complemento por la dedicación en exclusiva, puesto que la relación funcional está sometida a un régimen estatutario, modificable unilateralmente por la Administración “dentro de los límites que permitan las leyes, entre los que se encuentra la potestad de valorar los puestos de trabajo con arreglo a criterios temporales, sin quedar vinculada por anteriores criterios de valoración”.

h) El abono de diferentes retribuciones como complemento específico cuando en la práctica se desarrollan las mismas funciones vulnera el principio de igualdad

La STS de 20 de diciembre de 2000, Ar. 348/2001, reitera la doctrina ya establecida en las SSTs de 7 de noviembre de 1997, Ar. 8153, 17 de diciembre de 1999, Ar. 10054, y 11 y 21 de febrero de 2000, Ar. 2648, conforme a la cual, la Administración vulnera el principio de igualdad consagrado en el art.14 CE cuando prevé puestos de trabajo con distintos niveles y complementos retributivos sin que tengan, sin embargo, asignados diferentes tareas. En el presente caso, el TS confirma el derecho de los Subinspectores adscritos clase “B” con destino en la Oficina Nacional de Inspección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria a los mismos complementos específicos y de productividad correspondientes a los Subinspectores adscritos clase “A”, dado que realizan las mismas funciones y conocen los mismos asuntos que estos últimos.

Esta línea jurisprudencial no se ve alterada por el mero hecho de que se haya producido un proceso de transferencias, tal como pone de manifiesto la **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de febrero de 2002**, Ar. 442. En el presente caso, un funcionario auxiliar administrativo reclamaba de la Administración la atribución de un complemento específico mayor, el mismo que había sido asignado al Jefe de Secretaría de su misma unidad, alegando que antes de producirse las transferencias en materia de educación a esta Comunidad Autónoma ambos puestos tenían asignados el mismo complemento. La Sala, no obstante, desestimó el recurso interpuesto por el funcionario recurrente basándose en su especial naturaleza objetiva, ya que dicho complemento trata de retribuir la especial dificultad técnica de un determinado puesto de trabajo, la dedicación del funcionario, su responsabilidad, peligrosidad o penosidad, siendo por ello su cuantía sumamente variable, incluso entre puestos de trabajo del mismo nivel. Por ello, resulta irrelevante que antes de realizarse las transferencias dichos puestos tuvieran asignado el mismo complemento si no se logra acreditar que los mismos tienen exactamente asignadas las mismas tareas y el mismo grado de responsabilidad.

i) La cuantía del complemento específico no puede hacerse depender del grupo al que pertenece el funcionario

La **STSJ de Navarra de 14 de diciembre de 2000**, Ar. 175, recuerda que el complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad y, por tanto, ha de responder a consideraciones objetivas relativas al puesto de trabajo y no a las condiciones subjetivas del titular del puesto. Las relaciones de puestos de trabajo no pueden, por tanto, fijar complementos específicos distintos en función del grupo al que pertenece el funcionario. La Sala reconoce, en consecuencia, el derecho del recurrente al complemento retributivo solicitado que se le había denegado alegando que esa cuantía era la prevista para los funcionarios del Grupo A y no para los del Grupo B, al que pertenece el reclamante.

j) Los servicios prestados en un centro homologado y dependiente de la Administración estatal deben ser computados a efectos del complemento específico por formación permanente del profesorado no universitario

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2000**, Ar. 263, declara el derecho de la recurrente a que se computen, a efectos de sexenios, los servicios docentes prestados en un centro homologado y no integrado en la red pública de centros creados por las Administraciones públicas con competencias en materia educativa. Según la Sala, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 1991 establece que el complemento específico anual por formación permanente procede por cada seis años de servicio como funcionario de carrera en la función pública docente, sin que limite el cómputo de servicios a los centros integrados en la red pública de centros sostenidos y creados por las Administraciones Públicas. Los servicios prestados en un centro homologado dependiente del Ministerio de Cultura deben ser, por tanto, computados.

- k) Existe discrecionalidad de la Administración para la fijación del complemento específico respecto a puestos de trabajo que pertenecen al mismo grupo siempre, claro está, que la diferencia retributiva obedezca a elementos realmente diferenciadores**

La Sentencia de 17 de noviembre de 2000 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Oviedo había declarado el derecho de la actora a percibir el complemento específico previsto para otros puestos de trabajo pertenecientes al mismo grupo. Interpuesto recurso de apelación contra la misma, la STSJ de Asturias de 29 de octubre de 2001, Ar. 1439, estima el recurso y afirma que la Administración, en el ejercicio de su potestad organizativa, puede tomar en cuenta diferentes características del puesto de trabajo, además de la titulación, para fijar los complementos específicos y que, por tanto, los puestos no tienen por qué tener las mismas retribuciones aunque pertenecen al mismo grupo, sin perjuicio, claro está, que la diferencia retributiva responda a la concurrencia de elementos realmente diferenciadores. De lo contrario, es decir, cuando haya una plena identidad de las circunstancias concurrentes en dos o más puestos, deberán preverse las mismas retribuciones. Una situación que no era la del caso controvertido.

En un sentido similar, la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de julio de 2001, Ar. 1150, afirma que el complemento específico, en cuanto es una retribución complementaria que atiende a las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo y en particular a su especial dificultad técnica, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad, puede ser modificado cuando también cambien estas circunstancias. En el presente caso, el complemento inicialmente era más elevado en atención a que la titular del puesto desarrollaba accidentalmente tareas propias de la Secretaría e Intervención del Ayuntamiento y, por tanto, asumió durante un tiempo una mayor responsabilidad, dificultad y dedicación que la que le correspondía a su puesto de trabajo. En el momento en que se pone fin a ese desempeño adicional de tareas, la Administración reduce el complemento. El tribunal afirma que el Acuerdo por el que se fija el mismo en una cantidad que responde a una media entre el complemento del puesto de trabajo inferior y el del superior, supone la aplicación de un criterio técnico discrecional de valoración perfectamente razonable al que no puede hacerse ningún reproche de ilegalidad.

- l) La asignación del complemento específico es una potestad administrativa que puede recoger todos o tan sólo algunos de los elementos a los que se refiere el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984**

La STSJ de Extremadura de 30 de enero de 2002, Ar. 211, ha resuelto la impugnación planteada por el funcionario recurrente en la que solicitaba la concesión de un nuevo complemento específico, debido a que dentro de su salario no se encontraba en su complemento específico cantidad alguna destinada a retribuir la incompatibilidad con cualquier otra actividad pública o privada. Al respecto recogerá la Sala la copiosa jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (entre otras muchas, en sus Sentencias de 25 de junio y 28 de octubre de 1996, y de 18 de febrero de 1997) sobre este complemento, insistiendo una vez más en que la valoración de los puestos de trabajo y la asignación de un complemento específico es una potestad administrativa que puede recoger todos o

algunos de los elementos recogidos en el art. 23 de la Ley 30/1984, puesto que su fijación “deja un amplio margen dispositivo a la Administración, sin que exista una base segura para sostener que basta la concurrencia de cualquiera de los factores que menciona el precepto para que necesariamente deba establecerse el complemento (...) al margen de cualquier previsión en la relación de puestos de trabajo”.

D) El complemento de productividad

a) El complemento de productividad constituye un concepto que la Administración puede utilizar para retribuir la prestación de una jornada de trabajo superior a la ordinaria

En la STS de 30 de enero de 1998, Sección Séptima, Sala Tercera, Ar. 1700, dictada en recurso de casación en interés de ley, se cuestionaba la finalidad del complemento de productividad. En concreto se impugnaba la Sentencia dictada el 20 de julio de 1995 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que había considerado que el complemento de productividad estaba destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo y que, por tanto, su finalidad propia era remunerar la actividad de servicio por razón de su intensidad y rendimiento y de la eficacia concreta de su desarrollo. Por ello, la Sentencia impugnada había considerado que la prolongación de la jornada de trabajo semanal de 37 a 40 horas no debería conllevar la necesidad de ser retribuida por el complemento de productividad, sino más bien por el específico.

El TS parte, sin embargo, de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, cuyo art. 21 añade a los conceptos expresados en el originario art. 23.3.c) de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, el concepto “dedicación extraordinaria”, que se adapta perfectamente a retribuir la prestación de una jornada de 40 horas semanales, superior a la normal de treinta y siete horas y media. En virtud de ello, ha estimado el TS que este precepto “refleja la voluntad del legislador de considerar el complemento de productividad como una remuneración apta para ser asignada a los funcionarios públicos con el fin de retribuirles “una dedicación extraordinaria” y, por tanto, la prestación de su trabajo durante una jornada superior a la ordinaria, que implica la extraordinaria prestación exigida por la norma, (...) pues conforme a lo prevenido en el art. 23.2.c) de la Ley 30/1984 y preceptos citados de las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, el complemento de productividad constituye un concepto utilizable, junto con los demás que se expresan en las normas mencionadas, para retribuir la prestación de una jornada de trabajo de 40 horas semanales, superior a la normal”.

Ha fijado como doctrina legal sobre aplicación de esta retribución complementaria que “el complemento de productividad, cuando así lo hayan establecido las competentes autoridades administrativas, constituye un concepto que la Administración puede utilizar, junto a los demás que vienen determinados legalmente, para retribuir la prestación

de una jornada de trabajo de 40 horas semanales, superior a la ordinaria de 37 horas y media por semana”.

b) En la asignación del complemento de productividad existe un margen de discrecionalidad de la Administración que alcanza a la fijación de las condiciones exigibles para su reconocimiento y al señalamiento de su cuantía

A través de la STSJ de Madrid de 21 de julio de 1998, Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 2837, el Tribunal resuelve si el funcionario recurrente tiene derecho al abono del complemento de productividad coyuntural. Para la resolución del caso parte del análisis del artículo 23.3.c) de la Ley de Medidas 30/1984, donde se especifica que dicho complemento tiene por finalidad retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo. A partir de ahí, deducirá que “la asignación del complemento de productividad no se realiza por un mero automatismo y en base exclusivamente a una descripción de funciones y cometidos, existiendo a la hora de aplicar esta retribución un margen de discrecionalidad en la Administración; potestad que alcanza a la fijación de las condiciones exigibles para el reconocimiento del derecho y al señalamiento de su cuantía. El derecho a su percepción no se adquiere por el simple desempeño de unas funciones, debiendo unirse a esa circunstancia un determinado rendimiento que, al poder variar en el tiempo, no se puede suponer”.

Asimismo, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 6 de abril de 2001, Ar. 786, reitera una doctrina jurisprudencial constante en la que se afirma que el complemento de productividad en cuanto retribuye el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su puesto de trabajo no puede implicar el establecimiento de una cuantía para determinados puestos de trabajo o determinados grupos profesionales, pues exige una valoración individualizada de la forma en que cada funcionario desarrolla su función. La Sala recuerda la doctrina sentada por el TS en su Sentencia de 1 de junio de 1987, Ar. 3982, conforme a la cual, en la realización de esa valoración “ha de existir una cierta discrecionalidad de la Administración conocedora del funcionamiento de cada uno de los servicios, lo que no es causa de discriminación sino de trato adecuado según las circunstancias de cada caso”. Esa discrecionalidad no está exenta de control jurisdiccional, pero para la anulación de la valoración el recurrente debe probar que la valoración realizada por la Administración es contraria a Derecho, lo que en el presente caso no ha tenido lugar.

c) Una vez reconocida por la Administración la procedencia del complemento de productividad en supuestos en los que no hay prestación efectiva de trabajo, ha de estimarse también legítima su percepción en los períodos de licencia por enfermedad del cónyuge

En la STS de 15 de febrero de 1999, Ar. 2076, dictada en recurso de casación en interés de la ley, se cuestionaba la doctrina aplicable en relación con la percepción del complemento de productividad en los períodos de inactividad del funcionario. La tesis de la Administración recurrente postulaba la aplicación de una Resolución de la Dirección

General de la Tesorería General de la Seguridad Social, a cuyo tenor, la liquidación del complemento de productividad se ajustará a los días de servicio efectivamente prestados respecto al total de días hábiles de ejercicio, considerando como días trabajados los correspondientes a vacaciones anuales y los días previstos por asuntos propios.

El TS, sin embargo, ha desestimado el recurso de casación al entender que no cabe reputarse errónea la doctrina contenida en la sentencia y que, finalmente, estimó el derecho del funcionario a percibir este complemento también en los días de baja laboral y enfermedad de su cónyuge en los que obtuvo la pertinente licencia. Ha entendido, en consecuencia, que “nada puede obstar a que, reconocida por la Administración la procedencia del complemento de productividad en los dos supuestos mencionados en los que no hay prestación efectiva de trabajo, resulta aplicable el art. 69 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios del Estado, a cuyo tenor se mantiene la plenitud de derechos económicos en los supuestos de licencias por enfermedad por el tiempo que menciona, lo que, por otro lado, coincide con la Resolución de la propia Tesorería de 11 de mayo de 1995 al considerar como días de servicio efectivamente trabajados, entre otros, los permanecidos en situación de incapacidad laboral transitoria por maternidad, y los derivados de accidentes de trabajo, suponiendo ello una quiebra de la doctrina postulada que exige una equiparación absoluta, a efectos del mencionado complemento, salvo en los supuestos expresamente reconocidos, entre dicho complemento y el trabajo efectivo”.

A pesar de esta línea jurisprudencial, la **STSJ de Baleares de 25 de noviembre de 1999**, Ar. 4070, ha desestimado el recurso interpuesto por la demandante frente al Acuerdo de la Comisión del Gobierno del Ayuntamiento de Pollensa de denegar la solicitud de pago de los conceptos correspondientes a prolongación de jornada durante el período de baja por enfermedad. El Tribunal ha considerado que el concepto retributivo “prolongación de jornada” es un complemento ligado de manera directa al trabajo efectivamente realizado y que tiene por finalidad remunerar la actividad que se desarrolla más allá de la jornada legalmente exigible, por lo que no puede considerarse remuneración ordinaria ni existe derecho a percibirla durante los períodos en los que no se presta el trabajo por incapacidad laboral transitoria.

- d) El complemento de productividad tiene carácter subjetivo y está en función del rendimiento personal del titular del puesto de trabajo, así como de su actividad extraordinaria y de su interés, por lo que no puede regirse por un sistema objetivo rotatorio

En la **STSJ de Cantabria de 7 de septiembre de 1999**, Ar. 2756, se ha pronunciado la Sala sobre la validez del establecimiento de un sistema rotatorio en la percepción del complemento de productividad que posibilite, dentro del cupo asignado, una distribución equitativa entre todos los funcionarios que pudieran realizar un especial rendimiento, actividad y dedicación extraordinaria en su servicio.

El Tribunal hace un análisis de la naturaleza subjetiva de este complemento, en la medida en que depende únicamente del rendimiento personal del funcionario, así como de su actividad extraordinaria y de su interés. Sin embargo, en el presente caso, al aplicarse un sistema rotatorio para la percepción de este complemento se está aplicando un criterio objetivo en el reparto que mal casa con la naturaleza subjetiva del complemento de productividad. A partir de aquí deducirá el Tribunal que el sistema rotatorio, por muy buenas que sean las intenciones en que se fundamente, supone introducir criterios objetivos de asignación del complemento que provocan su desnaturalización.

e) Los médicos del Servicio de Urgencias tienen derecho al percibo del complemento de productividad variable durante vacaciones y permisos retribuidos

La STSJ de Galicia de 24 de noviembre de 2001, Sala de lo Social, Ar. 4317, reitera el criterio mantenido en la Sentencia de la misma Sala de 8 de julio de 1996, de acuerdo con el cual, en la retribución de las vacaciones ha de incluirse el complemento de productividad, ya que se trata de un complemento relativo al puesto de trabajo, que atiende a la prolongación de la jornada y que no puede identificarse con un pago de horas extraordinarias.

E) Gratificaciones por servicios extraordinarios

a) No es conforme a Derecho la previsión en un acuerdo de una gratificación por continuidad en el empleo

La STSJ de Andalucía (Granada) de 4 de enero de 2000, Ar. 1, revoca la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Jaén que estimó el recurso interpuesto por la Confederación de Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios contra un precepto del Acuerdo Económico, Social y Sindical de los Funcionarios de la Diputación Provincial de Jaén y de sus organismos autónomos, aprobado el 31 de marzo de 1998. El precepto preveía el abono de una gratificación por continuidad en el empleo a todos los empleados que cumpliesen 25 o 35 años de servicio en la Diputación Provincial y sus organismos autónomos “a partir de la vigencia de este Convenio”. El Juzgado anuló este último inciso por considerarlo contrario al principio de igualdad y extendió la gratificación a todos los empleados públicos que cumpliesen o hubiesen cumplido los 25 o 35 años de servicios.

La Diputación Provincial de Jaén recurre la sentencia aduciendo que no existe vulneración del principio de igualdad y que, además, el juzgador de instancia ha incurrido en la prohibición establecida en el art. 71.2 de la Ley Jurisdiccional al suplantar con su decisión la voluntad de las partes que suscribieron el Acuerdo. El TSJ de Andalucía estima el recurso, afirmando que, efectivamente, se ha vulnerado el art. 71.2, porque al extender la gratificación a todos los funcionarios que antes de la entrada en vigor del Acuerdo hubieran cumplido 25 o 35 años de servicio se vino a sustituir el contenido del precepto por el criterio del juzgador suplantando la voluntad negociadora de las partes del Acuerdo y dando una nueva redacción al precepto claramente prohibida por el art. 71.2. Por otro lado, el STSJ de Andalucía señala también —aunque sin eficacia anulatoria del

precepto puesto que ello no había sido solicitado por la parte— que, en cualquier caso, la argumentación de la sentencia de primera instancia era errónea porque el principio de igualdad sólo opera en situaciones de legalidad y la previsión de una gratificación por continuidad en el empleo en un Acuerdo de estas características es contraria al ordenamiento jurídico, ya que se trata de una materia retributiva excluida de la posibilidad de negociación que está sujeta a lo establecido en la Ley 30/1984, que configura la gratificación como un concepto destinado a premiar servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal y no la permanencia o estabilidad de los funcionarios.

IV. ESPECIALIDADES RETRIBUTIVAS DEL PERSONAL SANITARIO

A) Retribución del personal de refuerzo en Equipos de Atención Primaria: retribuciones que no son fines de semana o festivos

La STS de 2 de octubre de 2000, Ar. 1410, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la STSJ de Castilla y León de 15 de noviembre de 1999, que rechazó la pretensión de la recurrente de que el INSALUD le remunerara las horas de guardias realizadas como personal de refuerzo en equipos de atención primaria en días no coincidentes con fines de semana ni festivos por el concepto de horas de “atención continuada” como se hace con el personal al que sustituyen. La recurrente aporta una sentencia contradictoria del TSJ de Castilla-La Mancha de 29 de enero de 1998. El TS afirma la existencia de contradicción y concluye que la tesis correcta es la que deniega el derecho de los médicos y ayudantes técnicos sanitarios de refuerzo en equipos de atención primaria a la misma retribución que los titulares de las plazas (horas de atención continuada), puesto que la remuneración de este personal se regía entonces por una regulación específica prevista en el apartado III del Acuerdo de 3 de julio de 1992, celebrado entre la Administración Sanitaria del Estado y las Organizaciones sindicales y en la Resolución del INSS de 23 de julio de 1992, que previó unas cantidades determinadas que se actualizaban sucesivamente en las leyes de presupuestos. La homologación de las retribuciones de los profesionales de refuerzo con las que perciben los profesionales propietarios e interinos de los Equipos de Atención Primaria por la realización de atención continuada se ha previsto únicamente en el nuevo Acuerdo de 17 de junio de 1999 entre el INSS y las Organizaciones sindicales, que, además, dispone que la homologación se realizará a lo largo de los tres ejercicios presupuestarios siguientes.

Posteriormente, también la STS de 16 de octubre de 2001, Sala de lo Social, Ar. 8739, reitera la doctrina ya establecida en las SSTS de 27 de noviembre de 1996 y 2 y 4 de octubre de 2000, de acuerdo con la cual la legislación ha establecido un sistema específico único para la retribución de las tareas de refuerzo, por lo que no es posible pretender que cuando los servicios se presten en días que no sean ni fines de semana ni festivos se retribuyan en concepto de atención continuada y no como horas de refuerzo.

B) La especial naturaleza de las guardias médicas como parte de la jornada laboral y sus consecuencias retributivas

La STS de 17 de enero de 2000, Ar. 554, confirma la STSJ de Murcia de 31 de diciembre de 1998 que estimó el recurso interpuesto contra la Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Murcia por la que se denegaba al actor el abono de las guardias médicas durante el tiempo que estuvo en situación de incapacidad laboral transitoria. El TS comparte la argumentación del TSJ de Murcia que, partiendo del hecho de que las guardias médicas se realizan por la casi totalidad de los médicos de los hospitales del Servicio Murciano de Salud, que su distribución se rige por criterios establecidos en el Acuerdo del Consejo de Gobierno Regional y que la retribución consiste en la aplicación de importes fijados anualmente para cada clase de guardia, llega a la conclusión de que en esos hospitales se distingue dentro de la actividad asistencial entre la actividad normal y la actividad de urgencia, pero que esta última es un servicio ordinario y permanente al que los médicos dedican un tiempo que no se corresponde con las tareas características de los servicios extraordinarios.

Todo ello lleva al tribunal a afirmar que los médicos desarrollan una jornada especial respecto al resto de los funcionarios de la Administración demandada, que se caracteriza porque, además de la jornada común, comprende la guardia médica que les corresponde dentro del turno de reparto, pero teniendo esto un carácter no excepcional o extraordinario. Las guardias médicas son, por tanto, parte de la jornada normal y su remuneración no puede calificarse de gratificación sino de retribución ordinaria, por lo que los médicos tienen derecho a seguir percibiendo los abonos correspondientes a este concepto durante los períodos de incapacidad laboral transitoria. En igual sentido se ha pronunciado también la STSJ de Murcia de 20 de febrero de 2002, Ar. 453.

Sobre la misma cuestión vuelven a incidir las SSTSJ de Murcia de 11 de abril y 10 de mayo de 2001, Ar. 655 y 552, aunque esta vez en relación con los conceptos retributivos que debe percibir el médico en vacaciones.

La Sala recuerda que ya se ha pronunciado al respecto en sentencias anteriores, en las que estableció que las guardias no encajaban en el concepto de servicios extraordinarios, puesto que son un servicio permanente y normal de los centros sanitarios, que se realizan por la casi totalidad de los médicos y que se distribuye entre los médicos por la Administración. La retribución por las guardias debía, por tanto, reputarse como una retribución ordinaria y no como una gratificación. En consecuencia, la Sala entendió que debían incluirse entre las retribuciones a las que tienen derecho los funcionarios durante el período de vacaciones. Sin embargo, la Sala pone de manifiesto que este criterio ha sido corregido por las Leyes de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para los años 1996 y 1997, en las que se excluye este concepto retributivo de la remuneración del mes de vacaciones.

C) El régimen de las retribuciones de los especialistas de cupo no puede establecerse en un simple Acuerdo administrativo

La STS de 29 de febrero de 2000, Ar. 2657, confirma la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana que anuló el Acuerdo

del Consell de la Generalidad Valenciana de 11 de mayo de 1992 por el que se adaptaban las retribuciones de los facultativos especialistas de cupo al sistema establecido por el Real Decreto-ley 3/1987, de 11 de septiembre, y en el que, además, se habían regulado también otros aspectos como la dependencia de estos facultativos, su ámbito de actuación y asistencia, y su dedicación, horario y jornada. El acuerdo se había elaborado y aprobado como si fuera un simple acto administrativo, lo que ha sido práctica habitual en el desarrollo del citado Real Decreto-ley. El TS recuerda que ya en sentencias anteriores, y más concretamente en la de 10 de marzo de 1993, tuvo ocasión de afirmar que estos Acuerdos por su contenido abstracto y su temporalidad indefinida no pueden considerarse meros actos administrativos, sino auténticas disposiciones de carácter general. Por ello, se trata de regulaciones cuya elaboración y aprobación debería de haber seguido el cauce procedimental previsto para los reglamentos y la inobservancia de semejante requisito esencial obliga a la anulación del mismo.

D) Retribuciones de los Equipos de Atención Primaria por las horas de localización en atención continuada

La STS de 27 de febrero de 2001, Sala Cuarta, Ar. 2821, declara la conformidad a Derecho de las Instrucciones Conjuntas de la Dirección del Servicio Valenciano de Salud y de la Dirección General de Régimen Económico de la Conselleria de Sanidad y Consumo de desarrollo del Acuerdo de 7 de mayo de 1993, en las que se establecían diferencias retributivas para las horas de localización y las horas de presencia física o trabajo efectivo. La Sala considera que las Instrucciones no vulneran el Acuerdo, que se limitaba a prever que se retribuirían las horas de servicio y afirma también que la distinción entre horas de localización y horas de trabajo efectivo es acorde con la que la Sala ha aceptado a otros muchos efectos (jornada laboral, horas extraordinarias, descanso ininterrumpido) y que se basa en que no son equiparables las horas efectivamente trabajadas y las horas de espera o localización.

E) Es lícito que se reduzcan las retribuciones de los médicos de cupo y zona cuando disminuye el número de titulares de cartillas, pero no cuando no concurre esta causa objetiva

La STS de 7 de marzo de 2001, Sala Cuarta, Ar. 3170, afirma que ciertamente la Administración no puede, en principio, reducir unilateralmente el número de titulares asignados a este tipo de médicos, salvo que ese número supere el cupo máximo correspondiente a la plaza. Pero esta prohibición de modificación unilateral de los cupos asignados “no impide que la Entidad Gestora abone tan sólo la retribución correspondiente a los titulares de cartilla realmente existentes y, en concreto, que la retribución la reduzca para acomodarla al número de titulares o beneficiarios titulares de las cartillas si éste también se ha reducido por razones puramente vegetativas u otras ajenas a la voluntad de aquella entidad, puesto que ello quebraría el derecho de la entidad gestora a la organización de sus servicios, puesto que produciría un desequilibrio injustificado entre las retribuciones percibidas por el médico y el trabajo realmente realizado por él, con el consiguiente enriquecimiento injustificado del mismo”. Pero, añade, la disminución salarial sólo está justificada cuando concurren estas razones objetivas, lo que no resultó probado en el caso que se dilucida y lleva a la Sala a desestimar el recurso interpuesto.

F) El derecho de los ATS/DUE al reintegro de las cuotas satisfechas a colegios profesionales como indemnizaciones por gastos obligados por razón del servicio

La STS de 11 de julio de 2001, Sala de lo Social, Ar. 7466, considera que, efectivamente el hecho de que la legislación imponga la colegiación obligatoria a los ATS/DUE, incluso para el desempeño exclusivo de funciones en el seno de la Administración, implica que las cuotas satisfechas a los colegios profesionales deben ser considerados como gastos indemnizables por incurrirse en ellos por razón del servicio. Además, la Sala afirma que las Entidades de la Seguridad Social han reconocido el derecho al reintegro de esas cantidades a sus Letrados y Médicos y que el no reconocimiento del mismo derecho a los ATS/DUE implica claramente una vulneración del principio de igualdad, pues el diferente trato no puede justificarse por el mero hecho de que unos sean funcionarios y otros personal estatutario. En consecuencia, la sentencia afirma el derecho de los ATS/DUE al resarcimiento de los gastos derivados de la colegiación obligatoria.

En la misma línea, la STS de 29 de diciembre de 2001, Sala Cuarta, Ar. 2081, reitera la doctrina ya sentada en sentencias anteriores, de acuerdo con la cual el hecho de que la legislación imponga la colegiación obligatoria a los ATS/DUE incluso para el desempeño exclusivo de funciones en el seno de la Administración implica que las cuotas satisfechas a los colegios profesionales deben ser considerados como gastos indemnizables por incurrirse en ellos por razón del servicio. Además, la Sala afirma que el reconocimiento del derecho a la indemnización es voluntario para las Entidades de la Seguridad Social, pero que una vez que lo han reconocido a sus Letrados y Médicos, el no reconocimiento del mismo derecho a los ATS/DUE vulnera el principio de igualdad, pues el diferente trato no puede justificarse por el mero hecho de que unos sean funcionarios y otros personal estatutario. En consecuencia, la sentencia afirma el derecho de los ATS/DUE al resarcimiento de los gastos derivados de la colegiación obligatoria.

Sin embargo, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Girona de 6 de febrero de 2002, Ar. 271, afirma que no es aplicable la doctrina del TS sobre reconocimiento del derecho al reintegro de las cuotas de colegiación a ATS del INSALUD al personal del Institut Català de la Salut, porque este organismo autónomo dependiente de la Generalitat de Catalunya no ha dictado ninguna resolución en la que se prevea el abono de esas cantidades a los Inspectores Médicos, por lo que no hay en este caso ninguna discriminación.

G) El personal no sanitario al servicio del Insalud no tiene derecho a percibir el complemento de atención continuada los días festivos o de libre disposición

La STS de 17 de diciembre de 2001, Sala Tercera, Ar. 2029, reitera la doctrina ya sentada en las SSTs de 4 y 23 de abril y 4 de diciembre de 2001. De acuerdo con esta doctrina, el tiempo de trabajo del personal sanitario de la Seguridad Social se fija en un número de horas al año y para el cálculo de estas horas se tiene en cuenta el número de días laborables, descontados los de descanso entre los que se incluyen los festivos y los de libre disposición, por lo que el abono de esos días con el complemento de atención continuada implicaría una duplicación injustificada del mismo ya que ha sido pagado en las jornadas nocturnas en que efectivamente han prestado los servicios profesiona-

les. En cualquier caso, la desestimación responde a la propia naturaleza del complemento que está previsto para remunerar al personal por atender a los usuarios de los servicios de salud de manera continuada, incluso fuera de la jornada establecida, pero no para retribuir horas de descanso.

H) El personal liberado por acción sindical tiene derecho al cobro de la totalidad de sus retribuciones

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 4 de mayo de 2001, Sala de lo Social, Ar. 1871, afirma que, de acuerdo con el principio de indemnidad retributiva de los liberados sindicales recogido en la Ley 9/1987, de Órganos de Representación, Determinación de las condiciones de trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, debe afirmarse el derecho de los mismos a idénticos conceptos retributivos que sus compañeros y en igual cuantía que si estuvieran realizando las guardias.

Derechos colectivos de los funcionarios públicos

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. Derecho a la libertad sindical. A) La Administración debe expresar los motivos de las decisiones que adopte cuando esté involucrado el derecho a la libertad sindical, sin que baste por sí sola la invocación genérica de una norma. B) Aun reconociendo la ausencia de un derecho a la intangibilidad de los representantes sindicales en su puesto de trabajo, la facultad de libre remoción de los mismos no puede conducir legítimamente a su utilización como un instrumento de coacción o condicionamiento del ejercicio del cargo sindical. C) Tienen la consideración de sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma los que hayan obtenido, al menos, el 15 por ciento de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa y en los órganos correspondientes de las Administraciones Públicas. D) La exclusión de un sindicato con legitimación para participar en una Mesa Sectorial de ponencias previas de carácter preparatorio de la negociación colectiva vulnera la libertad sindical.

II. Derecho de huelga. A) Necesidad de habilitación legal para una nueva regulación de los servicios mínimos en caso de huelga. **III. Derechos de reunión y asociación.**

A) No existe una expresa prohibición constitucional sobre las modalidades del derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas ni sobre los límites de este derecho. **IV. Derecho a la negociación colectiva.** A) Cuestiones generales relativas a su naturaleza jurídica. a) Inaplicación en materia de negociación colectiva de la teoría de la norma más favorable, dado el carácter legal y estatutario de la relación de servicio y el principio de irrenunciabilidad de la competencia y de las potestades públicas.

b) El Acuerdo-Marco tiene la naturaleza y alcance de disposición de carácter general y no de acto administrativo de destinatario plural. c) La negociación colectiva en la Función Pública no puede constitucionalmente asimilarse a la negociación colectiva en

el ámbito laboral. d) La presencia en el marco estatutario de una amplia reserva de ley lleva a distinguir distintos tipos de negociación: negociación prelegislativa con procedimiento de participación en forma de consulta obligada y negociación colectiva con eficacia directa. B) Aspectos relacionados con la legitimación. a) Los sindicatos son titulares de un interés legítimo para defender tanto sus intereses como los intereses de los funcionarios y trabajadores afectados por la negociación. b) La legitimación para negociar pactos y acuerdos corresponde a cada una de las entidades locales. c) Al ser la negociación colectiva de los funcionarios un derecho de intensísima configuración legal, la ley puede establecer lícitamente ámbitos superiores e inferiores de negociación, pero resulta muy distinto el caso de que ello se haga de forma puramente convencional y sin apoyo legal. d) Las peculiaridades en la legitimación de los sindicatos para negociar en el ámbito de la Función Pública están motivadas por la configuración que le da su propia ley reguladora. C) Objeto de la negociación. a) Todas las materias que afecten a las condiciones de trabajo en general han de ser objeto de negociación colectiva. b) La negociación colectiva tiene por objeto la normativa que ha de regular los procedimientos de reordenación de efectivos y provisión de vacantes, no cada supuesto concreto de aplicación. c) Las cláusulas de condiciones más beneficiosas y de compensación y absorción exceden del objeto de la negociación colectiva en el ámbito de la función pública. d) La duración del permiso por maternidad no puede ser modificada por un Acuerdo municipal. e) La regulación de los permisos para asuntos propios no puede ser objeto de negociación colectiva. f) Las cuestiones relativas al incremento de las retribuciones deben ser objeto de negociación colectiva, existiendo una obligación por parte de la Administración de negociar de buena fe y sin que dicha materia pueda ser excluida de la negociación unilateralmente. g) La fuerza vinculante de lo pactado no excluye la subordinación de los convenios a lo establecido en las normas de superior jerarquía, pues no existe un límite legal en la potestad de ordenación del gasto público derivado de la vinculatoriedad de los Acuerdos suscritos, sino la subordinación a la Ley de Presupuestos de todo incremento en el gasto público. h) Dada la sujeción jerárquica del convenio colectivo a la ley, una vez aprobada la Ley de Presupuestos, no cabe pedir que se cumpla lo previsto en el convenio, pues el principio de jerarquía de fuentes hace que lo establecido en el convenio no sea de aplicación. D) Los límites de la negociación colectiva. a) El incremento de retribuciones que

prevean los Acuerdos de las entidades locales debe respetar el límite máximo previsto por el Estado en el presupuesto. b) La ordenación estatutaria de los funcionarios públicos no puede ser promulgada de nuevo por una Corporación Local. c) Es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse a la ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, siendo constitucionalmente inaceptable que una ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador. d) Son ilegales los pactos que, al margen y con desconocimiento de la normativa estatal que regula el régimen estatutario de la función pública, establecen y crean en el ámbito de la negociación colectiva, unos órganos unitarios de negociación ajenos a los establecidos en la legislación estatal en el ámbito de los entes locales y de su ámbito supralocal. **V. La información y consulta.**

A) Es preceptiva la consulta sindical previa al ejercicio de las potestades de organización que afecten a las condiciones de trabajo de los funcionarios, tal como acontece con la amortización de puestos de trabajo. B) Tanto la negociación como la consulta son requisitos esenciales para la correcta elaboración de la decisión administrativa y su omisión comporta la nulidad de pleno derecho, sin posibilidad de subsanación *a posteriori*. C) La modificación de la plantilla orgánica de un Ayuntamiento es un instrumento organizativo que no requiere la previa negociación sindical, sino que basta con su sometimiento al informe de las organizaciones sindicales.

I. DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

A) La Administración debe expresar los motivos de las decisiones que adopte cuando esté involucrado el derecho a la libertad sindical, sin que baste por sí sola la invocación genérica de una norma

La STC 202/1997, de 25 de noviembre, Sala Primera, reitera de nuevo la doctrina de que cuando se alegue que una determinada decisión encubre una conducta lesiva de los derechos sindicales, incumbe al causante de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, produciéndose un desplazamiento del *onus probandi*.

En el caso concreto, la Administración basó su decisión de cambiar de puesto de trabajo a un funcionario –liberado sindical– en la existencia de un Real Decreto de reestructuración orgánica del Ministerio donde prestaba sus servicios. El Tribunal ha vuelto a reiterar que “no basta por sí sola la invocación de una potestad genérica o de una norma para motivar un acto o medida cuando se trata de actos administrativos que limiten derechos

fundamentales: al estar involucrado el derecho a la libertad sindical garantizado en el art. 28.1 de la Constitución, es exigible que la Administración exprese los motivos de su decisión de cambiar de puesto al recurrente (STC 85/1995)”.

A la misma solución llega también la **STC 114/2002, de 20 de mayo**. En este caso se resuelve el recurso de amparo presentado por el funcionario recurrente. A través de dicho recurso, el funcionario impugna el Decreto del Presidente de la Diputación Provincial de Burgos por el que se adscribía su puesto de trabajo no singularizado de auxiliar administrativo a una Unidad del Patronato de Turismo de la Provincia de Burgos. A juicio del recurrente, su traslado respondía a un motivo de discriminación por razones sindicales, toda vez que la Diputación había adoptado dicha decisión precisamente en el período de tiempo comprendido entre la celebración de elecciones sindicales en la Diputación, y por tanto durante el período en el que el recurrente no ostentaba provisionalmente su condición de representante sindical, y la fecha en la que se constituyó de nuevo la Junta de Personal, en la que salió de nuevo elegido como Presidente.

Pues bien, ante estos hechos el Tribunal Constitucional se pronuncia, en primer lugar, sobre la cuestión relativa a la legitimación para impugnar la resolución administrativa, toda vez que la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) había declarado la inadmisibilidad del recurso por haber sido presentado, no por el propio funcionario recurrente, sino por el sindicato al que estaba afiliado. Para la resolución de esta cuestión el Tribunal ha extendido también al recurso de amparo su doctrina fijada respecto a la legitimación de los sindicatos en determinados procesos ante la Jurisdicción Laboral o Contencioso-administrativa, señalando que “aunque la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretenda hacerse valer, es innegable que concurre en el supuesto que nos ocupa el interés legítimo o vínculo especial y concreto al que nos referimos en dichas ocasiones, entre el sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto de este recurso de amparo, dado que el funcionario cuyo puesto de trabajo fue objeto de movilidad por cambio de adscripción estaba afiliado a esa organización sindical y, antes y después de la decisión administrativa impugnada, era representante sindical en la Junta de Personal de la Diputación Provincial en virtud de candidaturas presentadas por aquélla. Si la movilidad por cambio de adscripción del puesto de trabajo afectara de alguna manera a la actuación del funcionario como representante sindical, podría verse afectada la propia actividad sindical de la CSIF. Esto es suficiente para admitir que dicha confederación sindical está legitimada para recurrir en amparo en este caso, con invocación de la libertad sindical, contra la decisión del Presidente de la Diputación Provincial”.

Respecto a la cuestión relativa a la legalidad del traslado efectuado por la Administración, el Tribunal, al igual que ya hiciera en su Sentencia 48/2002, de 25 de febrero (relativa al despido por parte del Ayuntamiento de Fuengirola de 23 trabajadores laborales afiliados al Sindicato UGT) ha considerado que si el recurrente alega que una determinada decisión administrativa, aunque sea discrecional, encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales del afectado, incumbe al causante de la medida probar

que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Ahora bien, para que opere este desplazamiento del *onus probandi*, no basta con que el recurrente en amparo la tilde de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato. Constando esta prueba, el demandado causante de la violación debatida asume la carga de demostrar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales.

En el caso concreto, el Tribunal considera que efectivamente resulta sospechoso que el Patronato hubiera sido creado un año antes y que no se hubiera producido la adscripción del recurrente precisamente hasta esa fecha concreta, esto es, tras la celebración del proceso de elecciones sindicales en la Diputación. Ello es considerado como un indicio suficiente para la alteración de la carga de la prueba y, asimismo, para ser más exigente en la motivación de la resolución administrativa por la que se decretó el traslado del funcionario. Todo ello le llevará finalmente a otorgar el amparo solicitado por el funcionario recurrente al entender que “el margen de discrecionalidad que es característico de las decisiones administrativas en materia de autoorganización de sus servicios no modifica la exigencia de esa carga probatoria por parte de la Diputación Provincial, a la que la Administración debe atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, o no causales, aunque se aceptara que aquéllas no precisaran ser motivadas, ya que como hemos declarado, ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales del funcionario (...) Pero la cuestión ahora relevante, sin embargo, es si esa motivación, desde la perspectiva de las exigencias del art. 28.1 de la Constitución, puede considerarse como una justificación causal de la decisión que resultara suficiente en su específica y singular proyección sobre el caso concreto, explicando objetiva, razonable y proporcionalmente tal decisión y eliminando toda sospecha de que ésta ocultara la lesión de un derecho fundamental”.

B) Aun reconociendo la ausencia de un derecho a la intangibilidad de los representantes sindicales en su puesto de trabajo, la facultad de libre remoción de los mismos no puede conducir legítimamente a su utilización como un instrumento de coacción o condicionamiento del ejercicio del cargo sindical

La Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo número 5 de 15 de junio de 2001, Ar. 1273, ha aplicado la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus Sentencias 17/1996, de 7 de febrero, 202/1997, de 25 de noviembre y 29/2000, de 31 de enero, respecto a la discrecionalidad de la Administración para el cese de los funcionarios nombrados por libre designación cuando existe la sospecha de que tras el comportamiento de la Administración se esconde una conducta lesiva del derecho fundamental a la libertad sindical.

En este caso, se trataba de un funcionario del Ministerio de Asuntos Exteriores que se encontraba destinado en la Embajada de España en Dinamarca y había sido elegido como representante sindical en la Junta de Personal. El funcionario había sido nombrado por el

procedimiento de la libre designación y en virtud de la amplia discrecionalidad que preside este tipo de nombramientos había sido también cesado en virtud de un procedimiento también de libre remoción, tal como viene siendo usual en este tipo de nombramientos. Efectivamente, el nombramiento para cargos de libre designación constituye un supuesto específico y singular dentro de la categoría general de los actos discrecionales. Dicha singularidad consiste en que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza, que sólo puede ser apreciado por la autoridad que verifica el nombramiento, a la vista de las circunstancias que estime que concurren en el solicitante para llegar a ocupar el puesto, o para seguir desempeñándolo. De tal forma que llegado un momento concreto, si dicha autoridad estima que ya han desaparecido tales circunstancias podrá libremente decretar el cese. Y ello sin estar sometido al requisito formal de hacer una exposición expresa de los motivos en virtud de los cuales se ha preferido a una persona en lugar de otra o por los que se ha perdido la confianza en la ya designada.

Esta doctrina aparece ya expresamente recogida en el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, al disponer que los funcionarios nombrados para puestos de trabajo de libre designación podrán ser cesados con carácter discrecional y, en este caso, la motivación de esta resolución se referirá meramente a la competencia para adoptarla. No obstante, la doctrina del Tribunal Constitucional ha llevado a una importante matización de este régimen jurídico en aquellos supuestos en los que el funcionario alega que la decisión administrativa supone una violación de sus derechos fundamentales, en este caso concreto de su derecho a la libertad sindical, produciéndose en estos casos un desplazamiento de la carga de la prueba.

En el caso concreto, se daba la circunstancia de que el cese del funcionario se había producido sin ningún tipo de motivación o explicación de las circunstancias que habían llevado a decretarlo y, asimismo, que dicha decisión se adoptó transcurridos tan sólo unos días después de que venciera el plazo de cobertura de un año siguiente a la expiración de su mandato como representante sindical al que se refiere la letra e) del art. 11 de la Ley 9/1987, de 12 de junio. Todo ello parecía apuntar claramente a que la decisión de la Administración pretendía castigar la actitud beligerante que el funcionario cesado había tenido durante los años en que había ejercido como representante sindical y delegado en la Junta de Personal.

Pues bien, a la vista de todos los hechos considerará la Sala que, tanto por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la tutela de la libertad sindical ante el cese de funcionarios que ocupan puesto de libre designación, como por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la desviación de poder, procede la estimación del recurso presentado por el funcionario recurrente, así como su reposición en el puesto de libre designación en el que ilegítimamente había sido cesado. Todo ello por considerar que:

“Aun reconociendo la ausencia de un derecho a la intangibilidad de los representantes sindicales en su puesto de trabajo, la facultad de libre remoción de los mismos no puede conducir legítimamente a su utilización como un instrumento de coacción o condicionamien-

to del ejercicio del cargo sindical. Por ello, tal decisión administrativa, la de cese del funcionario en su puesto de trabajo de libre designación, requiere una adecuada motivación que exteriorice las normas objetivas del cese en el puesto de trabajo a fin de descartar la concurrencia de un propósito atentatorio de derechos fundamentales.”

C) Tienen la consideración de sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma los que hayan obtenido, al menos, el 15 por ciento de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa y en los órganos correspondientes de las Administraciones Públicas

La STS de 21 de octubre de 1999, Ar. 7669, se ha pronunciado de nuevo sobre el porcentaje de representación que ha de tener un sindicato para recibir la calificación de más representativo. En el caso concreto se trataba de determinar la composición del Consejo Gallego de Función Pública. Mediante una Orden del Consejero de la Presidencia se había interpretado que la representación autonómica a la que hace referencia el art. 39 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, debía considerarse referida exclusivamente a la obtención al menos del 10 por ciento de los resultados alcanzados en las elecciones del personal laboral o de servicio de la Administración Pública gallega.

El Tribunal, no obstante, considerará que al rebajar el tope mínimo de la representatividad autonómica al 10 por ciento se está vulnerando lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, que atribuye el carácter de sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma a “los sindicatos de dicho ámbito que acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por ciento de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa y en los órganos correspondientes de las Administraciones Públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal”.

D) La exclusión de un sindicato con legitimación para participar en una Mesa Sectorial de ponencias previas de carácter preparatorio de la negociación colectiva vulnera la libertad sindical

La STC de 27 de marzo de 2000 estima el recurso de amparo interpuesto por la Confederación Intersindical Gallega (CIG) contra la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1996, por vulnerar su derecho a la libertad sindical. La CIG había convocado una huelga junto con la UGT y CCOO que tenía por objetivo la negociación de las retribuciones del personal de las instituciones sanitarias del SERGAS (Servicio Gallego de Salud). La Consejería de Sanidad y Servicios Sociales llegó el 18 de mayo de 1995 a un acuerdo con UGT y CCOO de desconvocatoria de la huelga y de inicio de unas reuniones para el estudio de los problemas de las retribuciones. La CIG, sin embargo, se negó a desconvocar la huelga y, en consecuencia, no participó en el acuerdo del 18 de mayo y, posteriormente, se la excluyó de las reuniones del 23 de mayo al entender la Administración que la negociación con este sindicato debía mantenerse separadamente en el marco del Comité de Huelga. El sindicato acudió a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que estimó parcialmente la demanda en su Sentencia de 5 de julio de 1995, declarando vulnerado el derecho a la libertad sindical. Recurrida la sentencia por el SERGAS ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ésta estimó el recurso, en su Sentencia de 17 de junio de 1996, Ar. 5169, al considerar que

no se había producido una vulneración de la libertad sindical. La Sala argumenta que la CIG fue convocada a la Mesa sectorial de Sanidad para la determinación de las condiciones de trabajo del personal afectado, respetándose los derechos que le corresponden conforme a la Ley Orgánica de Libertad Sindical y a la Ley 9/1987, y que, por otro lado, no ha habido una actuación arbitraria ni irrazonable por parte de la Administración demandada al no haber convocado a la CIG a la reunión de 23 de mayo “pues es claro que, dentro del proceso de conversaciones y negociaciones, y a salvo las previsiones legales, no puede imponerse a cada interesado quién haya de ser su interlocutor en las distintas reuniones que, libre y voluntariamente, decida tener”.

Sin embargo, el TC considera existente la vulneración de la libertad sindical. Según el Tribunal hay que tomar en consideración que el objeto de la ponencia se refería a una materia de inequívoca atribución legal a la negociación de la Mesa Sectorial y que no es acorde con la libertad sindical, en su vertiente de derecho a la negociación colectiva, que en virtud de un pacto de desconvocatoria de huelga, no suscrito por uno de los sindicatos convocantes, “una fase del proceso negociador se sustraiga del órgano legalmente establecido al efecto, reservándolo a un órgano creado *ad hoc*, con exclusión de uno de los sindicatos con legitimación legal para participar en él”.

II. DERECHO DE HUELGA

A) Necesidad de habilitación legal para una nueva regulación de los servicios mínimos en caso de huelga

El art. 28.2 de la Constitución establece que la ley que regule el derecho de huelga establecerá las garantías precisas para el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Pues bien, la Sección Séptima de la Sala Tercera del TS en la Sentencia de 7 de noviembre de 1997, Ar. 9498, se ha tenido que pronunciar sobre la legalidad de unos Decretos que regulaban de modo permanente y abstracto las medidas a adoptar frente a cualquier huelga que pudiera afectar a la Administración de Justicia. Dirá el Tribunal que “el establecimiento de una limitación en abstracto al ejercicio del derecho de huelga, mediante una norma reglamentaria, no es compatible con la configuración de ese derecho en el art. 28.2 de la Constitución (...) y los Decretos ahora impugnados aparecen como reglamentos independientes en una materia en la que no existe deslegalización ni tampoco una habilitación reglamentaria deducible directamente de la Constitución o de una general habilitación legal”.

III. DERECHOS DE REUNIÓN Y ASOCIACIÓN

A) No existe una expresa prohibición constitucional sobre las modalidades del derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas ni sobre los límites de este derecho

La STC 219/2001, de 31 de octubre, ha entendido que la negativa de la Administración a inscribir en el Registro a una Asociación de miembros de las Fuerzas Armadas consti-

tuye una lesión del derecho de asociación consagrado en el art. 22 de la Constitución y, en consecuencia, ha concedido el amparo solicitado por la Hermandad recurrente. La lesión de este derecho tuvo su origen en la negativa del Ministerio del Interior a inscribir en el Registro de Asociaciones una modificación de los Estatutos aprobada por la ahora denominada Hermandad de Personal Militar en Situación Ajena al Servicio Activo. Esta resolución se basaba principalmente en que el art. 3.c) de los Estatutos enuncia como fin propio de la asociación “realizar las gestiones precisas para conseguir para sus miembros cuantos beneficios sean posibles tanto en el aspecto económico como en el moral o social”, siendo ello contrario a lo dispuesto en el art. 181 de la Ley 85/1978, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que expresamente dispone que “los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa”.

Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo habían confirmado dicha resolución por entender que una actividad es reivindicativa cuando va encaminada a la defensa y consecución de intereses y objetivos económicos o sociales de signo profesional. Con la prohibición de asociaciones reivindicativas se evita la afiliación o creación de entes asociativos sindicalizados o parasindicales pues se asemejarían a los sindicatos, no en modos o formas de actuar o configurarse, sino en los fines. La fundamentación de todo ello se encontraría, pues, en el propio art. 28 de la Constitución, que no sólo permite la prohibición de los sindicatos militares en sentido formal, sino también de cualquier tipo de asociación que, por su naturaleza y fines, pueda encuadrarse en un concepto sustantivo y material del sindicato, caracterizado por la índole de los intereses que protege, de ahí que para evitar a través de subterfugios formalistas el ejercicio de actividades sindicales en las Fuerzas Armadas, el citado art. 181 prohiba, no sólo los sindicatos, sino también las asociaciones con finalidad reivindicativa.

El Tribunal, no obstante, destaca que el art. 22.3 de la Constitución contempla la inscripción no sólo como una carga de la asociación ya creada, sino también como una prestación debida por la Administración encargada del correspondiente Registro, a fin de que la libertad de asociación se realice plenamente. Asimismo, respecto de quienes son miembros de las Fuerzas Armadas no existe una expresa previsión constitucional sobre las modalidades de su derecho de asociación ni sobre los límites de este derecho. En todo caso, la facultad del legislador de restringirlo estaría sometido a ciertos límites: deberían ser establecidos mediante una Ley Orgánica y habrían de ser a la vez proporcionados y respetuosos con el contenido esencial de este derecho fundamental. Por todo ello, recupera el Tribunal su doctrina establecida en la Sentencia 67/1985, de 23 de mayo, respecto a que “el derecho de asociación que regula el art. 22 de la Constitución se refiere a “un género –la asociación– dentro del cual caben modalidades específicas”, entre ellas, las de aquellas asociaciones con especial relevancia constitucional, como son los sindicatos, los partidos políticos y las asociaciones empresariales (arts. 6 y 7 CE). Pero más allá de la común pertenencia a este género amplio nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo a los efectos del art. 28.1 CE. Ello supone, en primer lugar, una indebida restricción del derecho de asociación, por aplicación de un criterio contrario al principio de interpretación

de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, reiteradamente reconocido por este Tribunal (STC 146/1999, de 27 de julio, FJ 6º). Y supone también una indebida extensión, a los expresados efectos, del concepto de sindicato, al desconocer, de hecho, otros rasgos que lo caracterizan, tanto histórica como legalmente. Entre tales rasgos o caracteres figura, muy destacadamente, su esencial vinculación con la acción sindical que, según hemos declarado en numerosas sentencias se plasma en el ejercicio del derecho de huelga (art. 28.2 CE), en la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y en la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE). Es suficiente reparar en tales medios de acción a disposición de los sindicatos para comprender que el art. 28.1 CE haya permitido que la ley llegue incluso a exceptuar del ejercicio del derecho de libertad sindical a los miembros de instituciones que están sometidas a la disciplina militar”.

Esta Sentencia cuenta con un Voto Particular formulado por el Magistrado don Julio Diego González Campos que, pese a compartir el fallo de la Sala, estima que la Sala debería haber realizado también un pronunciamiento acordando elevar al pleno una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 181.1 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas por suponer una lesión del derecho de asociación.

IV. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A) Cuestiones generales relativas a su naturaleza jurídica

a) Inaplicación en materia de negociación colectiva de la teoría de la norma más favorable, dado el carácter legal y estatutario de la relación de servicio y el principio de irrenunciabilidad de la competencia y de las potestades públicas

En las Sentencias de la Sección Séptima de la Sala Tercera del TS de 3 y 28 de noviembre de 1997, Ar. 7972 y 8451, respectivamente, se trataba de dilucidar si la regulación por convenio de las relaciones de empleo de los funcionarios más allá de los límites queridos y establecidos por el legislador podría constituir un fraude de ley. El Tribunal ha vuelto a reiterar su doctrina, en virtud de la cual “la invocación del fraude de ley en este caso es técnicamente incorrecta, pues en el mecanismo del art. 6.4 del Código Civil el resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, lógicamente debe establecerse en relación a una norma o conjunto de normas, diferente de la que se elige en concreto para amparar el acto fraudulento, pues si es esta misma norma la hipotéticamente vulnerada, no puede ser a la vez la que da la cobertura formal al acto”.

También respecto al contenido de la negociación, la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del TS de 5 de diciembre de 1997, Ar. 9327, vuelve a ratificar la línea jurisprudencial acerca de la inaplicabilidad analógica de la normativa laboral y la imposibilidad de que “el bloque legislativo aplicable sea identificable como una plataforma de ‘mínimos’ sobre los que puedan actuar las diferentes unidades negociadoras, pactando

según el buen criterio de la mesa de negociación, refrendado por la respectiva Corporación”.

b) El Acuerdo-Marco tiene la naturaleza y alcance de disposición de carácter general y no de acto administrativo de destinatario plural

En la STS de 23 de febrero de 1999, Ar. 2237, se trató la cuestión relativa a la naturaleza de los Acuerdos-Marcos suscritos entre Administración y Sindicatos. Concretamente la parte recurrente había alegado la violación de lo previsto en dicho Acuerdo sobre elevación del complemento específico. Dirá el TS que “este Acuerdo-Marco tiene la naturaleza y alcance de disposición de carácter general, pues ha reconocido esta Sala en reiterada Jurisprudencia que el Acuerdo de Consejo de Ministros, en este caso, no es un acto administrativo de destinatario plural dirigido a un determinado colectivo, sino una disposición general y no es un acto ordenado, sino un acto ordenador que se integra en el ordenamiento jurídico”.

c) La negociación colectiva en la Función Pública no puede constitucionalmente asimilarse a la negociación colectiva en el ámbito laboral

La STSJ de Canarias de 24 de mayo de 2000, Ar. 1537, se ha pronunciado sobre el valor de las estipulaciones retributivas adoptadas por el Acuerdo Marco negociado entre la Administración y la representación sindical de la policía, recogiendo al respecto la línea jurisprudencial marcada por el TC (Sentencia 57/1982) y el TS (entre otras muchas, en su Sentencia de 30 de junio de 1995, Ar. 5107). Tras analizar el alcance de la negociación prevista en la Ley 7/1990, recuerda la Sala que “la negociación en el ámbito de la Función Pública es de consagración exclusivamente legal, siendo sólo la ley la base normativa para establecer el alcance y significado jurídico de dicha negociación, de tal forma que no cabe asimilar el régimen de los acuerdos alcanzados al de los convenios colectivos laborales, cuyo significado como normas tiene un fundamento preciso en el art. 37.1 de la Constitución, sin que del reconocimiento del derecho de sindicación de los funcionarios derive como consecuencia necesaria el de negociación colectiva, y menos todavía con efectos vinculantes”.

Toda esta argumentación llevará a la Sala a concluir que el nuevo texto de la Ley 7/1990 “tampoco desvirtúa el carácter estatutario de la relación funcional, ni atribuye a los órganos negociadores de la Administración competencias que no tienen y, por supuesto no permite, ni podía hacerlo, ser objeto de negociación cuestiones reservadas a la Ley por la Constitución o competencias no transigibles, como la potestad de organización o la política económica. No son negociables cuestiones reservadas a la ley por el art. 103 ni, ya que tratamos de retribuciones, puede quedar afectado el principio de legalidad presupuestaria”. Considera la Sentencia que el acuerdo alcanzado sobre un aumento retributivo de tal carácter nunca puede tener fuerza vinculante y carácter de fuente ya que, conforme al art. 134 de la Constitución, corresponde a las Cortes Generales la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, entendiéndose por ello que el acuerdo impugnado supone meramente “un compromiso, no de resultado, sino de actividad, a fin de remover los obstáculos dichos, pero sin que pueda garantizarse el resultado ni el tiempo en que éste pueda conseguirse”.

d) La presencia en el marco estatutario de una amplia reserva de ley lleva a distinguir distintos tipos de negociación: negociación prelegislativa con procedimiento de participación en forma de consulta obligada y negociación colectiva con eficacia directa

El Tribunal Supremo ha vuelto a reiterar su doctrina acerca de la naturaleza y eficacia de la negociación colectiva en el ámbito funcional a propósito de una impugnación del Reglamento del Instituto Cervantes presentada por el sindicato Comisiones Obreras. En dicha impugnación, el sindicato sostenía que dada la naturaleza pública de dicha entidad le resultaba aplicable el régimen previsto en la Ley sobre los Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LORAP), Ley 9/1987, de 12 de junio, y, en consecuencia, la selección y régimen retributivo del personal del Instituto Cervantes quedaban incluidos dentro del art. 32 de dicha Ley, existiendo respecto de ellos la obligación de ser negociados.

La **STS de 25 de junio de 2001**, Ar. 5738, desestima esta impugnación dado que el personal de esta institución, según dispone el art. 24.1 de su Reglamento, se rige por las normas del Derecho Laboral. Ahora bien, ello no impide al Tribunal recordar la naturaleza jurídica de la negociación colectiva en la Función Pública: “el derecho a la negociación colectiva es un derecho de indudable estirpe y naturaleza laboral, reconocido en el art. 37.1 CE, que ha sido objeto de traslación por la LORAP al ámbito de las relaciones administrativas del régimen funcional. Dicha aplicación, por las propias peculiaridades del régimen estatutario funcional, ha dado lugar a dificultades interpretativas que tratan de resolverse acudiendo a criterios administrativos o a criterios laborales extraídos de los correspondientes ordenamientos; aunque, en todo caso, por la presencia, en el marco funcional y presupuestario, de una amplia reserva de ley resulta obligado distinguir distintos tipos de negociación: negociación prelegislativa con procedimientos de participación en forma de consulta obligada y negociación colectiva con eficacia directa”.

Como prueba de ello, la Ley alude a dos instrumentos diferentes de negociación, los Pactos y los Acuerdos. “Los primeros se celebran sobre materias que se corresponden con el ámbito competencial del órgano que los suscribe y, por tanto, una vez suscritos le vinculan y generan derechos y obligaciones para quienes estén comprendidos en su ámbito, en el que despliegan eficacia general, ya que no cabría aplicar condiciones diferentes a los funcionarios de dicho ámbito. Así, la Ley introduce en el ordenamiento administrativo una nueva fuente reguladora de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, puesto que los Pactos, en clara semejanza con los convenios colectivos laborales son pactos colectivos vinculantes y de eficacia normativa, por haberlo así establecido la Ley. Los Acuerdos, por el contrario, son el instrumento con que finalizan las negociaciones sobre materias que son competencia del órgano ejecutivo superior (Consejo de Ministros, del órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales o, en su caso, institucionales), que conforme a la propia LORAP, requieren la aprobación expresa y formal del órgano indicado que corresponda en función del ámbito de aplicación del Acuerdo”.

Por lo que respecta a la obligatoriedad de la negociación sobre las materias previstas en el art. 32 de la Ley, recuerda la Sala que: “debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 33 de la propia LORAP, las materias que se negocian en cada proceso son aquéllas sobre las que las partes acuerden y es posible que una materia no sea objeto de negociación porque no exista conformidad al respecto; de tal manera que lo que establece el primero de los preceptos indicados es que los aspectos que enumera no pueden ser objeto de una regulación o actuación unilateral por parte de la Administración sin haber intentado previamente una negociación o haber realizado, en su caso una consulta previa”.

B) Aspectos relacionados con la legitimación

a) Los sindicatos son titulares de un interés legítimo para defender tanto sus intereses como los intereses de los funcionarios y trabajadores afectados por la negociación

La **STC 84/2001, de 26 de marzo**, Sala Segunda, dictada ante el recurso de amparo interpuesto por la Confederació Sindical de Comissions Obreres de les Illes Balears contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de las Islas Baleares, vuelve a reiterar la jurisprudencia recientemente consolidada por dicho Tribunal sobre la legitimación activa de los sindicatos en el Orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo, entre otras, en su Sentencias 101/1996, de 11 de junio, 7/2001, de 15 de enero y 24/2001, de 29 de enero. En el caso que nos ocupa, el sindicato había interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra un Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca del año 1995 por el que se aprobaba la plantilla orgánica del personal para el año siguiente, al entender que dicho Acuerdo era ilegal por no haber sido previamente negociado con los sindicatos, tal como prevé el art. 32 de la Ley 9/1987, con las reformas introducidas por la Ley 7/1990.

La Sala del TSJ de las Islas Baleares inadmitió dicho recurso basándose en la jurisprudencia del TS (20 de enero de 1995) y de la propia Sala sentenciadora (17 de junio de 1997) que previamente habían inadmitido recursos similares por falta de legitimación procesal del sindicato actor, conforme a los arts. 81.1.a) y 82.c) de la LJCA de 1956, afirmando que la referida ley no atribuye el derecho a la negociación colectiva a los sindicatos, sino a un órgano determinado: la Mesa de Negociación, de tal forma que sólo ella se hallaba legitimada para acudir a los tribunales. Efectivamente, según dicha línea jurisprudencial de la Ley 9/1987 se deduce que la titularidad del derecho a la negociación y, como consecuencia, la legitimación para impugnar, la ostenta, no los sindicatos, sino la Mesa de negociación: “La ley ha depositado el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Mesa de Negociación. En consecuencia, tal derecho no se encuentra atribuido directamente a los sindicatos. Así las cosas, el sindicato carece de legitimación propia para la negociación colectiva. Su posición queda limitada a reclamar su participación en la Mesa. Sólo ésta puede reclamar la negociación colectiva y sólo ella también puede reclamar si la negociación colectiva se ha omitido; es decir, las eventuales de la negociación o de la no negociación se sitúan en el plano de actuación de la Mesa de negociación”.

Pues bien, ante dicha sentencia de inadmisión el sindicato interpuso el correspondiente recurso de amparo al entender que la misma suponía una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y de su libertad sindical. El TC entiende que la Sala no examinó si se daba o no en el caso concreto la legitimación activa conforme a los criterios procesales (la LJCA de 1956, entonces aún vigente), sino que confundiendo legitimación procesal y capacidad negocial, acogió una interpretación de la Ley 9/1987 según la cual los sindicatos, al no ser titulares del derecho a la negociación, quedan ajenos a la misma; fuera de su representación en la Mesa no pueden interponer recurso alguno en lo referente a la negociación, al quedar esta posibilidad en manos exclusivamente de la Mesa. Sin embargo, a juicio del TC es necesario sustituir las viejas reglas del art. 28.1 de la LJCA de 1956 sobre el interés directo por las nuevas sobre la noción del interés legítimo del art. 24 de la Constitución. A partir de estas consideraciones estimará que:

“No es procedente atribuir la legitimación, de modo exclusivo, a la Mesa de negociación por varias razones: a) Por las dificultades técnicas inherentes a la atribución de legitimación para impugnar los actos resolutorios al órgano (no personificado y compuesto con la representación de las partes interesadas, esto es, empleador y empleados, en terminología laboral) que formuló la pertinente propuesta (vinculante o no, cuestión que sobre ser indiferente en este momento, es precisamente el objeto de la pretensión procesal hecha valer). B) Porque la tesis preconizada por la sentencia recurrida conduciría a hacer de peor condición al sindicato interviniente en la Mesa de negociación, que a aquel otro que, eventualmente, no se hallara representado en la citada Mesa, cuya legitimación no cabría excluir a *radice* por la única razón de no haber formado parte del órgano encargado de canalizar las oportunas propuestas de determinación de condiciones de trabajo. C) Porque es una tesis no admitida por la doctrina sentada en la STC 70/1982, si bien su doctrina, vertida a propósito del alcance del derecho a la negociación colectiva en el ámbito estrictamente laboral, sea aquí traída a colación para defender la viabilidad de que por el sindicato recurrente fuera impugnado el acto administrativo que se entendía lesivo de la negociación desarrollada.”

Todos estos argumentos llevan al TC a reconocer que los sindicatos están en principio legitimados para intervenir en cualquier proceso jurisdiccional en el que estén en juego los intereses colectivos de los trabajadores y, en consecuencia, a otorgar el amparo solicitado por el sindicato recurrente.

b) La legitimación para negociar pactos y acuerdos corresponde a cada una de las entidades locales

La STS de 9 de enero de 2001, Ar. 1630, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Consell Comarcal del Barcelonès contra la sentencia dictada de 2 de mayo de 1995, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña. Pero para analizar los hechos es preciso remontarnos al año 1991, en el que se constituyó en la sede de la denominada “Área Metropolitana de Barcelona” una Comisión negociadora del convenio colectivo de todo el personal de las entidades que habían suscrito el denominado Convenio de Cooperación Institucional del Área metropolitana de

Barcelona, entre las que figuraba, entre otras muchas instituciones públicas, el Consell Comarcal del Barcelonès.

Pues bien, contra los acuerdos negociadores que finalmente se suscribieron la Generalidad de Cataluña interpuso un recurso contencioso-administrativo al entender que el Consell había hecho renuncia de sus propias competencias en materia de autoorganización del personal y financiación otorgadas por su ley de creación a favor de una denominada “Área Metropolitana de Barcelona”, que no había sido constituida por Ley del Parlamento de Cataluña y, por tanto, carecía de existencia legal. La sentencia de instancia anuló dichos acuerdos porque, entre otras circunstancias, una sentencia del TSJ de Cataluña de 30 de diciembre de 1991 –ratificada posteriormente por la STS de 18 de julio de 1997, Ar. 6123– había declarado la nulidad de los acuerdos en cuya virtud aquellas entidades habían aprobado el referido Convenio de Cooperación Institucional. A partir de ahí, señaló la sentencia que en el esquema diseñado por la Ley 7/1990, de 19 de julio:

“la legitimación para negociar corresponde a cada una de las entidades locales (arts. 30 y 31), que serán las únicas competentes para la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos de su correspondiente ámbito (...) Por consiguiente, para concluir acuerdos y pactos para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, es preciso que en la constitución de las Mesas de negociación estén presentes los representantes de las Administraciones Públicas correspondientes y, además, que los pactos se celebren sobre materias que correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba, y que dichos acuerdos versen sobre materias de competencia de los órganos correspondientes de las entidades locales (art. 35)”.

Contra dicha sentencia el Consell Comarcal del Barcelonès interpuso un recurso de casación ante el TS basándose en dos motivos. En el primero de ellos se denuncia la infracción del art. 35 de la Ley 9/1987, modificada por la Ley 7/1990, en cuya virtud los acuerdos alcanzados en la Mesa de negociación deben ser expresa y formalmente aprobados por los órganos administrativos competentes. Por consiguiente, la parte legitimada como Administración no fueron las personas que como directivos del Área Metropolitana de Barcelona negociaron en la Mesa, sino el propio Consell, cuyo pleno fue el que, en definitiva, dio validez y eficacia a lo pactado y cuya competencia para la negociación es indudable. Ahora bien, el TS rechaza este argumento al entender que los representantes de la Administración en la Mesa actuaron en todo momento, no como representantes del Consell, sino como directivos de una entidad independiente, el “Área Metropolitana de Barcelona”, que carecía de existencia legal y alcanzaron acuerdos en nombre de esa irreal entidad, produciéndose, pues, una clara cesión de competencias irrenunciables por parte de las entidades que conformaban el Área metropolitana a favor de la misma. Por otra parte, añade el TS, el hecho de que:

“La aprobación definitiva de lo acordado no tenga eficacia jurídica si no es aprobado por el órgano competente de la entidad local concernida, no excluye que en la fase de negociación previa, la Ley 9/1987, de 12 de junio, en su art. 31, imponga una Mesa de Negociación ‘en cada una de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales’, de modo

que sea éste el marco ineludible y no traspasable en que el legislador ha querido que se contenga el ámbito de los intereses laborales y funcionariales a negociar entre los representantes sindicales y los de la respectiva Administración Pública, sin que sea, por eso, admisible que se traspase el marco legal establecido, mezclando las situaciones de varias entidades en una negociación común y menos cuando se hace por razón de un Convenio de Cooperación que ha sido declarado ilegal.”

El segundo motivo de la impugnación se basa en la infracción de los distintos preceptos del Código Civil y del Estatuto de los Trabajadores que permiten a las partes legitimadas para negociar un convenio adherirse al convenio colectivo de otra, lo que guardaría analogía con la cuestión planteada en este caso. Este argumento, no obstante, es de nuevo rechazado por el TS al entender que “al ser una Administración Pública, su voluntad tiene que configurarse siguiendo el procedimiento legalmente establecido, que le obligaba a no ceder sus indelegables competencias negociadoras a favor de un conjunto de representantes de varios entes y organismos, que pretendían representar a los partícipes en una organización que carecía de existencia legal”.

c) Al ser la negociación colectiva de los funcionarios un derecho de intensísima configuración legal, la ley puede establecer lícitamente ámbitos superiores e inferiores de negociación, pero resulta muy distinto el caso de que ello se haga de forma puramente convencional y sin apoyo legal

Este caso, al igual que el anterior, versa sobre la posibilidad que tienen los sindicatos y las Administraciones para alterar convencionalmente los ámbitos de la negociación colectiva funcional. En concreto, el sindicato ANPE impugna por una presunta violación de su derecho a la libertad sindical el denominado Pacto de Interlocución Administración-Sindicatos, de 7 de julio de 2000, suscrito por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y los Sindicatos CCOO, UGT y CSI-CSIF, mediante un recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. El motivo de la impugnación se basa en que dicho sindicato no había sido llamado a participar en la negociación de dicho Acuerdo que, entre otros aspectos, había creado una Mesa General Conjunta para tratar de manera global todas las cuestiones que afectaran al personal laboral y funcional de la Junta de Comunidades.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de junio de 2001, Ar. 1087, que, por cierto, cuenta con un Voto particular formulado por el Magistrado José Garberí Llebregat, estima parcialmente el recurso por considerar que la parte del Acuerdo en la que se establece la Mesa General Conjunta y se articulan sus relaciones con las demás Mesas negociadoras en virtud de los principios de primacía y complementariedad vulnera el derecho a la negociación colectiva del sindicato recurrente. Para ello la Sala recoge la doctrina formulada por el Tribunal Constitucional respecto a la especial configuración legal de la negociación colectiva funcional, sobre todo la recogida en las STC 80/2000 y 224/2000, en las que se ha reconocido que la negociación de los funcionarios, legalmente reconocida, sí puede pasar a formar parte del derecho constitucional a la libertad

sindical y que el Sindicato, en tanto que es miembro de la Mesa negociadora, posee legitimación activa para invocarlo.

En efecto, según dicha doctrina, “Aunque en el ámbito funcional tengamos dicho que, por las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que una ley establece el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en ese ámbito, tal derecho se integra como contenido adicional del de libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de éste, bien que con la configuración que le dé la Ley reguladora del derecho de negociación colectiva, siendo en ese plano de la legalidad donde pueden establecerse las diferencias entre la negociación colectiva en el ámbito laboral y funcional y el derecho a ella de los sindicatos, no así en el de la genérica integración del referido derecho en el contenido del de libertad sindical”.

Recordará la Sala que el derecho a la negociación colectiva funcional no consiste solamente en la posibilidad formal de sentarse a una mesa a efectuar las propuestas que se tengan por convenientes, sino que incluye el derecho a que tales propuestas sean escuchadas y la posibilidad (aunque no la garantía, obviamente) de que sean acogidas. Posibilidad, pues, que niega frontalmente el hecho de que varias de las partes de la Mesa hayan acordado previamente, en una mesa extralegal, un determinado punto y se hayan comprometido jurídicamente y con efectos vinculantes a no alterar lo pactado. Pues bien, en el presente caso no se impide la participación del Sindicato recurrente en las demás Mesas de negociación legalmente previstas, ahora bien, su ausencia en la nueva Mesa General Conjunta implicaría dejar posteriormente a este Sindicato en las futuras Mesas de Negociación ante una Administración y unos Sindicatos que previamente se han constituido jurídicamente y de antemano a no tratar nuevamente ni a resolver en sentido distinto los asuntos previamente tratados en la Mesa General Conjunta, lo que supondría una vulneración del derecho a la negociación colectiva del sindicato recurrente y, a la vez, de su derecho a la libertad sindical.

Dirá el Tribunal que “la negociación de los funcionarios públicos no ha sido legalmente atribuida a ámbitos diferentes ni superiores de la Mesa General de Negociación y las Sectoriales correspondientes, de modo que limitar las posibilidades de negociación en tal Mesa General a través de la creación *praeter legem* de un órgano de negociación con requisitos de acceso diferentes, no puede admitirse desde el punto de vista del derecho a la negociación colectiva. No debe olvidarse que la negociación colectiva de los funcionarios en un derecho constitucionalizado pero de intensísima configuración legal; de modo que si bien la ley puede establecer lícitamente ámbitos superiores e inferiores de negociación vinculando los segundos a los primeros, sin que ello pueda considerarse limitación inconstitucional del derecho, pues es la misma ley la que lo reconoce y lo regula, resulta muy distinto el caso de que ello se haga de forma puramente convencional y sin apoyo legal”.

En un sentido similar se ha pronunciado también la STSJ de Cataluña de 7 de noviembre de 2001 ante la impugnación del Acuerdo adoptado por el Consejo Metropolitano de la Entidad Metropolitana del Transporte por el que se aprueban “las bases de organización

y funcionamiento de la movilidad del personal entre las instituciones metropolitanas y sus organismos autónomos y la organización y funcionamiento de la negociación colectiva”. La Sentencia estima el recurso planteado por la Generalidad de Cataluña en contra de dicho Acuerdo porque el mismo “aprueba unos pactos que, al margen y con desconocimiento de la normativa estatal que regula el régimen estatutario de la función pública, establecen y crean respecto de la negociación colectiva, unos órganos unitarios de negociación ajenos a los establecidos en la legislación estatal en el ámbito de los entes locales y de alcance supralocal, desconocidos en la legislación funcional aplicable”. Asimismo, anula el contenido de dicho acuerdo porque establece un nuevo régimen de la movilidad funcional del personal funcional y laboral, siendo ésta una materia que afecta al régimen básico estatutario y que por ello está reservada a la ley.

d) Las peculiaridades en la legitimación de los sindicatos para negociar en el ámbito de la Función Pública están motivadas por la configuración que le da su propia ley reguladora

En el presente caso se trataba de dilucidar si la Junta de Personal de un Ayuntamiento estaba legitimada para solicitar el inicio de un proceso negociador en relación con la jornada y los horarios de trabajo del personal funcional, dándose la circunstancia de que dicha materia ya estaba siendo discutida en la Mesa de Negociación en la que estaba representado el propio sindicato recurrente. En concreto, la Confederació Sindical de Comissions Obreres de les Illes Balears interpuso un recurso de amparo contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de las Islas Baleares al entender que se había producido una vulneración del derecho a la libertad sindical, toda vez que había estimado conforme a derecho la previa negativa del Alcalde a entablar un cauce paralelo de negociación no previsto en la Ley 9/1987.

La **STC 85/2001, de 26 de marzo**, Sala Segunda, deniega finalmente el amparo solicitado al entender que la negociación reclamada no corresponde a la Junta de Personal regulada en el art. 9 de la Ley 9/1987, ya que éste no es un órgano de negociación colectiva sino un órgano de representación, consulta e información. Para motivar dicha resolución vuelve a reiterar su consolidada jurisprudencia al respecto, recogida, entre otras, en el FJ 6º de la STC 80/2000, de 27 de marzo, según la cual:

“Aunque en el ámbito funcional tengamos dicho (STC 57/1982, de 27 de julio, FJ 9º) que, por las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos (art. 28.1 CE), no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que una ley (en este caso de la Ley 9/1987, modificada por la Ley 7/1990) establece el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en ese ámbito, tal derecho se integra como contenido adicional del de libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de éste, bien que con la configuración que le dé la ley reguladora del derecho de negociación colectiva [art. 6.3.b) y c) LOLS], siendo en ese plano de la legalidad donde pueden establecerse las diferencias entre la negociación colectiva en el ámbito laboral y funcional y el derecho a ella de los sin-

dicatos, no así en el de la genérica integración del referido derecho en el contenido del de libertad sindical. El hecho de tratarse de un derecho esencialmente de configuración legal implica, entre otras cosas, que los funcionarios y los sindicatos titulares del mismo, así como las Administraciones Públicas en las que éste se desarrolla, no son libres para ejercerlo de modo incondicionado, pues La Ley 9/1987, modificada por la Ley 7/1990, no deja la configuración de la negociación colectiva a la plena libertad de los sindicatos y de las Administraciones Públicas concernidas, sino que establece por sí misma los órganos de negociación, el objeto de ésta y las líneas generales del procedimiento.”

C) Objeto de la negociación

a) Todas las materias que afecten a las condiciones de trabajo en general han de ser objeto de negociación colectiva

En el presente caso la parte recurrente impugna una convocatoria que suponía una modificación del organigrama de la Administración y que no había sido previamente objeto de negociación con los sindicatos. Pues bien, la **STSJ de Baleares de 19 de marzo de 1999**, Ar. 571, entendió que dicha resolución había incurrido en un supuesto de nulidad radical por haberse llevado a cabo sin procedimiento y careciendo de competencia, toda vez que “las materias que afecten a las condiciones de trabajo en general, sean de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial o cualquiera otra, han de ser objeto de negociación según el art. 32.k) de la Ley 9/1987”.

b) La negociación colectiva tiene por objeto la normativa que ha de regular los procedimientos de reordenación de efectivos y provisión de vacantes, no cada supuesto concreto de aplicación

Las **STS de 1 de marzo de 1999**, Ar. 2736 y de **26 de marzo de 1999**, Ar. 3736, se han pronunciado, entre otros muchos aspectos, sobre el alcance de la negociación colectiva en el seno de la Administración. La parte recurrente alegaba que se había producido una infracción de las normas procedimentales en la medida en que no había existido una verdadera negociación. El TS, no obstante, ha entendido que “la Ley 9/1987 no impone a la Administración la obligación de llegar a un Pacto o Acuerdo en la negociación, sino que prescribe en su art. 37.2 que corresponderá al Gobierno, en los términos del artículo 3.2.a) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y a los órganos de gobierno de las demás Administraciones Públicas en sus respectivos ámbitos, establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo en su negociación o no se alcance la aprobación expresa y formal a que alude el art. 35”.

En la misma línea, se impugnaba el procedimiento a seguir para la reordenación de efectivos y provisión de vacantes, toda vez que no se había previsto en los mismos la negociación. El TS se ha pronunciado finalmente acerca de la extensión de la negociación en este ámbito y ha establecido que “la negociación colectiva tiene por objeto la normativa que ha de regular los procedimientos, no cada supuesto concreto de reordenación de efectivos o provisión de vacantes”.

c) Las cláusulas de condiciones más beneficiosas y de compensación y absorción exceden del objeto de la negociación colectiva en el ámbito de la función pública

La STS de 25 de junio de 1999, Ar.5511, se pronuncia, entre otras cuestiones, sobre la conformidad a Derecho del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Gernika-Lumo por el que se otorga eficacia como Reglamento de Personal del Ayuntamiento a las disposiciones recogidas en el texto denominado IX ARCEPAFE (IX Acuerdo Regulador de las Condiciones de Empleo del Personal de la Administración Local y Foral de Euskadi correspondiente al año 1989). Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo, en Sentencia de 7 de octubre de 1992, el TSJ del País Vasco anuló varios Títulos, Capítulos y artículos del IX ARCEPAFE, pero consideró conformes a Derecho los arts. 10 y 11 del mismo que extendían al personal funcionario del Ayuntamiento las cláusulas de condiciones más beneficiosas y de compensación y absorción. El Tribunal Supremo entiende, por el contrario, que estas previsiones infringen los arts. 32 y 35 de la Ley 9/1987 y reitera la doctrina contenida en las SSTs de 22 de octubre de 1993, 5 de mayo de 1994 y 7 de noviembre y 22 de diciembre de 1995, según la cual “las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario funcional, emanado de la legislación básica del Estado, y, en su caso, de la legislación de las Comunidades Autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque normativo sea catalogable como plataforma de mínimos, sobre la que puedan actuar las diferentes unidades negociadoras”. En definitiva, el TS considera que “las cláusulas de condición más beneficiosa y de compensación y absorción, aplicables en el ámbito laboral, exceden de las materias que puedan ser objeto de negociación en el de la función pública”.

d) La duración del permiso por maternidad no puede ser modificada por un Acuerdo municipal

La STS de 19 de octubre de 1999, Ar. 9761, casa la STSJ de Murcia de 28 de febrero de 1995 y anula un precepto del Acuerdo del Ayuntamiento de Murcia de 26 de noviembre de 1992, sobre condiciones de trabajo para los funcionarios de la corporación, que modificaba la duración del descanso por maternidad, al prever una duración máxima de 120 días, lo que suponía su ampliación en más de una semana en el supuesto de parto sencillo y su disminución en casi una semana en el caso de partos múltiples. La norma tampoco recogía la libre opción de la interesada en la distribución del período de licencia, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. La anulación procede, según el TS, porque esta regulación vulnera el art. 30.3 de la Ley 30/1984 que se integra dentro de las bases del régimen jurídico de los funcionarios públicos, dictadas al amparo del art. 149.1.18 de la CE y aplicable por tanto al personal de todas las Administraciones Públicas.

e) La regulación de los permisos para asuntos propios no puede ser objeto de negociación colectiva

La STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 2000, Ar. 2414, se ha pronunciado sobre la validez de la negociación colectiva que versa sobre materias sujetas a reser-

va de ley, recogiendo expresamente la jurisprudencia ya consolidada por el TS, entre otras muchas, en su Sentencia de 30 de octubre de 1995, Ar. 7907. En este caso concreto, un funcionario del Ayuntamiento de Toledo había interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento desestimatoria de su petición de disfrutar de un día de permiso para asuntos propios retribuido, que resulta estimada por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Toledo de 29 de abril de 2000. Ante dicha sentencia, el Ayuntamiento interpone un recurso de apelación que finalmente es estimado por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha, quedando la sentencia revocada y declarando no haber lugar al disfrute del día de permiso solicitado por el funcionario.

La pretensión del funcionario se basaba en la aplicación de la Orden de la Consejería de Administraciones Públicas de 2 de junio de 1999, dictada aprobando el acuerdo alcanzado entre la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus funcionarios. En dicha orden se fijaba para los funcionarios de la Junta, como días anuales de permiso por asuntos particulares, retribuidos, el número de siete más los días 24 y 31 de diciembre, esto es, un día más respecto a lo previsto en la legislación estatal. La parte recurrente consideraba que dicha Orden resultaba perfectamente aplicable, toda vez que el art. 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, del Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en Materia de Régimen Local señala que “los funcionarios de la Administración local tendrán derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado”. La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo había estimado la pretensión del funcionario al entender que el término “legislación” empleado en dicho precepto no se refiere estrictamente a una norma con rango de ley formal, sino que es empleado en el sentido más general de normativa aplicable.

El TSJ, partiendo del análisis del art. 103.3 de la Constitución que, recordemos, establece que “la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos” y de la interpretación realizada por el TC en su Sentencia 99/1987, de 11 de junio, sobre el contenido del régimen estatutario, llega a la conclusión de que la materia relativa a los permisos se integra dentro de dicho estatuto y, en consecuencia, está sometida a reserva de ley, aunque dicha ley no necesariamente habrá de ser la estatal, pues esta materia no es básica (art. 1.3 en relación con el 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto). Asimismo, recogiendo la jurisprudencia del TS recién citada, recordará la Sala que “los derechos reconocidos por las leyes a los funcionarios públicos, no tienen, como sí sucede en el caso de los trabajadores, carácter de mínimos mejorables, sino de condiciones legales o reglamentarias fijas (reforzadas en muchas ocasiones por el carácter básico de la normativa) no alterables por medio de la negociación colectiva, sin perjuicio de que legalmente pueda establecerse la necesidad de la misma como requisito previo a la elaboración de disposiciones de rango legal o reglamentario (según los casos) que regulen estas cuestiones”.

Tras todas estas consideraciones estima la Sala que ha de prosperar el recurso de apelación presentado por el Ayuntamiento de Toledo porque “1º, el art. 142 del Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en Materia de Régimen Local” cuando se refiere a la legislación, necesariamente se tiene que estar refiriendo, por los motivos ya

dichos, y como dice la STS de 30 de octubre de 1995, antes citada, a las normas emanadas de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, de modo que no cabe incluir el caso de una Orden, y 2º, porque dicha Orden no respeta la reserva legal en la materia, siendo ilegal y no pudiendo por tanto ser aplicada por esta Sala como fundamento para estimar la pretensión del actor”.

En la misma línea, la **STSJ de Cantabria de 3 de mayo de 2000**, Ar. 1242, anula determinados preceptos del Acuerdo municipal sobre condiciones de trabajo, en la medida en que suponían una regulación de la jornada funcional distinta de la prevista por la legislación estatal y contemplaban la contratación de unos seguros de responsabilidad civil por conducción de vehículos para aquellos funcionarios públicos que tuvieran que conducir durante la prestación de servicios que, según la Sentencia, acababan suponiendo un abono de nuevas retribuciones no previstas para los funcionarios. El Tribunal fundamenta su resolución en la consolidada jurisprudencia del TS recogida, entre otras, en su Sentencia de 16 de junio de 1995, Ar. 4994, según la cual “no es permisible que por analogía con el sistema de relaciones laborales el bloque legislativo que regula el régimen estatutario de los funcionarios sea identificable como una plataforma de mínimos sobre la que puedan pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está permitido por la ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación, refrendado por la respectiva Corporación Municipal”.

f) Las cuestiones relativas al incremento de las retribuciones deben ser objeto de negociación colectiva, existiendo una obligación por parte de la Administración de negociar de buena fe y sin que dicha materia pueda ser excluida de la negociación unilateralmente

La **SAN de 7 de noviembre de 2000** dio un paso importantísimo en el reconocimiento de validez y eficacia directa de los Acuerdos firmados entre Administración y sindicatos. Profundizó en la línea jurisprudencial establecida por el TS, entre otras, en su Sentencia 8791/1995, de 16 de noviembre, en la que ya se establecía que “ante una eventual contradicción entre un acuerdo alcanzado y un reglamento posterior que lo desconoce es causa de invalidez la norma reglamentaria” y se apartó decididamente del criterio jurisprudencial seguido hasta ese momento. No obstante, hemos de advertir que la Sentencia fue casada por dos Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002, Ar. 4318 y 4319, a las que nos referiremos en el apartado siguiente con mayor detalle.

Volviendo de nuevo a la SAN de 7 de noviembre de 2000, es preciso señalar que la misma se pronunció sobre el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras contra la resolución del Ministro para las Administraciones Públicas de 19 de septiembre de 1996. En dicha resolución el Ministro comunicaba a los representantes de los funcionarios en la Mesa General de Negociación de la Administración del Estado su decisión de no incrementar las retribuciones a los funcionarios para el año 1997, dándose la circunstancia de que el Acuerdo de 15 de sep-

tiembre de 1994, firmado entre la Administración y los sindicatos, establecía para los años 1996 y 1997 un incremento de las retribuciones según la previsión presupuestaria del crecimiento del IPC para dichos ejercicios.

Pues bien, tras resolver previamente las cuestiones competenciales y atribuir a las declaraciones del Ministro la naturaleza de acto administrativo, la Sala estimó finalmente las pretensiones de la parte recurrente, estableciendo que la exclusión del incremento retributivo de la negociación funcional vulneró los arts. 32,33 y 34 de la Ley 7/1990. Fundamentó su resolución básicamente en dos aspectos: el alcance de la obligación de negociar de buena fe y el espíritu que encierra el art. 7 del Convenio 151 de la OIT. Efectivamente, dirá la Sala que “La Ley 7/1990 expresamente atribuye fuerza vinculante a los Pactos y Acuerdos válidamente adoptados en la negociación; siendo una parte la Administración del Estado, ella queda vinculada por el Acuerdo que nos ocupa –respecto del cual la Ley de aplicación no reconoce *ius variandi*–, y no ya por la naturaleza jurídica del Acuerdo, que lo es de convenio entre empleador y empleados, ni tampoco como consecuencia de la vinculación de los convenios colectivos laborales cuya regulación no es aquí aplicable; sino como consecuencia de la aplicación de la Ley 7/1990 que expresamente regula en el ámbito funcional el alcance y consecuencias de la negociación colectiva en dicho ámbito, y que determina la vinculación y obligatoriedad del Acuerdo”.

Por otra parte, la Audiencia salió al paso del importante problema jurídico que planteaba el reconocimiento de la eficacia directa del Acuerdo con la Ley de Presupuestos del Estado para 1997, que no había contemplado las previsiones del Acuerdo de 1994 y, en consecuencia, había dispuesto la congelación salarial, diciendo que los “Presupuestos, en su vertiente del gasto público, han de ordenar el mismo, pero desde el respeto a la legalidad y los compromisos asumidos válidamente, pues no innovan el Derecho, ni alteran las obligaciones jurídicas de la Administración, sino que establecen el destino de las partidas presupuestarias, atendiendo al Derecho y las obligaciones jurídicas exigibles a la Administración”. Añadirá además que “en materia de retribuciones de los funcionarios se encuentran implicadas instituciones con intensos poderes reconocidos en la Constitución, precisamente porque tales retribuciones se encuentran incluidas en el concepto de gasto público, y se ven afectadas por los controles y garantías que respecto al mismo se establecen, pero sin que ello suponga una alteración a la regulación que en tales aspectos establece la Ley, que opera como un límite de la facultad de decidir el destino de los ingresos públicos y ordenación del gasto público, mientras la Ley se encuentre vigente; o lo que es lo mismo, el Gobierno y las Cortes Generales, estas últimas en el ejercicio de potestades no legislativas, encuentran un límite legal en la potestad de ordenación del gasto público y por ello en la elaboración y aprobación de los Presupuestos cuando el Ordenamiento determina de forma vinculante un determinado gasto público”.

Toda esta argumentación –a pesar del voto particular formulado por el Magistrado don José María del Riego Valledor– llevará a la Sala a desconocer la congelación salarial prevista en la Ley de Presupuestos para 1997 y a declarar la obligación de la Administración de incrementar automáticamente las retribuciones de los funcionarios según el incremento del IPC para el año 1997, así como su obligación de negociar otros incrementos

que pudieran acordarse en el seno de la negociación considerando los factores señalados en el propio Capítulo VI del Acuerdo de 1994.

g) La fuerza vinculante de lo pactado no excluye la subordinación de los convenios a lo establecido en las normas de superior jerarquía, pues no existe un límite legal en la potestad de ordenación del gasto público derivado de la vinculatoriedad de los Acuerdos suscritos, sino la subordinación a la Ley de Presupuestos de todo incremento en el gasto público

Contra esta Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000, se interpusieron dos recursos de casación ante el Tribunal Supremo. El primero de ellos fue interpuesto por el Abogado del Estado y ha sido estimado por la **STS de 21 de marzo de 2002**, Sección Séptima, Sala Tercera, Ar. 4318. El segundo recurso fue interpuesto por la Federación de Comisiones Obreras, por la Unión General de Trabajadores y por su Federación de la Enseñanza. Dicho recurso fue desestimado a través de la **STS de 21 de marzo de 2002**, Sección Séptima, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 4319. Ambas Sentencias han sido redactadas por el mismo ponente, el Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas, y contienen prácticamente la misma solución jurisprudencial. No obstante, por la importancia que tienen dichos pronunciamiento para la fijación de la correcta doctrina sobre la naturaleza jurídica de los frutos de la negociación colectiva funcional y su fuerza vinculante bien merece que las tratemos con mayor detenimiento, aunque para una mejor comprensión de las mismas y por razones meramente expositivas hemos decidido tratarlas de forma separada.

En este apartado, efectivamente, nos ocuparemos de la primera de dichas Sentencias (la numerada en el repertorio Aranzadi con el número 4318). En ella el Tribunal se pronuncia en primer lugar sobre algunas cuestiones relativas a la admisión del recurso de casación que se tuvo por preparado por Auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de febrero de 2001 y que fue admitido a trámite por Providencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2001. En concreto, la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras se opuso a la misma al considerar que el acto recurrido era una cuestión de personal y, por tanto, no susceptible de interposición de recurso de casación conforme a lo previsto en el art. 86.2.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y por considerar, asimismo, que su interposición suponía una perversión de la esencia legal del recurso extraordinario de casación con la finalidad de volver a debatir en el Tribunal Supremo, a modo de segunda instancia, un problema ya resuelto por la Audiencia Nacional. Este primer motivo de oponibilidad a la presentación del recurso de casación es rechazado porque, conforme expuso en su día el Auto de la Audiencia Nacional recién citado, procedía tener por preparado el recurso de casación por tratarse de una cuestión que trascendía del puro carácter de personal para afectar también a la planificación general de la actividad económica del Estado.

Efectivamente, arguye el Tribunal que de los propios argumentos que contiene la Sentencia recurrida se deduce que el asunto excede de lo que es propio de una cuestión de personal. En primer lugar, porque se trata de impugnaciones que no tienen un alcance meramente individualizado por tener una proyección general que afecta a todos los funcionarios de una Administración pública y esa actuación tiene carácter normativo. En segundo lugar, porque esa amplia proyección permite también apreciar que tales actuaciones exteriorizan las directrices de la política económica del poder público de que dimanen y que por ello versan sobre una materia que no es sólo de personal. Y, en tercer lugar, porque los Presupuestos Generales del Estado, en los que han de quedar fijadas las cuantías de las retribuciones de los funcionarios, son el instrumento por el que se realiza la coordinación de la planificación general de la actividad económica exclusiva del Estado y su eficacia no se limita sólo a la Administración General del Estado, sino que trasciende a otras Administraciones Públicas. Por último, tampoco acepta la Sala el argumento relativo a que el procedimiento seguido en la instancia ha sido configurado como una cuestión de personal, toda vez que, a juicio del Tribunal, el procedimiento que se haya seguido en la instancia es un dato intrascendente en orden a la admisión del recurso de casación.

Por lo que respecta a las cuestiones relativas al fondo del asunto, el primer motivo en que se basa el Abogado del Estado para solicitar la casación de la Sentencia de la Audiencia Nacional es el relativo a la interpretación del Capítulo VI del Acuerdo Administración-Sindicatos de 1994. Recordemos que, si bien en su punto 1 se establecía expresamente que “las retribuciones de los empleados públicos para 1996 y 1997 experimentarán un incremento según la previsión presupuestaria del crecimiento del IPC para dichos ejercicios”, en su punto 2 especificaba que “la aplicación de los incrementos retributivos será objeto de negociación entre Administración y Sindicatos”.

Tras realizar un análisis del contenido de dicho Acuerdo, considera la Sala que la Sentencia de la Audiencia Nacional se equivocó al atribuirle unas consecuencias jurídicas que no podían obtenerse del mismo, pues dicho Acuerdo no fijó un aumento automático de las retribuciones, sino que se limitó meramente a hacer explícitas unas directrices, unos criterios orientadores, entre ellos el del IPC, para los años posteriores, que en el año 1994 todavía no se conocían. Efectivamente, “de la comparación de ambos textos se infiere que en los Capítulos II y VI del Acuerdo de 1994 se quiso establecer un tratamiento diferenciado para los incrementos retributivos del año 1995, de un lado, y de los años 1996 y 1997, de otro. Mientras que para 1995 se acordó un incremento de las retribuciones igual al incremento del IPC previsto en el Proyecto de Presupuestos para dicho ejercicio y se acordó también que se incluyera en el correspondiente Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, para el bienio 1996-97, sólo se establecieron unos criterios orientadores, entre ellos, la previsión presupuestaria de crecimiento del IPC para dichos ejercicios”. Por ello, lo que se vino a establecer no fue un aumento automático de las retribuciones de los empleados públicos, “sino unas orientaciones o directrices que habían de presidir oportunamente la negociación de unos eventuales incrementos retributivos”, lo que resulta además corroborado por el carácter anual que el art. 32 de la Ley 9/1987 atribuye especialmente a la negociación en esta materia, al referirse en su apartado a) al incremento de las retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario

de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos de cada año.

La Sala también rechaza la conclusión de la Sentencia de la Audiencia Nacional, según la cual, la Administración no negoció y excluyó de manera unilateral el incremento retributivo en la negociación de 1996, toda vez que se trata de una consideración jurídica, no de índole fáctica, que arranca del error de haber atribuido la sentencia al Capítulo VI del tan repetido Acuerdo de 1994 un contenido convencional que no guarda correspondencia con lo que realmente se convino. Recuerda el Tribunal que, aunque existe obligación de negociar sobre el incremento de las retribuciones de los empleados públicos, como resulta del art. 32, en relación con el art. 34, de la Ley 9/1987, el apartado a) del art. 32 refiere la negociación al incremento de las retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas que “proceda” incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año, por lo que la negociación en esta materia no tiene necesariamente que desembocar en la consecución de un aumento de las retribuciones. Además, del análisis del expediente concluye el Tribunal que sí hubo negociación y que “la Administración no excluyó de manera unilateral el incremento retributivo en la negociación ni vulneró el principio de obligatoriedad de negociar de buena fe, afirmaciones que están ligadas a la errónea interpretación que la sentencia efectúa del Capítulo VI del Acuerdo de 1994. Lo ocurrido fue que no se consiguió llegar a un acuerdo, eventualidad que contempla el art. 37.2 de la Ley 9/1987, en relación con el art. 3.2.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, para decir que corresponde al Gobierno establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo en su negociación”.

Aunque estos dos argumentos son por sí mismos suficientes como para casar la Sentencia de la Audiencia Nacional, el Tribunal estima necesario aprovechar la oportunidad para pronunciarse sobre la cuestión relativa a la naturaleza de la Ley de Presupuestos, su alcance normativo y sujeción de los convenios colectivos a las normas previstas en los Presupuestos del Estado. Al respecto conviene recordar que la Sentencia recurrida había asumido las tesis doctrinales que niegan la naturaleza de ley material al acto de aprobación del Presupuesto al considerar que las Cortes Generales no están ejercitando la potestad legislativa cuando aprueban el Presupuesto, de tal forma que, tanto en la elaboración del gasto público como en la aprobación del Presupuesto, están vinculadas por los compromisos legalmente asumidos.

Pues bien, por lo que respecta a la naturaleza jurídica de las normas presupuestarias, recuerda la Sala que “la Ley de Presupuestos es una verdadera Ley, de acuerdo con la doctrina constitucional (SSTC 27/1981, 76/1992, 203/1998 y 62/2001), siendo erróneo sostener, como hace la sentencia recurrida, que la aprobación de los Presupuestos no se realiza en el ejercicio de la potestad legislativa. El art. 66.2 de la Constitución, que se invoca por la Sala de instancia, no tiene otro alcance que recalcar la singularidad de la Ley de Presupuestos como competencia específica de las Cortes, desdoblada de la genérica potestad legislativa”. Todo ello le permite al Tribunal concluir en este punto que, dado que la cuantía de las retribuciones de los funcionarios es una materia reservada a

la Ley de Presupuestos, el Acuerdo Administración-Sindicatos mencionado no tenía efecto vinculante para el Poder Legislativo.

Por lo que se refiere al establecimiento por parte de las Leyes de Presupuestos de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones de los funcionarios públicos, el Tribunal considera que su establecimiento es plenamente legítimo puesto que lo único que contemplan “es la ausencia de incremento en las cantidades destinadas a retribuciones de los funcionarios públicos” y recuerda la inconcusa doctrina sentada al respecto por el Tribunal Constitucional, entre otras muchas, en sus Sentencias 27/1981, 76/1992, 171/1996, 62/2001, de 1 de marzo y 24/2002, de 31 de enero, en las que ha señalado que el establecimiento de dichos topes encuentra su justificación en el título competencial contenido en el art. 149.1.13 de la Constitución y en el principio de coordinación que opera como límite a la autonomía de las Comunidades Autónomas en el art. 156.1 de la Constitución. “La fijación de tales límites constituye una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión del gasto público. No existe un límite legal en la potestad de ordenación del gasto público derivado de la vinculatoriedad de los Acuerdos suscritos, sino la subordinación a la Ley de Presupuestos de todo incremento en el gasto público, pues al aprobar el Parlamento los Presupuestos Generales del Estado que el Gobierno elabora, a tenor del art. 134.1 de la Constitución, en el ejercicio de una función o competencia específica, derivada de la genérica potestad legislativa, amparada en el art. 66.2 de la Constitución y no de una potestad no legislativa, como se señala en la sentencia impugnada, el articulado de la ley que los aprueba y su contenido adquiere fuerza de ley y a esta ley ha de someterse la voluntad negocial extraída de los acuerdos que se contienen en el Capítulo VI del Acuerdo Administración-Sindicatos de 1994, frente al criterio que tales Acuerdos prevalecen sobre la Ley de Presupuestos, como sostiene la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000.”

Por último, y respecto a la cuestión relativa a las relaciones entre la Ley de Presupuestos Generales del Estado y los convenios colectivos, y más concretamente respecto a su fuerza vinculante, considera el Tribunal en el Fundamento Jurídico Decimoctavo que “la fuerza vinculante de lo pactado no excluye la subordinación de los convenios a lo establecido en las normas de superior jerarquía”. Para ello recurre a la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 96/1990, 220/1992, 62/2001, de 1 de marzo, y 24/2002, de 31 de enero, en las que declara la nulidad de las disposiciones o cláusulas convencionales que se opongan al tope o límite máximo fijado por la Ley estatal de Presupuestos Generales del Estado, a la vez que recuerda que la reserva de ley y la legislación básica tienen mucho que ver con la fijación de límites a las retribuciones en los Presupuestos Generales del Estado, de tal forma que, como ya dijera la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1992, “la rigidez y uniformidad inherente al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado no permite que tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de mínimos sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando a su libre albedrío de forma que pueda ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación”.

Todas estas consideraciones llevan de nuevo a la Sala a considerar que la Sentencia recurrida ha vulnerado toda esta jurisprudencia y ha desconocido la primacía del art. 17.2 de

la Ley de Presupuestos del Estado para 1997 sobre cualquier acuerdo, convenio o pacto que implique un crecimiento de las retribuciones del personal al servicio del sector público, por lo que procede anular y dejar sin efecto la mencionada Sentencia de la Audiencia Nacional.

h) Dada la sujeción jerárquica del convenio colectivo a la ley, una vez aprobada la Ley de Presupuestos, no cabe pedir que se cumpla lo previsto en el convenio, pues el principio de jerarquía de fuentes hace que lo establecido en el convenio no sea de aplicación

La STS de 21 de marzo de 2002, Ar. 4319, tal como acabamos de mencionar en el apartado anterior, se vuelve a pronunciar sobre la especial naturaleza de la negociación colectiva funcionarial y su relación con las normas presupuestarias, aunque esta vez la Sentencia resuelve el recurso de casación presentado por la Federación de Comisiones Obreras, la Unión General de Trabajadores y su Federación de Enseñanza contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000 sobre congelación salarial. El recurso se plantea contra el acto manifestado por el Ministro de Administraciones Públicas, como representante del Gobierno ante la Mesa General de Negociación celebrada el 19 de septiembre de 1996, por el que decidió la congelación de las retribuciones de los funcionarios públicos. Esta decisión, a juicio de las partes recurrentes, suponía una infracción del Capítulo VI del Acuerdo Administración-Sindicatos de 1994, en relación con los arts. 30 y siguientes de la Ley 9/1987 y del Convenio número 151 de la OIT. Sin embargo, el TS ha desestimado reproduciendo básicamente la solución apuntada por su Sentencia 4318.

El Tribunal vuelve a insistir en que en el Acuerdo impugnado no se había previsto un aumento automático de las retribuciones de los empleados públicos, sino meramente unas orientaciones o directrices que habían de presidir oportunamente la negociación de unos eventuales incrementos retributivos. Asimismo, entiende que, si bien es cierto que existe una obligación de negociar las retribuciones de los funcionarios públicos porque así lo establece el art. 32 de la Ley 9/1987, la negociación en esta materia no tiene necesariamente que desembocar en la consecución de un aumento de las retribuciones. En definitiva, “la Administración no excluyó de manera unilateral el incremento retributivo en la negociación ni vulneró el principio de obligatoriedad de negociar de buena fe. Lo que ocurrió fue que no se consiguió llegar a un acuerdo, eventualidad que contempla el art. 37.2 de la Ley 9/1987, en relación con el art. 3.2.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, para decir que corresponde al Gobierno establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo en su negociación”.

Tras realizar un análisis de la ya conocida doctrina del Tribunal Constitucional fijada respecto de la fijación de topes máximos salariales por las Leyes presupuestarias, recuerda la Sala que “a partir de la Ley de Presupuestos, como reconoce la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2000 (RJ 2000, 950), al resolver el

recurso de casación para la unificación de la doctrina núm. 4982/1998, no cabe pedir que se cumpla lo previsto en el Convenio, pues el principio de jerarquía de fuentes hace que lo establecido en el Convenio no sea de aplicación”. Se subraya así “la sujeción jerárquica del convenio a la ley, que se conecta en última instancia con el art. 9.3 de la Constitución, pues existe una primacía de la norma de origen legal respecto de la norma de origen convencional en materia de derecho necesario”.

Por último, y respecto a la vinculación del Gobierno a lo previamente pactado con los sindicatos y la naturaleza de las normas presupuestarias, entiende la Sala que aun en la hipótesis de que el Gobierno estuviera obligado a incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos para 1997 el incremento de las retribuciones de los funcionarios previamente negociado, concurrían los siguientes aspectos: “a) La Ley de Presupuestos es una verdadera Ley y el art. 66.2 de la Constitución no tiene otro alcance que el recalcar la singularidad de la Ley de Presupuestos como competencia específica de las Cortes, desdoblada de la genérica potestad legislativa del Estado. B) La cuantía de las retribuciones de los funcionarios es una materia reservada a la Ley de Presupuestos (art. 24.2 de la Ley 30/1984). C) Como consecuencia y siempre en la hipótesis en la que nos hemos situado, el Acuerdo Administración-Sindicatos de 1994 no tenía efecto vinculante para el Poder Legislativo, como se desprende de los arts. 32 y 35 de la Ley 9/1987.”

Toda esta argumentación permite al Tribunal Supremo desestimar el recurso interpuesto por los recurrentes al considerar que existe una clara justificación de la limitación a la autonomía negocial por el papel real que juega el presupuesto como instrumento básico de protección del interés general del Estado y como principio directo de la política general que justifica, al amparo del art. 40.1 de la Constitución, las posibles limitaciones a la autonomía negocial colectiva en la función pública que, en este caso, vienen condicionadas además por los principios de legalidad, competencia, jerarquía normativa, principio de reserva de ley y principio de reserva presupuestaria, que determinan que la ley actúe como límite mínimo y máximo de la negociación colectiva funcional.

D) Los límites de la negociación colectiva

a) El incremento de retribuciones que prevean los Acuerdos de las entidades locales debe respetar el límite máximo previsto por el Estado en el presupuesto

La STSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 1999, Ar. 2767, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente al acuerdo del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz de adherirse al Acuerdo Institucional-Sindical regulador de las condiciones de empleo del personal de la Administración Foral y Local de Euskadi para 1996, por el que se establecía que las retribuciones se incrementarían en cómputo global un 4 por ciento superando el límite máximo del 3'5 por ciento fijado por el Estado en los presupuestos para ese año. El Tribunal rechaza el argumento de la demandada de que la autonomía municipal garantizada por el art. 140 de la Constitución “implique la plena disponibilidad de los entes locales para poder ejercer competencias propias” en esta materia y afirma que, de acuerdo con el art. 93 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, con el art. 154.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de disposiciones vigentes en materia

de régimen local y con el Real Decreto 861/1986, sobre régimen de retribuciones de los funcionarios de la Administración Local, las entidades locales deben atenerse a los límites máximos de incremento de retribuciones previstos por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Esta limitación no vulnera la autonomía local y se justifica, como explicó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 96/1990, por las competencias que corresponde al Estado para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios y para dirigir la actividad económica general.

b) La ordenación estatutaria de los funcionarios públicos no puede ser promulgada de nuevo por una Corporación Local

En el presente caso un funcionario de la Administración Local había presentado un recurso ante el TSJ de Canarias solicitando que le fuera reconocido el derecho a disfrutar de 8 días de licencia previstos en el Acuerdo del Personal del Ayuntamiento para el que prestaba sus servicios.

La STSJ de Canarias de 21 de mayo de 1999, Ar. 1424, recupera la jurisprudencia del TS plasmada, entre otras muchas, en su Sentencia de 22 de octubre de 1993, Ar. 2116, a tenor de la cual, no se puede entender que el ámbito de negociación colectiva empiece donde acaba la reserva de ley, que así operaría como “mínimo” de derecho accesorio, al igual que ocurre en el ámbito laboral. A partir de ahí, y tras analizar la normativa estatal sobre permisos y licencias, llega finalmente la Sala a la conclusión de que “esta normativa de carácter general no puede ser modificada por Acuerdo alguno alcanzado en un Ayuntamiento, aunque sea más beneficiosa para el funcionario, instaurando una suerte de vacaciones y permisos que no se contemplan en aquella normativa, pues la ordenación estatutaria de los funcionarios públicos no puede ser promulgada de nuevo por una Corporación Local”. El ámbito de la negociación colectiva para los funcionarios públicos, aplicado a su regulación estatutaria, no puede afectar a materias reguladas por leyes o por reglamentos ejecutivos de leyes y que sean de la exclusiva competencia del Estado excediéndose de la competencia municipal.

c) Es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse a la ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, siendo constitucionalmente inaceptable que una ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador

La STC 62/2001, de 1 de marzo, dictada ante el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno central frente a determinados preceptos de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1993, de 4 de mayo, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para 1993, que regulaban los incrementos retributivos para sus empleados públicos, viene a fijar la doctrina aplicable a las relaciones entre la ley y la negociación colectiva funcional, contradiciendo considerablemente el pronunciamiento establecido por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000. Efectivamente, si en aquella sentencia la Audiencia había establecido la vinculación de las normas presupuestarias a los convenios colectivos previamente negociados con los sindicatos al considerar que los “Presupuestos, en su vertiente del gasto público, han de ordenar el mismo, pero

desde el respeto a la legalidad y los compromisos asumidos válidamente, pues no innovan el Derecho, ni alteran las obligaciones jurídicas de la Administración”, en ésta establecerá el Pleno del Tribunal Constitucional la plena vinculación de la negociación a la ley de presupuestos.

A través del recurso de inconstitucionalidad se habían impugnado determinados preceptos de la ley aragonesa en la medida en que la misma, recogiendo los acuerdos colectivos pactados previamente entre la Administración aragonesa y los sindicatos, había establecido un incremento retributivo para sus empleados públicos superior al tope previsto para ese año por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Sin entrar a pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de dichos pactos o acuerdos, el Tribunal Constitucional recuperará su doctrina sentada, entre otras muchas, en sus Sentencia 210/1990, de 20 de diciembre, respecto a que el principio de jerarquía normativa reconocido en el art. 9.3 de la Constitución impide que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre las concretas determinaciones contenidas en normas con rango de ley, toda vez que el convenio colectivo ha de adecuarse a lo previsto en las leyes, de tal modo que “el art. 37.1 CE ni por sí mismo ni en conexión con el art. 9.3 CE puede oponerse o impedir la producción de efectos de las leyes en la fecha dispuesta por las mismas. Es el convenio el que debe respetar y someterse a la ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, siendo constitucionalmente inaceptable que una Ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador”.

La justificación de ello, es decir, del establecimiento de topes máximos al incremento global de las retribuciones de los empleados públicos autonómicos, se encuentra, a juicio del Tribunal Constitucional, tanto en el título competencial contenido en el art. 149.1.13 CE, como en el principio de coordinación, que opera como límite de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (art. 156.1 CE). Efectivamente, “la fijación de tales límites constituye una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público”. “La fijación de techos salariales encuentra su apoyo en la competencia estatal de dirección de la actividad económica general (ex art. 149.1.13) y su establecimiento está encaminado a la consecución de la estabilidad económica y la gradual recuperación del equilibrio presupuestario”. Por otra parte, la imposición de estos topes máximos por parte del Estado “también encuentra su fundamento en el límite a la autonomía financiera que establece el principio de coordinación con la Hacienda establecido en el art. 156.1 CE, el cual exige a las Comunidades Autónomas la acomodación de su actividad financiera a las medidas oportunas que adopte el Estado tendentes a conseguir la estabilidad económica interna y externa, toda vez que a él corresponde la responsabilidad de garantizar el equilibrio económico general”.

Con fundamento en todo lo expuesto, el Tribunal declarará finalmente la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos de la ley aragonesa por no haberse adecuado al tope máximo previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 1993, considerándolos inaplicables y desplazados en su eficacia jurídica por las determinaciones de esta norma legal. Asimismo, la incorporación del incremento de retribuciones por encima del tope máximo legal –incorporación a la Ley aragonesa de Presupuestos producida cuando ya se hallaba vigente la Ley estatal–, tampoco puede acogerse, a juicio del

Tribunal, a la cobertura constitucional de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, del art. 9.3 CE, invocados por la Diputación General de Aragón para oponerse a la pretensión articulada en el recurso de inconstitucionalidad.

d) Son ilegales los pactos que, al margen y con desconocimiento de la normativa estatal que regula el régimen estatutario de la función pública, establecen y crean en el ámbito de la negociación colectiva, unos órganos unitarios de negociación ajenos a los establecidos en la legislación estatal en el ámbito de los entes locales y de su ámbito supralocal

La STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2000, Ar. 233, ha tratado la cuestión relativa a la validez del Acuerdo de la Asamblea de la Mancomunidad de Municipios de Barcelona por el que, entre otros muchos aspectos, se crea un único Comité Unitario de personal representativos de todos los empleados, tanto funcionariales como laborales, de todas las entidades locales representadas en dicho órgano y, asimismo, se aprobaron las bases de organización y funcionamiento de la movilidad del personal entre la Mancomunidad y sus distintos organismos autónomos.

Tras realizar un análisis de los distintos preceptos de la Ley 9/1987 aplicables a la negociación colectiva funcional, se remite el Tribunal a la jurisprudencia establecida al respecto por las SSTS de 18 de julio de 1997, Ar. 6123 y de 11 de julio de 2000, Ar. 7092, lo que le lleva a concluir que el Acuerdo vulnera dichos preceptos legales en la medida en que aprueba unos pactos que, “al margen y con desconocimiento de la normativa estatal que regula el régimen estatutario de la función pública, establecen y crean en el ámbito de la negociación colectiva, unos órganos unitarios de negociación ajenos a los establecidos en la legislación estatal en el ámbito de los entes locales, y de ámbito supralocal, desconocidos en la legislación funcional aplicable, con directa vulneración de su contenido. Creación y regulación que se lleva a cabo sin habilitación ni competencia legal alguna de la entidad recurrente para su establecimiento y regulación; careciendo, asimismo, la Mancomunidad demandada de competencia para delegar, al margen de lo establecido en la ley, la legitimación y las atribuciones negociadoras, que en su estricto ámbito competencial gozan los municipios que la integran, a favor de los órganos unitarios que se crean y refieren a dicho Acuerdo”.

La representación procesal de la Mancomunidad alega que dicho Acuerdo tiene su justificación en el principio de autonomía local de las entidades locales que integran dicha Mancomunidad, que la creación de estos órganos unitarios se limita a la función negociadora y que, asimismo, no se infringe la normativa sobre negociación colectiva funcional dado que cada entidad local representada en tales órganos unitarios debe después aprobar expresamente el texto de los Acuerdos y Convenios previamente negociados. No obstante, el Tribunal rechaza todos estos argumentos por entender que las normas sobre la negociación funcional “no permiten escindir ésta en funciones de representación para la participación en la negociación y representación para la firma o

ratificación de lo previamente negociado, por corresponder esta legitimación íntegra y unitariamente a los representantes de las Entidades locales y de los funcionarios integrantes de las Mesas Generales de negociación legalmente establecidas, sin posibilidad legal de establecer, al margen de tal normativa, órganos de negociación supralocales de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos”.

Por lo que se refiere a la legalidad del contenido de los Acuerdos negociados en los que se establece un régimen de la movilidad funcional distinto del legalmente previsto, el Tribunal considerará que “en la medida en que afecta al régimen básico y estatutario, que conforme a lo previsto en el art. 149.1.18 de nuestra Constitución, son materias de regulación estatal exclusiva, no pueden ser establecidas por vías de convenio, y las Mesas Generales de negociación en las Entidades locales carecen de competencia para su regulación, por lo que la creación y regulación de las situaciones de movilidad por adscripción funcional del personal funcionario entre las Entidades locales a que se refiere el Acuerdo vulnera tales previsiones legales”.

V. LA INFORMACIÓN Y CONSULTA

A) Es preceptiva la consulta sindical previa al ejercicio de las potestades de organización que afecten a las condiciones de trabajo de los funcionarios, tal como acontece con la amortización de puestos de trabajo

En virtud del art. 34 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, las decisiones de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades de organización que puedan afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, serán consultadas a las Organizaciones Sindicales y Sindicatos referidos en los arts. 30 y 31.1 de esta misma Ley. Asimismo, el art. 9 de la Ley 9/1987 señala el derecho de las Juntas de Personal y de los Delegados de Personal a recibir información trimestral sobre la política de personal del Departamento, Organismo o Entidad Local.

La amortización de puestos de trabajo es una decisión administrativa que afecta, sin duda, a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. En consecuencia, tal como ha advertido la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de abril de 1998**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 1291, dicha medida no puede ser adoptada con desconocimiento de la legitimación y de la necesaria intervención de los sindicatos. Resulta, pues, manifiesto, señala la Sentencia que comentamos, “que el sindicato actor debió ser consultado con carácter previo a la elaboración de una resolución por la que, entre otros aspectos, se amortizaban puestos de trabajo, pues ello afecta a las condiciones de trabajo en la función pública, y el art. 34.2 –de la Ley 9/1987– así lo impone. Por otra parte, tal obligación derivaba igualmente de lo estipulado en el Acuerdo de la Mesa Sectorial suscrito el 4 de septiembre de 1992, entre la Administración y los Sindicatos, y es sabido que el contenido de un acuerdo o pacto sólo puede ser modificado –y por tanto desatendido– por la Administración a través de un nuevo acuerdo o pacto, sujeto en su proceso de elaboración a los requisitos legales (STS de 30 de mayo de 1992)”.

Por lo que respecta a la eficacia invalidante de la falta de la preceptiva consulta a los sindicatos, la Sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana se remite a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1994, según la cual, dado que la práctica de dicha consulta constituye un requisito esencial para la correcta elaboración de la decisión administrativa “su omisión comporta la nulidad de pleno derecho, tratándose de un requisito no susceptible de subsanación *a posteriori*”.

B) Tanto la negociación como la consulta son requisitos esenciales para la correcta elaboración de la decisión administrativa y su omisión comporta la nulidad de pleno derecho, sin posibilidad de subsanación *a posteriori*

La STSJ de Navarra de 5 de abril de 2001, Ar. 684, estima el recurso planteado por el sindicato recurrente contra las Disposiciones Adicionales del Decreto Foral 241/1998, de 3 de agosto, sobre atención y seguimiento personalizados en la asistencia sanitaria especializada y selección de médico especialista por los médicos de atención primaria del Servicio navarro de Salud-Osasunbidea, por no haber sido previamente objeto de negociación ni consulta con los sindicatos. En este caso, el Tribunal se remite a la jurisprudencia dictada al respecto por el Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de 10 de noviembre de 1994, Ar. 9040 y de 6 de marzo de 1997, Ar. 2165, según las cuales “una cosa es que una Ley o un Reglamento establezcan directamente la ordenación de las condiciones de trabajo, que sería el supuesto argüido por la apelante en cuanto ajena a su disponibilidad por vía negocial; y otra distinta que la Ley o Reglamento impongan a la Administración la prestación de un servicio o la realización de una función, de lo que es perfectamente distinguible la posterior ordenación por ella de los medios personales para llevarlos a cabo, y como contenido de la misma, la ordenación de las condiciones de ese personal, aspecto este último en el que ya la Administración dispone de una pluralidad de alternativas en las que tiene encaje posible la negociación prevista en el art. 32 de la Ley 9/1987”.

Por todo ello, el TS ha fijado el carácter estrictamente obligatorio de la negociación previa, se alcance o no un resultado y requiera o no el acuerdo alcanzado el refrendo o la regulación por parte del Órgano de Gobierno de la Administración. Por ello “procede la sanción de nulidad del acto o disposición en cuya elaboración se haya omitido este requisito formal, de carácter esencial para la correcta formación de voluntad del órgano autor de la norma”. Del mismo modo, cuando las decisiones de la Administración afecten a su potestad de organización, también la consulta “mantiene inalterable su condición de requisito esencial para la correcta elaboración de la decisión administrativa y su omisión comporta la nulidad de pleno derecho, tratándose de un requisito no susceptible de sustanciación *a posteriori*”.

C) La modificación de la plantilla orgánica de un Ayuntamiento es un instrumento organizativo que no requiere la previa negociación sindical, sino que basta con su sometimiento al informe de las organizaciones sindicales

La STS de 16 de noviembre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9752, ha tratado dos cuestiones de interés. La primera de ellas es la relativa a la legitimación procesal del

sindicato impugnante, toda vez que la Sentencia recurrida había inadmitido el recurso planteado por el sindicato UGT por entender que la legitimación recae en exclusiva en la Mesa de Negociación, limitándose el papel de los sindicatos a reclamar su participación en dicha Mesa. El TS, no obstante, aplica la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1996, de 11 de junio, que resolvía un caso similar y a cuyo tenor “no es procedente argumentar como hacía la sentencia impugnada que la legitimación correspondía de un modo exclusivo a la Mesa de Negociación, porque: a) técnicamente es inadecuado atribuir legitimación a un órgano, no personificado y compuesto por una y otra de las partes en litigio; b) la solución de la sentencia haría de peor condición al sindicato interviniente en la Mesa de Negociación, que aquel otro que, eventualmente, no se hallara representado en la Mesa, cuya legitimación no cabría excluir de raíz por la única razón de no haber formado parte del órgano encargado de canalizar las oportunas propuestas de determinación de las condiciones de trabajo”.

La segunda cuestión que constituye el objeto de este pronunciamiento es la relativa a la naturaleza de las plantillas orgánicas y la participación sindical en la determinación de las mismas. Esta cuestión había sido impugnada por el sindicato UGT al considerar que la modificación de la plantilla del personal del Ayuntamiento implicado hacía necesario constituir la Mesa de Negociación. Al respecto dirá el Tribunal que “la plantilla orgánica municipal es un instrumento de ordenación u organización del personal que, en sí mismo, se presenta como una típica manifestación de la potestad organizatoria del Ayuntamiento, a confeccionar anualmente a través del presupuesto” y que como tal instrumento organizatorio “no se incluye entre las materias que, por imperativo del art. 32 de la Ley 9/1987, están sujetas a la negociación sindical a través de la Mesa, sino que ha de situarse entre las que, en aplicación del art. 34.2 de esa ley, únicamente requieren el sometimiento a informe de las organizaciones sindicales”.

Derechos funcionales, laborales y sociales

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. Derechos funcionales. A) Derecho a la certificación de las funciones realizadas por el personal de la Administración: derecho a la especificación de las tareas desarrolladas cuando ello consta en informes de los que dispone la Administración. B) Los límites a la movilidad funcional de los ATS de los servicios de salud vienen dados por las propias titulaciones y por el respeto a la dignidad del trabajador y a su derecho a la formación y promoción profesional. C) Permuta de destinos entre funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía: carácter discrecional. D) Principio de igualdad y derecho adquirido del funcionario al contenido de la función pública ante la creación o adscripción a un puesto específico. E) La regla general de habilitación de los funcionarios para comparecer por sí mismos en los procesos en materia de personal cede cuando la impugnación se realiza ante un órgano colegiado. F) El derecho del funcionario a no realizar funciones que no corresponden al puesto de trabajo no se vulnera por imponer a los auxiliares de enfermería la obligación de retirar los pañales desechables. G) Derecho a la permanencia en el servicio activo hasta los setenta años no se extiende al personal con funciones en materia de extinción de incendios y de agencia rural, con independencia del cuerpo o escala en el que estén integrados. H) El derecho a prolongar la situación de servicio activo cumplida la edad de jubilación también corresponde al personal interino. **II. Derechos laborales.** A) La Administración está obligada a indemnizar a quien no ha podido disfrutar el período vacacional por haberse extinguido la relación antes de ejercer tal derecho. B) Derecho a descanso compensatorio por la realización de guardias médicas nocturnas en vísperas de fiesta. C) El derecho del padre a disfrutar de determinadas semanas de permiso maternal únicamente puede utilizarse si el padre y la madre trabajan a la vez. D) El derecho de los profesores universitarios a participar como vocales en los tribunales de pruebas de acceso a la Universidad no

puede verse truncado por haber proporcionado los exámenes en castellano. E) Derecho de los médicos generales y especialistas de cupo a solicitar la reducción del número de pacientes asignados cuando éste supera el cupo máximo. F) El derecho al descanso de los médicos y su armonización con la realización de guardias médicas. G) Derecho al cambio de puesto de trabajo por razones de salud. **III. Derechos sociales.** A) Extensión al personal interino de los derechos de acción social expresamente previstos para el personal de plantilla. B) El complemento de pensión del personal no facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social puede modificarse por el propio INSA-LUD. C) La recuperación del capital seguro de vida tiene la naturaleza de un derecho expectante, no adquirido ni consolidado hasta que no se produzca el hecho desencadenante de la prestación. D) El derecho a casa-habitación de los maestros constituye una situación jurídica derivada de su estatuto funcionarial y, por tanto, no susceptible de regulación mediante ordenanza municipal.

I. DERECHOS FUNCIONALES

A) Derecho a la certificación de las funciones realizadas por el personal de la Administración: derecho a la especificación de las tareas desarrolladas cuando ello consta en informes de los que dispone la Administración

La STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de junio de 1999, Ar. 1585, anula la Resolución de la Jefatura del Servicio de Personal de la Universidad de Granada que contestando a la petición de la recurrente certificaba que ésta había realizado “las funciones propias de la categoría de auxiliar administrativo” y estima parcialmente la pretensión de la actora de condena a la Administración a expedir una nueva certificación en la que se especificaran las funciones desempeñadas por la recurrente. La recurrente había solicitado que constara que realizó funciones de Secretaria de Dirección del Decano de la Facultad de Derecho y en el Fondo Social Europeo, y que su labor principal había consistido en el manejo de ordenadores con el sistema operativo MS/DOS y la atención al público. La prueba practicada en el proceso no permitió acreditar el contenido de la tarea que desarrolló como auxiliar administrativo en el Decanato de la Facultad de Derecho, pero un informe del entonces Coordinador del Programa del Fondo Social Europeo de la Universidad sí demostró que la recurrente había utilizado en su trabajo bases de datos y procesador de textos bajo el sistema operativo MS/DOS y que había atendido demandas de información de profesorado y alumnos. El Tribunal condena a la Administración a emitir nueva certificación en la que consten los datos contenidos en el referido informe, pues éste “por ser

incorporable a su expediente personal puede ser objeto de la certificación solicitada, en cuanto manifestación del derecho de todo ciudadano de acceder a los archivos administrativos, en las condiciones que detalla el art. 37 de la Ley 30/1992”.

B) Los límites a la movilidad funcional de los ATS de los servicios de salud vienen dados por las propias titulaciones y por el respeto a la dignidad del trabajador y a su derecho a la formación y promoción profesional

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 7 de febrero de 2000, Ar. 557, anula la Nota de Circulación Interna del Jefe de Bloque del Servicio Andaluz de la Salud que comunicaba a las ATS destinadas en el Servicio de Laboratorio de Microbiología, que sus funciones alcanzarían a todas las que se desarrollan dentro del servicio incluyendo las de limpieza del material y útiles y la recepción de muestras, lo que sin embargo era una tarea encomendada en la Orden 14 de junio de 1984 a las categorías inferiores de Auxiliares de Enfermería y Técnicos Especialistas. Ante la ausencia de una regulación específica de la movilidad funcional en el Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica (actualmente denominado Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo) y en la Ley 30/1984, de aplicación supletoria, la Sala realiza un examen del Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales a efectos de su aplicación analógica. De ese examen, la Sala deduce que los límites comunes a cualquier tipo de movilidad funcional son las titulaciones y el respeto a la dignidad del trabajador y a su derecho a la formación y promoción profesional, y aplicando esta doctrina concluye que procede la anulación de la decisión adoptada en la nota interna, pues la limpieza de materiales y recepción de muestras es una tarea que corresponde a categorías inferiores y su asignación a los ATS supone un menoscabo de su dignidad profesional y un perjuicio para su formación profesional.

C) Permuta de destinos entre funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía: carácter discrecional

La STSJ de Baleares de 31 de marzo de 2000, Ar. 694, afirma que tanto del art. 119 del RD 2038/1975 (“El Director General de Seguridad podrá autorizar las permutas de destino entre funcionarios de la misma escala previo informe de los Jefes inmediatos de los solicitantes”) como del art. 62 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (“se podrá autorizar excepcionalmente permutas de destino”) se deduce el carácter discrecional del otorgamiento de la permuta de destinos, dado la utilización en ambas normas de la expresión “podrá”. La simple concurrencia de los requisitos exigidos en la legislación no es, por tanto, suficiente para obtener la permuta, pues la Administración puede denegarla por motivos de interés público y concretamente por razones de política de personal, aunque la denegación deberá estar debidamente motivada y justificada. En el presente caso, la resolución denegatoria inicial presentaba una clara deficiencia en la motivación, pero esa insuficiencia de la motivación quedó subsanada en la resolución desestimatoria del recurso ordinario, por lo que en aplicación del principio de economía procesal la Sala rechaza la anulación de la denegación de la permuta.

D) Principio de igualdad y derecho adquirido del funcionario al contenido de la función pública ante la creación o adscripción a un puesto específico

La STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2000, Ar. 2212, estima el recurso interpuesto contra el Decreto de un Ayuntamiento que adscribió al actor, al reincorporarse al servicio activo tras una sanción de suspensión de funciones, a la tarea de control y examen de Boletines oficiales. El Ayuntamiento demandado justificó dicha medida en la necesidad de reorganización de los servicios administrativos con motivo de la sanción impuesta al demandante.

La decisión impugnada no puede ampararse en la potestad que la ley concede a la Administración para la ordenación del *status* de su personal, pues la creación y adscripción *ad hoc* del funcionario a un puesto de trabajo resulta discriminatoria en este caso por no estar basada en criterios de diferenciación objetivos y generales. Mucho más evidente resulta la falta de motivación del Decreto impugnado si se tiene en cuenta que éste coincidió con la reincorporación del funcionario sancionado y dicha sanción fue posteriormente anulada en vía judicial.

E) La regla general de habilitación de los funcionarios para comparecer por sí mismos en los procesos en materia de personal cede cuando la impugnación se realiza ante un órgano colegiado

En el presente caso se trataba de delimitar los contornos del derecho de representación y defensa de los funcionarios públicos en los procesos en materia de personal y, más en concreto, de discernir si los funcionarios de carrera están facultados para comparecer por sí mismos sin la asistencia de abogado y procurador en los recursos de casación promovidos por aquéllos. La duda se plantea debido a que el nuevo art. 23.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, hace extensiva a todos los órganos colegiados de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la regla de asistencia de abogado y representación por medio de procurador que en la derogada Ley de 1956 sólo se exigía para actuar ante el Tribunal Supremo.

Pues bien, la STS de 29 de octubre de 2001, Sala Tercera, Sección Primera, recoge al respecto el pronunciamiento de los Autos de 10 de abril y 22 de mayo de 2000 y de 23 de abril de 2001. En ellos explica el Tribunal que la razón de esta excepción “descansa en el conocimiento de la normativa aplicable al caso que se presume tienen los funcionarios públicos cuando están en litigio sus derechos estatutarios, pero esta consideración pierde buena parte de su fuerza de convicción cuando del recurso de casación se trata. Se opone la complejidad de la actividad procesal, tanto en lo que hace a su contenido como a su forma, propia de este recurso extraordinario, que sólo puede interponerse por determinados motivos, con el consiguiente rigor que este comporta en orden a la subsunción de los vicios jurídicos de que pueda adolecer la resolución judicial recurrida, pues no se debe olvidar que en el recurso de casación, a diferencia de lo que ocurre en la primera y segunda instancia, las pretensiones de las partes deben moverse en torno a la aplicación de la ley efectuada por el órgano jurisdiccional *a quo*, quedando relegada a un segundo plano la actividad administrativa inicialmente impugnada, que es precisamente, en el caso

de las cuestiones de personal, el dato del que arranca la presunción de que el funcionario público no está necesitado de asistencia jurídica”.

F) El derecho del funcionario a no realizar funciones que no corresponden al puesto de trabajo no se vulnera por imponer a los auxiliares de enfermería la obligación de retirar los pañales desechables

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 17 de julio de 2001, Ar. 4539, afirma que la orden de servicio del Hospital Insular que impone a los auxiliares de enfermería la obligación de retirar de las habitaciones y baños de los pacientes los pañales desechables o empapadores no vulnera su derecho a no realizar funciones que no le están encomendadas y concretamente las de recogida de basura que corresponde al personal de limpieza. Y ello porque no se obliga a los Auxiliares a encargarse de la recogida de basura en general, sino en exclusiva de la que trae causa de su actuación profesional con la finalidad de evitar desechos contaminados en lugares en los que debe primar la higiene. La obligación impuesta es lógica, razonable y acorde con sus funciones; lo contrario implicaría que para mantener las condiciones higiénicas el personal de limpieza tendría que acompañar a los auxiliares en la realización de sus funciones, lo que resulta absurdo.

G) Derecho a la permanencia en el servicio activo hasta los setenta años no se extiende al personal con funciones en materia de extinción de incendios y de agencia rural, con independencia del cuerpo o escala en el que estén integrados

La STSJ de Galicia de 24 de octubre de 2001, Ar. 83, afirma que la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 30/1984 que establece que “el personal de la Policía Local, de los Servicios de Extinción de Incendios y de los Agentes rurales de las Comunidades Autónomas queda exceptuado de la posibilidad de permanencia voluntaria en la situación de servicio activo prevista en el art. 33 de la presente Ley” es de aplicación a todo tipo de personal que desempeñe funciones operativas en materia de extinción de incendios y de agencia rural, con independencia del nombre del cuerpo o de la escala a la que pertenezcan, porque la norma responde a la idea de que más allá de los 65 años no se reúnen normalmente las condiciones necesarias para afrontar la dureza de esas actividades. En consecuencia, la Sala declara lesiva para el interés general la resolución de la Dirección General de la Función Pública por la que se reconocía la prolongación en el servicio activo a un Auxiliar Técnico de la Xunta de Galicia que venía desempeñando el puesto de trabajo de Jefe Territorial-Agente Forestal en el Servicio de Medio Ambiente Natural de Salceda de Caselas.

H) El derecho a prolongar la situación de servicio activo cumplida la edad de jubilación también corresponde al personal interino

La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid de 12 de junio de 2001, Ar. 894, afirma que el personal interino también tiene derecho a la prolongación en el servicio activo una vez alcanzada la edad reglamentaria de jubilación. Se argumenta que al personal interino, como a cualquier otro tipo de funcionario de empleo, se le aplican, de acuerdo con el art. 105 de la LFCE, las normas correspondientes a los funcionarios de carrera que no sean incompatibles con su situación, y que el derecho a la prolongación en el servicio activo, reconocido en el art. 33.2 de la Ley

30/1984, no presenta ningún problema de incompatibilidad con la situación de interinidad, porque la prolongación no impide que cuando concurran los supuestos correspondientes (reincorporación, provisión de la plaza) se acuerde el cese en el desempeño del puesto de trabajo. Por tanto, se concluye que el hecho de que en la Orden de 5 de febrero de 1997 de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial de Castilla y León sólo se prevea el procedimiento para la prolongación en el servicio activo de funcionarios de carrera no puede impedir el ejercicio de un derecho reconocido legalmente. En consecuencia, anula los actos desestimatorios de la pretensión de la recurrente y declara el derecho de ésta a ser indemnizada por daños y perjuicios y, más concretamente, al importe de las cantidades dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo indebidamente su cese hasta que sea efectiva su reincorporación al servicio activo, debiendo deducirse las cantidades que haya percibido por conceptos que sean incompatibles con el de servicio activo.

II. DERECHOS LABORALES

A) La Administración está obligada a indemnizar a quien no ha podido disfrutar el período vacacional por haberse extinguido la relación antes de ejercer tal derecho

En la STSJ de Madrid de 21 de julio de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 2837, se dilucidaba la cuestión de si el funcionario que no ha podido disfrutar de las vacaciones tiene derecho a ser compensado económicamente. El Tribunal considera que el hecho de que el art. 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 no contemple la compensación económica en esta situación no significa que la prohíba, toda vez que “no se trata de sustituir el derecho a las vacaciones por el cobro de una determinada cantidad, sino de indemnizar a quien no ha podido disfrutar el período vacacional por haberse extinguido su relación laboral con anterioridad a la fecha fijada para ejercer tal derecho”. En este caso, a juicio de la Sala, surge el derecho a la compensación proporcional al tiempo de prestación de servicios, ya que de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto para la Administración. Ésta es, por otra parte, la solución reconocida en el art. 11 del Convenio número 132 de la Organización Internacional del Trabajo.

B) Derecho a descanso compensatorio por la realización de guardias médicas nocturnas en vísperas de fiesta

La STS de 18 de febrero de 2000, Ar. 2051, se enfrenta al problema de si los facultativos que prestan servicio para el INSALUD y realizan guardias en vísperas de festivos, tienen o no derecho, conforme al Acuerdo de 22 de febrero de 1992 suscrito entre la Administración sanitaria y las organizaciones sindicales sobre aspectos retributivos y jornada laboral, a que seguidamente se les conceda un descanso semanal de 36 horas. El TS reitera la doctrina ya sentada en su Sentencia de 12 de junio de 1999, Ar. 6447, en la que se afirma que el reconocimiento de un derecho a un descanso compensatorio depende del tipo de guardia que se realice, debiendo distinguirse entre la guardia con presencia física y la guardia de localización. El derecho al descanso se reconoce para una jornada semanal de trabajo efectivo, por lo que las guardias de presencia física en los sábados o vísperas de

festivo determinan siempre el surgimiento del derecho de descanso, mientras que las guardias de localización dan derecho al mismo únicamente si efectivamente se trabajó.

C) El derecho del padre a disfrutar de determinadas semanas de permiso maternal únicamente puede utilizarse si el padre y la madre trabajan a la vez

La normativa de función pública y la Ley 30/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, intentan facilitar que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia, para lo cual permite el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia, al conceder a la mujer la opción de que sea el padre el que disfrute hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad.

Pues bien, en el presente caso el funcionario apelante —cuya esposa no sostiene relación laboral ni funcional alguna— impugna la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo por la que se desestima su pretensión y, en consecuencia, se le deniega el permiso solicitado para disfrutar de cuatro semanas de parte del permiso maternal. Tras realizar un análisis de la normativa aplicable al caso, la **STSJ de Asturias de 17 de noviembre de 2000**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 219, rechaza la posibilidad de que deba realizarse una interpretación finalista y teleológica de la legislación aplicable para favorecer la pretensión del recurrente, ni que ésta pueda estar justificada en razones sociológicas, toda vez que la actual normativa sólo reconoce el derecho discutido en el caso de que el padre y la madre trabajen. En ese caso, la madre, “al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar a fin de que el padre disfrute hasta cuatro de las últimas semanas, siempre que sean ininterrumpidas y al final del citado período, en tanto la finalidad de este permiso no es el de la salud de la madre, como sucede en el caso de parto junto con la de procurar la debida atención al recién nacido, sino únicamente ésta, así como la de favorecer la relación del padre con el hijo (...) Precisamente atendiendo a esta finalidad, es por lo que se concede el permiso al funcionario, con la única condición de que no puedan disfrutarlo ambos en el caso de que la madre y el padre trabajen, teniendo, en definitiva, por objeto el reconocimiento del derecho al permiso la protección del menor, que constituye un principio rector de la Política Social y Económica, junto a la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección integral de los hijos y el deber de asistencia de los padres y la protección de los niños prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

En el mismo sentido, la **STSJ de Asturias de 27 de noviembre de 2000**, Ar. 218, desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 5 de abril de 2000 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Oviedo que desestimó el recurso interpuesto contra la resolución del Delegado del Gobierno que denegó al recurrente el permiso de disfrute de cuatro semanas de permiso maternal sobre la base de que la esposa no tenía relación laboral ni funcional ni, por tanto, derecho alguno al permiso de maternidad. La Sala confirma la legalidad de la resolución a la vista tanto del art. 48 del Estatuto de los Trabajadores como de la Ley de la Función Pública. El permiso de maternidad es un derecho que se reconoce a la mujer trabajadora (laboral o funcionaria), aun-

que ésta pueda optar para que sea el padre el que disfrute de parte del mismo. Si el derecho al permiso no se ha generado por no trabajar por cuenta ajena, el padre tampoco tiene la posibilidad de solicitar el disfrute de parte del mismo, por mucho que en circunstancias como la del presente caso, en que la madre se ve imposibilitada físicamente para atender al hijo, puedan producirse consecuencias inequitativas.

D) El derecho de los profesores universitarios a participar como vocales en los tribunales de pruebas de acceso a la Universidad no puede verse truncado por haber proporcionado los exámenes en castellano

La STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2000, Ar. 235, desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 13 de julio de 2000 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Tarragona que estimó el recurso interpuesto por la actora contra la resolución desestimatoria presunta del rector de la Universidad Rovira i Virgili y declaró el derecho de la recurrente a participar como vocal en los tribunales para las pruebas de acceso a la Universidad. La Sala confirma que la actora no podía ser excluida por haber facilitado el examen en castellano a los alumnos que manifestaron dificultades de comprensión del examen redactado en catalán. La Universidad adujo que se habían infringido las normas y recomendaciones dirigidas a los Presidentes de los Tribunales sobre el desarrollo de los exámenes. En estas normas se disponía que los exámenes se otorgarían redactados en catalán y si los alumnos manifestaban tener problemas de comprensión se les trataría de aclarar cualquier duda verbalmente, de tal forma que sólo si esta vía resultaba insuficiente se les proporcionaría el texto en castellano. La Sala afirma que esta normativa es contraria al derecho de los alumnos a optar por la solicitud de la entrega de los enunciados del examen en cualquiera de las dos lenguas cooficiales de Cataluña y coloca a algunos alumnos en una situación de inferioridad en relación con los demás alumnos por razones puramente lingüísticas. La conducta de la actora fue, por tanto, acorde y respetuosa con los derechos de los alumnos y no puede considerarse una incidencia grave en la realización de las pruebas, ni puede ser causa de su exclusión en los tribunales de selectividad.

E) Derecho de los médicos generales y especialistas de cupo a solicitar la reducción del número de pacientes asignados cuando éste supera el cupo máximo

La STSJ de Navarra de 13 de junio de 2001, Sala de lo Social, Ar. 1880, afirma que los médicos de cupo pueden solicitar la reducción del número de beneficiarios asignados cuando supera el cupo máximo legalmente establecido (en el presente caso, el actor tenía asignados 1.710 pacientes, superando ampliamente el cupo máximo de 998), sin que el Servicio de Salud pueda denegar la reducción alegando que en tal caso se produciría un aumento del número de pacientes asignados a sus compañeros, situándolos en cifras no recomendables. La Sala considera que esta argumentación no puede ser aceptada, porque las facultades organizativas del Servicio Navarro de Salud no son ilimitadas, sino que han de sujetarse a la legislación y concretamente al art. 111.4 de la Ley General de la Seguridad Social, de acuerdo con el cual, el cupo máximo es el número más elevado de

titulares que pueden ser asignados a un médico, “salvo circunstancias excepcionales debidamente justificadas”, que no concurren en el presente caso. Por todo lo cual, reconoce el derecho del actor a solicitar y obtener la correspondiente reducción.

F) El derecho al descanso de los médicos y su armonización con la realización de guardias médicas

La STSJ del País Vasco de 15 de mayo 2001, Sala de lo Social, Ar. 1480, se pronuncia sobre el alcance y la conformidad a Derecho del art. 66 del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza (BOPV 7 de diciembre de 2000). La Sala, tras realizar una extensa interpretación del precepto, concluye que lo que éste reconoce es “el derecho al descanso mínimo de diez horas el día saliente de guardia de presencia física subsiguiente a una jornada de trabajo, computando como tal la guardia que se realice el sábado, y a que se compute como jornada ordinaria de trabajo, con independencia de que ese día la tuviera asignada, pero no tiene derecho a ese cómputo cuando la guardia no sigue a una jornada ordinaria (como sucede en las guardias iniciadas los domingos o festivos)”. A continuación, la Sala examina si esta regulación es acorde con la Directiva 93/104/CE y afirma al respecto que: a) la Directiva no reconoce un derecho al cómputo como jornada trabajada el descanso correspondiente al día saliente de la guardia, por lo que en este punto no hay vulneración de la normativa comunitaria y b) la Directiva reconoce un derecho al descanso durante un período mínimo de once horas al día saliente de la guardia de presencia física cuando ésta no sucede a una jornada ordinaria, regulación que no respeta el Acuerdo analizado y que determina la directa aplicación de la normativa comunitaria.

También sobre el mismo tema versa la STSJ de Navarra de 25 de junio de 2001, Sala de lo Social, Ar. 1882, que resuelve los recursos de suplicación interpuestos por ambas partes contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Navarra, en la que se declaraba el derecho de los actores al descanso compensatorio el día siguiente al domingo o festivo cuando se realice una guardia la víspera de domingo o festivo, declarando que tal descanso compensatorio se considera como tiempo de trabajo a efecto del cómputo de la jornada ordinaria anual.

La Sala considera que el derecho al descanso semanal reconocido por la sentencia es acorde con la Directiva 93/104/CE, plenamente aplicable al caso de acuerdo con la STJCE de 3 de octubre de 2000 y otras posteriores. Sin embargo, admite parcialmente el recurso interpuesto por el Servicio Navarro de Salud, al entender que el reconocimiento de ese derecho se hace en términos más amplios que los de la propia Directiva. En primer lugar, la Sala afirma que la Directiva no establece el derecho a que se computen los descansos compensatorios como jornada de trabajo realizada. En segundo lugar, la Sala tampoco considera que pueda ampararse en la Directiva el derecho a librar las 35 horas de descanso semanal por el hecho de realizar una guardia de presencia física el sábado, saliendo el domingo a las 8,00 de la mañana, pues tal derecho sólo se devengará por trabajar la noche del sábado, si no han gozado o pueden gozar de la libranza en un período de cómputo ordinario de 7 días, o extraordinario, por causas justificadas, de 14 días. Dado el carácter voluntario de las guardias y su naturaleza de trabajo discontinuo y de disponibilidad, la Sala entiende que “concurren las circunstancias especiales que permiten alargar el cómputo del período hasta los 14 días, por lo que el trabajo en guardia de presencia física de

sábado a domingo, sólo da derecho a las 35 horas de descanso semanal preceptivo, si no han gozado ni van a gozar los demandantes de dicho descanso en un período de cómputo que comprende los 7 días anteriores y los 7 posteriores al momento de referencia, que será el de la salida de la guardia el domingo a las 8,00 de la mañana”.

G) Derecho al cambio de puesto de trabajo por razones de salud

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de mayo de 2001, Sala de lo Social, Ar. 4273, se pronuncia sobre si el actor, un médico que había sufrido importantes problemas de salud derivados de la obligación de asumir servicios nocturnos y que se encontraba en situación de IT por enfermedad, tiene derecho a que el Servicio Canario de Salud le asigne un puesto de trabajo acorde con sus particulares condiciones de salud. El TSJ afirma la existencia de ese derecho por aplicación de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, cuando, como es el caso, el trabajador se encuentra en una situación de especial riesgo por sus condiciones o circunstancias personales. A esos efectos se tiene en cuenta que los informes médicos señalaban como contraindicados tanto el trabajo nocturno como el sometido a un especial estrés emocional, características ambas que concurren claramente en el tipo de tarea que se desarrolla en el servicio de urgencias al que estaba destinado el actor.

III. DERECHOS SOCIALES

A) Extensión al personal interino de los derechos de acción social expresamente previstos para el personal de plantilla

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 11 de octubre de 1999, Ar. 4464, confirma la Sentencia del Juzgado de lo Social núm.1 de Santa Cruz de Tenerife de 30 de junio de 1999, que declaró el derecho de la demandante, que prestaba sus servicios en el Hospital de Nuestra Señora de la Candelaria, mediante contrato de interinidad por plaza vacante en la categoría profesional de pinche, a que le fuera concedido un anticipo a cuenta de salario solicitado por la misma. La Orden 3/1972 de desarrollo de los preceptos correspondientes del capítulo de acción social del Estatuto Personal No Sanitario al Servicio de las Instituciones de la Seguridad Social reconoce este derecho al “personal de plantilla”, término cuya correcta interpretación es objeto de controversia en la resolución del presente caso. El Servicio Canario de Salud mantiene que sólo es “personal de plantilla” el que está ligado a la Administración por vínculo estable e indefinido, situación en la que no se encuentran los interinos y que tiene una clara incidencia en la garantía del reintegro del anticipo. El TSJ de Canarias no acepta esta argumentación y, tras recordar que el Tribunal Supremo ha afirmado en diversas sentencias (entre ellas, la STS de 3 de octubre de 1996), que el término “plantilla” comprende al personal interino, considera que “tanto el personal interino como el eventual, están ocupando plazas que forman parte de la plantilla normal de trabajadores del Servicio Canario de Salud y al mismo tiempo realizan funciones idénticas al personal entendido como “de plantilla” y

que no existe razón alguna por la que no deba reconocérseles el derecho al anticipo. En consecuencia, desestima el recurso interpuesto por el Servicio Canario de Salud.

A una interpretación diametralmente opuesta ha llegado, sin embargo, la **STSJ de La Rioja de 1 de diciembre de 1999**, Ar. 4715, que ha estimado el recurso de suplicación interpuesto por el Insalud contra la Sentencia del Juzgado de lo Social de La Rioja de 21 de julio de 1999 en la que se declaraba el derecho a recibir la ayuda de estudios por hijo solicitada por las actoras. Dos de ellas ocupaban el puesto de celadora y la tercera de auxiliar de enfermería, todas ellas en virtud de contrato temporal. La Letrada del Insalud recurre aduciendo que la sentencia del Juzgado de lo Social de La Rioja vulneraba el ordenamiento jurídico. Por un lado, porque conforme al Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social sólo tienen derecho a estas ayudas el “personal de plantilla” y no lo son las celadoras que prestaban sus servicios en virtud de contrato temporal. Y, por otro lado, porque el Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social exige que se trate de personal “con nombramiento en propiedad”, requisito que no reúne la auxiliar de enfermería, también contratada temporalmente. El TSJ de La Rioja acoge esta argumentación y revoca la sentencia recurrida.

No obstante, es preciso tener en cuenta que esta línea jurisprudencial se aparta de la doctrina inconclusa establecida al respecto por el Tribunal Supremo. En efecto, la **STS de 3 de julio de 2001**, Sala de lo Social, Ar. 9578, reitera la doctrina ya sentada en las SSTS de 17 de abril y 29 de noviembre de 2000, conforme a la cual el personal sanitario no facultativo de la Seguridad Social tiene derecho a las ayudas por estudios siempre que desempeñen una plaza perteneciente a la plantilla del INSALUD con independencia de que lo hagan como personal nombrado en propiedad o con carácter interino, pues no concurren circunstancias objetivas que justifiquen un trato diferenciado a los trabajadores en razón de la duración de sus relaciones contractuales.

B) El complemento de pensión del personal no facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social puede modificarse por el propio INSALUD

Las SSTS de 10 de julio y 26 de septiembre de 2001, Sala de lo Social, Ar. 7442 y 318/2002, reiteran la doctrina sentada en las SSTS de 28 de junio de 1996, 12 de junio de 1997 y 4 y 10 de abril de 2001, de acuerdo con las cuales el INSALUD puede modificar la cuantía de esta mejora porque el propio Estatuto del Personal No Facultativo en su art. 151 habilita al INSALUD para adaptar el complemento a las variaciones de la pensión básica de jubilación, lo cual es lógico porque lo que se consagra realmente es el derecho a un complemento que sumado a la pensión básica abonada por el INSS garantice lo que se percibía en activo en el momento de la jubilación, “no siendo de aplicación el art. 145 de la LPL, pues ni el INSALUD actúa aquí como Gestora ni se trata de resoluciones que afecten a los beneficiarios de la Seguridad Social en cuanto tales (...), sino al personal estatutario por jubilación y su objeto es una mejora voluntaria de carácter temporal”.

C) La recuperación del capital seguro de vida tiene la naturaleza de un derecho expectante, no adquirido ni consolidado hasta que no se produzca el hecho desencadenante de la prestación

La STS de 28 de mayo de 2001, Ar. 7974, se ha vuelto a pronunciar respecto a los efectos de la integración del personal perteneciente a la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local en el régimen general de la Seguridad Social. En concreto, el funcionario impugna el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se deniega su solicitud de indemnización por la supresión de la prestación Capital Seguro de Vida que realizó el Real Decreto 480/1993, de 2 de abril. Según el art. 69 de los Estatutos de la MUNPAL, de 9 de diciembre de 1975, “los asegurados en activo y los jubilados que hubieran llegado a ostentar la condición de asegurados en la Mutualidad causarán a su fallecimiento un capital seguro de vida”.

El demandante alega, entre otros argumentos, que estamos ante un derecho expectante, cuyo ejemplo más llamativo es el de las obligaciones aplazadas, cuyos correlativos derechos ya están adquiridos por su titular pero su eficacia está sometida a un plazo cierto, y no ante una mera expectativa. Para su resolución, el Tribunal recuerda la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 65/1987, de 21 de mayo, respecto a la integración en el régimen general de la Seguridad Social de los funcionarios de la Mutualidad de Previsión, así como las SSTS de 22 de abril y de 18 de junio de 1986, Ar. 3913 y 3677, respectivamente. A tenor de dicha doctrina, la petición de un trato especial dentro del sistema general de Seguridad Social carecería de fundamento jurídico no sólo constitucional sino legal cuando tuviera por objeto, pura y simplemente, la defensa de intereses corporativos o el mantenimiento de situaciones de privilegio. “Las prestaciones complementarias y voluntarias (y los medios para su efectiva satisfacción) se sitúan fuera del mínimo obligatorio determinado por las normas reguladores del Régimen General de la Seguridad Social, para incluirse en las previsiones que la misma Mutualidad (y no los poderes públicos) determina. No puede, pues, pretenderse que más allá de las prestaciones propias de la Seguridad Social en el Régimen General, los poderes públicos hayan de prestar también obligatoriamente cobertura a un conjunto de prestaciones adicionales que la Mutualidad ha incluido voluntariamente en sus estatutos (...) La cobertura de los poderes públicos, pues, de carácter obligatorio, se reducía, en los términos de la normativa anterior a la Ley 44/1983, a las prestaciones correspondientes al Régimen General de la Seguridad Social, por lo que la exclusión de otro tipo de cobertura no puede estimarse restrictiva de derechos”.

Recordada la doctrina del Tribunal Constitucional, pasa a analizar la Sala el alcance de la Disposición Segunda, número 1 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen local, según la cual, “los funcionarios públicos de la Administración local tendrán la misma protección social, en extensión e intensidad, que la que se dispense a los funcionarios públicos de la Administración del Estado”. Por ello, precisamente, la pretensión del funcionario recurrente de que la integración de la MUNPAL en el régimen general no supuso su desaparición, ni por tanto la del capital seguro de vida, ha de ser rechazada, toda vez “no hay razones que justifiquen un trato diferenciado de unos funcionarios públicos respecto de otros en materia de Seguridad Social, que es una función pública, una función asumida por el

Estado. Que la Seguridad Social se haya convertido en una función pública implica que las prestaciones de la Seguridad Social no se presentan ya como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual. Dicho en otras palabras: habida cuenta que la Seguridad Social es una función pública, el nivel y condición de las prestaciones que dispensa no viene determinado por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que forman parte del ordenamiento jurídico, que por serlo, están sujetas a las modificaciones que considere oportuno establecer el legislador. El Estado no debe ni puede asumir el coste financiero de situaciones de privilegio, tanto menos si éstas tienen un origen puramente contractual y no legal. En consecuencia, que la cobertura de carácter obligatorio que ha de prestar el poder público se reduzca al régimen general de la Seguridad Social, excluyendo cualquier otro tipo de cobertura no puede estimarse restrictiva de derechos”.

A mayor abundamiento, y hechas las reservas que anteceden, entiende la Sala que es innegable que ese derecho cuyo reconocimiento se pretende por quien aquí aparece como demandante no es tal derecho, pues no pasa de ser una mera esperanza de un derecho futuro, un derecho *in fieri* en formación, una situación interina que el legislador protege de forma transitoria en tanto se produce su definitiva consolidación, pero no un derecho que se hubiera incorporado a su patrimonio desde el momento en que pactó entregar periódicamente a la Mutualidad una cuota para constituir un capital del que la norma le había privado. Podemos hablar, si se quiere, de que hay una expectativa. Lo que no podemos declarar es que estamos ante un verdadero y propio derecho. Ni tampoco de que el titular de la expectativa sea el mutualista.

D) El derecho a casa-habitación de los maestros constituye una situación jurídica derivada de su estatuto funcional y, por tanto, no susceptible de regulación mediante ordenanza municipal

La STS de 2 de julio de 2001, Ar. 8202, ha declarado la nulidad de una Ordenanza Local para la utilización de viviendas municipales con la finalidad de regular su ocupación por los profesores de EGB destinados en el municipio, procediendo unilateralmente la Corporación al cambio de calificación jurídica o de destino de las viviendas de los maestros, a la fijación de un canon o alquiler sobre las mismas y al establecimiento de los criterios y reglas de prioridad para su adjudicación. La Junta de Andalucía interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el acuerdo aprobatorio de dicha ordenanza por entender que la misma se estaba extralimitando en el ejercicio de sus competencias, pues corresponde a la Administración autonómica la determinación de las condiciones en que los funcionarios docentes han de desempeñar su cometido, entre las que se incluyen el acceso a las viviendas para profesores.

Al respecto recordará el Tribunal que el Ayuntamiento demandado carece de competencias para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios docentes pues, “según multitud de sentencias de esta Sala Tercera, el uso de viviendas por funcionarios públicos, en consideración a su condición de tales, constituye una situación jurídica derivada de su estatuto funcional, lo que refuerza la insusceptibilidad de su regulación mediante Ordenanza municipal, al tratarse de funcionarios docentes cuyo estatuto se determina por la normativa autonómica en el marco de la legislación básica del Estado”.

Situaciones administrativas del funcionario

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. Servicio activo. A) El personal autonómico que realice funciones de guardería forestal no puede extender la situación de servicio activo hasta los 70 años al quedar incluido dentro del ámbito de exclusión marcado por la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 30/1984. B) El ejercicio de actividades sindicales por parte de los policías exentos del servicio activo no debe suponer en ningún caso pérdidas o perjuicios para la persona que las desarrolla. C) La comisión de servicios forzosa, como excepcional forma de provisión de puestos de trabajo, requiere motivación suficiente y su terminación en un plazo máximo de seis meses. **II. Excedencia voluntaria.** A) La situación de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos es, por su propia naturaleza, incompatible con la figura del funcionario interino. B) La negativa a declarar el paso a la situación de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos de una funcionaria interina que viene desempeñando su puesto durante más de cinco años supone vulnerar su derecho a no ser discriminada por razón del sexo. C) No es posible suspender la ejecución de un anterior acuerdo sobre concesión de excedencia voluntaria por interés particular cuando el funcionario se encuentra ya disfrutando de dicha situación. D) El permiso remunerado de ausencia por motivos personales de los funcionarios de la Unión Europea equivale a la situación de excedencia voluntaria y no implica incompatibilidad con el desempeño de otro puesto de trabajo público o privado. E) No resulta lícito que una disposición reglamentaria de carácter interno disponga la reserva del puesto de trabajo en los casos de excedencia voluntaria. **III. Servicio en Comunidades Autónomas.** A) La adscripción de los funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas adquiere carácter forzoso cuando prestan servicio en órganos periféricos de la Administración estatal. **IV. Suspensión de funciones.** A) El funcionario que no ha soli-

citado su reingreso tras haber cumplido una sanción de suspensión de funciones no puede alegar la situación de excedencia voluntaria para evitar la imposición de otra sanción por abandono del servicio si sigue percibiendo *de facto* sus retribuciones.

V. Situaciones de reserva y segunda actividad en las Fuerzas Armadas y Fuerzas y

Cuerpos de Seguridad. A) El paso a situación de segunda actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía no forma parte del contenido posible de las Leyes de Presupuestos del Estado.

I. SERVICIO ACTIVO

A) El personal autonómico que realice funciones de guardería forestal no puede extender la situación de servicio activo hasta los 70 años al quedar incluido dentro del ámbito de exclusión marcado por la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 30/1984

Se cuestionaba en este caso la adecuación a derecho de dos resoluciones dictadas por la Consejería de Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha a través de las cuales se declaraba a los recurrentes en situación de jubilación forzosa por edad, en aplicación de lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda, punto 4º, de la Ley Autonómica 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza.

El primer motivo alegado por los recurrentes se basaba en la inconstitucionalidad de esta Disposición autonómica por supuesta invasión de la normativa básica estatal sobre jubilación. Al respecto, es preciso señalar que la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que fue introducida por la Ley 66/1997, establece que “el personal de la policía local, el de los servicios de extinción de incendios y de los agentes rurales de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales queda exceptuado de la posibilidad de permanencia voluntaria en la situación de servicio activo prevista en el art. 33 de la Ley”. Al respecto dirá la Sala que “la mención de este personal se hace en la Ley de forma genérica, atendiendo a las funciones que realizan y que son la causa de esta exclusión, sin poderse pretender que esta mención agote las posibles denominaciones de los Cuerpos y Escalas en los que en las Comunidades Autónomas y en las Entidades Locales se aglutinan estas funciones”. De ello deduce que la ley autonómica no sólo no vulnera la normativa estatal al respecto, sino que es una aplicación fiel de lo previsto en la misma, toda vez que los miembros del Cuerpo de Guardería Forestal de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha son incluibles dentro de las previsiones de la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 30/1984.

En el presente caso se daba la circunstancia de que los actores se encontraban en el momento de dictarse los actos recurridos precisamente en situación de prórroga del servicio activo entre los 65 y 70 años; prórroga que les había sido concedida en su momento por aplicación de lo dispuesto en el art. 33 de la Ley de Medidas que, según la redacción dada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, permitía prolongar la situación de servicio activo hasta los 70 años. Por ello, alegaban los recurrentes que la Administración había realizado una aplicación retroactiva de la Ley.

Para la desestimación de estos motivos la **STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de enero de 2001**, Ar. 537, recurre a la doctrina del Tribunal Constitucional contenida, entre otras muchas, en sus Sentencias 108/1986 y 99/1987, en las que dejó sentado que “si bien la existencia de una carrera funcional o de un derecho a la jubilación de sus integrantes son elementos que no están en la disponibilidad del legislador, sí lo está, en cambio, el modificar sus condiciones y, entre ellas, el momento en que ha de producirse la jubilación. De todo ello resulta que quien accede a la Función Pública no es titular de un derecho subjetivo a ser jubilado a la edad establecida para ello en el momento de su acceso, sino de una simple expectativa a que sea a tal edad”. Ahora bien, acontece que a dos de los funcionarios afectados les fue concedida la prórroga antes de la entrada en vigor de la Disposición Adicional Vigésima Cuarta, el 1 de enero de 1998, por lo que, a la vista del cambio legislativo, la Administración actuó correctamente al declarar la situación de jubilación. Por el contrario, a los otros dos funcionarios se les había reconocido inicialmente la prolongación del servicio activo en el año 1999, estando ya en vigor la citada Disposición. Por ello, entiende la Sala que en este caso la solicitud de prolongación del servicio debió ser denegada, de modo que cuando después acordó la Administración su jubilación forzosa estaba en realidad revocando su anterior acto declarativo de derechos sin causa posterior que lo justificara y sin seguir el procedimiento al efecto, por lo que la Sala decide declarar la nulidad de dichos actos.

B) El ejercicio de actividades sindicales por parte de los policías exentos del servicio activo no debe suponer en ningún caso pérdidas o perjuicios para la persona que las desarrolla

La **STS de 21 de diciembre de 1999**, Ar. 10060, se ha pronunciado sobre los efectos económicos que supone el ejercicio de actividades sindicales para un policía que, por haber obtenido un cargo sindical y ser vocal en el Consejo de Policía, fue eximido del servicio a tiempo total. En concreto, tras su incorporación al Consejo dejó de percibir una gratificación mensual que cobraban los policías que prestaban sus servicios efectivos en el Congreso, alegando que ello suponía una vulneración, entre otros, del art. 22 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. La Administración, por su parte, fundamentó esta decisión en la doble dependencia de los policías que prestan sus servicios en el Congreso de los Diputados: funcional, del Presidente de la Cámara y orgánica, de la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, de tal manera que estos policías perciben sus retribuciones de este último órgano, limitándose el Congreso a abonar una gratificación a aquellos funcionarios que prestan sus servicios efectivos en la Cámara. De ahí deducirá finalmente la Administración que, aunque el precepto citado garantiza que los policías que ejercen actividades sindicales no sufrirán perjuicios por desempeñar dicha actividad, en ningún caso garantiza la percepción de gratificaciones especiales por servicios no prestados.

Pues bien, el Tribunal Supremo, aunque constata que efectivamente el policía recurrente no presta servicios efectivos en el Congreso, declarará su derecho a la percepción de tales gratificaciones. Dirá el Tribunal que estamos ante un caso en el que “la relación de causa a efecto entre el desarrollo de una actividad sindical representativa y el perjuicio económico que sufre el recurrente se manifiesta con nitidez, de modo que mientras persistan las concretas circunstancias fácticas y jurídicas en que se funda la pretensión ejercitada en este proceso, ha de accederse a lo en ella solicitado, por imponerlo así la exigencia jurídica de que aquella actividad no perjudique económicamente al actor”.

C) La comisión de servicios forzosa, como excepcional forma de provisión de puestos de trabajo, requiere motivación suficiente y su terminación en un plazo máximo de seis meses

En el presente caso, un funcionario impugna la resolución por la que se acuerda su adscripción en comisión de servicios a otro puesto de trabajo para la realización de tareas que, por causa de su mayor volumen temporal o por otras razones coyunturales, no podían ser atendidas con suficiencia por los funcionarios que las desempeñaban con carácter permanente. Para ello se basa principalmente en el Decreto 46/1987, de 2 de julio, por el que se regulan las situaciones administrativas de los funcionarios de la Diputación Regional de Cantabria, que exige su desempeño voluntario, lo que no sucedía en este caso.

La STSJ de Cantabria de 18 de abril de 2001, Ar. 1016, no obstante, parte del análisis de dicho Decreto y, más concretamente, de la regulación que en el mismo se hace de la comisión de servicios forzosa. Ello será únicamente posible cuando un puesto de trabajo quede vacante y la autoridad competente, por razones de urgente e inaplazable necesidad, proceda a cubrirlo en comisión de servicio, durante un plazo máximo de seis meses, con otro funcionario capacitado para su desempeño en razón de su grado personal. “La comisión de servicios como excepcional forma de provisión de puestos de trabajo requiere una motivación suficiente de las razones por las que debe acudir a tal figura.” Aunque en el caso concreto la autoridad motivó dicha resolución una vez transcurridos más de siete meses desde que se acordó, la Sala entiende que el principio de economía procesal impide la anulación del acuerdo impugnado cuando el resultado de la reproducción de las actuaciones anuladas hubiera de conducir presumiblemente al mismo resultado.

La causa que hace prosperar el recurso interpuesto es la relativa a la temporalidad de la comisión de servicios que, conforme indica el mencionado Decreto 46/1987, se extenderá a un plazo máximo de seis meses, toda vez que el acuerdo impugnado contempla una cláusula que evidencia un carácter permanente a la asignación de las funciones encomendadas que, por su propia naturaleza, desnaturaliza la comisión de servicios.

II. EXCEDENCIA VOLUNTARIA

A) La situación de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos es, por su propia naturaleza, incompatible con la figura del funcionario interino

En la STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de junio de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar.2168, se planteaba la cuestión de si un funcionario interino puede disfrutar de la excedencia voluntaria para el cuidado de un hijo a la que se refiere el art. 29.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. Para la resolución del caso la Sala parte del art. 105 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, que establece que a los funcionarios de empleo les será aplicable por analogía, y en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, con excepción del derecho a la permanencia en la función, a niveles de remuneración determinados, o al régimen de clases pasivas. A partir de ahí deducirá el Tribunal que “la propia naturaleza de la excedencia supone en sí mismo la interrupción de la prestación del servicio, con la consiguiente variación de la situación administrativa del funcionario que dejaría de estar en servicio activo (a diferencia de lo que ocurre con las licencias y permisos) y que en el caso de la excedencia voluntaria para el cuidado de un hijo tiene como efecto la reserva del puesto de trabajo, naturaleza esta de la excedencia que se vincula a la idea de permanencia en la función, en la medida que la naturaleza del funcionario interino viene dada por la idea de la temporalidad, lo que la diferencia del funcionario de carrera. Siendo nombrado como funcionario interino para cubrir un puesto vacante por razones de urgencia y necesidad, con la posibilidad de que la Administración pueda proveer en cualquier momento esa plaza vacante por un funcionario de carrera, resulta que la excedencia sería un concepto no compatible con la razón de ser y condición del interino”.

No obstante, la interpretación realizada en esta Sentencia ha de entenderse corregida por la doctrina postulada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia que a continuación se menciona.

B) La negativa a declarar el paso a la situación de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos de una funcionaria interina que viene desempeñando su puesto durante más de cinco años supone vulnerar su derecho a no ser discriminada por razón del sexo

La STC 240/1999, de 20 de diciembre, BOE de 20 de enero de 2000 (recurso de amparo) resuelve otorgar el amparo solicitado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 27 de junio de 1995, que desestimó el recurso contencioso-administrativo planteado por la recurrente contra la Resolución de 2 de enero de 1995, de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León, que denegó a la actora la solicitud de excedencia voluntaria para cuidado de una hija, por entender que, dado que la necesidad o urgencia de la prestación del servicio es la causa del nombramiento de un interino para el desempeño de un puesto de trabajo, la interrupción de la prestación del servicio hace desaparecer la causa que justificó el nombramiento, determinando la ruptura de la relación del interino con la Administración. En la medida en que la denegación de la excedencia se basa únicamen-

te en la condición de interinidad de la solicitante, las Resoluciones citadas no aprecian discriminación por razón de sexo.

Para resolver la cuestión plantada, el Tribunal Constitucional comienza recordando la reiterada jurisprudencia que, a partir de la STC 7/1984, se ha pronunciado sobre la diversidad de Cuerpos y categorías funcionariales, legalmente configuradas como estructuras diferenciadas, con características propias, entre las que, con carácter general, no puede exigirse un tratamiento igualitario.

Ahora bien, a juicio del Tribunal Constitucional, dadas las características del caso concreto, concurren dos circunstancias que permiten concluir que la diferencia de trato entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera resulta contraria a las exigencias del art. 14 CE.

Por un lado, sin negar que el interés público de la prestación urgente del servicio puede justificar la denegación de una solicitud de excedencia a quienes ocupan interinamente plazas de plantilla, aunque sea para atender a bienes o valores constitucionalmente relevantes como son el cuidado de los hijos y la protección de la familia, en el supuesto objeto de la Sentencia que se comenta, el Tribunal entiende que:

“(…), no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional ‘en tanto no se provea por funcionarios de carrera’. Con ello no se trata de afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del art. 14 CE, sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la trascendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual”.

Es más, por otro lado, en el presente caso, continúa señalando el Tribunal Constitucional, la vulneración del derecho a la igualdad supone, además, un quebrantamiento del derecho a no ser discriminado por razón de sexo:

“En efecto, queda dicho, para la recurrente el no reconocimiento de la posibilidad de obtener esa excedencia por parte de los interinos produce en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y sobre todo en el laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres que se hallan en esta situación de interinidad. Concretamente, en el ámbito laboral la denegación de esta posibilidad supone un obstáculo muy importante a la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo. Ello es así, no porque la legislación vigente conceda esta posibilidad sólo a los varones, sino por un dato extraído de la realidad social imperante, que sin duda debe tenerse en cuenta al interpretar y aplicar las reglas jurídicas, a saber: que, hoy por hoy, son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de

excedencias para el cuidado de los hijos y, en consecuencia, de serles denegado, prácticamente sólo las mujeres se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo y a salir del mercado laboral por este motivo. Ello produce una discriminación por razón de sexo cuya corroboración, por sus mismas características, no requiere aportar como término de comparación la existencia de unos concretos varones a los que sí se haya otorgado esa excedencia para el cuidado de los hijos.”

Con el mismo contenido se ha pronunciado también la **STC 20/2001, de 29 de enero**, que ha considerado discriminatorio el cese de una funcionaria interina por razón de baja por maternidad. Ha vuelto a insistir en que “la protección específica de la maternidad de los períodos pre y posnatales persigue una clara finalidad social, esto es, la protección de la maternidad, a la que se añade la finalidad de promocionar el establecimiento de una relación de carácter familiar, absolutamente necesaria con el que acaba de nacer. La protección extiende, por ello, su campo de actuación, alcanzado tanto al neonato como a la familia en su conjunto. Por ello, como en su día recordó la **STC 203/2000, de 24 de agosto** ‘no resulta admisible, desde la perspectiva del art. 14 CE, fundar la denegación de un derecho con trascendencia constitucional (arts. 9.2 y 39.1 CE) exclusivamente en el carácter temporal y en la necesaria y urgente prestación del servicio propia de la situación de interinidad’. De modo que ‘esta interpretación de la legalidad, atendiendo a las circunstancias destacadas, resulta, como ya hemos afirmado, en extremo formalista y no aporta una justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE, sin que tal resultado perturbe la facultad de la Administración de proceder a la cobertura reglamentaria de la plaza conforme a criterios organizativos generales’”.

C) No es posible suspender la ejecución de un anterior acuerdo sobre concesión de excedencia voluntaria por interés particular cuando el funcionario se encuentra ya disfrutando de dicha situación

La cuestión que se planteaba en este supuesto era la de determinar las potestades de la Administración para suspender la ejecución de un acto administrativo. Para ser más precisos, se trataba de un funcionario, profesor universitario, al que se le había concedido el pase a la situación de excedencia voluntaria por interés particular a través de una Resolución de 19 de mayo de 1999 que, por cierto, sólo otorgaba el pase a dicha situación sin someterla a plazo o condición alguna. Días más tardes, sin embargo, mediante un acuerdo de fecha de 24 de mayo de 1999, adoptado por el Vicerrector de Profesorado de la Universidad, por delegación del Rector, se acordó la suspensión de la ejecución de dicho acuerdo como medida cautelar adoptada durante la tramitación de un expediente disciplinario, toda vez que el recurrente había dejado de impartir docencia desde el momento en que solicitó el pase a la situación de excedencia. Este último acuerdo del Vicerrectorado fue impugnado por el recurrente.

La **STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2001, Ar. 672**, entiende que dada la naturaleza de acto unilateral de dicha resolución, la misma se perfecciona y empieza a producir efectos de acuerdo con las reglas generales que rigen el procedimiento administrativo. Por ello, dado que el funcionario se encontraba ya en esa situación administrativa en el momento en que se dicta el acuerdo, no es posible suspenderla “pues el pase a esa situación administrativa se ha consumado y no puede suspender la situación ya perfeccionada pues ello no puede calificarse de suspensión sino de revocación, en sentido estricto

de revisión, de un acto declarativo de derechos, revocación o revisión sometida en nuestro ordenamiento a determinados requisitos procedimentales y límites sustantivos, de acuerdo con los arts. 102 y 103 de nuestra Ley 30/1992, ninguno de los cuales se ha satisfecho”.

D) El permiso remunerado de ausencia por motivos personales de los funcionarios de la Unión Europea equivale a la situación de excedencia voluntaria y no implica incompatibilidad con el desempeño de otro puesto de trabajo público o privado

En ocasiones, una de las cuestiones más problemáticas del régimen de la función pública comunitaria es la de determinar las equivalencias en los distintos Derechos internos de las situaciones administrativas previstas por la normativa comunitaria, tal como sucede en el presente caso. En este supuesto, efectivamente, una funcionaria del Parlamento Foral de Navarra había sido nombrada como funcionaria del Parlamento europeo, quedando por tanto en situación de servicios especiales en su Administración de origen. Años más tarde, solicitó la reincorporación al servicio activo en el Parlamento navarro por haber sido declarada por el Parlamento Europeo en situación de beneficiaria de una “congé de convenance personnel”.

El acuerdo del Parlamento Foral de Navarra por el que se acordó dicha reincorporación motivó la interposición de dos recursos que fueron acumulados por la Sala y resueltos por la STSJ de Navarra de 4 de junio de 2001, Ar. 915. El primero de ellos fue presentado por la funcionaria que interinamente había ocupado hasta ese momento dicho puesto de trabajo por entender que el permiso concedido no había supuesto el cese en su puesto como funcionaria comunitaria. Al mismo tiempo, la Asociación de Funcionarios presentó otro recurso por entender que la situación de servicios especiales suponía una situación de privilegio injustificada. Ambos motivos de impugnación fueron denegados. El primero de ellos porque, tal como aclaró el escrito presentado por la Dirección General del Personal y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo como contestación a los interrogantes planteados por el Parlamento navarro, si un funcionario de las Comunidades Europeas se acoge a un permiso no remunerado de ausencia por motivos personales, no por ello deja de ser funcionario comunitario. Tiene derecho a su reincorporación una vez que el citado permiso haya concluido, sin que exista ningún inconveniente para que el funcionario pueda durante dicho permiso reincorporarse de nuevo al puesto de trabajo de su Administración de origen.

Por lo que respecta al segundo de los motivos de la impugnación, el Tribunal entiende que “la situación de servicios especiales no es una situación de privilegio sino la contraprestación que las Administraciones tienen que dar para conseguir el bien por ellas pretendido que es el reclutamiento de funcionarios para que marchen a trabajar en instituciones ubicadas en países distintos, alejados de su ambiente familiar y social, lo que supone un gravamen para el funcionario”. La razón de ello estriba en que las instituciones comunitarias se nutren hoy por hoy de funcionarios de los Estados miembros, de tal forma que de no existir esta especial situación administrativa, no habría ningún funcionario que fuera a ocupar los puestos funcionariales de las Comunidades Europeas si

como consecuencia de ello tuviera que perder su condición de funcionario en su Administración de origen.

Sentado lo anterior, se plantea el Tribunal si esta situación sólo procede cuando el funcionario adquiere la condición de funcionario de las instituciones europeas y se integra en las mismas por primera vez o por el contrario es admisible para otras veces, ya que el art. 17 del Estatuto del Personal del Parlamento Foral establece que procederá esta situación de servicios especiales “cuando adquieran la condición de funcionarios al servicio de organizaciones internacionales o de carácter supranacional”. Al respecto, entiende la Sala que una interpretación finalista de dicho precepto requiere interpretarlo en el sentido de que dicha situación “no puede limitarse al primer momento en que se prestan tales servicios y excluirse a los supuestos en que tales servicios se prestan en períodos sucesivos en el tiempo. Si efectivamente el legislador hubiera querido hacer tal limitación lo debería haber expresado de forma clara y expresa”.

E) No resulta lícito que una disposición reglamentaria de carácter interno disponga la reserva del puesto de trabajo en los casos de excedencia voluntaria

La STSJ del País Vasco de 2 de julio de 2001, Ar. 1294, ha denegado al funcionario recurrente su solicitud de reingreso en su antiguo puesto de trabajo tras disfrutar de una excedencia voluntaria. Entre otros motivos de impugnación, el funcionario había alegado la existencia de una disposición reglamentaria de carácter interno propia del ámbito de la Administración Foral que, sin el mayor detalle ni precisión, contemplaba una reserva del puesto de trabajo en los casos de excedencia. En este sentido, tanto el art. 61.2 de la Ley del País Vasco 6/1989, como el art. 29.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que dispone su carácter de norma básica para todos los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, establecen claramente que “la excedencia voluntaria no dará lugar a la reserva del puesto de trabajo y el tiempo de permanencia en la misma no se computará a efectos de promoción, trienios y derechos pasivos”, salvo que se trate de una excedencia para el cuidado de un hijo y por un período no superior a tres años, según dispone la letra c) del art. 61.2 de la norma vasca.

Todo ello le permite al Tribunal concluir respecto a la validez de la norma reglamentaria invocada por el funcionario recurrente que, “aun sin ser posible objeto de examen ahora en cuanto a su validez en razón de criterios competenciales u otros, no puede comportar justificadamente el decaimiento de los preceptos imperativos e incluso básicos de rango superior, ni una consideración preferente en cuanto a su aplicabilidad”.

III. SERVICIO EN COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A) La adscripción de los funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas adquiere carácter forzoso cuando prestan servicio en órganos periféricos de la Administración estatal

La STS de 9 de junio de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 4332, desestima el recurso interpuesto contra el Real Decreto 1375/1997, de 29 de agosto, sobre traspaso a la

Comunidad Autónoma de Galicia de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, y más concretamente el apartado E) de su Anexo en el que se refleja el personal que se traspasa, alegando que vulnera el art. 24.3 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, dado que en el presente caso no se dio opción al personal afectado de solicitar voluntariamente la transferencia antes de ser elaborado el mencionado Anexo.

Sin embargo, dicha alegación no puede prosperar, pues, tal como señala el Tribunal Supremo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, al resolver los recursos previos de inconstitucionalidad contra el Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, declaró el carácter forzoso de la adscripción a la correspondiente Comunidad Autónoma de los funcionarios que prestasen servicio en los órganos periféricos de la Administración estatal. En consecuencia, no rige la voluntariedad de los interesados a la hora de transferir personal de la Administración estatal a las Comunidades Autónomas cuando el personal afectado preste servicio en órganos periféricos, como ocurre en el presente caso, en el que se transfirieron empleados destinados en las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de Empleo.

IV. SUSPENSIÓN DE FUNCIONES

A) El funcionario que no ha solicitado su reingreso tras haber cumplido una sanción de suspensión de funciones no puede alegar la situación de excedencia voluntaria para evitar la imposición de otra sanción por abandono del servicio si sigue percibiendo *de facto* sus retribuciones

En el presente caso la parte recurrente es una funcionaria que había resultado sancionada por una falta muy grave de abandono de servicio. La funcionaria, que había sido ya suspendida de empleo y sueldo por la misma falta, alega que no puede ser nuevamente objeto de dicha sanción por encontrarse en situación de excedencia voluntaria, toda vez que el art. 22.4 del Reglamento de Situaciones Administrativas, aprobado por Real Decreto 365/1995 prevé que, si el funcionario que es temporalmente suspendido no solicita el reingreso en el plazo reglamentariamente previsto, será declarado de oficio en la situación de excedencia voluntaria.

La STS de 22 de octubre de 1999, Ar. 8947, no obstante, ha desestimado el recurso al entender que, cuando la Administración impuso la sanción de separación de servicio no se hallaba en situación administrativa de excedencia voluntaria, tal como pretendía la funcionaria recurrente y, si tenía derecho a que se declarase en dicha situación, debió ejercitarlo en tiempo oportuno, no permaneciendo durante más de dos años en servicio activo y disfrutando de los derechos inherentes a tal situación, especialmente el cobro de su sueldo, sin asistir a su puesto de trabajo ni justificar baja alguna. Por ello, “aun cuando no consta que la recurrente formulara expresamente su solicitud de reingreso al servicio activo, no puede negar que tal reingreso se produjo *de facto*, desde el momento en que vino percibiendo puntualmente y sin protesta alguna sus retribuciones mensuales desde que cumpliera la sanción inicial de suspensión”.

V. SITUACIONES DE RESERVA Y SEGUNDA ACTIVIDAD EN LAS FUERZAS ARMADAS Y FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

A) El paso a situación de segunda actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía no forma parte del contenido posible de las Leyes de Presupuestos del Estado

La STC 234/1999, de 16 de diciembre, BOE de 20 de enero de 2000 (cuestión de inconstitucionalidad) resuelve la cuestión planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sobre la Disposición Adicional Vigésima de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para 1989. El motivo de la cuestión de inconstitucionalidad viene determinado por la posible contradicción de la citada Disposición Adicional, que fija la edad determinante del pase a la situación administrativa de segunda actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (Escalas Superior y Ejecutiva), con el art. 134.2 CE, que establece los límites materiales de las Leyes aprobatorias de los Presupuestos Generales del Estado.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre los límites materiales de las Leyes de Presupuestos ha distinguido entre un contenido mínimo, necesario e indisponible, determinado por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos y un contenido posible, no necesario o eventual (SSTC 63/1986, 65/1987, 126/1987, 134/1987, 65/1990, 66/1990, 67/1990, 76/1992, 237/1992, 83/1993, 178/1994, 195/1994, 61/1997, 203/1998 y 131/1999). La Ley de Presupuestos no es únicamente un conjunto de previsiones contables, sino que es también un instrumento de dirección y orientación de la política económica del Gobierno, lo que justifica ese contenido posible que excede de las meras previsiones contables. Esto último no significa que, dentro de ese contenido no necesario o eventual, las Leyes de Presupuestos puedan regular cualquier materia.

Por el contrario, dicho contenido eventual sólo resulta legítimo si la materia regulada guarda relación directa con los ingresos y gastos que integran el Presupuesto y su inclusión supone un complemento de los criterios de política económica de la que ese Presupuesto es instrumento. Por otro lado, es preciso que el contenido adicional resulte un complemento necesario para la mayor inteligencia y la mejor ejecución del Presupuesto y de la política económica del Gobierno (SSTC 27/1981, 65/1987, 76/1992, 195/1994 y 203/1998). La regulación por la Ley de Presupuestos de otras materias sin sujeción a los requisitos expuestos resulta contraria a la Constitución, porque supone una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo y por afectar al principio de seguridad jurídica, dada la incertidumbre que una regulación ajena a la función propia del Presupuesto puede originar (SSTC 65/1990, 76/1992, 178/1994, 195/1994 y 203/1998).

El examen, a la luz de la doctrina expuesta, de la Disposición Adicional Vigésima de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, lleva al Tribunal Constitucional a sostener, consecuentemente, que, “(...)”, sin perjuicio de las posibles consecuencias mediatas que de una medida de este tipo hayan de derivarse en la esfera del gasto público, su adopción responde al propósito de homogeneizar las reglas de acceso a la situación administrativa de segunda actividad de los funcionarios pertene-

cientes al Cuerpo Nacional de Policía, evitándose con ello las distorsiones a que pudiera dar lugar la dualidad resultante de lo establecido en el apartado primero de la Disposición Transitoria Cuarta LOFCS. Por lo demás, el mantenimiento del régimen sustantivo de la situación administrativa de segunda actividad, vigente al momento de aprobarse la Ley 37/1988 y contenido en el Real Decreto 230/1982, donde se contempla el destino exclusivo de dichos funcionarios al desempeño de actividades de carácter administrativo o auxiliar, pone de manifiesto la prevalente atención prestada a la organización de los medios personales al servicio de la Administración sobre los efectos económicos, que en todo caso son el lógico resultado de la diferencia de conceptos retributivos que aquéllos tienen derecho a percibir en su nueva situación.

Por todo ello, debemos concluir que nos hallamos ante un precepto regulador de una materia perteneciente al régimen estatutario de los funcionarios integrados en el Cuerpo Nacional de Policía, y respecto del que no es posible apreciar la existencia de una relación directa con la previsión de ingresos o habilitación de gastos públicos que definen la política económica general del Gobierno, so pena de que adopte un criterio excesivamente abierto y, por ende, inoperante, de los instrumentos directamente relacionados con los criterios que definen la política económica de aquél (SSTC 195/1994, fundamento jurídico tercero y 203/1998, fundamento jurídico quinto)”.

Incompatibilidades

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. El régimen de incompatibilidades se aplica, dado su carácter de derecho necesario, a todas las situaciones que existen bajo su imperio, aunque no obstante, los farmacéuticos titulares están excluidos de la incompatibilidad para el ejercicio de una actividad privada derivada del artículo 12.2 de la Ley de Incompatibilidades 53/1984, de 26 de diciembre, por la conjunción esencial que por razón de su establecimiento se opera en dichos titulados. II. El personal que presta servicio en empresas en que la participación del capital directa o indirecta de las Administraciones Públicas es superior al 50 por ciento incurre en un supuesto de incompatibilidad si, además, ejerce algunas de las actividades privadas contempladas por la Ley 53/1984. III. Los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales están sujetos a las causas de incompatibilidad sólo si en un puesto de trabajo concreto concurre cualquiera de las circunstancias que prevé la legislación de funcionarios. IV. La prestación de servicios como asesor médico en las oficinas de una aseguradora privada como ASISA no es actividad en el sector público a efectos de declarar su incompatibilidad con la actividad principal. V. La incompatibilidad de los funcionarios retribuidos con arancel para ejercer cualquier otra función pública o privada incluye también la de profesor en Universidad privada. VI. Los Magistrados del Tribunal Supremo están sometidos a un estatuto especial y a un sistema de incompatibilidades más riguroso que el que afecta a los demás jueces y magistrados para garantizar su definitiva independencia. VII. La atribución al funcionario de complementos específicos o conceptos equiparables, tanto en la esfera estatal como en la local, lleva consigo la grave consecuencia de la absoluta prohibición de toda otra actividad lucrativa pública o privada.

I. EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES SE APLICA, DADO SU CARÁCTER DE DERECHO NECESARIO, A TODAS LAS SITUACIONES QUE EXISTEN BAJO SU IMPERIO, AUNQUE NO OBSTANTE, LOS FARMACÉUTICOS TITULARES ESTÁN EXCLUIDOS DE LA INCOMPATIBILIDAD PARA EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD PRIVADA DERIVADA DEL ARTÍCULO 12.2 DE LA LEY DE INCOMPATIBILIDADES 53/1984, DE 26 DE DICIEMBRE, POR LA CONJUNCIÓN ESENCIAL QUE POR RAZÓN DE SU ESTABLECIMIENTO SE OPERA EN DICHOS TITULADOS

En la STS de 1 de julio de 1998, Sala Tercera, Ar. 6769, se cuestionaba el ámbito de aplicación de la Ley de Incompatibilidades 53/1984. Concretamente, tras la participación en un concurso de traslados de Funcionarios del Cuerpo de Inspectores Farmacéuticos Titulares y fundándose en el previo nombramiento como farmacéutica titular, la parte demandada había sido autorizada para la apertura de una farmacia. La parte demandante, entre otros motivos, alegaba la incompatibilidad del nombramiento como funcionario para la autorización de apertura de una farmacia.

El Tribunal Supremo, al pronunciarse sobre la alegación de incompatibilidad, ha precisado que “por el carácter de derecho necesario que tiene el régimen de incompatibilidades se aplica a todas las situaciones que existen bajo su imperio, lo que implica que sea aplicable al caso debatido, siendo éste un supuesto de excepción al principio de la ley de la convocatoria; por ello, recibe aplicación la Transitoria Sexta de la Ley 53/1984 que por su tenor y contenido excluye a los farmacéuticos titulares y en relación con la farmacia abierta con motivo de su función local, de la incompatibilidad deriva del art. 12.3 de la misma Ley en orden a la concurrencia del ejercicio de una actividad privada con la pública en la determinación cuantitativa que señala, lo que tiene su fundamento en la conjunción esencial que por razón de su establecimiento se opera en dicho titulado, todo ello desde la perspectiva no sólo de quienes ya se hallen establecidos, sino del derecho al establecerse”.

En similares términos se ha pronunciado también la STS de 9 de febrero de 2000, Ar. 1879, al interpretar la Disposición Transitoria Sexta y el art. 12.2 de la Ley de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. En concreto, los recurrentes habían impugnado el Acuerdo del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España por el que se autorizaba la apertura de una farmacia a una titular farmacéutica nombrada mediante concurso público. Entre los motivos alegados por los recurrentes, se alude a la infracción del art. 12.2 de la Ley 53/1984, que establece que el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer actividades privadas que correspondan a puestos de trabajo que requieran la presencia efectiva del interesado durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las Administraciones Públicas. El TS vuelve a precisar respecto de la alegación de incompatibilidad que “por el carácter de derecho necesario que tiene la misma, se aplica a todas las situaciones que existen bajo su imperio, lo que implica que la normativa reguladora sea aplicable al caso debatido, siendo éste un supuesto de excepción al principio de la ley de la convocatoria en razón de la finalidad y contenido de la

Ley 53/1984; por lo que recibe aplicación la Transitoria Sexta de la Ley 53/1984, que por su tenor y contenido excluye a los farmacéuticos titulares en relación a la farmacia abierta con motivo de su función, de la incompatibilidad derivada del art. 12.2 de la misma Ley en orden a la concurrencia del ejercicio de una actividad privada con la pública en la determinación cuantitativa que señala, el cual sería el único criterio de conexión para aplicar la Ley 53/1984, lo que tiene su fundamento en la conjunción esencial que por razón de su establecimiento se opera en dichos titulados”.

II. EL PERSONAL QUE PRESTA SERVICIO EN EMPRESAS EN QUE LA PARTICIPACIÓN DEL CAPITAL DIRECTA O INDIRECTA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ES SUPERIOR AL 50 POR CIENTO INCURRE EN UN SUPUESTO DE INCOMPATIBILIDAD SI, ADEMÁS, EJERCE ALGUNAS DE LAS ACTIVIDADES PRIVADAS CONTEMPLADAS POR LA LEY 53/1984

La STS de 15 de febrero de 1999, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 1522, estima el recurso de casación interpuesto por “Radio Indalo Levante, SL”, revocando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que desestimó el recurso interpuesto por la actora contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía por el que se otorgó la adjudicación provisional de la emisora de radiodifusión de Mojácar (Almería) a “Radiotona, SA”.

Los motivos de casación alegados por la parte recurrente hacen referencia a la infracción de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, sobre Ordenación de las Telecomunicaciones, y del art. 9.6 de la Ley de Contratos del Estado, argumentando que la sociedad concesionaria no está facultada para contratar con la Administración, al estar incursos sus administradores en varios de los supuestos de incompatibilidad de la Ley 53/1984.

Centrándonos en el estudio del régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, –y dejando a un lado la incapacidad para contratar con la Administración que puede derivar de la apreciación de un supuesto de incompatibilidad, por no ser dicha cuestión objeto de esta crónica– la demandante argumenta que la infracción de dichos preceptos se ha producido tanto por razón de la situación de uno de los socios de la mercantil adjudicataria, como por la de su esposa. En el primero, por tener una relación laboral estable con “Radio Televisión Española, SA” y ser a la vez accionista mayoritario (90 por ciento del capital social), Presidente del Consejo de Administración y Consejero delegado de la empresa adjudicataria de la emisora de radio. En la segunda, casada en régimen de gananciales con dicho socio, por ser funcionaria de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, adscrita a la Dirección General de Medios de Comunicación Social, por entender la parte que dicha señora, a través de la mercantil adjudicataria, y mediante la interposición de su esposo, o sustitución por éste, ejerce una actividad privada con cargo a su sociedad legal de gananciales.

Respecto a la cuestión de si el administrador (accionista mayoritario de la mercantil adjudicataria) de la persona jurídica mencionada está incurso en alguno de los supuestos de la Ley 53/1984, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas –en cuyo caso se encontraría también en un supuesto de falta de capacidad para

contratar con las Administraciones Públicas, según lo dispuesto por el art. 9 de la Ley de Contratos del Estado, norma a la que se remite la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, sobre Ordenación de las Telecomunicaciones, excluyendo la posibilidad de ser titular de una concesión de algún servicio público de radiodifusión sonora—, el TS concluye que:

“La respuesta es necesariamente afirmativa, pues siendo claro uno de los términos de la relación de incompatibilidad (el referido a la actividad privada, ya que tras la adjudicación provisional hecha en el procedimiento de concesión, la situación de aquel accionista quedaba plenamente subsumida en el supuesto de hecho descrito en aquellas letras c) y d) del art. 12 de la Ley 53/1984; en la primera por razón de los cargos desempeñados en la sociedad concesionaria; y en la segunda por razón de su porcentaje de participación en el capital de dicha sociedad), no lo es menos tampoco el otro de sus términos, es decir, el relativo a su inclusión entre el personal al que se extiende el ámbito de aplicación de aquella Ley 53/1984; así: a) prestaba servicios en el Centro Territorial de Andalucía de ‘TVE, SA’, y por tanto en una sociedad cuyo capital es íntegramente estatal, perteneciendo en su totalidad al Ente público RTVE (Ley 4/1980, de 10 de enero), y sus normas de cumplimiento y desarrollo contenidas en el Real Decreto 1615/1980, de 31 de julio; b) sin que importe, por lo ya dicho, que la naturaleza jurídica de su relación de empleo fuera la propia de un funcionario, o la de un funcionario interino, o la de un contratado laboral (calificación esta que es la que resulta del informe de la empresa documentado al folio 124 de los autos); c) ni tampoco la mayor o menor dedicación temporal que pudiera exigirle la relación pactada (que en buena lógica no había de ser escasa en quien ha de preparar su diaria intervención, de media hora de duración, como Locutor-Presentador del Informativo Regional ‘Telesur’), ni su mayor o menor estabilidad (...), ni que tal relación se iniciara después de presentada la solicitud de concesión de la emisora, al ser lo relevante en este particular el que la relación existiera, como en efecto existía, al tiempo de adoptarse el acuerdo de adjudicación previo a la concesión.

Por fin, ha de añadirse que la apreciación de la situación de incompatibilidad de que se trata no queda subordinada a una previa estimación de que aquella actividad se relacione directamente con las que desarrolle la sociedad estatal ‘TVE, SA’, ni tampoco a la de que pueda comprometer los valores de imparcialidad o independencia, o impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes o perjudicar los intereses generales; y ello, porque los términos en que se expresa, en su inicio, aquel art. 12.1 de la Ley 53/1984, son suficientemente expresivos de que el legislador ha entendido que en las actividades privadas que describe en las cuatro letras de que se compone se dan, sin necesidad de una singular acreditación, las razones que desde los principios de la Ley justifican la relación de incompatibilidad.”

Distinta es, sin embargo, la situación de la esposa del administrador de la sociedad adjudicataria, puesto que, por un lado, el TS no aprecia razones que permitan afirmar que dicha señora hubiese de ser tenida como o por administradora de la persona jurídica mencionada y, por otro lado, porque hasta la entrada en vigor de la Ley 9/1991, de 22 de marzo, que dio nueva redacción al art. 9.3 de la ley de Contratos del Estado, no alcan-

zó relevancia la situación de incompatibilidad en que pudieran estar incursos los cónyuges de los administradores.

III. LOS OFICIALES, AUXILIARES Y AGENTES JUDICIALES ESTÁN SUJETOS A LAS CAUSAS DE INCOMPATIBILIDAD SÓLO SI EN UN PUESTO DE TRABAJO CONCRETO CONCURRE CUALQUIERA DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE PREVÉ LA LEGISLACIÓN DE FUNCIONARIOS

En las STS de 1 de marzo de 1999, Ar. 2736 y de 26 de marzo de 1999, Ar. 3736, se ha pronunciado el Tribunal acerca de la extensión del régimen de incompatibilidades de los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales. En concreto, se impugna el Real Decreto 249/1996 por el que se aprueba su reglamento orgánico, en la medida en que prevé que dichos puestos son incompatibles con todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido. Pues bien, el Tribunal hace un análisis de la complejidad de las situaciones a las que se refiere la impugnación. Dadas las múltiples funciones y puestos de trabajo que pueden desempeñar estos empleados, no puede sostenerse, con carácter de generalidad, que el asesoramiento jurídico, sea o no retribuido, pueda comprometer su imparcialidad o menoscabar el ejercicio de sus funciones. Por ello, sólo “si en un puesto de trabajo concreto se produjera la concurrencia de alguna de estas circunstancias, en relación con la concreta actividad de asesoramiento jurídico, serían perfectamente aplicables los arts. 1.3 y 11.1 de la Ley 53/1 984, ya que los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales están sujetos a las causas de incompatibilidad que se prevén en la legislación de incompatibilidades de funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas”.

En aplicación de esta doctrina al caso concreto, la STS de 9 de marzo de 2000, Ar. 4029, ha interpretado varios preceptos del Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al Servicio de la Administración de Justicia, así como del Real Decreto 250/1996, de 16 de febrero, por el que se modifica el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales. Entre otros muchos motivos, la parte recurrente solicita la declaración de nulidad del apartado d) del art. 79 del primero de los Reglamentos, según el cual, “las funciones de los Oficiales, Auxiliares y Agentes Judiciales son incompatibles con todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido”.

El TS ha declarado finalmente la nulidad de pleno derecho de dicho precepto por ser contrario al art. 489 de la LOPJ, criterio que la Sala tuvo ya ocasión de expresar en sus Sentencias de 21 de abril y 4 de diciembre de 1997, Ar. 3010 y 9022, aunque, claro está, con motivo del antiguo Real Decreto 2003/1986, de 19 de septiembre, que contempla exactamente el mismo contenido que el precepto ahora impugnado. Ante la argumentación de la parte demandada respecto a la habilitación gubernativa establecida en el art. 11.2 de la Ley de Incompatibilidades 53/1984, el TS ha establecido que “la incompatibilidad debatida no puede ampararse en dicho precepto, en primer lugar, por su clara exclusión del régimen jurídico de los Oficiales, Auxiliares y Agentes que se produce a la vista de los arts. 389.7 y 489 de la LOPJ y, además de ello, porque dadas las múltiples funciones y puestos de trabajo que puedan desempeñar los Oficiales, Auxiliares y Agentes, no puede sostenerse, con carácter de generalidad, que el asesoramiento jurídi-

co, sea o no retribuido, puede comprometer su imparcialidad o independencia, impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o perjudicar los intereses generales”. No obstante, ello no impide que si en un puesto de trabajo concreto se produjere la concurrencia de alguna circunstancia que pueda comprometer la imparcialidad o independencia del funcionario en relación con una concreta actividad de asesoramiento jurídico, sean perfectamente aplicables los arts. 1.3 y 11.1 de la Ley 53/1 984.

IV. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO ASESOR MÉDICO EN LAS OFICINAS DE UNA ASEGURADORA PRIVADA COMO ASISA NO ES ACTIVIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO A EFECTOS DE DECLARAR SU INCOMPATIBILIDAD CON LA ACTIVIDAD PRINCIPAL

La STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de octubre de 2000, Ar. 1652, estima el recurso de apelación interpuesto por el actor al que se le denegó la compatibilidad entre su actividad principal, como médico en el Equipo de Orientación Educativa de la Delegación Provincial de Educación y Ciencia de Almería, y la secundaria, como médico de la entidad de ASISA.

La Sala declara que “la prestación de servicios como asesor médico en las propias oficinas de la entidad (ASISA) (...) de Almería, mediante régimen de contrato indefinido a tiempo parcial y en jornada de tres horas y media de lunes a viernes, a partir de las 18 horas, fuera del horario de la primera actividad del demandante” no puede calificarse de actividad en el sector público a los efectos del art. 1.1 de la Ley 53/1 984, de incompatibilidades, que la define como “la de aquellas entidades de carácter hospitalario o que realicen actividades propias de estos Centros, que mantengan concierto o colaboración con alguna de las entidades gestoras de la Seguridad Social” (art. 2 del RD 598/1985).

V. LA INCOMPATIBILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS RETRIBUIDOS CON ARANCEL PARA EJERCER CUALQUIER OTRA FUNCIÓN PÚBLICA O PRIVADA INCLUYE TAMBIÉN LA DE PROFESOR EN UNIVERSIDAD PRIVADA

La STSJ de Andalucía de 3 de julio de 2000, Ar. 1888, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Corredor de Comercio colegiado contra la resolución del Director General de Inspección, Simplificación y Calidad de Servicios del Ministerio de Administraciones públicas, de 16 de julio de 1999, que denegaba la compatibilidad de su actividad en el sector público como Corredor de Comercio con la actividad privada de profesor de la Universidad de Deusto.

La Sala reitera la doctrina de la STS de 26 de marzo de 1993 relativa a los puestos de trabajo que se retribuyen con complemento específico, en relación con la interpretación del art. 16 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Esta doctrina, según la Sala extensible al supuesto de retribución por arancel, “conduce a la consideración de que el art. 16.1 de

dicha Ley consagra una auténtica prohibición, lo que de suyo implica que su aplicación no puede ser laxa, sino rigurosa y estricta para no desvirtuar la finalidad que late en la norma, garantizar la imparcialidad del funcionario y la eficacia en el desempeño de su tarea y del servicio público encomendado. La retribución por arancel, supone un juicio previo, de la Administración sobre la complejidad y relevancia de las funciones desempeñadas por el personal así retribuido, así como sobre la dedicación que a ellos debe prestar tal personal, que conduce al establecimiento de la rígida regla sobre incompatibilidades examinada, que no puede admitir más excepciones que la prevista legalmente de forma expresa”.

La Sentencia argumenta que la interpretación sostenida sobre el art. 16 de la Ley 53/1984, está avalada por la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en su Sentencia 68/1990, de 5 de abril (RTC 1990, 68), donde se declara que la incompatibilidad contemplada en dicho precepto en relación con los funcionarios retribuidos por arancel por ejercer actividades en el sector privado es absoluta.

VI. LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO ESTÁN SOMETIDOS A UN ESTATUTO ESPECIAL Y A UN SISTEMA DE INCOMPATIBILIDADES MÁS RIGUROSO QUE EL QUE AFECTA A LOS DEMÁS JUECES Y MAGISTRADOS PARA GARANTIZAR SU DEFINITORIA INDEPENDENCIA

La STS de 20 de noviembre de 2000, Ar. 9619, se ha pronunciado por primera vez sobre el alcance de las modificaciones establecidas por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, por la que se modifican determinados aspectos de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio. En concreto, el TS ha resuelto el recurso planteado por un Magistrado del Tribunal Supremo ante la denegación por parte del Consejo General del Poder Judicial de su solicitud de declaración de compatibilidad de su cargo judicial con la dirección de un seminario de doctorado en una universidad privada. El TS parte de un análisis de la nueva redacción del art. 299.2 de la mencionada Ley, en la que se vino a establecer que “los Magistrados del Tribunal Supremo, sin perjuicio de su pertenencia a la Carrera Judicial, tendrán el estatuto especial regulado en la presente Ley Orgánica”. Ahora bien, para comprender el sentido pleno de este estatuto especial, el Tribunal parte de la filosofía contenida en la Exposición de Motivos de la nueva Ley, en la que se establece que “entre las características propias de quienes tienen encomendado el ejercicio de la jurisdicción, la Constitución Española consagra la independencia y la imparcialidad. La presente Ley quiere reforzar la protección de esos valores de la Administración de Justicia y evitar al máximo lo que pueda objetivamente perjudicarlos o dejarlos en entredicho ante la opinión pública”.

A partir de ahí, realiza la Sala un análisis de los tres elementos fundamentales que componen el mencionado estatuto especial: la magistratura de ejercicio, un régimen especialmente riguroso de incompatibilidades y una modificación de sus retribuciones. La magistratura de servicio significa, a juicio de la Sala, que sólo puede atribuirse la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo a quienes ejerzan sus funciones en dicho órgano, de tal forma que no pueden conservar su categoría al pasar a las situaciones de excedencia voluntaria o forzosa y, al mismo tiempo, la categoría de servicios especiales se

limita a los casos estrictamente tasados: Magistrado del Tribunal Constitucional o de Altos Tribunales de Justicia Internacionales y Vocal del Consejo General del Poder Judicial. Asimismo, su régimen retributivo ha sido equiparado en este punto a los altos órganos constitucionales, siendo ello una consecuencia necesaria de su reconocimiento como alto órgano constitucional.

Por lo que se refiere al último de estos elementos, al sistema de incompatibilidades, el apartado 3 del art. 350 de la LOPJ establece por sí mismo un régimen de incompatibilidades mucho más riguroso que el previsto para los Jueces y Magistrados, de tal forma que “los Magistrados del Tribunal Supremo sólo podrán desempeñar fuera del mismo las funciones de Presidente de Tribunales de oposiciones a ingreso en la Carrera Judicial y de miembros de la Junta Electoral Central”. Ello responde, a juicio de la Sala, “a la finalidad sustancial de preservar su definitoria independencia, evitando el peligro de que puedan llegar a implicarse en actividades que generan intereses o apariencia de los mismos que ofrezcan a los ciudadanos la impresión de que aquélla aparece comprometida o empañada. Por eso la Exposición de Motivos de la reforma alude a evitar al máximo lo que pueda objetivamente perjudicar o dejar en entredicho los valores de independencia e imparcialidad ante la opinión pública”. El legislador habría querido, pues, establecer este sistema tan riguroso con carácter ejemplarizante, por ser el Tribunal Supremo la cúspide del Poder Judicial del Estado, el más visible de los Tribunales y por corresponderle las máximas responsabilidades judiciales.

En definitiva, pues, y en contra de la tesis que mantenía el recurrente sobre la interpretación no restrictiva del art. 350.3 de la Ley, la Sentencia ha considerado que la incompatibilidad establecida en dicho precepto impide a los Magistrados del Tribunal Supremo realizar funciones docentes con carácter regular, sean públicas o privadas, al limitar rigidamente las actividades que pueden desempeñar fuera del propio Tribunal Supremo.

VII. LA ATRIBUCIÓN AL FUNCIONARIO DE COMPLEMENTOS ESPECÍFICOS O CONCEPTOS EQUIPARABLES, TANTO EN LA ESFERA ESTATAL COMO EN LA LOCAL, LLEVA CONSIGO LA GRAVE CONSECUENCIA DE LA ABSOLUTA PROHIBICIÓN DE TODA OTRA ACTIVIDAD LUCRATIVA PÚBLICA O PRIVADA

La STS de 7 de marzo de 2000, Ar. 3168, se ha pronunciado sobre un tema de incompatibilidades. En este caso, la parte actora declara que su actividad principal es la de bombero con dedicación exclusiva y la de buceador como actividad secundaria, especializado en la reparación de tuberías acuáticas. A pesar de encontrarnos ante una cuestión de personal, la Sala entra a conocer por tratarse de una impugnación de carácter general, toda vez que se trata de la impugnación del complemento específico establecido en los presupuestos de la corporación local en la que presta sus servicios la parte recurrente. Para la resolución del caso, el TS reitera la jurisprudencia establecida, entre otras, en sus Sentencias de 13 de marzo de 1993, Ar. 6100 y de 26 de marzo de 1993, Ar. 2440, así

como la STC de 178/1989, en la que declaró la plena constitucionalidad del art. 16.1 de la Ley 53/1984, de Incompatibilidades.

Efectivamente, en ellas se establece que dicho precepto “prescribe de manera clara que no puede autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal que desempeñe puestos que comporten la percepción de complementos específicos o conceptos equiparables y al retribuido por arancel, lo cual supone que no se atiende a grados económicos en la fijación del complemento, sino a que éste lo perciba el funcionario por ocupar un determinado puesto de trabajo y en función de las características de éste, siendo objeto del legislador al regular el régimen de incompatibilidades, en la Ley 53/1 984, en desarrollo del art. 103.3 de la Constitución, preservar la imparcialidad y la eficacia como principio de organización administrativa”.

La retribución complementaria asignada a un determinado puesto de trabajo, dirá el TS, “implica un juicio previo de la Administración sobre la complejidad y relevancia de las funciones mediante aquél desempeñadas, así como la de la dedicación que a él debe prestar el funcionario que lo sirve, sin casuísticas excepciones en los casos en que se estime el complemento específico de escasa cuantía o de poca entidad. Si se trata de un complemento que va dirigido a retribuir los conceptos o cualificaciones que dice el art. 23.3.b) de la Ley 30/1 984, la permisión de un segundo puesto, bien en el sector público, bien mediante el ejercicio libre de actividad profesional en el sector privado, hará inoperante el designio tanto de imparcialidad del funcionario como de eficacia en el desempeño de su tarea y del servicio público encomendado. En consecuencia, tanto en la esfera estatal como en la local, la imposición de dicho régimen, lleva consigo la grave consecuencia de la absoluta prohibición de toda otra actividad lucrativa pública o privada”.

Deberes de los funcionarios

BELÉN MARINA JALVO

Universidad de Alcalá

Sumario:

I. En los supuestos de faltas de asistencia no justificadas que no constituyen infracciones disciplinarias procede la deducción proporcional de retribuciones. II. Habilitación para la práctica de una diligencia. Instrucción funcional propia del servicio que no precisa de la tramitación de un procedimiento especial ni de mayor justificación. III. Es lícita la imposición a los funcionarios del deber de residencia, pues el derecho a la libertad de circulación y establecimiento no es ilimitado.

I. EN LOS SUPUESTOS DE FALTAS DE ASISTENCIA NO JUSTIFICADAS QUE NO CONSTITUYEN INFRACCIONES DISCIPLINARIAS PROCEDE LA DEDUCCIÓN PROPORCIONAL DE RETRIBUCIONES

La STSJ de Galicia de 26 de abril de 2000, Ar. 1094, desestima el recurso interpuesto contra la deducción proporcional de haberes practicada al actor por el Ayuntamiento de A Coruña a consecuencia de ausencias injustificadas del puesto de trabajo. La sentencia citada, tras comprobar que las ausencias carecían de toda justificación y de tipificación disciplinaria, declaró conforme a Derecho el recurso a la vía legalmente habilitada para la deducción de haberes:

En concreto, el art. 36, párrafos 11 y 21 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, establece que la diferencia, en cómputo mensual, entre la jornada reglamentaria de trabajo y la efectivamente realizada por el funcionario dará lugar, salvo justificación, a la correspondiente deducción proporcional de haberes, añadiendo que para el cálculo del valor hora aplicable a dicha deducción se tomará como base la totalidad de las retribuciones íntegras mensuales que perciba el funcionario dividida por 30 y, a su vez, este resultado por el número de horas que el funcionario tenga obligación de cumplir, de media, cada día.

II. HABILITACIÓN PARA LA PRÁCTICA DE UNA DILIGENCIA. INSTRUCCIÓN FUNCIONARIAL PROPIA DEL SERVICIO QUE NO PRECISA DE LA TRAMITACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL NI DE MAYOR JUSTIFICACIÓN

La STSJ de Baleares de 14 de abril de 2000, Ar. 1041, desestima el recurso interpuesto contra la Resolución desestimatoria del recurso contra acuerdo de habilitación de funciones adoptado por el secretario judicial de un Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca habilitando a un oficial de la Administración de Justicia para la práctica de una diligencia de desahucio.

El demandante entiende que el acuerdo es nulo por carecer de motivación y por haber sido adoptado sin observar el trámite de audiencia previo. Alega también el actor que dicho acto supone un ejercicio desviado de la discrecionalidad administrativa, por cuanto le encomienda una tarea que no corresponde a las funciones propias de su sección (tramitación de procedimientos de menor cuantía).

La STSJ de Baleares desestima todos los motivos de impugnación, dado que la habilitación para la práctica de la diligencia de lanzamiento en desahucio fue realizada de conformidad con el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales y con el Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia. Se trata de una instrucción del servicio u orden de ejecución de un acto que no precisa de especial motivación ni de tramitación de procedimiento alguno, sino que basta a tal efecto con la remisión a los preceptos que contemplan la posibilidad de dicha actuación judicial.

Tampoco puede imputarse a dicha diligencia de habilitación abuso de discrecionalidad:

“En cuanto a que el interés general, como límite de la discrecionalidad, habría resultado afectado desde el momento en que el servicio público judicial se habría visto perjudicado al encomendar al Oficial recurrente una actuación en un juicio de desahucio, cuando su sección lo es la de los procedimientos de menores cuantías, debe ser contestada con la afirmación de que el recurrente no acredita que tenga encomendada orgánicamente, y con la exclusión de otras tareas, la tramitación de los juicios de menor cuantía o que estuviese destinado en un puesto de trabajo exclusivamente dedicado a la tramitación de unos procedimientos y no otros. A ello debe añadirse que las competencias y la capacidad de los Oficiales de la Administración de Justicia no quedan restringidas a unos determinados procedimientos.”

III. ES LÍCITA LA IMPOSICIÓN A LOS FUNCIONARIOS DEL DEBER DE RESIDENCIA, PUES EL DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y ESTABLECIMIENTO NO ES ILIMITADO

La STS de 9 de marzo de 2000, Ar. 4029, entre otros muchos aspectos, se ha pronunciado sobre la licitud de la imposición a los Oficiales, Agentes y Auxiliares al servicio de la Administración de Justicia del deber de residencia, recogiendo en este punto la doc-

trina sentada al respecto por el Tribunal Constitucional. Se impugnaba el art. 78 del Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero, en la medida en que disponía que el deber de residencia habría de cumplirse preferentemente en el término municipal o área metropolitana donde radique el órgano en que presten sus servicios, debiendo comunicar a la Sala de Gobierno la residencia en lugar distinto, que en todo caso deberá ser compatible con el cumplimiento de sus funciones y con las necesidades del servicio. La parte demandante había solicitado la declaración de nulidad de dicho precepto por ser contrario a lo establecido en los arts. 19 y 139.2 de la Constitución, que garantizan el derecho a la libertad de circulación, así como la prohibición de la adopción de medidas que obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de personas. El TS, no obstante, ha desestimado esta petición por entender que esta norma reglamentaria tiene su cobertura legal en el deber de residencia de los funcionarios públicos impuesta por el art. 77 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, aplicable a los Oficiales, Agentes y Auxiliares en virtud de lo dispuesto en el art. 456 de la LOPJ. Para llegar a esta conclusión recoge la doctrina sentada en el Auto del Tribunal Constitucional 781/1985, de 13 de noviembre, en el que se pone de manifiesto que “el derecho reconocido por el art. 19 de la Constitución no es ilimitado, sino que permite aquellas restricciones que tengan fundamento bastante, como ocurre con los funcionarios, a quienes el ejercicio de su cometido exige la residencia en el lugar de destino”. Siendo, pues, lícita la imposición a los funcionarios del deber de residencia, la exigencia de dicho deber no puede quedar afectada por la prohibición contenida en el art. 139.2 de la Norma Fundamental.

Régimen disciplinario

BELÉN MARINA JALVO

Universidad de Alcalá

Sumario:

I. Competencias para la regulación y aplicación del régimen disciplinario. A) Tipificación de infracciones y sanciones de Notarios y Registradores de la Propiedad en normas reguladoras de urbanismo y vivienda. Forman parte del régimen estatutario de los funcionarios públicos y, por tanto, su regulación es competencia exclusiva del Estado. B) La competencia para sancionar a los funcionarios transferidos pertenece a la Administración autonómica en la que están integrados. Tratándose de la sanción de separación del servicio es preciso solicitar, con carácter previo, dictamen del Consejo de Estado. **II. Reserva de ley en la determinación de infracciones disciplinarias.**

A) Se entiende respetada por la remisión recepticia con transformación de rango que realiza el Estatuto del Personal de las Cortes Generales al Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado. B) Se entiende cumplida con la tipificación por ley de una falta muy grave conexa. **III. Tipicidad de infracciones disciplinarias.** A) Faltas muy graves. Desatención, retraso injustificado y reiteración en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de las competencias judiciales. Jueces y Magistrados. B) Falta grave de retraso injustificado en la iniciación o tramitación de los procesos o causas de que conozca el Juez o Magistrado. Concepto jurídico indeterminado. Concreción del tipo. C) Falta grave de rendimiento que afecta al normal funcionamiento de los servicios. Para que pueda ser apreciada es exigible una actitud continuada y debe producirse, además, una efectiva alteración en el desarrollo del servicio. D) Adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos. a) Su apreciación exige la concurrencia de todos los elementos del tipo disciplinario. b) Esta infrac-

ción puede ser cometida mediante conductas o actuaciones distintas de los actos administrativos. E) Acceso de los funcionarios, para fines distintos de las funciones propias, a datos, informes o antecedentes obtenidos por las Administraciones Tributarias. F) Falta de sigilo. G) La apreciación de la falta de abandono de destino no requiere la concurrencia de grave perturbación del servicio. **IV. Prescripción. La fecha inicial del cómputo de la prescripción de una conducta constitutiva de delito doloso es la de la sentencia firme dictada en vía penal, declarando los hechos imputados como constitutivos de delito. Funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. V. Non bis in idem.** A) Delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos e infracciones disciplinarias que sancionan “cualquier conducta constitutiva de delito doloso”. El principio *non bis in idem* impide la doble sanción penal y disciplinaria al ser el bien protegido el mismo en ambos casos; el correcto funcionamiento de la Administración. Funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. B) Delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus cargos e infracciones disciplinarias que sancionan “cualquier conducta constitutiva de delito doloso”. Es posible la doble sanción penal y administrativa. C) El principio *non bis in idem* no tiene aplicación en los supuestos de funcionarios de policía que, habiendo sido condenados como autores de un delito común, son después sancionados en vía disciplinaria. D) Delito doloso e infracción disciplinaria. No existe *bis in idem* en los supuestos en que la condena penal aprecia la agravante de cargo público. E) Las sanciones disciplinarias impuestas por hechos condenados en la vía penal protegen bienes distintos de los tutelados por los delitos que tienen en cuenta la condición de funcionario del sujeto y, por tanto, no vulneran el principio *non bis in idem*.

VI. Proporcionalidad de las sanciones disciplinarias.

I. COMPETENCIAS PARA LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

A) Tipificación de infracciones y sanciones de Notarios y Registradores de la Propiedad en normas reguladoras de urbanismo y vivienda. Forman parte del régimen estatutario de los funcionarios públicos y, por tanto, su regulación es competencia exclusiva del Estado

La STC 207/1999, de 11 de noviembre, BOE de 16 de diciembre (recurso de inconstitucionalidad) estima, en parte, el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra los arts. 47 y 48 de la Ley Foral de Navarra 7/1989, de 8 de junio, de Medidas de

Intervención sobre el Suelo y Vivienda, por invadir las competencias exclusivas del Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 CE) y de las bases del régimen estatutario de sus funcionarios (art. 149.1.18 CE). El primero de los preceptos citados, con el fin de garantizar la eficacia de los derechos de adquisición preferente que la Ley Foral 7/1989 otorga a la Administración Foral, tipifica y sanciona el incumplimiento de la obligación de Notarios y Registradores de la Propiedad de denegar la formalización en escritura pública o la inscripción en el Registro de toda transmisión de suelo o vivienda en la que no se acredite la observancia de la obligación del transmitente o adquirente de notificar a la Administración Foral las condiciones esenciales de la transmisión. El segundo precepto mencionado, establece las reglas de competencia para la imposición de las sanciones previstas.

La cuestión se centra, entonces, en determinar si el título competencial que habilita a la Comunidad Foral de Navarra para la regulación de las materias de urbanismo y vivienda, le permite también establecer las infracciones o ilícitos urbanísticos entre los que se comprenden el incumplimiento de los deberes de Notarios y Registradores de la Propiedad de denegar las inscripciones o autorizaciones en las que no se hayan respetado los derechos de tanteo y retracto de la Comunidad o Foral o, si por el contrario, la tipificación de tales ilícitos administrativos excede de la competencia exclusiva sobre urbanismo y vivienda y, tratándose de una materia propia del estatuto profesional de Notarios y registradores, la regulación de su régimen disciplinario, pertenece a la competencia exclusiva del Estado en virtud del art. 149.1.8 y 149.1.18 CE.

Al respecto, el Tribunal Constitucional entiende que la infracción regulada por el art. 47.3 de la Ley Foral 7/1989, no hace descansar la ilicitud de la conducta que sanciona en un hecho lesivo de la ordenación urbanística, sino en el incumplimiento de los deberes que, como garantes de la legalidad, incumben a Notarios y Registradores de la Propiedad. Se trata, pues, de una infracción disciplinaria y no de una infracción urbanística, aunque de ella puedan derivarse daños de tipo urbanístico.

Así, la Sentencia comentada señala que:

“La controversia competencial ha de dirimirse teniendo en consideración que la infracción y sanción establecidas por la Ley Foral 7/1989, en el precepto impugnado, incide en el incumplimiento de deberes, de Notarios y Registradores de la Propiedad, integrantes del régimen estatutario de quienes ejercen la función pública registral y la notarial, incardinándose así en el ámbito de la responsabilidad administrativa o disciplinaria de aquéllos, y que es exigible, en régimen de uniformidad, por la correspondiente legislación estatal. La competencia estatal encuentra apoyo en la competencia exclusiva sobre la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 CE), sin olvidar la que ostenta sobre las bases del régimen estatutario funcional (art. 149.1.18 CE), dado que como ha establecido la STC 120/1992, fundamento jurídico 4º. Esta competencia reguladora, por otra parte, deriva también del carácter de funcionarios públicos del estado que tienen los Notarios y su integración en un Cuerpo único nacional. Como hemos dicho en la STC 87/1989, la descentralización del Notariado por la vía de sus diferentes Colegios ni altera el carácter único del Cuerpo en toda España ni priva al Estado de las competencias que

le atribuye el art. 149.1.18 de la Constitución, que, por estar integrados dentro de su propia Administración, ha de ejercer con toda amplitud, tanto en lo relativo a la ordenación de la función pública que desempeñan, que, en parte, se canaliza a través de los Colegios Notariales, cuanto en lo concerniente al régimen estatutario de sus funcionarios (fundamento jurídico 4º).”

Así pues:

“Ha de concluirse, por tanto, que el precepto legal objeto del conflicto competencial ahora enjuiciado se sustenta sobre un ilícito administrativo que, como hemos razonado, no se inserta en el ámbito de la regulación sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda en el que la Comunidad Foral de Navarra ostenta competencia exclusiva, en virtud del art. 44.1 LORAFNA, sino que pertenece a esfera diversa de la urbanística y a sus instrumentos o técnicas propios, como es la de las correcciones gubernativas o disciplinarias que puedan imponerse a Notarios y Registradores de la Propiedad cuando éstos incurran en incumplimiento de sus deberes profesionales y, específicamente, del deber de vigilancia de la legalidad aplicable al autorizar instrumentos públicos y al permitir su acceso, mediante la correspondiente inscripción, en el Registro inmobiliario, función disciplinaria que no puede ser asumida por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio realicen sus funciones dichos profesionales, al carecer, según se ha razonado, de título competencial habilitante sobre dicha materia, integrante del estatuto regulador de dichos ejercientes de funciones públicas.”

B) La competencia para sancionar a los funcionarios transferidos pertenece a la Administración autonómica en la que están integrados. Tratándose de la sanción de separación del servicio es preciso solicitar, con carácter previo, dictamen del Consejo de Estado

La STS de 16 de noviembre de 1998, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 254/1999, desestima el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de noviembre de 1991, que rechazó su pretensión de nulidad del acuerdo sancionador, alegando la falta de competencia del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía para imponerle una sanción de separación del servicio.

En defensa de su pretensión el actor sostiene que la alegada falta de incompetencia deriva de la derogación de los preceptos relativos a la materia de la Ley del Proceso Autonómico por los arts. 12.2 de la LMRFP y 47.1 del Reglamento de Régimen Disciplinario (RD 33/1986). Sin embargo, dando por sentado que el Reglamento aludido en ningún caso puede derogar los preceptos de una norma de rango superior, como es la Ley del Proceso Autonómico, el apelante no indica dónde reside el elemento de contradicción entre esta Ley y el aludido artículo de la LMRFP determinante de la derogación. El actor no aporta, pues, argumentos que puedan desvirtuar los razonamientos jurídicos de la sentencia apelada.

Es más, tal como advierte el TS:

“La lectura del art. 12.2 de la LMRFP evidencia que no existe en él elemento alguno que ni de modo directo, ni indirecto, afecte a la determinación del órgano competente para la imposición de la sanción de separación de servicio de los funcionarios de la Administración del Estado, transferidos a una Comunidad Autónoma, que es el problema que aquí se trata.”

En realidad, el mencionado art. 12.2 LMRFP hace referencia a la situación administrativa de servicio activo en la Administración autonómica en la que se encuentran los funcionarios transferidos y a su situación en los Cuerpos y Escalas de origen, manteniendo “todos sus derechos como si se hallaran en servicio activo, de acuerdo con lo establecido en los respectivos Estatutos de Autonomía”. Si bien, este apartado 21 debe ser completado por el apartado 11 del citado art. 12 LMRFP, según el cual, “los funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas se integran plenamente en la organización de la función pública de las mismas”. En este sentido, el TS entiende que:

“Este elemento de integración del funcionario en la organización de la función pública de la Comunidad Autónoma, y no el incoloro apartado 2 del art. 12, es el factor clave, para decidir el problema de cuál sea el órgano competente para el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto al funcionario transferido.

En relación con la inconcreta teoría del demandante sobre la derogación de los preceptos de la LOAPA relativos a la materia por el art. 12.2 de la Ley 30/1984, dada la índole del problema en cuestión, el único de posible afectación por éste pudiera ser el del art. 25.1 de la primera, que dispone: ‘Los funcionarios transferidos se integrarán como funcionarios propios de las Comunidades Autónomas de las que dependerán orgánica y funcionalmente (...)’. Pues bien, dicho precepto viene a ser reproducido prácticamente en el art. 12.1 de la Ley 30/1984, silenciado por el actor; por lo que mal puede afirmarse que aquel precepto de la LOAPA pueda haber sido derogado por ése de la Ley 30/1984.”

Así, pues, conforme a lo dispuesto en los arts. 25.1 de la LOAPA y 12.1 de la Ley 30/1984, el funcionario transferido se integra en la Función Pública de la Comunidad Autónoma, pasando a ser funcionario de ésta; aspecto sobre el que insiste el art. 5.6.e) de la Ley 6/1985, de Función Pública de la Junta de Andalucía, atribuyendo inequívocamente la competencia para la imposición de las sanciones disciplinarias al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

Por todo ello, concluye el TS que:

“El hecho de que el funcionario sea transferido y conserve unos derechos respecto de la Administración de origen, no tiene en el orden disciplinario más peculiaridad que la establecida en relación con la separación del servicio en el art. 25.2 de la LOAPA, en el que se dispone que en todo caso, las sanciones disciplinarias que impliquen separación del servicio a funcionarios transferidos, no podrán adoptarse sin el previo dictamen del Consejo de Estado.”

II. RESERVA DE LEY EN LA DETERMINACIÓN DE INFRACCIONES DISCIPLINARIAS

A) Se entiende respetada por la remisión recepticia con transformación de rango que realiza el Estatuto del Personal de las Cortes Generales al Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado

Según dispone el art. 32.3 del Estatuto del Personal de las Cortes Generales, las faltas disciplinarias aplicables a los funcionarios incluidos en su ámbito de aplicación serán las establecidas en el Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración General del Estado.

A juicio de la **STS de 14 de noviembre de 2000**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 10364, “(...) esta disposición permite aceptar como cumplida esa garantía formal que es inherente al principio de legalidad del art. 25 CE, ya que, (...), el EPCG es una norma que por imperativo constitucional goza de una efectiva fuerza de ley; el citado art. 32.3 comporta un fenómeno de remisión recepticia con transformación de rango; y la consecuencia que de todo ello se deriva es que la relación de ilícitos, contenida en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, puede entenderse automáticamente incorporada al texto del propio EPCG”.

B) Se entiende cumplida con la tipificación por ley de una falta muy grave conexa

Partiendo de recordar que la reserva de ley en materia sancionadora no excluye la colaboración reglamentaria en la determinación de infracciones y sanciones, y de manera especial en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, la **STS de 23 de octubre de 2001**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8613, señala que dicha exigencia es respetada cuando las normas reglamentarias se limitan a concretar o desarrollar un núcleo básico de antijuridicidad establecido por una norma con rango de ley. Señala la Sentencia citada que el art. 89 de la LFCE constituye habilitación legal suficiente para la regulación reglamentaria de infracciones graves y leves. Dicha habilitación se mantiene tras la Ley 30/1984, y sigue permitiendo la determinación reglamentaria de las infracciones graves y leves no tipificadas por esta norma.

No es posible admitir, por tanto, que la “falta grave de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave”, tipificada en el art. 7.1.i) del Real Decreto 33/1986 suponga vulneración del principio de reserva de ley, pues el núcleo básico de antijuridicidad de la misma se encuentra establecido en el art. 31.f) de la Ley 30/1984, que tipifica como falta muy grave “la notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas” y, como declara la Sala, “(...) ello significa reconocer que la falta de rendimiento es una conducta reprochable en términos disciplinarios, y que, cuando no presente los rasgos específicamente establecidos para apreciar la falta muy grave, podrá encarnar una falta de menor entidad”.

III. TIPICIDAD DE INFRACCIONES DISCIPLINARIAS

A) Faltas muy graves. Desatención, retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de las competencias judiciales. Jueces y Magistrados

La STS de 17 de octubre de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8918, desestima el recurso interpuesto contra una Resolución del Consejo General del Poder Judicial que impuso una sanción a la actora en su condición de Magistrado Juez.

Encontrándose de guardia, la actora se ausentó del Juzgado para atender unos asuntos personales, sabiendo que un detenido iba a ser puesto a disposición judicial y negándose a regresar a las dependencias judiciales pese a conocer la situación originada y la necesidad de adoptar una decisión que sólo a ella le correspondía. Dicha decisión se retrasó hasta el día siguiente, cuando la actora acordó poner en libertad al detenido.

Los hechos descritos fueron subsumidos en el art. 417.9 de la LOPJ y sancionados con la suspensión de funciones por un año. La gravedad de la conducta resulta “(...) de las precisas circunstancias de que la desatención afectaba a la situación personal, de libertad o privación de ella, de un detenido, y de que tuvo lugar en el curso de un servicio de guardia a cargo del Juzgado en el que la sancionada ejercía sus funciones, y, por ello, de que nos hallamos en presencia de uno de los más esenciales, si no el más esencial, de los servicios que corresponden a un Juzgado en horas de guardia, cual es el de atender y resolver sobre dicha situación personal del detenido que se ponía a su disposición, cuyo derecho fundamental a la libertad estaba en juego, concretándose la mencionada desatención o el indicado retraso en ausentarse del Juzgado, con dirección a un Banco o a un Gimnasio, cuando de antemano sabía que iba a realizarse tal puesta a disposición, (...)”.

B) Falta grave de retraso injustificado en la iniciación o tramitación de los procesos o causas de que conozca el Juez o Magistrado. Concepto jurídico indeterminado. Concreción del tipo

La STS de 25 de enero de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1329, ofrece una serie de parámetros que permiten apreciar la concurrencia de falta contemplada en el art. 418.10 de la LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 16/1994.

Según señala la citada Sentencia, para determinar si se ha cometido o no falta grave de retraso es preciso tener en cuenta una serie de datos: en primer lugar, la situación general del Juzgado, en segundo lugar, el retraso materialmente existente y, en tercer lugar, la dedicación del Juez o Magistrado al ejercicio de sus funciones. Así mismo, la valoración del primero de los factores citados debe realizarse atendiendo al mínimo de los módulos de trabajo para Juzgados y Tribunales fijados por el Consejo General del Poder Judicial.

C) Falta grave de rendimiento que afecta al normal funcionamiento de los servicios. Para que pueda ser apreciada es exigible una actitud continuada y debe producirse, además, una efectiva alteración en el desarrollo del servicio

Así lo ha estimado la SAN de 3 de febrero de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 587, anulando la sanción impuesta a un funcionario, Jefe de Servicios de un Establecimiento Penitenciario, que, encontrándose de servicio en el turno de mañana, distribuyó los dos funcionarios de los que disponía para atender todos los Módulos y servicios. La escasez de personal impidió presenciar la entrada y salida de las celdas de los internos de primer grado, así como el cacheo de éstos. La conducta del funcionario sancionado constituye un hecho aislado y no un comportamiento reiterado, que responde a una situación de insuficiencia de personal y que no afectó al normal funcionamiento de los servicios, pues la falta de detección de unos trozos de sierra en poder de los internos, circunstancia que pudo permitir su fuga posterior, sería, en su caso, imputable al funcionario responsable del turno de tarde.

La apreciación de la “falta grave de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituye falta muy grave” [art. 84.j) de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca], exige pues la concurrencia de los dos requisitos que menciona. La falta de rendimiento no puede extraerse de un descuido puntual de los deberes del funcionario. Asimismo, la resolución sancionadora debe acreditar, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, en qué medida la conducta del inculpado afecta al normal funcionamiento del servicio.

Enjuiciando el caso de un funcionario sorprendido encuadrando las tapas de un texto privado y, por tanto, realizando labores ajenas al servicio municipal de imprenta, la STSJ del País Vasco de 2 de marzo de 2001, Ar. 573, por un lado, estima que se ha producido un uso indebido de la maquinaria y del material municipal, con evidente disminución del rendimiento del funcionario por la menor dedicación a los asuntos propios de su puesto. Pero, por otro lado, señala que la resolución sancionadora no ha acreditado la concreta perturbación que la conducta del funcionario ha ocasionado al servicio. A falta de concreción sobre el volumen de trabajo en la imprenta o sobre la urgencia de las tareas que le habían sido encomendadas al funcionario, circunstancias que habrían sido útiles para valorar la eventual perturbación del servicio, la STSJ del País Vasco concluye anulando la resolución que sancionó la “falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios (...)”

D) Adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos

a) Su apreciación exige la concurrencia de todos los elementos del tipo disciplinario

La SAN de 27 de septiembre de 1999, Ar. 2794, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el actor, funcionario del Cuerpo Superior de Inspectores de Finanzas del Estado, contra la Resolución por la que se le impuso una sanción de sus-

pensión de funciones, por considerar que las actuaciones inspectoras realizadas por él, plasmadas en las correspondientes actas, eran incorrectas y constitutivas de un falta grave de “emisión de informes y adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan falta muy grave” [art. 7.1.h) del Reglamento de Régimen Disciplinario]. Las mencionadas actas fueron dejadas después sin efecto por el Inspector Regional.

Así pues, señala la SAN de 27 de septiembre de 1999:

“(…) las referidas actas que, efectivamente, de haber desplegado efectos jurídicos podían causar un perjuicio a la Administración, pues impedían la percepción de una importante cantidad de dinero por parte de la Hacienda Pública y la persecución de un posible delito fiscal, al ser dejadas sin efecto por el Inspector Regional, no desplegaron eficacia alguna, ni impidieron la persecución del presunto delito, por lo que el potencial perjuicio a la Administración o a los ciudadanos no llegó a consumarse. Si bien de lo actuado se infiere una conducta irregular por parte del recurrente, siendo su actuación profesional digna de reproche, e incluso susceptible de ser tipificada como constitutiva de infracción disciplinaria, la ausencia de uno de los elementos constitutivos del tipo por el que ha sido sancionado determina la estimación del motivo examinado y, en consecuencia, del recurso, pues, entiende la Sala, no cabe acudir de manera genérica a la vulneración de deberes de los funcionarios públicos o a la constatación de conductas contrarias a la ética profesional para derivar de ello la producción de un perjuicio que se exige como requisito del tipo de forma independiente de la conducta en sí misma, como se infiere de la letra del precepto sancionador, pues en caso contrario se sancionaría la mera emisión de informes o adopción de acuerdos manifiestamente ilegales, prescindiendo de la producción de un perjuicio a la Administración o a los ciudadanos, más allá del que está implícito en la conducta contraria a la ética de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

b) Esta infracción puede ser cometida mediante conductas o actuaciones distintas de los actos administrativos

La falta muy grave consistente en “la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”, tipificada en el art. 6.d) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, se entiende cometida cuando los funcionarios han sido condenados por la comisión de un delito.

Tal como señala la **STS de 29 de octubre de 2001**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 144, no existe ilegalidad o contravención del ordenamiento jurídico más intensa que la derivada de la comisión de delito, sin que pueda dudarse que los ilícitos contemplados en el caso concreto (delitos de lesiones y coacciones) causaron un perjuicio grave tanto a la Administración Penitenciaria como a los agraviados por los mismos. Además, la STS de 29 de octubre de 2001 insiste en que la mención de “acuerdos manifiestamente ilegales” en el tipo contemplado por el art. 6.d) del Reglamento de Régimen Disciplinario no va referida necesariamente a los actos administrativos, con los requisitos formales que ello comporta, sino que “(…) la forma de las decisiones o acuerdos depende de la naturaleza de los mismos y el hecho de que una decisión se realice verbalmente o mediante la materia-

lización de la misma (conducta material) no altera su condición de tal”. La STS de 8 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3406, reitera esta misma doctrina.

E) Acceso de los funcionarios, para fines distintos de las funciones propias, a datos, informes o antecedentes obtenidos por las Administraciones Tributarias

La SAN de 28 de junio de 1999, Sección Séptima, enjuicia el recurso interpuesto por la actora contra la Resolución del Director General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria que le impuso una sanción de suspensión de funciones por cinco meses como autora de una falta disciplinaria grave. La mencionada falta aparece tipificada en la Disposición Adicional Vigésima de la Ley 17/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, sancionando “el acceso a datos, informes o antecedentes obtenidos por las Administraciones Tributarias y por parte de un funcionario público para fines distintos de las funciones que les son propias”.

Resultando probado que la recurrente accedió sin justificación alguna y en numerosas ocasiones a informaciones de muy variado contenido, relativas a más de cien contribuyentes, recogidas en la Base de Datos de la Agencia Tributaria, la AN desestima el recurso por apreciar la concurrencia de todos los elementos de la aludida falta disciplinaria, que sanciona el acceso a la información para fines distintos de las tareas que el funcionario afectado tiene encomendadas, siendo irrelevante que dicho acceso responda a simple curiosidad o no persiga obtener utilidad económica o de otro tipo, en cuyo caso los hechos serían constitutivos de otra falta de mayor gravedad.

F) Falta de sigilo

La SAN de 11 de octubre de 1999, Sección Séptima, resuelve el recurso interpuesto contra la Resolución del Director General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria que sancionó a la recurrente como autora de una falta disciplinaria grave contemplada en el art. 7.1.j) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, consistente en “no guardar el debido sigilo respecto de los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilicen en provecho propio”.

La SAN, que desestima el recurso, resulta de especial interés por el esfuerzo que realiza en la concreción del tipo sancionado por el art. 7.1.j) del Reglamento de Régimen Disciplinario. En este sentido, la Sentencia que se comenta pone de manifiesto la necesidad de acudir a las normas que establecen las prohibiciones y deberes que obligan a cada funcionario para delimitar las conductas sancionadas por la falta sigilo. En el caso de autos, la funcionaria sancionada, destinada en la Delegación Especial de la Agencia Tributaria de Valencia, Administración de Valencia-Norte, realizó numerosos accesos –no justificados por razón de las funciones encomendadas– a una serie de datos tributarios pertenecientes a diversos contribuyentes con la finalidad de obtener información de utilidad para la resolución de un proceso judicial que enfrentaba a un allegado suyo con

dichos contribuyentes. Pues bien, en este caso, la SAN señala que el contenido del deber de sigilo establecido por el art. 80 de la LFCE debe ser integrado por lo establecido en el 103.8 de la Ley 31/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, en la Ley Orgánica 5/1992, Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal y en la Resolución 2/1990, de 23 de marzo, de la Secretaría General de Hacienda, sobre acceso a las bases de datos provinciales y nacional y a la información contenida en las mismas por parte del personal que ocupa puestos de trabajo en órganos o dependencias de la Administración Tributaria. De las normas expuestas deriva que el deber de sigilo se traduce en un deber de estricto secreto en relación con la información que podrá ser obtenida en exclusiva por el personal autorizado y únicamente cuando dicho acceso venga exigido por razones del servicio. El ámbito del sigilo resulta lesionado por la mera inobservancia de las exigencias que acaban de ser expuestas.

En el caso estudiado, la AN aprecia la concurrencia del resto de elementos del tipo aplicado. Por un lado, no existe ninguna duda respecto del beneficio propio que perseguía la funcionaria sancionada. Por otro lado, el perjuicio para la Administración deriva del simple acceso indebido a las bases de datos y del demérito que ésta sufre frente a los ciudadanos que han visto invadido su ámbito de intimidad.

G) La apreciación de la falta de abandono de destino no requiere la concurrencia de grave perturbación del servicio

Según señala la STS de 20 de noviembre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 150, no cabe exigir grave perturbación del servicio para la configuración de la falta de abandono de destino, puesto que el precepto que contempla dicha infracción [art. 66.4.c) del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social] no menciona ni exige tal perturbación.

IV. PRESCRIPCIÓN. LA FECHA INICIAL DEL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN DE UNA CONDUCTA CONSTITUTIVA DE DELITO DOLOSO ES LA DE LA SENTENCIA FIRME DICTADA EN VÍA PENAL, DECLARANDO LOS HECHOS IMPUTADOS COMO CONSTITUTIVOS DE DELITO. FUNCIONARIOS DEL CUERPO NACIONAL DE POLICÍA

Según establece el art. 524 del Decreto 2038/1975, por el que se aprobó el Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, no podrá ser instruido un expediente disciplinario cuando hubiese transcurrido un año desde que se produjo la causa que pudiera motivarlo, salvo que este plazo se interrumpa conforme a las reglas de prescripción del Código de Justicia Militar.

La STS de 22 de enero de 1999, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1395, enjuicia el supuesto de un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía que fue separado del servicio por la comisión de una falta muy grave tipificada en el art. 27.3.b) de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad como “cualquier conducta constitutiva de delito doloso”.

En el caso de autos, en cuanto a la determinación del *dies a quo* para la prescripción de la falta apreciada en el expediente disciplinario incoado tras el pronunciamiento de la jurisdicción penal declarando la existencia de un delito doloso, el TS señala que:

“(…) consistiendo la falta por la que se impuso a don P.V.M. la sanción de separación del servicio cualquier conducta constitutiva de delito doloso, es evidente que la falta sólo se produjo y pudo ser perseguida cuando los Tribunales del orden jurisdiccional penal calificaron el hecho realizado por el culpable como delito doloso mediante sentencia firme”.

Circunstancia esta que no concurre en el supuesto estudiado, pues no transcurrió más de un año desde la fecha de la sentencia penal firme hasta la incoación del expediente disciplinario, conforme a lo dispuesto por el art. 524.2 del Decreto 2038/1975, ya mencionado.

V. *NON BIS IN IDEM*

A) Delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos e infracciones disciplinarias que sancionan “cualquier conducta constitutiva de delito doloso”. El principio *non bis in idem* impide la doble sanción penal y disciplinaria al ser el bien protegido el mismo en ambos casos; el correcto funcionamiento de la Administración. Funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía

La STS de 12 de junio de 1998, Sección Séptima, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Ar. 5554, desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que anuló la resolución administrativa por la que se sancionó con separación del servicio a un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía. Dicha sanción fue impuesta al amparo del art. 27.3.b) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que califica como falta disciplinaria muy grave “cualquier conducta constitutiva de delito doloso”, tras haber sido condenado el funcionario de Policía como autor de dos delitos de cohecho previstos en los arts. 390 y 393 del Código Penal. Al respecto, el Tribunal Supremo señala que:

“En el supuesto que se enjuicia en este proceso debemos entender, como lo ha hecho la sentencia de instancia, que tanto el delito castigado (delito de cohecho) como la infracción administrativa (que se remite a cualquier conducta constitutiva de delito doloso) vulneran el mismo interés jurídicamente protegido –el correcto funcionamiento de la Administración– por lo que no se trata de ilícitos independientes, sino que el disciplinario queda comprendido en el tipo penal. En este sentido, el cohecho es un delito incluido en el Título del Código Penal dedicado a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Cuando se está castigando el delito de cohecho el bien jurídico protegido es el correcto y eficaz funcionamiento de la Administración (...), por lo que no debe permitir que dichos funcionarios utilicen la función pública que ejercen para la percepción ilegítima de cantidades de dinero de los particulares, con el pretexto de la realización de actos del funcionario que no deben ser retribuidos, como señala el art. 390

del Código Penal. Pues bien, no podemos decir que cuando la Administración impone a don J.C.I. la sanción de separación del servicio por los mismos hechos que han dado lugar a la condena por dos delitos de cohecho, (...) el bien jurídico protegido es simplemente la irreprochabilidad penal del funcionario de la policía, porque la sanción disciplinaria persigue una finalidad más amplia, conectada indudablemente con la legítima, correcta y eficaz actuación de la Administración por medio de sus funcionarios”.

En el mismo sentido se pronuncian las **SSTS de 20 de diciembre de 2000**, Ar. 1466 de 2001 y **27 de noviembre de 2001**, Ar. 2938, al enjuiciar supuestos en los que también a la condena por cohecho sigue una sanción disciplinaria, haciendo especial hincapié en que el bien protegido por esta última no es simplemente la irreprochabilidad penal del funcionario de policía, puesto que la sanción disciplinaria persigue una finalidad más amplia, conectada con la legítima, correcta y eficaz actuación de la Administración por medio de sus funcionarios.

B) Delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus cargos e infracciones disciplinarias que sancionan “cualquier conducta constitutiva de delito doloso”. Es posible la doble sanción penal y administrativa

La **STS de 30 de mayo de 2000**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 5155, estima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que anuló la sanción disciplinaria de separación del servicio impuesta a un funcionario de policía que, previamente, había sido condenado como autor de varios delitos cometidos “con ocasión de los derechos de las personas reconocidos en las leyes”.

La **STS de 12 de junio de 1998**, Ar. 5554, citada en el apartado anterior, pone de manifiesto que cuando el TS ha tenido ocasión de enjuiciar supuestos como el que nos ocupa, donde la infracción (“cualquier conducta constitutiva de delito doloso”) y la sanción disciplinaria se aplican a un funcionario de policía como consecuencia de los mismos hechos que han motivado la condena penal, ha concluido anulando la sanción disciplinaria, por considerar que ésta atiende a la protección de los mismos bienes jurídicos contemplados por la sanción penal y, por tanto, vulnera el principio *non bis in idem*.

Sin embargo, en esta ocasión, tratándose igualmente de una sanción disciplinaria impuesta por los mismos hechos castigados por la jurisdicción penal, el TS llega a una conclusión bien distinta, pese a que los delitos cometidos por el funcionario de policía lo son también “con ocasión de los derechos de las personas reconocidos en las leyes”. Para la **STS de 30 de mayo de 2000**, el hecho de que los delitos castigados hayan tenido en cuenta la condición de funcionario del sujeto activo, no significa sin más que los bienes protegidos por éstos coincidan con los propios de la sanción disciplinaria. El bien jurídico protegido en cada infracción penal no viene determinado por la condición de funcionario del autor, sino por el valor social o individual que se entiende lesionado o puesto en peligro. Para determinar cuál sea este valor es útil acudir a la rúbrica del título del Código Penal donde aparecen recogidos los delitos en cuestión. En este caso, ya hemos señalado que el título de la rúbrica que nos interesa es de los delitos cometidos “con ocasión de los derechos de las personas reconocidos en las leyes”. Partiendo de esta base, el TS considera que estos delitos pueden ser cometidos tanto por funcionarios como

por particulares. Si bien es cierto que dentro de esa rúbrica se distinguen unos subtipos agravados en atención a la condición funcional del sujeto, eso no significa que los hechos hubiesen carecido de relevancia penal en caso de ser cometidos por un particular. Por esta razón, la mención de la condición de funcionario del autor no es expresiva de la protección de los intereses propios de la Administración. Lo que ocurre es que la condición de funcionario del sujeto activo añade un especial desvalor a la conducta que, por ello, merece un reproche mayor. Dado que los delitos aludidos no protegen el interés propio de la Administración, no hay obstáculo para aplicar una sanción disciplinaria que sí atiende éste; la irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía.

C) El principio *non bis in idem* no tiene aplicación en los supuestos de funcionarios de policía que, habiendo sido condenados como autores de un delito común, son después sancionados en vía disciplinaria

La aplicación del principio *non bis in idem* tampoco prospera en un supuesto como el enjuiciado por la STS de 20 de septiembre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8185, que enjuicia la sanción de separación del servicio impuesta a un miembro de la Ertzaina, previamente condenado como autor de un delito contra la propiedad. Según se advierte en la Sentencia citada, la jurisdicción penal no puede limitar ni condicionar el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración en el ámbito específico de sus atribuciones. En el caso examinado, pese a que el delito no ha tenido lugar en el ejercicio del cargo funcional, pues se trata de un delito común, su comisión tiene especial trascendencia en el ámbito del Cuerpo al que pertenece el funcionario condenado. Asimismo, la especial importancia de esta conducta infractora en el régimen disciplinario y el lógico interés de la Administración en que los funcionarios de la Policía autónoma vasca cumplan irreprochablemente sus funciones (prevención, averiguación de delitos y persecución de los delincuentes) impiden considerar desproporcionada la sanción de separación del servicio.

D) Delito doloso e infracción disciplinaria. No existe *bis in idem* en los supuestos en que la condena penal aprecia la agravante de cargo público

La SAN de 3 de abril de 2000, Ar. 738, desestima el recurso interpuesto por un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía sancionado con la separación del servicio, como autor de una falta muy grave [“cualquier conducta constitutiva de delito doloso”, art. 27.3.b) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad], impuesta a consecuencia de una Sentencia que le condenó como autor de un delito de amenazas condicionadas, con la agravante de prevalerse de su condición de cargo público.

Según la SAN, el principio *non bis in idem* solamente puede ser de aplicación cuando el expediente disciplinario se atiende únicamente a los hechos probados en la sentencia penal y ésta, a su vez, castiga un tipo penal en el que se tiene en cuenta fundamentalmente la condición de funcionario del autor. En el supuesto comentado, el policía fue condenado por un delito en el que la condición de funcionario no era un elemento constitutivo del tipo. Por tanto, no cabe la invocación del principio *non bis in idem*, pese a que

la condena penal apreció la circunstancia agravante de prevalimiento de la condición de cargo público, pues la misma hace referencia a la responsabilidad penal y no a la tipificación de la conducta.

La sentencia mencionada aprecia además la proporcionalidad de la sanción disciplinaria de separación del servicio, la más grave de las contempladas por la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por el grave daño que causa a la Corporación policial la comisión de un delito por uno de sus miembros que, precisamente, tiene encomendada la función de velar por el cumplimiento del orden jurídico, así como prevenir, investigar y perseguir los delitos.

Siguiendo la postura sostenida en la sentencia que acaba de ser citada, la **STS de 29 de octubre de 2001**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 144, admite la posibilidad de sancionar —con separación del servicio— la falta muy grave de “adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”, que deriva de la comisión de varios delitos de lesiones y coacciones.

En el caso enjuiciado por la STS de 29 de octubre de 2001, la prohibición de doble sanción penal y disciplinaria queda alejada por estimar que la infracción administrativa y los delitos castigados protegen bienes jurídicos distintos. Así, se entiende que la condena de los delitos mencionados persigue la protección de la vida, la integridad física y la seguridad de las personas, mientras que la sanción disciplinaria se orienta a la garantía del buen funcionamiento de la Administración Penitenciaria, impidiendo que quien haya cometido un delito pueda seguir desempeñando las funciones propias de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias. Puesto que lo esencial es que cada ilícito persiga la protección de bienes jurídicos diferentes, resulta irrelevante que en el caso estudiado se apreciase en el funcionario sancionado la agravante de prevalimiento de carácter público o que al expedientado se le impusiese la pena accesoria de suspensión de la profesión.

La **STS de 8 de marzo de 2002**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3406, resuelve el recurso interpuesto por otros destinatarios de la misma resolución administrativa que dio origen a la STS de 29 de octubre de 2001, por lo que reitera lo señalado en la última. Pero, además de insistir en la diferencia de los bienes jurídicos protegidos por los tipos delictivos (derecho a la vida y a la integridad física) por los que fueron condenados los recurrentes y por la sanción disciplinaria que les fue impuesta (actividad de los funcionarios ajustada a la legalidad y respetuosa de los derechos de los administrados), la STS de 8 de marzo de 2002 declara ajustada a Derecho la subsunción de los hechos en el art. 6.d) del Reglamento de Régimen Disciplinario, que tipifica la infracción consistente en la “adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”. A juicio de la Sala, no puede ser acogida la pretensión de los recurrentes de que los hechos sancionados debieran subsumirse en la falta contemplada por el art. 7.1.c) del citado Reglamento (“conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los ciudadanos”), dado que el elemento determinante de la inclusión de los hechos en uno u otro precepto es la gravedad de los mismos y, en este caso, la gravedad de los hechos castigados en vía penal es de tal grado (por el perjuicio causado a la Administración y a los propios agraviados

por los delitos cometidos) que confiere a los mismos suficiente entidad y consistencia como para rebasar el ámbito de la falta grave del art. 7.1.c) y encontrar encaje adecuado en la falta muy grave del art. 6.d).

E) Las sanciones disciplinarias impuestas por hechos condenados en la vía penal protegen bienes distintos de los tutelados por los delitos que tienen en cuenta la condición de funcionario del sujeto y, por tanto, no vulneran el principio *non bis in idem*

La STS de 17 de julio de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6685, declara ajustada a Derecho la sanción impuesta al demandante sobre la base de los mismos hechos que le valieron la condena como autor de un delito continuado de falsedad en documento oficial llevada a cabo por funcionario (art. 302 CP) y de un delito continuado de estafa (arts. 528 y 529 CP). Señala el Tribunal que no existe vulneración del principio *non bis in idem* porque la sanción penal y la sanción disciplinaria protegen bienes jurídicos distintos. El hecho de que los delitos castigados hayan tenido en cuenta la condición de funcionario del sujeto activo, no significa que los bienes protegidos por éstos coincidan con los propios de la sanción disciplinaria. Lo que ocurre es que la condición de funcionario del sujeto activo del delito añade un especial desvalor a la conducta que, por ello, merece un reproche mayor. Si, según señala la STS de 17 de julio de 2001, el delito de falsedad protege los valores de fe pública o confianza y el delito de falsedad el mismo bien jurídico de confianza y el de propiedad, no hay obstáculo para aplicar una sanción disciplinaria cuyo fundamento “(...) es procurar la irreprochabilidad penal de los funcionarios sometidos al mencionado Estatuto (Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social), en cuanto interés legítimo y propio de la Administración Pública y para que ésta satisfaga adecuadamente los intereses generales a cuyo servicio viene constitucionalmente obligada (...)”.

VI. PROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS

Según señala la STS de 20 de septiembre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8183, no puede entenderse desproporcionada la imposición de la sanción más grave contemplada por la normativa disciplinaria, la separación del servicio, por la comisión de una falta tipificada bajo el concepto de “cualquier conducta constitutiva de delito doloso”, cometida por un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía condenado como autor de un delito de depósito de armas.

Pese a que la sentencia penal no atribuyese al funcionario de policía el conocimiento de los resultados delictivos (delitos de estragos y asesinato) realizados por la persona a quien éste entregó las armas que tenía a su cuidado, la Sala juzga proporcionada la sanción de separación del servicio, teniendo en cuenta que la conducta de dicho funcionario denota un claro y gravísimo incumplimiento de las funciones de custodia encomendadas al mismo, así como una inexcusable falta de previsión de las gravísimas consecuencias que podrían derivar de tal actuación.

Sin embargo, haciendo mención de la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual corresponde a los órganos judiciales la actividad de calificación para subsumir las conductas en los tipos legales y el control de la adecuación de la sanción al hecho cometido, aplicando para ello los criterios valorativos jurídicos plasmados en normas escritas o inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, la **STS de 20 de noviembre de 2001**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9756, señala que en el caso enjuiciado no concurren especiales circunstancias agravantes que hagan merecedora la infracción de la sanción más grave de las previstas para dicha falta.

El conocimiento por los superiores de la situación de incompatibilidad en que se encontraba el funcionario expedientado, la falta de concreción de la resolución sobre la naturaleza e importancia de los perjuicios derivados de tal conducta y la ausencia de reincidencia, son criterios que, según declara la Sala, atenúan la gravedad de la conducta enjuiciada e impiden que pueda ser castigada con la sanción más grave posible [arts. 14.a) y 15 del Real Decreto 33/1986].

Extinción de la relación funcional

BELÉN MARINA JALVO

Universidad de Alcalá

Sumario:

I. Renuncia. Ejercicio del derecho de renuncia durante la tramitación de un procedimiento disciplinario. **II. Pena de inhabilitación.** A) La pérdida de la condición de funcionario por condena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público aparece contemplada específicamente por el artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles y no por el artículo 50.4 de la misma. B) La pérdida de la condición de funcionario a causa de la imposición de la pena de inhabilitación no constituye una sanción disciplinaria, sino la consecuencia lógica de la pérdida de la aptitud legal para el ejercicio de funciones públicas. **III. Jubilación.** A) Los efectos de la jubilación por incapacidad física del funcionario local se producen a partir del día primero del mes siguiente a aquél en que se produjo el hecho causante de la jubilación. B) Régimen del personal del Tribunal de Cuentas jubilado con anterioridad al 1 de enero de 1997. **IV. Cese del personal interino.** A) Cese del personal interino en fecha anterior a la prevista en el nombramiento. Sólo procede en supuestos de provisión de los puestos de trabajo por personal funcionario o desaparición de las circunstancias urgentes determinantes del nombramiento. B) Cese de funcionario interino y posterior cobertura del puesto por otro funcionario interino. a) Cese de funcionario interino por jubilación del titular de la plaza: desviación de poder. b) Cese de funcionario interino: no es conforme a Derecho cuando se basa en la jubilación del titular de la plaza y la vacante se cubre con un nuevo interino. C) No procede por prolongada inasistencia justificada al trabajo. Médica forense.

I. RENUNCIA. EJERCICIO DEL DERECHO DE RENUNCIA DURANTE LA TRAMITACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

En la Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Sala Tercera del TS de 1 de diciembre de 1997, Ar.9019, se debatía la cuestión de si constituía un fraude de ley el ejercicio del derecho a la renuncia de la condición de funcionario estando pendiente un procedimiento sancionador, en la medida en que con dicha renuncia se podría estar eludiendo un efecto derivado de la separación del servicio, la prohibición de acceder en el futuro a la función pública [art. 30.1.e) del Decreto 315/1964, de 7 de febrero]. El Tribunal entenderá que “aunque la renuncia enerve el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración, sólo la sanción de separación del servicio, a tenor del art. 30.1 de la Ley de Funcionarios, de reiterada mención, produce el resultado de la prohibición de acceso en el futuro a la función pública, de lo que se desprende que otras posibles sanciones no ocasionan tal consecuencia, lo que determina la improcedencia de considerar que se ha incurrido en un fraude de ley al ejercitar el derecho de renuncia (...) salvo en el improbable supuesto de que el renunciante conociera anticipadamente que se le impondría precisamente tal sanción de separación y supiera, con igual anticipación, que no sería absuelto o que no le sería impuesta cualquier otra sanción”.

II. PENA DE INHABILITACIÓN

A) La pérdida de la condición de funcionario por condena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargo público aparece contemplada específicamente por el artículo 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles y no por el artículo 50.4 de la misma

El ATS de 18 de septiembre de 1998, Sala Tercera, Sección Primera, Ar. 9073, inadmite el recurso de casación interpuesto contra la Resolución del Ministerio de Justicia por la que se declaró la pérdida de la condición de funcionario del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias del recurrente, por aplicación del art. 37.1.d) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, tras haber sido condenado, por delito doloso, a la pena de inhabilitación especial para cargo público.

El actor, por su parte, estima que debió aplicarse el art. 50.4 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que desarrolla y completa el art. 37.1.d) de la misma Ley.

Sin embargo, el Tribunal Supremo

“(...) considera de aplicación preferente el art. 37.1.d) frente al art. 50.4 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, por ser el primero específico al estar comprendido sistemáticamente en el capítulo III del título III de la Ley que regula la ‘Adquisición y pérdida de la condición de funcionario’, precepto aquel que determina de modo expreso y concluyente las causas que dan lugar a la pérdida de tal condición sin distinción ni motivación alguna; en cambio el art. 50.4 está incluido en el capítulo IV del mismo título que

regula las ‘situaciones’ en que se pueden encontrar los funcionarios, aludiendo el número 4 de dicho artículo a una situación de suspensión motivada por una pena de inhabilitación ‘con carácter perpetuo’, carácter este de la pena abolido desde hace tiempo en nuestro ordenamiento jurídico”.

B) La pérdida de la condición de funcionario a causa de la imposición de la pena de inhabilitación no constituye una sanción disciplinaria, sino la consecuencia lógica de la pérdida de la aptitud legal para el ejercicio de funciones públicas

La STS de 21 de diciembre de 2000, Ar. 1468/2001, reitera la doctrina ya establecida en anteriores sentencias (SSTS 3 de marzo de 1997, Ar. 2163, 13 de marzo de 1995, Ar. 3191 y 18 de mayo de 1998, Ar. 5076), conforme a la cual la pérdida de la condición de funcionario a causa de la imposición de una pena de inhabilitación absoluta o especial para cargo público no constituye una sanción disciplinaria, ni tampoco la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de la condena penal, sino la consecuencia lógica de la ausencia sobrevenida de la aptitud legal para el ejercicio de funciones públicas. Por ello, no es posible aplicar la prescripción establecida para las faltas disciplinarias, ni plazo temporal alguno a esa pérdida de la condición funcional.

La pena de inhabilitación especial comporta la pérdida definitiva del empleo sobre el que recae. Esta circunstancia resulta coherente con el requisito de aptitud para el acceso a la función pública consistente en no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas. La pena de inhabilitación especial actúa a modo de condición resolutoria que opera automáticamente cuando se impone dicha sanción. Ahondado en los términos de las resoluciones citadas en primer lugar, la STS de 31 de octubre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8821, declara que la pérdida de la condición de funcionario derivada de la imposición de una pena de inhabilitación no constituye una sanción disciplinaria ni la aplicación de los efectos administrativos de una condena penal, sino simplemente la aplicación del art. 37.1.d) de la LFCE; de ahí que no haya necesidad de seguir procedimiento sancionador alguno al efecto.

III. JUBILACIÓN

A) Los efectos de la jubilación por incapacidad física del funcionario local se producen a partir del día primero del mes siguiente a aquél en que se produjo el hecho causante de la jubilación

En la STS de octubre de 1998, Sala Tercera, Ar. 8640, se ha debatido la cuestión relativa al momento en que empieza a producir efectos la declaración de jubilación del funcionario local por incapacidad física. En este caso concreto, la jubilación había sido denegada por la Administración y posteriormente reconocida en vía contencioso-administrativa a través de una sentencia dictada el 19 de enero de 1991. El Ayuntamiento, en ejecución de sentencia, dicta una resolución por la que acuerda declarar la jubilación del recurrente a partir del primer día del mes siguiente al que se produjo el hecho causante de la jubilación, esto es, con efectos a partir del día 1 de noviembre de 1987. El funcionario recurrente pretendía que los efectos de la jubilación no se aplicaran retroactiva-

mente y que, en consecuencia, empezaran a producirse a partir de la fecha de publicación del fallo de la sentencia, toda vez que los estatutos de la MUNPAL establecen que el solicitante de la jubilación por incapacidad se encontrará en situación de servicio activo durante la tramitación del expediente administrativo.

El Tribunal Supremo, haciendo una interpretación de la normativa aplicable a la MUNPAL ha entendido que la situación de servicio activo no tiene otra causa jurídica que la expresada norma estatutaria de la que hace correcta aplicación la sentencia recurrida, “sin que quepa entender, según se pretende, que el Tribunal *a quo* ha retrotraído los efectos de la sentencia pues, aparte de que dicho fallo no contiene pronunciamiento alguno sobre la fijación de la fecha de efectos de la jubilación, de la lectura de sus fundamentos se deduce, y así lo declara la sentencia recurrida, que el hecho determinante de la pensión, esto es, la incapacidad física del recurrente para el ejercicio de sus funciones, es anterior a su solicitud de jubilación, por lo que mal puede hablarse de retroacción de los efectos de la indicada sentencia con lesión de la juzgada”.

B) Régimen del personal del Tribunal de Cuentas jubilado con anterioridad al 1 de enero de 1997

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo resuelve en las SSTs de 19 de noviembre de 1999, Ar. 2837 y 2839, 26 de noviembre de 1999, Ar. 2842 a 2844 y 3196, 30 de noviembre de 1999, Ar. 3201, y 9 de diciembre de 1999, Ar. 3270, la cuestión relativa a si el personal funcionario del Tribunal de Cuentas jubilado con anterioridad al 1 de enero de 1997 tiene derecho o no a que se le conceda la prolongación de la situación de servicio activo hasta que cumpla los setenta años de edad. En apoyo de esa pretensión, los recurrentes alegan que es una exigencia del principio de igualdad si se tiene en cuenta, por un lado, que tal posibilidad está prevista para otros empleados públicos (jueces, magistrados, secretarios judiciales, fiscales, letrados del Tribunal Constitucional y profesores universitarios), y, por otro lado, que conforme a la nueva redacción dada al art. 33 de la Ley 30/1984 por la Ley 13/1996, todos los funcionarios jubilados a partir del 1 de enero de 1997 pueden solicitar la permanencia en el servicio activo, lo que genera una situación de clara desigualdad con los jubilados con anterioridad a dicha fecha. El TS rechaza ambos argumentos afirmando, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional ha aclarado, entre otras en su Sentencia 53/1993, que la vulneración del principio de igualdad no puede asentarse en una comparación entre diferentes cuerpos de funcionarios que desempeñan funciones distintas, y, en segundo lugar, que la diversa situación de los jubilados antes y después del 1 de enero de 1997 es la consecuencia normal de los principios de sucesión de normas en el tiempo y de irretroactividad. El funcionario se encuentra, además, en una situación jurídica objetiva definida legal y reglamentariamente y al entrar al servicio de la Administración acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcionarial. En la relación estatutaria del jubilado antes del 1 de enero de 1997 no estaba comprendido derecho alguno a la prolongación de la situación de servicio activo, ni, por tanto, puede reclamarlo ahora.

IV. CESE DEL PERSONAL INTERINO

A) Cese del personal interino en fecha anterior a la prevista en el nombramiento. Sólo procede en supuestos de provisión de los puestos de trabajo por personal funcionario o desaparición de las circunstancias urgentes determinantes del nombramiento

La STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de mayo de 1999 (recurso 1308/1996) Ar. 1258, estima el recurso de las actoras contra los Acuerdos de la Dirección Provincial en Guadalajara del Ministerio de Educación y Cultura, de fecha 14 de septiembre de 1996, disponiendo el cese de las recurrentes como funcionarias interinas.

Pese a que la Administración justificó el cese de las actoras invocando el “fin de nombramiento”, lo cierto es que no concurría dicha circunstancia, pues el nombramiento que aquéllas poseían abarcaba desde el 1 de octubre de 1995 hasta el 30 de septiembre de 1996. Por otro lado, con anterioridad a la fecha indicada, no resultó acreditada ninguna otra circunstancia habilitante del cese, tal como la provisión de los puestos de trabajo por personal funcionario o la desaparición de las causas urgentes que motivaron el nombramiento de las ahora recurrentes.

Tal como señala la Sentencia comentada:

“(…) no hay dato alguno que permita reputar finalizadas dichas causas, por un triple tipo de argumentos: por un lado, porque el nombramiento, como suele ser habitual, abarcaba un curso escolar completo, computado por un período de un año; por otro lado, porque no se puede ignorar que al menos una de las recurrentes desarrolló un trabajo efectivo con posterioridad al cese, cual fue la asistencia a un Claustro de Profesores, como se acredita en fase de prueba, lo cual destruye la afirmación de la demandada de que, al no haber prestado servicios efectivos con posterioridad al cese, no podían esgrimir las actoras derecho alguno a que se prolongue el nombramiento; por último, porque el cese, seguramente por motivos presupuestarios, se anticipó dieciséis días sobre la base de una especie de nota de servicio donde la Subdirección General de Gestión de Profesorado de Educación Secundaria, de formación profesional y de régimen especial comunica a todas las Direcciones Provinciales y Subdirecciones Territoriales del Ministerio que el cese de los nombramientos como funcionarios interinos del curso 1995/1996 debe realizarse con fecha 14 de septiembre de 1996”.

La STS (4) de 25 de enero de 2000, Ar. 1597, reitera la doctrina sentada en sentencias anteriores (SSTS de 21 de septiembre de 1993, Ar. 6891, 29 de enero de 1994, Ar. 391, 16 de junio de 1994, Ar. 5441, 19 de mayo de 1997, Ar. 4104 y 15 de diciembre de 1997, Ar.9318), de acuerdo con la cual el cese del personal estatutario de la Seguridad Social sin mediar la cobertura de la plaza no es un despido improcedente, sino un cese afectado de un vicio de nulidad, pues el personal estatutario no está vinculado a la Administración por una relación jurídica de naturaleza laboral, sino por una relación de Derecho Público, que está excluida expresamente del Estatuto de los Trabajadores en su art. 1.3.a). En consecuencia, se trata de un cese ilegal y nulo que determina la obligación de la entidad gestora de reintegrar al actor a su puesto de trabajo, sin la posibilidad, sólo existente para los despidos improcedentes, de optar por una indemnización.

B) Cese de funcionario interino y posterior cobertura del puesto por otro funcionario interino**a) Cese de funcionario interino por jubilación del titular de la plaza: desviación de poder**

La STSJ de Murcia de 19 de octubre de 2000, Ar. 1838, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de 7 de abril de 1997 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud que cesaba a la actora como funcionaria interina del Cuerpo Facultativo de Médicos Titulares. El cese estuvo motivado, según la Resolución impugnada, por la jubilación del titular del puesto y por la existencia, además, de una propuesta de transformación del citado puesto, que de ser Médico ZS Águilas/Sur pasaba a ser Médico ZS Águilas/Norte.

Según la actora no concurren las dos causas que determinan el cese de los interinos y que estaban especificadas en su contrato: la reincorporación del funcionario sustituido, la desaparición de la urgencia o necesidad que determinó el nombramiento, la amortización del puesto de trabajo o, en su caso, que el mismo se cubra reglamentariamente. Por el contrario, tal como aprecia la Sala, lo único sucedido es que el titular de la plaza se jubiló, quedando ésta vacante y la Administración obligada a cubrirla por otro titular, a lo que hay que añadir, no la amortización, sino la modificación de la misma, que pasa a ser ocupada por otro funcionario interino, estando ubicada la prestación del servicio en el mismo centro de salud “Águilas Sur”, por ser el único existente en la localidad de Águilas.

La Sala sigue la jurisprudencia social al entender que no es jurídicamente correcto que el cese de un médico interino se acuerde para nombrar a otro interino que desempeñe las mismas funciones y aprecia desviación de poder por parte de la Administración estimando, en consecuencia, el recurso y condena en costas a esta última.

b) Cese de funcionario interino: no es conforme a Derecho cuando se basa en la jubilación del titular de la plaza y la vacante se cubre con un nuevo interino

La STSJ de Extremadura de 22 de mayo de 2001, Ar. 845, afirma que no es conforme a Derecho el cese de una interina derivado de la jubilación del titular de la plaza, cuando la vacante se cubre a continuación con un nuevo interino. La Sala afirma el derecho del personal interino a continuar en el puesto para el que fue nombrado hasta la cobertura definitiva de la plaza, bien por reincorporación o bien porque se provea reglamentariamente, salvo que la plaza sea amortizada. No es, por tanto, lícito cesar a un interno con la finalidad de nombrar a otra persona con el mismo carácter interino, pues ello resulta contrario a la propia naturaleza de la interinidad y vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad.

C) No procede por prolongada inasistencia justificada al trabajo. Médica forense

La STSJ de Asturias de 24 de septiembre de 2001, Ar. 1434, estima el recurso de la actora (médica forense interina) contra la Resolución por la que se acordó el cese de la misma.

La Resolución impugnada motivó el cese de la recurrente en el hecho de haber causado ésta baja en más de una ocasión. A juicio de la Administración, la prolongada inasistencia al trabajo de la actora es incompatible con la misión del funcionario interino, que consiste en cubrir la urgencia para la que ha sido nombrado.

Sin embargo, entiende la Sala que no puede prosperar el argumento de la Administración, puesto que las bajas causadas (primero por enfermedad y después por maternidad) por la recurrente no se encuentran entre los motivos que habilitan legalmente para el cese de médicos forenses interinos (Orden de 1 de marzo de 1996, de selección, propuesta y nombramiento de personal interino de los Cuerpos de Médicos Forenses, Oficiales, Auxiliares y Agentes y de aquellos que prestan servicios en el Instituto Nacional de Toxicología). Entiende la Sala además que la pretendida urgencia del nombramiento de la funcionaria se compagina mal con la permanencia en su puesto de trabajo durante varios años. Más aun, de considerarse la baja por maternidad como causa justificante del cese se incurriría en discriminación por razón de sexo.

Bibliografía

- AAVV: “Sobre la renovación del sistema de mérito y la institucionalización de una función directiva pública en España”, *Documentación Administrativa*, núms. 241-242, 1995.
- “Función pública y laboralización”, *Documentación Administrativa*, núm. 243, 1995.
- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I.: “Caracteres jurídicos de la Administración de Justicia en un Estado plurilingüe”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 57, 2000.
- ÁLVAREZ RICO, M. y GONZÁLEZ-HABA, V.M.: *Administración y función pública en España*, Dykinson, Madrid, 1998.
- ARENILLA SÁEZ, M.: *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, La Ley, Madrid, 1993.
- ARROYO YANES, L.M.: *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, 1994, Tirant lo Blanch.
- CANTERO MARTÍNEZ, J.: *El empleo público: entre estatuto funcionarial y contrato laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- “Las inesperadas consecuencias de la contractualización de las retribuciones de los funcionarios públicos (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)”, *Justicia Administrativa*, núm. 11, 2001.
- CARRERA ORTIZ, C.: “Naturaleza y eficacia jurídica de la negociación colectiva en la función pública en España”, *Relaciones Laborales*, núm. 38, 1989.
- CASTILLO BLANCO, F.A. (coord.): *Situación actual y tendencias de la Función Pública Española*, Cemci, Granada, 1998.
- CASTILLO BLANCO, F.A.: “Management y Derecho Administrativo. ¿Hacia una necesaria evolución del derecho de la función pública y de la gestión de los recursos humanos?”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 26, 1996.
- “Luces y sombras del complemento de productividad: ¿un concepto retributivo inaplicable?”, *Justicia Administrativa*, núm. 8, 2000.

- “¿Es precisa una reforma del sistema de retribuciones de los funcionarios públicos: una reflexión mirando a la historia?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 112, 2001.
- “Un acercamiento a las tendencias retributivas en el Derecho comparado y en el sector privado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60, 2001.

CASTILLO BLANCO, F.A. e ILDEFONSO HUERTAS, R.M.: “La renovación de la dogmática del Derecho disciplinario: a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la Seguridad Social”, *Revista de Administración Pública*, núm. 158, 2002.

ENDEMAÑO ARISTEGUI, J.M.: “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 283, 2000.

FERNÁNDEZ RAMOS, S.: “El control judicial de la asignación de los complementos de destino y específico”, *Administración de Andalucía*, núm. 33, 1999.

FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J.: “Composición de los órganos de selección de los funcionarios locales: principios generales y normativa aplicable”, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 19, 1998.

FUENTETAJA PASTOR, J.A.: *Función pública comunitaria*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

- “La problemática asunción administrativa de las penas de inhabilitación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 108, 2000.

GUILLÉN CARAMÉS, J. y FUENTETAJA PASTOR, J.A.: “El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 146, 1998.

HUERGA FIDALGO, G.: “Las lenguas oficiales en las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001.

ILDEFONSO HUERTAS, R.M.: “Los órganos de selección en el empleo público: el principio de especialidad y la discrecionalidad técnica”, *Justicia Administrativa*, núm. 12, 2001.

IZQUIERDO HERNÁNDEZ, F.J.: *La laboralización de los funcionarios públicos*, 1996, Tirant lo Blach.

LAHERA FORTEZA, J.: *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, 2000.

LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *Licencias y permisos de los funcionarios públicos*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

- *Provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

MANZANA LAGUARDA, R.: *Situaciones administrativas de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

- MARINA JALVO, B.: El régimen disciplinario de los funcionarios públicos. Fundamentos y regulación sustantiva, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2001.
- “Non bis in idem e irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía”, *Revista de Administración Pública*, núm. 155, 2001.
- MARTÍN MATEO, R.: “Los Cuerpos Nacionales de la Administración Local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 285, 2001.
- MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: *El caso de la función pública española: la reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre*, Civitas, Madrid, 1995.
- MAURI MAJÓS, J.: “Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la Función Pública. Convergencias y divergencias con el empleo privado”, *Documentación Administrativa*, núms. 241-242, 1995.
- MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de funcionarios y trabajadores. ¿Una gran distancia entre ambas relaciones de empleo?*, 2001.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L.: “La negociación colectiva de los funcionarios públicos”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 1, 1992.
- PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la función pública*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2000.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R.: “La degeneración del modelo de función pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999.
- *Derecho administrativo II. Organización y Empleo Público*, 14ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000.
- PIÑAR MAÑAS, J.L.: “El nuevo sistema retributivo de los funcionarios y su aplicación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 111, 1986.
- “Las estructuras de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 65, 1990.
- RIVERO ORTEGA, R.: “Acceso a la función pública autonómica y doctrina constitucional (Comentario a la STC de 11 de febrero de 1999)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 2000.
- ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Relaciones laborales en el empleo público*, Madrid, 1998, IBIDEM.
- ROQUETA BUJ, R.: *La negociación colectiva en la función pública*, 1996, Tirant lo Blanch.
- RUANO RODRÍGUEZ, L.: *Constitución, función pública y empleo laboral*, 1998, Aranzadi.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Artículo 23.2. El derecho a acceder a funciones y cargos públicos”, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1996.

- “Igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública y estabilización funcional de los interinos (Comentario a la Sentencia 12/1999, de 11 de febrero, del Tribunal Constitucional)”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 34, 1999.
- *Derecho de la función pública*, 3ª ed. Tecnos, Madrid, 2001.

SAZ CORDERO, S.: *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

SEGURA SOLÍS, J.C.: *El libre acceso a la función pública y la Constitución*, 1999.

SERRANO PASCUAL, A.: *El personal de las entidades locales. Análisis de su régimen jurídico*, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 1997.

SOLANA PÉREZ, A.: *Aplicación y control judicial del complemento específico en la retribución de los funcionarios públicos*, Granada, 2000, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional.

VICENTE DOMINGO, R.: *El puesto de trabajo en el Derecho de la función pública*, 1997, Tirant lo Blanch.

N O T A S

N O T A S

N O T A S

N O T A S