

**Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2022 (rec.6897/2020)**

---

**Encabezamiento**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 1.175/2022**

Fecha de sentencia: 21/09/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6897/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por: MTP

Nota:

R. CASACION núm.: 6897/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 1175/2022**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.<sup>a</sup> María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 21 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 6897/2020, interpuesto por la Administración, representada y defendida por la Abogada del Estado, contra la *sentencia n.º 206/2020, de 11 de mayo, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria en el recurso n.º 498/2018*, sobre reconocimiento de la situación de servicios especiales en la carrera militar, en los supuestos de nombramiento para desempeñar puestos o cargos en organismos públicos o entidades dependientes o vinculadas a las Administraciones Públicas.

Se ha personado, como recurrido, don Romeo, representado por la procuradora doña Isabel Eugenia Vegas Navas y asistido por el letrado don Gabriel Arauz de Robles de la Riva.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el recurso n.º 498/2018, seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, el 11 de mayo de 2020 se dictó la sentencia n.º 206*, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de don Romeo contra la resolución del Subsecretario de Defensa a que se refiere el antecedente primero del presente fallo, la cual declaramos no ajustada a derecho y anulamos, con declaración del derecho del recurrente al pase a situación administrativa de servicios especiales. Ello sin imposición de costas".

**SEGUNDO.-** Notificada a las partes, la Abogada del Estado, en representación de la Administración, preparó recurso de casación contra la referida sentencia, que la Sala de Las Palmas de Gran Canaria tuvo por preparado por auto de 8 de octubre de 2020, ordenando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

**TERCERO.-** Recibidas, se tuvo por personados a la Abogada del Estado, en representación de la Administración, como parte recurrente, y a la procuradora doña Isabel Eugenia Vegas Navas, en representación de don Romeo, como recurrida.

**CUARTO.-** Sometida a la deliberación de la Sala la resolución sobre la

admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de casación, por *auto de 27 de enero de 2022, la Sección Primera* acordó:

"PRIMERO.- Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la Abogada del Estado contra la *sentencia de 11 de mayo de 2020, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Las Palmas de Gran Canaria, se estima el recurso contencioso administrativo nº 498/2018*

**SEGUNDO.** - Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

La determinación del alcance del *artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre*, de la carrera militar, sobre reconocimiento de la situación de servicios especiales en los supuestos de nombramiento para desempeñar puestos o cargos en Organismos Públicos o Entidades dependientes o vinculados a las Administraciones Públicas; en concreto, la quién corresponde la determinación normativa de la asimilación a alto cargo para el pase a la situación de servicios especiales según la legislación que sea aplicable y el rango normativo de tal decisión de asimilación.

**TERCERO.-** Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las contenidas en el *artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre*, de la carrera militar.

Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas o cuestiones jurídicas, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

**CUARTO.-** Publicar este auto en la página *web* del Tribunal Supremo.

**QUINTO.-** Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

**SEXTO.-** Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman".

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de 4 de febrero de 2022 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta, para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar la interposición del recurso.

**SEXTO.-** Por escrito de 18 de marzo de 2022, la Abogada del Estado, en la representación y defensa que ostenta, interpuso el recurso anunciado en el que precisó las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia infringidas, solicitando el pronunciamiento siguiente:

"Conforme a lo dispuesto en los *artículos 87 bis 2 ) y 93.1 de la LJCA* se solicita de esa Sala:

1º) Que estime este recurso de casación y anule la sentencia impugnada.

2º) Que desestime la pretensión de la parte demandante en la instancia y confirme la legalidad de la actuación administrativa impugnada.

Todo ello de acuerdo con la interpretación que, en relación a las cuestiones de interés casacional objetivo planteadas, se ha mantenido en este escrito".

Y suplicó a la Sala que dicte sentencia estimatoria del recurso y anulatoria de la recurrida con los demás pronunciamientos legales expuestos en el último apartado de su escrito.

**SÉPTIMO.-** La procuradora doña Isabel Eugenia Vegas Navas, en representación de don Romeo, evacuando el traslado conferido por diligencia de ordenación de 28 de marzo de 2022, se opuso al recurso formulado de contrario, solicitando a la Sala que, previos los trámites legales oportunos, acuerde la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación del recurso por los motivos expresados en su escrito, "con expresa imposición de las costas a la recurrente".

**OCTAVO.-** De conformidad con lo previsto en el *artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción*, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista y pública.

**NOVENO.-** Mediante providencia de 21 de junio de 2022 se señaló para la votación y fallo el día 20 de septiembre siguiente y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

**DÉCIMO.-** En la fecha acordada, 20 de septiembre de 2022, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente procedimiento.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.-** *La sentencia de instancia.*

La sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias objeto de este recurso de casación acogió las pretensiones de don Romeo, capitán del Cuerpo General del Ejército de Tierra, y anuló la resolución del Subsecretario de Defensa que denegó declararlo en situación administrativa de servicios especiales por haber sido nombrado Gerente del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, puesto al que, en contra del parecer de la Administración, consideró asimilado a alto cargo.

La controversia resuelta en la instancia versó sobre la calificación de dicho puesto a los efectos del *artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar*, pues, al ser nombrado Gerente de dicho Consorcio, el Sr. Romeo pidió ser declarado en servicios especiales pero el Subsecretario de Defensa, por resolución de 19 de septiembre de 2018, denegó su solicitud. La razón de esta denegación fue la inexistencia de norma alguna que asimile el puesto en cuestión a alto cargo.

La sentencia, si bien admite que no existe ningún precepto que califique de tal al Gerente de este Consorcio, concluyó que del examen conjunto de la documentación obrante en el expediente se desprende que sí debe atribuírsele esa condición. En particular, la sentencia se fija en que el Comité Ejecutivo del Consorcio lo calificó

expresamente de alto cargo en acuerdo de 2 de abril de 2012 por sus funciones directivas. Y, aunque ese acuerdo no es una disposición normativa, recuerda la sentencia que el *artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007* dice que se ha de estar a lo que establezca la Administración respectiva respecto de la asimilación en su rango administrativo a altos cargos. De ahí que para la Sala de instancia "difícilmente se puede prescindir del reseñado acuerdo de 2 de abril de 2012 en cuanto a (...) si el puesto litigioso tiene o no la consideración de alto cargo".

Añade la sentencia que, si bien los estatutos del Consorcio no atribuyen a su Gerente la condición de alto cargo, su artículo 14.3 precisa que su vinculación será de naturaleza laboral como personal de alta dirección y su artículo 43.2 establece que dicta actos administrativos recurribles en alzada ante el Presidente del Consorcio.

Esas razones llevaron a la Sala de Las Palmas de Gran Canaria a estimar el recurso del Sr. Romeo y a anular la resolución recurrida.

**SEGUNDO.-** *La cuestión en que el auto de admisión aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

El *auto de la Sección Primera de esta Sala de 27 de enero de 2022*, que ha admitido a trámite este recurso, ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en resolver la siguiente cuestión:

"La determinación del alcance del *artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre*, de la carrera militar, sobre reconocimiento de la situación de servicios especiales en los supuestos de nombramiento para desempeñar puestos o cargos en Organismos Públicos o Entidades dependientes o vinculados a las Administraciones Públicas; en concreto, a quién corresponde la determinación normativa de la asimilación a alto cargo para el pase a la situación de servicios especiales según la legislación que sea aplicable y el rango normativo de tal decisión de asimilación".

El precepto sobre el que nos pide que verse nuestra interpretación es el *artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar*.

En sus razonamientos jurídicos, el auto explica que ha llevado a la apreciación del mencionado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la posibilidad de que se generalice la solución seguida por la sentencia de instancia a una pluralidad de supuestos en el ámbito de la función pública y a la inexistencia de jurisprudencia sobre a quién corresponde la determinación normativa de la asimilación a alto cargo de un puesto de trabajo.

**TERCERO.-** *Las alegaciones de las partes.*

A) El escrito de interposición de la Abogada del Estado.

Sostiene que la sentencia de la Sección Primera de la Sala de Las Palmas de Gran Canaria infringe el *artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007* porque este precepto condiciona el pase a la situación de servicios especiales a la existencia de una decisión de la respectiva Administración sobre el rango administrativo del puesto o cargo. No duda de que ha de ser la Administración de la que depende el organismo o entidad en la que está incardinado y esta es la respuesta que entiende ha de darse a la primera de las cuestiones de interés casacional.

Sobre el rango normativo de la decisión, segunda cuestión a resolver, dice el escrito de interposición que el artículo 109.1 c) no exige que la asimilación venga dispuesta por la ley pero eso no significa que pueda plasmarse en una simple declaración de la Administración de destino. Cita al respecto una *sentencia de la Audiencia Nacional -la n.º 4547/2017 --* respecto del artículo 87.1 c) del Estatuto Básico del Empleado Público que no considera aceptable la simple declaración o certificación de un funcionario o autoridad de la Administración concernida. Asimismo, se apoya en las *sentencias n.º 1266/2013, de 22 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias* que rechaza la equiparación a alto cargo de un puesto directivo en una empresa pública, y de 25 de septiembre de 1997 ( *recurso n.º 768/1997*), *del Tribunal Superior de Justicia de Aragón* , según la cual un contrato laboral de alta dirección "muy difícilmente puede ser calificado como nombramiento para un cargo de carácter político".

La Abogada del Estado termina su argumentación en este punto del siguiente modo:

"Así pues, y como conclusión a lo expuesto, la asimilación requiere que se adopte una disposición organizativa de la Administración de destino que debe ser identificada caso por caso, sin que quepa una respuesta uniforme a esta cuestión, dada la multiplicidad de Organismos y entidades de las diferentes Administraciones públicas con características y regulación específica y diferenciada".

Por eso, no habiendo disposición que taxativamente considere alto cargo al Gerente del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria y careciendo el acuerdo de su Comité Ejecutivo del carácter de disposición normativa, afirma que ha de decaer el pase del recurrente a la situación de servicios especiales pues carece de cobertura jurídica. Además, mantiene que la *sentencia recurrida infringe la n.º 99/1987 del Tribunal Constitucional* que señaló que esa situación es de carácter especial, si no excepcional y, por tanto, de aplicación restrictiva.

Todas estas razones justifican para la Abogada del Estado que estimemos el recurso de casación, anulemos la sentencia impugnada, desestimemos el recurso contencioso-administrativo y confirmemos la legalidad de la resolución del Subsecretario de Defensa.

B) El escrito de oposición de don Romeo.

Solicita, en primer lugar, que inadmitamos el recurso de casación porque, a su entender, no hay correlación entre la cuestión en que el auto de admisión advierte interés casacional y las razones expuestas en el escrito de interposición. Explica que de los dos aspectos contenidos en esa cuestión, sobre el primero, la Abogada del Estado llega a la misma conclusión que la sentencia que impugna --corresponde a la Administración en que está encuadrado el puesto calificarlo-- y sobre la segunda afirma que no hay correlación entre lo que pregunta el auto de admisión y las causas sobre las que fundamenta la recurrente la infracción que atribuye a la sentencia.

Apunta al respecto que no es lo mismo pronunciarse sobre quién es el competente para dictar la disposición normativa de asimilación --que es la pregunta del auto de admisión-- que hacerlo sobre si es o no necesaria una disposición normativa que expresamente afirme esa asimilación, que es lo pretendido por la recurrente en casación.

Como quiera que no ha tenido el Sr. Romeo la oportunidad de pronunciarse sobre si el escrito de interposición cumple los requisitos del *artículo 92.3 de la Ley de la Jurisdicción*, afirma que es pertinente poner de manifiesto la causa de inadmisión que ha apreciado, a pesar del tenor de su artículo 92.5, apartado 5, *in fine*.

Subsidiariamente, pide que desestimemos el recurso de casación porque defiende que la recurrente no ha justificado las causas por las que considera que la sentencia de instancia vulnera el *artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007*, ni la jurisprudencia a la que alude en su escrito de preparación.

Observa, en primer lugar, el Sr. Romeo que el criterio apuntado por la sentencia de la Audiencia Nacional, que se pronuncia sobre el artículo 87.1 c) del Estatuto Básico del Empleado Público --la exigencia de un mayor rigor para contrastar el cumplimiento de la asimilación a alto cargo sin que sirva el hecho de que el contrato sea de alta dirección--, no es aplicable aquí. No lo es, dice, porque la Sala de Las Palmas no se apoyó en una mera declaración de la Administración de destino expresada en un contrato sino a la vista de todas las circunstancias, actos y disposiciones normativas, los cuales han sido examinados en la instancia y gozan de la fuerza de hechos probados, irrevisables en casación.

Dice luego que el escrito de interposición parte de defender erróneamente que un puesto sólo puede ser asimilado a alto cargo si la Administración a la que pertenece plasma su decisión de asimilación en una disposición normativa. Esta, sigue exponiendo, no parece ser la solución perseguida por el *artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007*. Recuerda aquí el principio general del Derecho en virtud del cual "las cosas son lo que son y no como se las llame" y afirma que la inexistencia de un precepto que diga expresamente cuándo estamos ante un alto cargo, no significa que el que motiva este litigio no lo sea. El precepto legal, insiste, lo que exige es que los puestos o cargos estén asimilados en rango administrativo a altos cargos. Y esa asimilación ha sido reconocida por la sentencia.

Reitera que la interpretación de dicho artículo defendida por la Abogacía del Estado es errónea y completamente alejada de su literalidad y sostiene que no es lógico ni razonable ver en él la exigencia de un requisito formal que no prevé ni expresa ni tácitamente: una disposición normativa de asimilación expresa. Esa formalidad, continúa, no la requieren tampoco las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Asturias y de Aragón invocadas en el escrito de interposición, las cuales, por otra parte, contemplan supuestos distintos al de autos: se refieren a funcionarios de carrera a los que se aplica una legislación distinta y, a diferencia de lo que ha sucedido aquí, no apreciaron asimilación entre el puesto de nombramiento y alto cargo.

Prosigue su argumentación el Sr. Romeo afirmando que la interpretación propugnada por la Abogacía del Estado no es acorde con el sentido propio de las palabras del artículo 109.1 c), ni concuerda con su espíritu y finalidad. Estos últimos, observa, buscan fomentar y favorecer que los militares de carrera y los de tropa y marinería de larga duración puedan desarrollar su carrera profesional y acceder a puestos de responsabilidad en el sector público, reteniendo así y premiando el talento dentro de la Administración Pública. De seguir la tesis de la recurrente en casación, advierte, "se produciría la consecuencia perversa y (...) no querida por el legislador de restringir enormemente el ámbito de aplicación del precepto", impidiendo así la asimilación a alto cargo de puestos que orgánica, funcional y sustantivamente responden a sus características, que es lo que exige este artículo.

Recuerda que no procede la interpretación extensiva de un precepto en perjuicio de alguien y termina reiterando que la sentencia de instancia no comete ningún error jurídico: no infringe el *artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007* ni la jurisprudencia. En justificación de ello, menciona las normas que, a su entender, permiten llegar a la inequívoca conclusión de que el puesto de Gerente está asimilado a alto cargo.

Se trata (i) del *Reglamento Orgánico de Gobierno y Administración del Excmo. Cabildo Insular de Gran Canaria cuyo artículo 10.4 c )* considera órganos directivos los titulares o subdirectores o asimilados de los máximos órganos de dirección de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales del Cabildo y de los Consorcios a él adscritos; (ii) de la *Ley canaria 9/1997, de 8 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Comunidad Autónoma de Canarias, cuyo artículo 2 d )* considera altos cargos a los presidentes, directores y asimilados de los organismos autónomos y demás entidades de Derecho Público de la Administración autonómica; (iii) de la *Ley canaria 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares, cuyo artículo 78* prevé que los titulares de los órganos directivos sean nombrados, entre otros, entre funcionarios de carrera del Estado; (iv) de los Estatutos del Consorcio, cuyo artículo 8 incluye al Gerente entre los órganos que lo rigen y le dan un carácter esencial e imprescindible; sus artículos 13.6 y 14 confían su nombramiento y su separación al Comité Ejecutivo por mayoría absoluta para lo uno y lo otro; su artículo 14 le califica de personal de alta dirección mientras su artículo 15 precisa sus funciones directivas en cuanto máximo responsable de la gestión de los servicios administrativos económicos del Consorcio y, en fin, su artículo 43.2 dispone que sus actos administrativos son recurribles en alzada ante el Presidente del mismo.

Por último, dice no comprender por qué sostiene la Abogada del Estado que la naturaleza del vínculo laboral del Gerente con el Consorcio impide incluirlo en los apartados del artículo de la Ley 3/1997, de 8 de mayo, de altos cargos de la Comunidad Autónoma de Canarias, pues no identifica de qué artículo se trata y sucede que esa Ley sí es aplicable. Y tampoco comprende por qué el escrito de interposición dice que el *artículo 14 de los Estatutos del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria no se refiere a la Ley 5/2006, de 10 de abril*, de regulación de los conflictos de intereses del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, ni a la Ley 3/1997 cuando hay una remisión genérica a la normativa de incompatibilidades.

**CUARTO.-** *El juicio de la Sala. La estimación del recurso de casación y la desestimación del recurso contencioso-administrativo.*

A) La improcedencia de la inadmisión del recurso de casación.

Hemos de rechazar, en primer lugar, la pretensión de que inadmitamos el recurso de casación. El *artículo 90.5 de la Ley de la Jurisdicción* establece de forma inequívoca que contra las providencias y los autos de admisión o inadmisión no cabrá recurso alguno y, como bien dice el Sr. Romeo, el artículo 92.5 prescribe que en el escrito de oposición no podrá pretenderse la inadmisión del recurso, lo cual es coherente con la previsión anterior. Por tanto, no hacen falta especiales razonamientos para rechazar, como se ha dicho, la inadmisión pretendida.

Es más en el acuerdo no jurisdiccional del pleno de la Sala Tercera de 3 de



noviembre de 2021 (accesible en ) se dice:

#### "IV. SOBRE LA POSIBILIDAD DE HACER EN LA SENTENCIA UNA REVISIÓN O RECONSIDERACION CRÍTICA DE LA VALORACION DEL INTERÉS CASACIONAL HECHA EN EL AUTO DE ADMISIÓN

La sentencia de casación no puede rechazar un recurso (bien inadmitiéndolo o desestimándolo por entender que nunca debió haber sido admitido) bajo la consideración de que la Sección de enjuiciamiento no está de acuerdo con la valoración del interés casacional expresada en el auto de admisión. Debiendo por tanto resolver sobre la cuestión, sin perjuicio de reorientarla o reformularla a la vista del contenido del proceso tal y como queda expuesto en los escritos de interposición y oposición.

Esto es, la sentencia de inadmisión sólo se contempla en la *LJCA para el caso de que el escrito de interposición incurra en los defectos de formalización que indica el apartado 4º, en relación con el 3º, del artículo 92* ".

En último lugar, pero no menos importante, no advertimos la falta de correlación denunciada porque la Sección Primera inquiere sobre la determinación normativa de la asimilación y sobre su rango normativo, que es de lo que habla el escrito de interposición. Este último, se mueve, por tanto, dentro del ámbito trazado por el auto de admisión.

B) Antecedentes no reflejados en la sentencia recurrida que resultan del expediente y de las actuaciones.

Consta en el expediente, y se refiere a ello la demanda, que no es la de autos la primera ocasión en que el Sr. Romeo fue nombrado Gerente del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria. Ya lo fue en 2012 y en esa ocasión y respecto de él se adoptó por el Comité Ejecutivo del Consorcio el acuerdo de 2 de abril de ese año considerando el puesto asimilado a alto cargo "dado el evidente carácter de directivo de las funciones a desarrollar por la Gerencia".

El Sr. Romeo solicitó entonces ser declarado en servicios especiales y el Ministerio de Defensa siguió --seguramente por error-- una doble tramitación llegando a dos resoluciones distintas y contradictorias: una favorable al interesado del General Director de Personal y otra posterior, desfavorable, del Subsecretario. Impugnada esta última por el Sr. Romeo, la *sentencia de 23 de enero de 2015 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas, estimó su recurso n.º 571/2012* , anuló la resolución del Subsecretario y restableció al recurrente en la situación revocada por esta última.

Ahora bien, la razón de decidir fue exclusivamente la, a juicio de la Sala de Las Palmas, ilegalidad de la revocación de la resolución inicial, pero la sentencia no hizo ninguna consideración sobre el alcance del *artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007* , al cual ni siquiera menciona, ni sobre si el puesto de Gerente estaba o no asimilado a alto cargo.

En cumplimiento de esta sentencia, una vez firme, la resolución 562/13398/15, de 2 de octubre, del Jefe del Mando de Personal, declaró al Sr. Romeo en servicios especiales, quien ocupó el cargo entre el 21 de mayo de 2012 y el 1 de diciembre de 2015.

El Sr. Romeo fue nuevamente nombrado Gerente el 10 de agosto de 2018, momento en que solicitó ser declarado en servicios especiales, dictándose al respecto la resolución objeto de este proceso. A fin de no perder su derecho a desempeñar la Gerencia en cuestión, el Sr. Romeo solicitó el 2 de octubre de 2018 pasar a la situación de excedencia voluntaria por interés particular, según explicó en la instancia.

C) La estimación del recurso de casación y la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

Así, pues, los antecedentes expuestos no son determinantes y debemos afrontar por primera vez el problema de fondo.

El auto de admisión nos pide que interpretemos el *artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007, de la Carrera Militar*. Ese precepto dice así:

"Artículo 109. Situación de servicios especiales.

1. Los militares de carrera y los militares de tropa y marinería con compromiso de larga duración, serán declarados en situación de servicios especiales cuando:

(...)

c) Sean nombrados para desempeñar puestos o cargos en Organismos Públicos o Entidades dependientes o vinculados a las Administraciones Públicas que, de conformidad con lo que establezca la respectiva Administración Pública, estén asimilados en su rango administrativo a altos cargos".

Según se ha visto, no hay controversia sobre la cuestión relativa a cuál es la Administración que debe establecer los puestos o cargos asimilados por su rango administrativo a altos cargos. Es aquella a la que pertenecen o en la que se encuadran dichos puestos o cargos. Así lo dice la sentencia de instancia y así lo acepta el escrito de interposición y defiende el de oposición. No es preciso, por tanto, añadir nada más porque, efectivamente, es lo que se desprende sin dificultad del precepto que nos ocupa.

El problema a resolver es el relativo a cómo debe producirse esa asimilación. En este punto, la sentencia considera que no es imprescindible que se haga mediante una disposición y que basta con una consideración de conjunto de la documentación obrante en el expediente, en la que figuran un acto administrativo --el acuerdo del Comité Ejecutivo del Consorcio de 2 de abril de 2012-- y las determinaciones de los estatutos del Consorcio sobre la naturaleza de la vinculación con él del Gerente como personal laboral directivo y sobre el recurso de alzada ante el presidente del Consorcio que cabe contra los actos administrativos que dicte aquél. Y, por su parte, el escrito de interposición mantiene que el artículo 109.1 c) exige que la asimilación se haga a través de una disposición administrativa, tal como entendió en su día el Subsecretario de Defensa.

No se trata, pues, de revisar la apreciación de los hechos efectuada en la instancia, ni de valorar pruebas, sino de saber si es coherente con el precepto que nos ocupa, establecer la asimilación mediante actos administrativos singulares que, a su vez, puedan descansar --o ir acompañados de-- en inferencias extraídas de textos normativos que, sin establecerla, permitan apoyarla. En otras palabras, la tarea que debemos realizar es la interpretación del precepto legal para saber si comprende la

forma de asimilación reconocida por la Sala de Las Palmas.

A la hora de afrontar esa tarea hemos de decir que, aun teniendo un diferente ámbito subjetivo, el *artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007*, sienta una regla idéntica a la del artículo 87.1 c) del Estatuto Básico del Empleado Público, según el cual:

"Artículo 87. Servicios especiales.

1. Los funcionarios de carrera serán declarados en situación de servicios especiales:

(...)

c) Cuando sean nombrados para desempeñar puestos o cargos en organismos públicos o entidades, dependientes o vinculados a las Administraciones Públicas que, de conformidad con lo que establezca la respectiva Administración Pública, estén asimilados en su rango administrativo a altos cargos".

No hay, ciertamente, en estos preceptos la exigencia formal de una disposición que establezca la asimilación, ni la proscripción de que se haga por medio de un acto o acuerdo administrativo. No obstante, la idea que más directamente transmiten es la de que, efectivamente, haya, primero, una disposición, una ordenación, sobre la asimilación y, luego, su aplicación al caso. O, al menos, una disposición en la que se den a la vez los dos pasos mencionados y, desde luego, esa disposición ha de venir del órgano competente para hacer una equiparación de la naturaleza de la que nos ocupa y referirse al puesto o cargo concreto.

Corroboran estas apreciaciones y contribuyen a superar la indeterminación del artículo 109.1 c) los criterios que derivan de la legislación sobre función pública. Esta se caracteriza por la búsqueda de la mayor precisión posible en la definición de las situaciones administrativas y de su contenido. Además, no concibe la de servicios especiales como la situación administrativa ordinaria que constituya la regla en la función pública sino como excepción a ella, tal como muestra el calificativo "especiales". De ahí que sea razonable interpretar los preceptos que se refieren a ella, no en sentido expansivo, sino, al contrario, de forma restrictiva. La lectura de los diversos apartados del *artículo 109 de la Ley 39/2007*, en línea con la del artículo 87 del Estatuto Básico del Empleado Público, confirma la preocupación del legislador administrativo por acotar con la mayor precisión posible los supuestos en que ha de aplicarse.

Igualmente, se debe tener presente que son, principalmente, criterios formales --el encuadramiento orgánico, la forma de nombramiento-- los que se siguen para identificar a los altos cargos tanto por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, en su *artículo 1.2, cuanto por la Ley 3/1997, de 8 de mayo*, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, en su artículo 2. Y, de nuevo, se ha de señalar que la de alto cargo es una categoría especial que no debe ampliarse salvo en los supuestos en que haya un soporte claro.

Así, pues, se ha de concluir que, el precepto que nos ocupa, entendido en el contexto normativo en el que se encuentra, atendiendo a pautas literales, lógicas, sistemáticas y teleológicas, conduce a exigir que, para que proceda la declaración de

servicios especiales conforme al *apartado c) del artículo 109.1 de la Ley 39/2007*, exista una disposición administrativa dictada por el órgano competente en cuya virtud se deba asimilar el puesto o cargo en cuestión a alto cargo. Y que no sea suficiente un acto administrativo como el considerado por la sentencia de instancia.

Además, debemos añadir que el conjunto en que se fija la sentencia de instancia y los elementos que invoca el escrito de oposición no conducen a la conclusión de que el puesto de Gerente del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria deba considerarse asimilado a alto cargo. En particular, es menester recordar que las funciones directivas por sí solas no son definitorias de la condición de alto cargo pues el Estatuto Básico del Empleado Público contempla, dentro del personal de las Administraciones Públicas, al que llama Personal Directivo, al que dedica el artículo 13, sin añadir ninguna connotación a esa calificación.

En definitiva, la interpretación correcta del *artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007* no autoriza a considerar asimilado a alto cargo el puesto de Gerente del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, porque no se ha establecido su asimilación mediante una disposición.

Por todo ello, debemos estimar el recurso de casación, anular la sentencia de la Sección Primera de la Sala de Las Palmas de Gran Canaria y desestimar el recurso contencioso-administrativo.

**QUINTO.-** *La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.*

Los razonamientos anteriores imponen estas respuestas a las cuestiones de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia planteadas por el auto de admisión: conforme al *artículo 109.1 c) de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar*: corresponde al órgano competente de la Administración de pertenencia del cargo o puesto concernido decidir sobre su asimilación a alto cargo mediante una disposición que así lo establezca.

**SEXTO.-** *Costas.*

A tenor de lo establecido por el *artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción*, cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y con las comunes por mitad en el recurso de casación. No se hace imposición de las de instancia por las dudas suscitadas por la cuestión controvertida.

## **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento quinto,

(1.º) Dar lugar al recurso de casación n.º 6897/2020, interpuesto por la Abogada del Estado contra la *sentencia n.º 206/2020, de 11 de mayo, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas* y anularla.

(2.º) Desestimar el recurso contencioso administrativo n.º 498/2018 interpuesto por don Romeo contra la resolución del Subsecretario de Defensa de 19 de septiembre de 2018.

(3.º) Estar respecto de las costas a los términos del último de los fundamentos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.