

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## B) PERSONAL

*SUMARIO. I. DERECHOS: 1. En los puestos de libre designación son indispensables especiales relaciones de confianza entre el funcionario y sus superiores, por lo que éstos están investidos de facultades discrecionales para trasladar a otro destino a quienes los desempeñan. Funcionarios de Telecomunicaciones. 2. Es reiterada doctrina jurisprudencial la que declara el reconocimiento, a efectos de cómputos de trienios, del tiempo de separación del cargo en los supuestos de funcionarios depurados por responsabilidades políticas cuando fuere revisada o dejada sin efecto la anterior Orden o Resolución de separación. 3. Carece de derecho a ingresar en el Cuerpo de Mutilados de Guerra quien previamente ha sido separado del Ejército. 4. Retribuciones complementarias de los funcionarios docentes del Ministerio de Educación y Ciencia. Legalidad del Decreto regulador 1938/1975, de 24 de julio. 5. Las normas reguladoras de pensiones pasivas no pueden interpretarse de manera analógica y no es posible señalar una pensión de viudedad cuando el causante de la misma todavía vive ni tampoco se halla privado de libertad como consecuencia de cumplimiento de condena. 6. Pese a que según el informe del Tribunal Médico Militar el infarto que ocasionó la muerte cuando el afectado no estaba en acto de servicio estaba relacionado con el que anteriormente sufrió estando en acto de servicio, no puede considerarse que el fallecimiento se produjo «como consecuencia del servicio», por lo que no procede reconocer a la viuda el derecho a percibir pensión extraordinaria.—II. INCOMPATIBILIDADES: 1. El Decreto 688/1975, de 21 de marzo, que dictó normas provisionales sobre determinados subgrupos de funcionarios de Administración local no supone una atenuación de los principios que en materia de incompatibilidades establecen los artículos 82 y 83 de la LF en cuanto dicho Decreto establece que en las convocatorias para el ingreso a la provisión de determinados puestos de trabajo correspondientes al subgrupo de técnicos de administración especial podrá establecerse, entre otras causas de incompatibilidad, el ejercicio libre de la profesión, pues dichos preceptos de la LF, que tienen carácter de mínimos, no establecen la imposibilidad del ejercicio de la libre profesión cuando se trate de aquella que es propia del título que se ha exigido al funcionario y siempre que no interfiera en la gestión pública de éste.—III. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Improcedencia de la imposición de sanción disciplinaria sin que esté plenamente acreditada la realización de los hechos constitutivos de la infracción que se trata de sancionar. Indefensión del sancionado ante la falta de concreción de tales hechos. 2. El concepto de imputabilidad penal puede ser estimado con igual valor, a efectos disciplinarios, en la jurisdicción contencioso-administrativa que en la penal, porque el RFCL, en lo que a responsabilidad disciplinaria respecta, no pretende sancionar una conducta sin tener en cuenta la voluntad del autor, sino que necesita que la acción del expedientado sea querida por éste, conociendo la trascendencia y el alcance de la misma.*

## I. DERECHOS

1. *En los puestos de libre designación son indispensables especiales relaciones de confianza entre el funcionario y sus superiores, por lo que éstos están investidos de facultades discrecionales para trasladar a otro destino a quienes los desempeñan. Funcionarios de telecomunicación.*

*Considerandos de la sentencia apelada:*

«El recurrente, don Antonio O. G., suplica en su escrito de demanda, reproduciendo lo ya solicitado en vía administrativa, se anulen las resoluciones de la Dirección General de Correos y Telecomunicación de 3 de mayo y 12 de septiembre de 1972, por las que se trasladó al recurrente a puesto distinto del que hasta entonces servía, y se desestimó el recurso de reposición contra ese traslado desde el Gabinete Telegráfico del Instituto de Cultura Hispánica al Centro Regional de Telecomunicación de Madrid; se reconozca su derecho a seguir desempeñando el cargo que ocupaba en dicho Gabinete o en el lugar que se le asigne en Madrid, de forma que justifique un traslado forzoso por conveniencias del servicio y que no suponga merma de los ingresos que en aquel organismo acreditaba y que la sentencia estime la desviación del poder en que se ha incurrido por la Administración en contra del mismo recurrente, según expresa en el escrito de demanda.

Son hechos derivados del expediente administrativo unido a estos autos: a) Que el señor O. G., jefe de Negociado de 2.ª clase del Cuerpo Técnico de Telecomunicación, por instancia de 11 de junio de 1963, se dirigió al director general de Correos suplicando se digne trasladarle al Gabinete Telegráfico del Instituto de Cultura Hispánica, por jubilación de uno de los funcionarios allí destinados, traslado que, accediendo a lo solicitado, se llevó a efecto con fecha 9 de abril de 1964. b) Con fecha 21 de abril de 1972 el director del Instituto mencionado se dirigió al director general de Correos para que, por conveniencias del servicio del Instituto, envíe un funcionario de esta Dirección General que se haga cargo del Gabinete Telegráfico y Telefónico del Instituto, red oficial y servicio de télex, en sustitución del que hasta ahora venía prestando sus servicios, don Antonio O. G., actual recurrente. c) El director general de Correos, por resolución de 3 de mayo de 1972, dispuso que el señor O. G. pase a continuar sus servicios en la estación centro de Madrid, cesando en su actual destino, siendo nombrado para ocupar ese destino en el Instituto de Cultura Hispánica, en el que cesó el señor O., don Julio M. G. de B. d) Contra la orden de destino recurrió en reposición el señor O., manifestando en esencia que su nuevo destino le supone una degradación, que ha sido dictada con desviación de poder y que viene a ser parte de la discriminación y

persecución de que es objeto. La Subsecretaría del Ministerio de la Gobernación, Servicio Central de Recursos, desestimó la reposición con fecha de 12 de septiembre de 1972 y en el posterior escrito de contestación a la demanda, el abogado del Estado insiste en que se confirmen las resoluciones recurridas.

Al ser destinado el recurrente a prestar servicios en el Instituto de Cultura Hispánica en el mes de abril de 1964, la autoridad ministerial que le nombró (Dirección General de Correos y Telecomunicación) hizo uso de las normas contenidas en la Orden sobre provisión de destinos y traslados de 23 de mayo de 1944, cuyo preámbulo justifica lo que dispone en virtud de la índole del servicio de correos y telecomunicación como excepción o regla especial a las normas sobre provisión de destinos de los funcionarios del Estado dependientes del Ministerio de la Gobernación, normas generales contenidas en el Decreto de 2 de noviembre de 1940. Una de las especialidades de estos destinos, excepción a la norma general de inmovilidad de los funcionarios, es el artículo 8.º de dicha Orden, al disponer que la provisión de vacantes según las normas que anteceden no atribuyen inmovilidad absoluta en el destino, ya que, añade, la Dirección General podrá declarar vacante una plaza cuando estime que se ha producido desgaste, incompatibilidad o conveniencia de la sustitución. Esto así, la normativa en que se inserta la Orden de referencia, de 23 de mayo de 1944, y la fecha de abril de 1964 en que el recurrente tomó posesión de su destino en el Instituto de Cultura Hispánica, consistió primeramente en la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, en cuyo artículo 23, 3. que determina que los Cuerpos especiales, cual el de pertenencia del recurrente, se rigen por sus disposiciones especiales y exceptúa expresamente de la aplicación a estos Cuerpos las disposiciones sobre provisión de puestos de trabajo (capítulo V de la sección 2.ª del título III, relativo a los funcionarios de carrera); ello evidencia la *mens legis* de dejar subsistentes disposiciones anteriores especiales para el servicio de correos y telecomunicación. Por ello, y dada esa especialidad, declarada en el mencionado artículo 24-3 de la Ley de Funcionarios, no afecta a la Orden de 23 de mayo de 1944 el cuadro de derogaciones que contiene el Decreto 4157/1964, de 23 de diciembre, ni en su relación expresa de disposiciones derogadas, ni en su norma general del artículo 2.º, ya que precisamente la Ley de Funcionarios, como se ha visto, respeta la regulación especial de los Cuerpos especiales, por lo que no se opone a dicha Ley, que subsiste, entre otros, la tan repetida Orden de 1944, y, por tanto, la validez actual del traslado de que, al amparo de la misma, fue sujeto el recurrente.

Según el criterio mostrado en el escrito de demanda, la Orden de 23 de mayo de 1944 fue derogada por el expresado Decreto 4157/1964, ya que, en opinión del recurrente, aquella Orden se dictó para desarrollar el Decreto de 2 de noviembre de 1940 y al ser expresa-

mente derogado éste por el citado de 1964, también lo han sido las normas que se dictaron para desarrollarlo. Pero este criterio es inaceptable, aparte de por lo expuesto en el anterior considerando, porque basta leer el preámbulo de la tan repetida Orden para cerciorarse que no se dictó para desarrollar el Decreto de 2 de noviembre de 1940, sino para hacer notar que no estaban incluidos en él los funcionarios de correos dadas las especialidades de este servicio. Por lo tanto, hay una perfecta compatibilidad de lo dispuesto en la Orden de 1944 con las normas posteriores y con las contenidas en la Ley de Funcionarios, lo que impide estimar que haya sido derogada por normas posteriores de una forma tácita como norma de inferior rango, ya que este rango lo atribuye dependencia de lo dispuesto en la Ley de Funcionarios al formar parte del régimen especial en éste dispuesto (artículo 24, 3), y no respecto de otras normas, como el Decreto citado de 1940, relativo a normas sobre traslado de otros funcionarios, por lo que la derogación expresa de éste no puede arrastrar la de una norma que si bien es de inferior rango no le está subordinada. No hay, en definitiva, entre los normas derogadas por el Decreto de 1964, y la Orden de 1944, citados repetidamente, la incompatibilidad conceptual o virtud determinante de una derogación tácita, ni se dan las circunstancias a que se refiere para esta derogación el artículo 2.º, número 2, del título preliminar del Código Civil. Por lo que el traslado de puesto o de plaza recurrido en estos autos no cabe estimarlo contrario al ordenamiento jurídico aplicable.

El recurrente aduce reiteradamente la desviación de poder en que han incurrido las resoluciones impugnadas, desviación que sin citar normas concretamente infringidas hace consistir en la persecución de que se estime objeto y en las medidas de tipo disciplinario, o equiparables a ese carácter, que hubo de sufrir el propio recurrente, según expone en sus escritos en la vía administrativa y en estos autos. Es preciso observar que el traslado del recurrente en 1964 del Instituto de Cultura Hispánica al Centro Regional de Madrid se originó en la comunicación que el director de dicho Instituto dirigió al director general de Correos en la resolución que este último adoptó a tenor de la Orden de 23 de mayo de 1944 invocando las conveniencias del servicio, derivadas según se deduce de lo actuado principalmente de la negativa del recurrente a hacerse cargo de los servicios de red oficial y télex radicados en el mismo Instituto, servicios que, según informe de la Jefatura del Centro Regional de Madrid y del jefe de la Sección de Personal de la Dirección General de Correos (traído a los autos en la fase probatoria), se llevan sin necesidad de otra autorización por los Gabinetes telegráficos existentes en Madrid por costumbre generalizada dado su carácter oficial; en todo ello, y de las apreciaciones de carácter subjetivo que hace el recurrente, no se ve que al ser trasladado se ejercitasen las potestades administrativas, como exige el artículo 83, 3, de la Ley de lo Contencioso, para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico; como lo com-

prueba que la jurisprudencia reiterada —sentencias, entre otras, de 24 de febrero de 1971, 13 de junio de 1970 y 30 de septiembre de 1972— exija para que concorra la desviación de poder: a) Un incumplimiento, similar al abuso de derecho, del uso de la discrecionalidad obligatoriamente presupuesta en el acto de la Administración pública impuesto por una norma legal específica. b) Al existir una presunción de legitimidad en la actuación administrativa de naturaleza *juris tantum*, es preciso la prueba en contrario, prueba que el recurrente no ha obtenido en estos autos. c) Esta prueba en contrario debería haberse encaminado a demostrar que la Administración pretendía fines distintos de los queridos por el ordenamiento jurídico, bien a través de la certeza y no mera sospecha de una intencionalidad torcida o desviada; sin que basten los errores de interpretación o de aplicación de las normas, o bien con un ánimo deliberado de favorecer a determinadas personas. Por tanto, no puede verse desviación de poder en supuestos como el que es objeto de este recurso, en que la Administración, por conveniencias del servicio, al amparo de una norma, dispuso de un puesto de trabajo. A esta conclusión no obsta, y es indiferente a los efectos del sentido del fallo, que el recurrente realice funciones en su nuevo destino no acordes con su categoría administrativa, ya que esto no es el objeto del recurso sino el traslado, o resolución que lo acordó, de su anterior puesto de trabajo. Es procedente, en consecuencia, estimar que la Administración en las resoluciones impugnadas actuó de acuerdo con el ordenamiento jurídico aplicable y, que, en definitiva, debe declararse no haber lugar al recurso contencioso objeto de estos autos.»

*Considerandos del Tribunal Supremo:*

«El actor, perteneciente al Cuerpo Técnico de Telecomunicación, que prestaba sus servicios en el Gabinete Telegráfico del Instituto de Cultura Hispánica, fue trasladado a petición del director del Organismo, asignándosele nuevo destino, por resolución de la Dirección General de Correos y Telecomunicación, fundamentada en la conveniencia del servicio, acto administrativo confirmado por la sentencia apelada, impugnados en esta segunda instancia, alegando el recurrente desviación de poder, ya que el traslado encubre en realidad una sanción disciplinaria y que no podía ser removido de su anterior cargo, sino en virtud de expediente en que se probase que había cometido infracción de sus deberes como funcionario.

El ejercicio de la potestad discrecional de la Administración precisa dos requisitos: una norma habilitante que le confiera esta facultad, sin la cual no existe discrecionalidad, en virtud del principio de legalidad, como así se desprende de los artículos 40, 48 y 115 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y que la actuación administrativa persiga el fin de buen servicio previsto por la Ley o la disposición que se le conceda, que justifiquen su utilización y las medidas concretas que adoptan y no la prosecución de finalidad diferente, tal como se define

en el artículo 83 de la Ley Jurisdiccional, siendo, en consecuencia, estos dos aspectos los que debe examinarse si concurren en el presente caso.

El artículo 8 de la Orden de 23 de mayo de 1944 dispone que la provisión de vacantes en destinos de elección, en el Cuerpo Especial de Telecomunicación, no atribuye inamovilidad absoluta en el cargo, pudiendo la Administración declarar vacantes estas plazas cuando estime que se ha producido desgaste, incompatibilidad o conveniencia en la sustitución, norma que se halla vigente como reconoce el artículo 24, 3, de la Ley articulada de 7 de febrero de 1964, debiendo tenerse presente que, incluso para los Cuerpos generales de funcionarios, el artículo 55 de dicha Ley permite que la Administración de la que dependen, siempre que respete la residencia del funcionario en la misma población, pueda designarle un nuevo destino, ya que no se le reconoce inamovilidad en un concreto puesto de trabajo, como han declarado entre otras las sentencias de esta Sala de 21 de diciembre de 1972 y 11 de diciembre de 1975, de donde se concluye que la Dirección General de Correos y Telecomunicación contaba con la adecuada cobertura legal para utilizar su potestad discrecional.

Cuando se trata de destinos de elección, dentro de los que pueden encomendarse a un funcionario, la apreciación de lo que debe entenderse como necesidades o conveniencias del servicio, a los efectos de estimar la legalidad y oportunidad de remover a quien lo desempeña, supone que la Administración goza de un margen de valoración de las circunstancias superior al supuesto en que se ocupase un cargo de plantilla que deba cubrirse de forma reglada, en el cual el funcionario no podría ser trasladado a otro destino, salvo a petición propia, o como consecuencia de expediente disciplinario, ya que en los destinos de libre designación son indispensables especiales relaciones de confianza entre el funcionario y sus superiores y, por lo tanto, el recurrente, al negarse a efectuar determinados servicios anejos al Gabinete Telegráfico, como el telefónico y el de télex, que no se han demostrado incompatibles con las tareas propias del Cuerpo de funcionarios al que pertenece el interesado, quien no necesitaba que para ello fuese autorizado por el subsecretario del Ministerio de la Gobernación, como éste aducía, ocasionó una de las situaciones de sustitución, contempladas en la Orden de 23 de mayo de 1944, sin que la Administración, al hacer uso de las facultades que dicho precepto le otorgaba, contemplase otra finalidad distinta que la buena marcha del servicio.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 14 de junio de 1978.*)

2. *Es reiterada doctrina jurisprudencial la que declara el reconocimiento, a efectos de cómputos de trienios, del tiempo de separación del cargo en los supuestos de funcionarios depurados por responsabilidades políticas cuando fuere revisada o dejada sin efecto la anterior Orden o Resolución de separación.*

«En el presente proceso administrativo se impugnan Resoluciones del Ministerio de la Gobernación, de 6 de mayo y 2 de agosto de 1975, confirmatoria ésta de la anterior en vía de reposición, por las que se revisó, al amparo del artículo 11 de la Ley de 10 de febrero de 1939, el expediente de depuración político-social del actor, funcionario del Cuerpo Técnico de Correos, dejando sin efecto la sanción de separación definitiva del servicio que se le impuso mediante Resolución de 16 de septiembre de 1940 en virtud de la normativa antes citada, impugnación que se ejercita en cuanto contraída a la decisión o pronunciamiento adicional que las Ordenes recurridas incorporan, a saber, el no reconocimiento al funcionario hoy recurrente de años de servicio, a efectos de cómputo de antigüedad para perfeccionar trienios, del tiempo transcurrido desde el 16 de septiembre de 1940, fecha de la resolución sancionadora, hasta el día en que cumplió la edad de jubilación forzosa; siendo de notar que el allanamiento del representante de la Administración estatal demandada no implica, a tenor del artículo 89, 2, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, que automáticamente proceda el acogimiento de la pretensión actora y consiguiente sentencia estimatoria del recurso, sino el pronunciamiento de la sentencia "que se estime justa", en los términos literales del indicado precepto legal.

Es reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, de la que constituyen manifestación, entre otras, las sentencias de, 14 de noviembre de 1966, 3 de abril de 1968, 31 de marzo de 1973, 18 de febrero de 1974 y 20 de octubre de 1976, la que declara el reconocimiento, a efectos de cómputo de trienios, del tiempo de separación del cargo en los supuestos de funcionarios depurados por responsabilidades políticas en virtud de la Ley de 10 de febrero de 1939 y demás normas aplicables, cuando fuere revisada y dejada sin efecto la anterior Orden o Resolución de separación, doctrina hoy incorporada por vía de Derecho positivo al ámbito de la Administración local, mediante el artículo 1.º del Decreto 564/1975, de 13 de marzo; y al ser coincidente la pretensión actora básica con la doctrina jurisprudencial invocada, procedente es acoger aquélla y estimar el recurso, según entiende el representante de la Administración demandada en virtud de su posición procesal de allanado, lo que supone la anulación de las Ordenes ministeriales impugnadas en el particular o extremo antes referido.

No cabe sustentar idéntica conclusión por lo que respecta al segundo pedimento contenido en el suplico de la demanda, ajeno ya, además, al planteamiento estricto de la vía administrativa—recurso de reposición—, cual es lo relativo a que se declare el derecho del actor a que, a efectos de su pensión de jubilación, le sea revisado el cómputo de trienios que se le hiciera en su día, con efectos retroactivos en cuanto al percibo de las diferencias correspondientes, pues, sobre no ser este extremo objeto de impugnación en el recurso previo ante la Administración demandada, lo cierto es que se pretende la revisión jurisdiccional de actos administrativos ajenos al expediente administrativo aquí contemplado, que desde la perspectiva del presente recur-

so asumen el carácter de actos de futuro, con la consecuente irrevocabilidad de los mismos según conocida doctrina jurisprudencial que, por reiterada, excusa su cita en detalle, produciéndose así la estimación parcial del recurso y consiguiente anulación de las Ordenes ministeriales recurridas en el pronunciamiento o extremo contenido en el segundo párrafo de la originaria, emitida con fecha de 6 de mayo de 1975, al no ajustarse en este particular al ordenamiento jurídico, conforme a lo prevenido por el artículo 83, 2, de la Ley de esta Jurisdicción.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 30 de junio de 1978.*)

3. *Carece de derecho a ingresar en el Cuerpo de Mutilados de Guerra quien previamente ha sido separado del Ejército.*

«Lo que el actor pretende en el presente recurso contencioso-administrativo es que se declare su derecho a ingresar en el Cuerpo de Mutilados, para lo cual solicita que se anule, revoque o deje sin efecto la Orden dictada por el Ministerio del Ejército el 12 de julio de 1945, que fue la que acordó su separación del servicio y el pase a la situación de retirado, en virtud de actas del Tribunal de Honor reunido en Valencia los días 8 y 26 de febrero de 1944 y de posterior acuerdo del Consejo Superior del Ejército de los días 27 de julio de 1944 y 7 de marzo de 1945.

El artículo 1 de la Ley de 26 de diciembre de 1958, que reorganiza el Cuerpo de Mutilados, califica a éste como uno de los Cuerpos que integran el Ejército, declarando a cuantos formen parte de él sujetos a la jurisdicción militar, lo que significa la absoluta incompatibilidad entre poder ingresar en tal Cuerpo y no poder pertenecer al Ejército, puesto que al mismo tiempo se pertenecería a parte de él —es decir, a uno de los Cuerpos que lo forman—, y sin embargo no se podría pertenecer al todo, por lo que la condición previa para que el actor pudiera conseguir su pretensión sería la anulación o revocación de la Orden que lo separó del Ejército, ya que mientras ésta se halle en vigor existe un impedimento legal de pertenecer a cualquiera de los Cuerpos que lo integran.

Es precisamente por esta razón por la que esta Sala, antes de resolver el presente recurso, y viendo el obstáculo que se oponía a las pretensiones del actor, quiso conocer el resultado del recurso interpuesto para dejar sin efecto la Orden que lo separaba del Ejército, así como las circunstancias que habían concurrido en su muy específica situación, aparentemente contradictoria entre su petición de ingreso en la masonería en 1935 y su conducta antes y durante la Guerra Civil, ya que fue juzgado y condenado en la zona republicana por un Tribunal popular y condenado por auxilio a la rebelión, posteriormente pasa a zona nacional y después de participar activamente en ella alcanza el empleo de teniente provisional de Caballería en el año 1938; pero una vez conocida la sentencia, y visto que ésta desestimó la demanda mediante la que se combatía la desestimación del re-

curso de revisión interpuesto contra la Orden de separación del Ejército de 12 de julio de 1945, este acuerdo de separación, hoy por hoy, es firme y de momento constituye un obstáculo insalvable para que la demanda del presente recurso pueda prosperar.

No puede admitirse la tesis del actor de que la separación del Ejército significa la privación de sus derechos pasivos, puesto que la Orden de separación que impugna estableció que tenía derecho a ello, según lo dispuesto en la Ley de 25 de noviembre de 1944, y ésta, a su vez, se remite a las de 13 de diciembre de 1943 y 1 de marzo de 1940, la última de las cuales es plenamente aplicable al caso del actor, ya que regula la situación de quienes fueron separados del servicio, pese a la propuesta favorable de los Tribunales de Honor, mientras que la segunda, en su artículo 2, establece las pensiones de retiro, según los años de servicio; pero cualquiera que sea la situación del actor respecto a sus derechos pasivos, ésta no es cuestión debatida en el presente recurso, que queda reducido a resolver si tiene o no derecho a ingresar en el Cuerpo de Mutilados, y es indudable que son cosas distintas la percepción de esas pensiones pasivas y la pertenencia en activo a uno de los Cuerpos que integran el Ejército, por lo que, si percibe derechos pasivos, el hecho de no ingresar en el Cuerpo de Mutilados no equivale a su privación, y en todo caso, al tratarse de cuestiones perfectamente diferenciables y sin ninguna relación entre sí, es perfectamente compatible percibir pensión de retiro por los servicios prestados en el Ejército, y sin embargo no poder ingresar en el Cuerpo de Mutilados, por existir un obstáculo, por ahora insalvable, cual es haber sido separado de él; todo lo que antecede, sin perjuicio de que el actor, si lo estima procedente, solicite que le sean aplicados bien la amnistía, bien el indulto, con las consecuencias que ello pudiera tener respecto de la Orden de 12 de julio de 1945 que le separó del Ejército.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 2 de junio de 1978.*)

4. *Retribuciones complementarias de los funcionarios docentes del Ministerio de Educación y Ciencia. Legalidad del Decreto regulador 1938/1975, de 24 de julio.*

«Mediante el presente proceso administrativo se impugna directamente por los recurrentes, catedráticos de Institutos Nacionales de Enseñanza Media, el Decreto 1938/1975, de 24 de julio, regulador de las retribuciones complementarias de los funcionarios docentes del Ministerio de Educación y Ciencia, sin que esta modalidad de ejercicio de la acción contenciosa frente a citada disposición general con base en el artículo 39, apartados 1 y 3, y una vez producida la desestimación presunta, por silencio administrativo, del previo recurso de reposición entablado ante el Consejo de Ministros, plantee problema formal alguno, de carácter previo, que impida la inmediata entrada en el examen del fondo del asunto.

Los actores aducen la nulidad del Decreto impugnado con base en diversos motivos, de carácter general o más amplio el primero, y de orden más concreto en cuanto referido a preceptos determinados de la norma, los restantes; motivos que, agrupados sistemáticamente, para su más ordenado examen y decisión, pueden enunciarse del siguiente modo: a) Cuestión atinente a la alegada incompetencia y consiguiente nulidad absoluta del art. 47, 1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo por parte del Ministerio de Hacienda para formular la propuesta al Consejo de Ministros, por entender que dicha facultad, y no sólo la de iniciativa en la elaboración de la norma reglamentaria, viene atribuida al Ministerio de Educación y Ciencia, según dispone el artículo 5.º, 2 de la Ley 31/1965, de 4 de mayo, sobre Retribuciones; vicio de incompetencia que si bien en el tratamiento argumental de los demandantes queda ceñido al artículo 2.º del impugnado Decreto, se proyectaría —al recaer en el tema de la jornada de trabajo de los funcionarios docentes, principio orientador de toda la regulación ulterior de los complementos, singularmente del de dedicación especial— a la norma reglamentaria como un todo; b) Infracción, por los artículos 5.º y 6.º de la disposición general fiscalizada, de la jornada normal de trabajo del Profesorado de Enseñanza Media, reconocida por Orden ministerial de 8 de agosto de 1960 y confirmada por sentencia de 19 de mayo de 1971; c) Fijación discrecional y eventualmente arbitraria de la cuantía de los complementos de dedicación especial y de destino académico, con alegada infracción del Decreto general sobre retribuciones complementarias de los funcionarios civiles del Estado de 13 de abril de 1972, al apartarse de los módulos y criterios objetivos de asignación de estos complementos, así como improcedente admisión del llamado "índice de preparación", del artículo 7.º, 2 del Decreto recurrido, para la determinación cuantitativa de las horas extraordinarias docentes; d) Ilegalidad, con base en supuesta infracción del principio de jerarquía normativa, de la regulación de fondo contenida en determinados extremos del artículo 6.º, sobre complemento de dedicación exclusiva, con alegación de arbitraria regulación de las actividades sujetas a declaración de compatibilidad en el apartado 4 del citado precepto reglamentario, así como atribución al artículo 8.º, en el otorgamiento del régimen de dedicación exclusiva, de un tratamiento graciable en lugar de configurarlo como un derecho subjetivo de los funcionarios docentes que deseen acogerse al mismo; y, finalmente, e) Ilegalidad de las disposiciones transitorias 1.ª y 2.ª, por la supuesta supresión de incentivos y la forzosa imposición a todos los docentes del sistema de dedicación plena; así como de la disposición final 3.ª, determinante de la entrada en vigor de la norma impugnada, con referencia al día 1 de octubre de 1975, al dar lugar a un retraso de cuarenta meses en la percepción de complementos, por no haber establecido la vigencia desde el 1 de junio de 1972, fecha de aplicación del Decreto 889/1972, de 13 de abril, que reguló definitivamente, con carácter

general, para la Administración Civil del Estado, el régimen retributivo de los complementos de sueldo; cuestiones que por el mismo orden de enunciación se analizan en los fundamentos siguientes.

Efectivamente, el artículo 2.º, 1 del Decreto impugnado, al señalar la jornada normal, horario de trabajo semanal de los funcionarios docentes en aquél comprendidos, lo hace "con los efectos de equivalencia previstos en el artículo 5.º, número 2, de la Ley 31/1965, de 4 de mayo", es decir, la usualmente conocida como Ley de Retribuciones; y por ello aciertan los actores cuando dicen que en virtud de este último precepto legal, la fijación de las equivalencias de la jornada de trabajo base o normal la hará el Gobierno en cada caso, si bien, dada la naturaleza de la función, a propuesta de los Ministerios interesados y previo informe de la Comisión Superior de Personal; pero ese mismo acierto no preside el resto de la argumentación, al imputar manifiesta incompetencia al Ministerio de Hacienda, proponente al Gobierno de la norma impugnada, si se tiene en cuenta que el artículo 2.º citado no innova el ordenamiento jurídico en este punto de señalar la equivalencia de la jornada de trabajo para el funcionariado docente, es decir, no fija en rigor por vez primera la jornada de trabajo u horario semanal de dicho personal docente, sino que se limita, por lo que afecta a los catedráticos de Enseñanza Media recurrentes, a reproducir lo al efecto establecido por el Decreto de 11 de noviembre de 1971, dictado precisamente a propuesta del Ministerio de Educación y Ciencia, en cuya norma se determinó la equivalencia de la jornada de trabajo de los catedráticos y profesores de Institutos Nacionales de Enseñanza Media y de los Institutos Técnicos de Enseñanza Media, fijando en sus artículos 1.º y 2.º la jornada completa de veinticinco horas semanales y la lectiva mínima de dieciocho horas, en Bachillerato, por lo que al ser ello así, limitándose la norma impugnada a recoger lo ya establecido por el Gobierno, a propuesta del Ministerio interesado, no se produce la denunciada incompetencia generadora de la nulidad radical postulada por los actores.

El mantenimiento que pretenden los actores de la jornada normal de trabajo, en su función docente, conforme a los términos en que aquélla fue fijada por Orden de 8 de agosto de 1960, para de aquí, de esta premisa, inferior la ilegalidad de los artículos 5.º y 6.º del Decreto 1938/1975, al supeditar la percepción de los complementos de dedicación plena y exclusiva docentes al desarrollo, por el profesorado; de un horario semanal de treinta horas, para el primero, y de cuarenta y dos para el segundo, con la consiguiente proporcional reducción de horario mínimo lectivo, el mantenimiento de dicha jornada decimos es inaceptable, por cuanto, cabalmente, el régimen de retribuciones complementarias en lo que atañe al complemento de dedicación especial, en sus dos modalidades enunciadas, toma como base para la percepción de esta retribución, según dispone el artículo 99, en sus dos apartados, de la Ley articulada de Funcionarios de la Administración Civil del Estado, una prestación de jornada superior a la normal, y de

aquí que a partir del régimen retributivo derivado de esta básica norma legal y de la especificación normativa que supone la Ley 31/1965 no quepa mantener la eficacia de mencionada Orden ministerial para intentar desvirtuar la legalidad de la regulación, en cuanto a exigencia de horario semanal y del mínimo de horario lectivo, contenida en los mencionados artículos 5.º y 6.º de la norma reglamentaria cuestionada.

Los actores imputan discrecionalidad y riesgo de utilización arbitraria de la misma al Decreto impugnado, al dejar éste a la libre decisión del Ministerio de Hacienda la fijación de la cuantía de los complementos de dedicación plena y exclusiva docentes para cada supuesto y sin otro requisito garantizador que la previa propuesta de la Junta Central de Retribuciones, tal como establecen el artículo 5.º, 2 —para el complemento de dedicación plena docente—, y el artículo 6.º, 5 —en lo relativo al de dedicación exclusiva—; mas olvidan al argumentar de tal modo y al tomar como referencia objetivada, en lo que en este punto de las cuantías atañe, el Decreto de retribuciones complementarias de 13 de abril de 1972 (singularmente en su artículo 7.º, 2, por remisión al valor en pesetas de la hora extraordinaria del artículo 6.º), que: a) de una parte tan sólo respecto al llamado en este último Decreto "complemento de prolongación de jornada", recibe el complemento de dedicación especial una cuantificación con arreglo a criterios más o menos objetivos, en cuanto preestablecidos, mas sin que exista un absoluto paralelismo entre esta modalidad y la dedicación plena docente, dada la singularidad de la tarea prestada en la enseñanza y sin que el artículo 9.º del Decreto 889/1972, que se acepta como norma-modelo o punto de referencia, contenga en cuanto al complemento de dedicación exclusiva criterio objetivo alguno para fijar su cuantía en cada supuesto, y de otra parte y fundamentalmente, b), que precisamente en virtud de las peculiaridades que reviste la función docente, fue el propio Decreto 889/1972, de 13 de abril, en su artículo 5.º, 3, el que estimó conveniente no asimilar la regulación del complemento de dedicación especial en sus diversas modalidades al contemplado por dicha norma con carácter general para los funcionarios civiles del Estado, remitiendo así al Gobierno a una ulterior regulación, a propuesta del ministro de Hacienda y previo informe de la Comisión Superior de Personal, en la que —atendidas tales peculiaridades— se estableciesen no sólo las modalidades del régimen de dedicación especial, sino también «las cuantías de las mismas», por lo que dicha discrecionalidad, atribuida al ministro de Hacienda, proponente del Decreto impugnado, según establecen los artículos 5.º y 6.º en el particular ahora recurrido, no implica infracción de los criterios y reglas objetivos del Decreto base 889/1972, sino desarrollo y especificación en régimen singular y dadas las especiales características de la función docente del artículo 5.º, apartado 3, que actúa de habilitación para emanar el Decreto cuya legalidad ahora nos concierne; a ello ha de añadirse que tampoco

cabe invocar un criterio preestablecido para determinar la cuantía del complemento de dedicación especial por vía de norma con rango de ley a la cual hubiera de atenerse el Decreto combatido, pues el artículo 10 de la Ley 31/1965, de Retribuciones, dispone que "el régimen de los complementos de sueldo... se fijará por el Consejo de Ministros a propuesta del ministro de Hacienda y a iniciativa de los ministros interesados, previo informe de la Comisión Superior de Personal, atendiendo a las circunstancias de cada caso", evidenciándose así la inexistencia de infracción del principio de jerarquía normativa, en este extremo de la fijación de cuantía por parte de la disposición general recurrida.

Contrariamente a lo antes alegado para fundar la presunta ilegalidad del Decreto impugnado, los actores entienden improcedente el sistema objetivo previsto para determinar el valor en pesetas de las horas extraordinarias docentes, tal y como aparece regulado en el artículo 7.º, apartado 2, de la norma en cuestión por entender que para ello basta con multiplicar el módulo fijado por el Consejo de Ministros por el coeficiente del Cuerpo o plaza a que pertenezca el funcionario docente, sin que deba entrar en juego el llamado "índice de preparación", que, en gradación de uno a cuatro, ha de fijar la Junta de Retribuciones del Departamento y que actúa como nuevo factor multiplicador; mas no se trata aquí de que la preparación de cada funcionario venga o no implícitamente valorada en el correspondiente coeficiente del Cuerpo o plaza, sino de que una vez más la singularidad de la función docente reclama la adopción de criterios de rendimiento no estrictamente cuantitativos, sino cualitativos, que hacen exigible para una justa ponderación de la productividad en cada puesto de trabajo atender al mencionado factor o elemento, habiéndose, pues, de retirarse a este propósito el amplio marco de valoración de las peculiaridades de la función docente, incluso en el punto concreto de la cuantía que contempló el Decreto 889/1972 para deferir a ulterior norma del mismo rango una regulación, por fuerza específica, de los complementos de dedicación especial en sus distintas modalidades, entre las que se encuentra, como detalla el artículo 5.º, 2, de este último Decreto, el abono de horas extraordinarias, por lo que este motivo impugnatorio no puede tampoco ser acogido.

El tan repetido Decreto 1938/1975, de 24 de julio, objeto de la presente impugnación, no se limitó, es cierto, a regular las diversas modalidades del complemento de dedicación especial y sus respectivas cuantías, sino que, en atención a las razones expuestas en su preámbulo, vino a constituir una nueva regulación del complemento de destino, adjetivándole de académico, contenida en el artículo 3.º de la norma fiscalizada; mas esta regulación se ajusta al concepto que esta modalidad retributiva presenta en el artículo 98, 2, de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado y el hecho de que el apartado 2 de dicho artículo 3.º, en orden a la fijación de tal complemento de destino, no siga lo dispuesto por el artículo 2.º del Decreto de 13 de

abril de 1972, en cuanto a la asignación de niveles a cada puesto de trabajo conforme a la escala del anexo de esta norma, no arguye en modo alguno en favor de la ilegalidad postulada, habida cuenta, por una parte, que el sistema de fijación arranca de una previa determinación, a cargo de la Junta Central de Retribuciones, de los puestos docentes en los que concurren las circunstancias justificativas de esta percepción complementaria ("particular preparación técnica o que impliquen especial responsabilidad") y, de otro lado, que nos hallamos, en definitiva, ante una modificación por norma de igual rango de la regulación anterior de este complemento (contenida en el artículo 2.º del Decreto tantas veces aludido de 13 de abril de 1972), sin que se quebrante tampoco el principio o criterio objetivado contenido en norma legal a la que viniese vinculado el desarrollo por vía reglamentaria, pues ya se expuso la amplia configuración con que se produce en este ámbito el artículo 10 de la Ley de Retribuciones antes transcrito, lo que nos conduce a la misma conclusión desestimatoria mantenida en anteriores fundamentos.

Se pone en tela de juicio la regulación sustantiva que el artículo 6.º de la norma impugnada realiza del complemento de dedicación exclusiva docente, mas ninguno de los argumentos aducidos por los recurrentes puede prosperar si tenemos en cuenta: a), que si bien el régimen general del artículo 9.º del Decreto 889/1972 tan sólo requiere para percibir el complemento de dedicación exclusiva el desempeño de puesto de trabajo que implique incompatibilidad con otra actividad lucrativa, pública o privada, en este caso el quehacer docente justifica además la exigencia de una jornada o dedicación horaria semanal, y lectiva más prolongada que la de los demás regímenes; b), que no se da la denunciada discriminación entre el profesorado de enseñanza universitaria y el que imparte la docencia en la enseñanza media al permitir el artículo 6.º, 4, apartado b), tan sólo a los primeros la excepcional compatibilidad con la participación en actividades investigadoras de los organismos oficiales allí reseñados, pues planteando el problema en términos generales, el máximo rango docente comporta la permisión de la actividad de investigación en cuanto inherente al nivel universitario, máxime a través de la colaboración o de los trabajos en órganos investigadores tan cualificados y oficiales como los que dice la norma; c), que la imputación de arbitrariedad que los actores hacen al artículo 6.º, 4, el Decreto, al regular el régimen de prohibición y de incompatibilidades, carece en absoluto de fundamento, ya que, en primer término, algunos de los conceptos que entienden debieran quedar sujetos a compatibilidad, tales como derechos de autor por la publicación de libros docentes, labor de extensión cultural, etc., parecen, *prima facie*, encajar en la enumeración de supuestos comprendida en los apartados letras c) y d) de este precepto, y además esta cuestión, en la que subyace un planteamiento *de lege ferenda*, ha de encontrar su cauce más adecuado en la vía de actos administrativos concretos que determinen si

procede o no la compatibilidad con las actividades que los catedráticos recurrentes entiendan incluidas en el precepto y, finalmente, *d*), que los términos en que se halla redactado el artículo 8.º del Decreto no permiten aseverar que la Administración educativa se reserve facultades discrecionales para otorgar o no a los funcionarios docentes el régimen de dedicación especial (plena o exclusiva) al que se hayan acogido, pues el precepto tan sólo atribuye a la Junta de Retribuciones del Departamento la competencia para la determinación de los funcionarios incluidos en uno u otro régimen, sin más limitación que la derivada de la cobertura presupuestaria, por lo que no se produce la denunciada vulneración del artículo 99 de la Ley articulada de Funcionarios de 7 de febrero de 1964.

Igualmente aparece clara la legalidad de las dos primeras disposiciones transitorias del Reglamento impugnado y así la primera no suprime los incentivos, sino que mantiene el abono de esta especial percepción, según el régimen y en las condiciones del Decreto 889/1972 (disposición transitoria 3.ª), con la única salvedad lógica de su no abono a los funcionarios que presten jornada inferior a la normal, en consonancia al requisito básico para su disfrute, que estableció la Ley de Funcionarios Civiles, artículo 101, párrafo 4.º, y el artículo 10 del Decreto de 13 de abril de 1972, por lo que afecta a la transitoria segunda, de su texto no se desprende en modo alguno, como quieren los actores, la obligatoriedad para todos los funcionarios docentes del régimen de dedicación plena, pues la única jornada de trabajo normal que, a partir de la vigencia del Decreto se suprime, es la que con carácter "a extinguir" prevé el artículo 2.º, 1, *d*), de la norma impugnada, referido, además, a la enseñanza de nivel universitario impartida en Facultades, Escuelas Técnicas Superiores y Colegios Universitarios, por lo que las pretensiones de nulidad frente a estas normas han de decaer, al igual que las anteriores.

Finalmente, los recurrentes aducen que la entrada en vigor del Decreto 1938/1975, con el consiguiente devengo de las retribuciones complementarias del mismo, que la disposición final tercera fija en la fecha de 1 de octubre de 1975, debió producirse desde el 1 de junio de 1972, en que comenzó a regir el Decreto de 13 de abril de 1972 para no demorar en el lapso temporal transcurrido entre dichas fechas la percepción de los complementos, mas es lo cierto que la disposición derogatoria, párrafo final, de este último Decreto, declaró subsistente para el personal docente el régimen actual de dedicación especial, es decir, el del Decreto de 22 de septiembre de 1965 hasta la elaboración y vigencia del Decreto específico regulador de tal complemento y en cuanto al de destino, bien se entienda aplicable esta regulación provisional, bien se estime que, desde la entrada en vigor del Decreto 889/1972, era dicha norma la que debía aplicarse para la percepción de este complemento por los funcionarios docentes, lo cierto es que no ha existido el vacío normativo que los recurrentes denuncian y que, por tanto, la norma impugnada no les ha privado

del abono de estas retribuciones complementarias, lo que determina la acomodación a Derecho, en este extremo de vigencia temporal, del Reglamento impugnado.

Por todo lo expuesto, la pretensión de nulidad, tanto total como de concretos preceptos del Decreto 1938/1975, carece de fundamento al ser tal norma en los extremos impugnados conforme al Ordenamiento jurídico, lo que determina, a tenor del artículo 83, 1, la desestimación de la demanda, sin que no obstante se aprecien circunstancias de las previstas en el artículo 131, 1, de la Ley Procesal mencionada a efectos de realizar una especial imposición de las costas causadas en el recurso.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 6 de junio de 1978.*)

5. *Las normas reguladoras de pensiones pasivas no pueden interpretarse de manera analógica y no es posible señalar una pensión de viudedad cuando el causante de la misma todavía vive ni tampoco se halla privado de libertad como consecuencia de cumplimiento de condena.*

«El esposo de la recurrente, músico de segunda de Infantería de Marina, se retiró voluntariamente en el año 1960, reconociéndosele la pensión de retiro, si bien en lugar de percibirla el interesado personalmente otorgó poderes a favor de su esposa para que la cobrase en su nombre, pero habiendo renunciado el causante a la nacionalidad española se le privó del derecho a la pensión, presentando entonces la actora solicitud para que se le reconociese pensión de viudedad en base a la aplicación analógica del artículo 94 del Estatuto de Clases Pasivas, Ley de 28 de junio de 1940 y artículo 224 del Código de Justicia Militar, ya que la situación en que se encuentra, aunque no contemplada estrictamente en dichos preceptos, equivale en el fondo al fallecimiento de su marido, que le confería perfecto derecho a pensión de viudedad.

Como se expresa en la resolución impugnada, cuya correcta argumentación debe reiterarse en este momento procesal, las normas reguladoras de las pensiones pasivas no pueden interpretarse de manera analógica y no es posible señalar una pensión de viudedad cuando el causante de la misma todavía vive, ni tampoco se halla privado de libertad como consecuencia de cumplimiento de condena, en que para que no afecten las consecuencias de la pena a los familiares del condenado está prevista especialmente la compensación que se establece en la Ley de 28 de junio de 1944 y el artículo 224 del Código de Justicia Militar, por lo que las pensiones a los familiares de los funcionarios sólo pueden causarse cuando éstos fallecen y en otro caso se han dictado normas excepcionales, como las citadas, cuyos supuestos de hecho no coinciden con las circunstancias concurrentes en éste, en el cual a la recurrente sólo le queda el medio legalmente previsto de la exigencia de alimentos a su esposo, que sanciona el Código

Civil, que han de serle prestados aun cuando su cónyuge haya perdido la nacionalidad española.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 14 de junio de 1978.*)

6. *Pese a que, según el informe del tribunal médico militar el infarto que ocasionó la muerte cuando el afectado no estaba en acto de servicio estaba relacionado con el que anteriormente sufrió estando en acto de servicio, no puede considerarse que el fallecimiento se produjo "como consecuencia del servicio", por lo que no procede reconocer a la viuda el derecho a percibir pensión extraordinaria.*

«Impugnados los acuerdos de la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar de 11 de noviembre de 1975, 2 de marzo y 25 de mayo de 1976, que denegaron la petición de que la pensión de viudedad legada a su fallecimiento por el capitán de la Guardia Civil don Gerardo R. R., que había sido como ordinaria, fuese clasificada y fijada como extraordinaria, a tenor de lo previsto en el artículo 34 del texto refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y asimilado, Guardia Civil y Policía Armada, por entender la solicitante que si bien la muerte del citado oficial, ocurrida el 14 de agosto de 1974 le sobrevino en la Ciudad Deportiva Militar de Burgos mientras se dedicaba a la natación sin que, por consiguiente, quepa hablar de que hubiese ocurrido "en acto de servicio", sí lo fue "como consecuencia del servicio", concepto éste acogido también por el párrafo 1 de aquel artículo 34 del mencionado texto refundido como originador de la pensión extraordinaria, una vez acreditado, mediante el oportuno informe del Tribunal Médico Militar, incorporado a las diligencias previas con el número 316/1974, instruidas y resueltas por la VI Región Militar, que entre el paro cardíaco siguiente a un infarto de miocardio, causa fundamental de la muerte ocurrida, y el también infarto sufrido por la víctima en 27 de febrero de 1971, cuando al frente de su Unidad realizaba un propio, indiscutible e indiscutido acto de servicio, existe la relación de causa a efecto que aquel tribunal asevera que es, según la representación de la actora, la que permite afirmar el fallecimiento "como consecuencia del servicio" con el consiguiente derecho a la pensión extraordinaria e indemnización solicitadas.

Si bien es cierto que el artículo 34, 1, de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar, cuyo texto refundido se aprobó por Decreto 1211/1972, de 13 de abril, contempla los tres supuestos de fallecimiento "en acto de servicio o con ocasión o como consecuencia de él" como causadores de pensión extraordinaria del personal militar y que en las dos últimas modalidades al menos no es exigible la nota de simultaneidad servicio-fallecimiento para que se origine el derecho a tal pensión, no lo es menos que en las tres hipótesis el concepto servicio está presente como causa productora de la muerte, esto es, como elemento desencadenante del cuadro patológico productor del resultado letal, al cual si ciertamente cooperan multitud de circuns-

tancias presentes en el momento fatídico, no puede ser espumada una de ellas para atribuirle la responsabilidad de lo acaecido si no se revela inequívocamente con tan acusado relieve entre las causas concurrentes. Tal es el caso presente, en que, aun dando de lado a las dudas que el informe del tribunal médico militar, principal apoyo de la pretensión actuada, contiene, acusando que faltan datos clínicos y estudios que confirmen de una manera concluyente la causa última de la muerte del capitán señor R., la evidencia de la existencia de un infarto de miocardio tres largos años antes de su fallecimiento, ya en fase de cronicidad, según el propio informe, cuando éste se produce sólo puede querer decir cuando dicho informe, no obstante las reservas apuntadas, afirma la relación entre la muerte ocurrida el 14 de agosto de 1974 y aquel "ictus" cardíaco del mes de febrero de 1971, que la necrosis miocárdica que quedó como secuela de este ataque coadyuvó al desenlace en la medida en que cooperaron todas las agresiones patológicas que dejan huella irreversible en el organismo, pero del hecho cierto de que todas ellas hieran para que la última mate no se puede derivar sin más la trasposición de aquella lejana que tuvo lugar en acto de servicio, trayéndola a este otro momento en que no sólo el servicio no contaba, sino en que es además más que dudoso que el proceder concomitante de la víctima fuese acorde con el estado de su corazón, ya crónicamente debilitado.» (Sentencia de la Sala 5.ª de 12 de junio de 1978.)

## II. INCOMPATIBILIDADES

1. *El Decreto 688/1975, de 21 de marzo, que dictó normas provisionales sobre determinados subgrupos de funcionarios de Administración Local no supone una atenuación de los principios que en materia de incompatibilidades establecen los artículos 82 y 83 de la Ley de Funcionarios en cuanto dicho Decreto establece que en las convocatorias para el ingreso a la provisión de determinados puestos de trabajo correspondientes al subgrupo de técnicos de administración especial podrá establecerse entre otras causas de incompatibilidad el ejercicio libre de la profesión, pues dichos preceptos de la Ley de Funcionarios, que tienen carácter de mínimos, no establecen la imposibilidad del ejercicio de la libre profesión cuando se trate de aquella que es propia del título que se ha exigido al funcionario y siempre que no interfiera en la gestión pública de éste.*

«Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 5 de abril de 1975, el Decreto 688/1975, de 21 de marzo, que dictó normas provisionales sobre determinados subgrupos de funcionarios de Administración Local, al interponer el recurso contencioso-administrativo, el Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España, el día 4 de junio de 1976, impugnando el número 2 del artículo 5.º de dicha disposición,

lo hizo dentro del plazo legal, según el artículo 58 de la Ley Jurisdiccional, puesto que se trataba de que una Corporación representante de intereses corporativos, combatía directamente la norma en cuestión, supuesto en el que claramente, como se deduce de lo establecido en el artículo 39, número 1, en relación con el artículo 53, apartado e), de la Ley de la Jurisdicción puede acudir a la vía contencioso-administrativa, exceptuándose de la necesidad del recurso previo de reposición, sin que, por tanto, influyan en la admisibilidad las incidencias que pudieran haber sucedido en un recurso potestativo de reposición formulado contra el Decreto 688/1975 por la entidad accionante, ya que, abierto el cauce jurisdiccional al acudir a él en el plazo señalado por la Ley, la interferencia de dichas cuestiones en nada obstan al cumplimiento del presupuesto procesal del plazo para recurrir.

El Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, organismo representativo de la profesión en el ámbito nacional, ostenta un interés legítimo muy cualificado para impugnar directamente una disposición reglamentaria que se refiere a las posibles compatibilidades de los arquitectos al servicio de las Corporaciones Locales, puesto que de ella se derivan efectos inmediatos en el ejercicio de la profesión y se traduce en la fijación de límites de la actuación del funcionario en su simultánea condición de profesional libre y el que una reglamentación de las incompatibilidades legales resulte o no adecuada a la ley, afecta no sólo al servicio público, sino a los profesionales libres, campo de intereses atribuido a la Corporación recurrente por el artículo 32 de la Ley Jurisdiccional y el 5.º, g), de la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974.

En cuanto al fondo del asunto, consiste en examinar la legalidad del párrafo 2 del artículo 5.º del Decreto 688/1975, que establece que "en las convocatorias para el ingreso a la provisión de determinados puestos de trabajo correspondientes al Subgrupo de Técnicos de Administración Especial, podrá establecerse por las Corporaciones Locales, entre otras causas específicas de incompatibilidad, el ejercicio libre de la profesión", norma que, a juicio de la demanda, supone una atenuación de los principios que en materia de incompatibilidad establecen los artículos 82 y 83 de la Ley de Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aplicables a los funcionarios locales según dicha Ley, la Ley de Bases de 5 de diciembre de 1968 y el Decreto-ley de 27 de julio de 1973, dado que, al facultar a las Corporaciones Locales para establecer o no la incompatibilidad, los arquitectos, funcionarios técnicos de la Administración Local, pueden ejercer libremente su profesión, lo que resulta contrario a los citados principios.

Si bien los artículos 82 y 83 de la Ley de 7 de febrero de 1964 constituyen principios mínimos aplicables en materia de incompatibilidades, su finalidad es impedir que el funcionario ejerza una profesión privada que impida o menoscabe el cumplimiento de sus deberes o realizar una actividad profesional al servicio de particulares en

los asuntos en que esté interviniendo por razón del cargo, pero ello no implica que tal incompatibilidad suponga la imposibilidad del ejercicio libre de su profesión, siempre que no se interfiera en el cumplimiento de sus deberes como funcionario y no esté relacionado con el asunto de que se trata, ya que la regla primera del artículo 83 citado establece que no es necesario expediente para que el funcionario pueda ejercer otra profesión cuando se trate del ejercicio de la profesión propia del título que se le hubiese exigido para el desempeño de su cargo, de donde resulta la adecuación al ordenamiento de la disposición recurrida, que prevé la posibilidad de que las Corporaciones Locales puedan exigir la dedicación exclusiva, incompatibilidad que no se impone en la Ley de Funcionarios, que tiene carácter de mínima y puede ser ampliada en el sentido referido, desarrollado en el artículo 82 de la Ley citada.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 5 de julio de 1978.*)

### III. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Improcedencia de la imposición de sanción disciplinaria sin que esté plenamente acreditada la realización de los hechos constitutivos de la infracción que se trata de sancionar. Indefensión del sancionado ante la falta de concreción de tales hechos.*

*Considerandos de la sentencia apelada que se aceptan:*

«La sanción de separación definitiva del servicio impuesta al recurrente se apoya en el hecho de que, con fecha 16 de octubre de 1968, el sereno don Luis A. F. no se encontraba en su demarcación a las 3,20 horas, según se comprobó por la Inspección de Policía Municipal, habiendo abandonado el servicio sin aviso reglamentario ni justificado posteriormente su causa, siendo el motivo, al parecer, encontrarse borracho, según se relata en el resultando primero, apartado a), de la propuesta del instructor, que se acepta, y considerándose que los hechos constituyen una falta muy grave de embriaguez debidamente comprobada en acto de servicio, por lo que el determinar si efectivamente se ha comprobado este hecho de la embriaguez en acto de servicio es fundamental para la resolución que haya de adoptarse en esta sentencia.

La prueba que se ha practicado de tal hecho en el expediente son las declaraciones de los también serenos don Vicente M. M., don Felipe A. G. y don Laureano A. R., pero tales declaraciones no han sido ratificadas por ninguna de carácter técnico que acredite de modo auténtico tal estado de embriaguez en el expedientado, cuando existen medios fáciles de verificar en tal sentido, lo que hace no pueda estimarse como suficiente la prueba practicada para que el hecho base sea declarado aprobado; si a esto se añade el que cuando en 1 de diciembre de 1968 fue recogido el mismo expedientado tendido

en la calle en estado aparente de embriaguez y en la Casa de Socorro se efectuó la extracción de sangre para su análisis sin que se hiciese pronóstico de alcoholemia, por lo que la apariencia no fue confirmada, que en el pliego de cargos no se determina la fecha ni el momento en que se embriaga ni cuándo abandona la demarcación, hechos de carácter general, no concretos, lo que impide la proposición de prueba sobre los mismos y la defensa al contestar a dichos cargos y que el informe de 19 de diciembre de 1968 del delegado de los Servicios de Seguridad y Policía Municipal, antes de formularse el pliego de cargos, termina diciendo que, dada la reincidencia en la falta cometida y la gravedad de la misma, se hace conveniente el llegar a la separación definitiva del servicio del ya referido sereno, haciendo una propuesta cuando el expediente está en curso y no se ha concedido la defensa al inculpado, que, según el oficio de 19 de noviembre de 1968 de la Jefatura del Cuerpo de Policía Municipal, no existe constancia de que se le haya impuesto ningún correctivo ni concedido premio, por lo que no puede existir reincidencia al faltar una sanción anterior; por tanto, ha de estimarse que, dados los elementos de juicio que obran en el expediente, no puede apreciarse como probado el estado de embriaguez del recurrente en acto de servicio y, en consecuencia, anular el acto impugnado en cuanto le impone la sanción de separación definitiva del servicio al faltar la realidad del hecho que le sirve de base.

La otra sanción que se le impone, multa de 250 pesetas, por el hecho de molestar continuamente a los vecinos, no está tampoco acreditado el hecho al no expresarse concretamente cuales son las ocasiones en que tales molestias se han producido y en qué han consistido y en cambio hay un escrito con firmas que expresan que no ha habido desconsideración a los vecinos en el tiempo que lleva prestando servicio, por lo que ha de ser estimado el recurso y anulado totalmente el acuerdo combatido; además al haber declarado varios de los testigos y haberse aportado certificado médico de haber sido tratado en un centro psiquiátrico sin que se haya intentado comprobar la influencia de su posible enfermedad en su actuación, no puede aceptarse sin más la coincidencia de algunos testimonios profanos en materia tan delicada para imponer unas sanciones de tal gravedad ni dejar sentados unos hechos que no resultan nada claros.»

*Considerandos del Tribunal Supremo:*

«Por sus propios fundamentos procede confirmar la sentencia recurrida que luego de ponderar con evidente acierto los distintos elementos de prueba obrantes en autos anuló el acuerdo del alcalde-presidente del Ayuntamiento de Madrid, que impuso al actor las sanciones de separación definitiva del servicio y multa de 250 pesetas, sin que puedan prosperar las alegaciones que se hacen por la parte recurrente, que hace un análisis parcial de la prueba y pretende

que prevalezca su propio y particular criterio frente al del juzgador, que no ha sido desvirtuado.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 8 de junio de 1978.*)

2. *El concepto de imputabilidad penal puede ser estimado con igual valor, a efectos disciplinarios, en la jurisdicción contencioso-administrativa que en la penal porque el Reglamento de Funcionarios de Administración Local, en lo que a responsabilidad disciplinaria respecta, no pretende sancionar una conducta sin tener en cuenta la voluntad del autor, sino que necesita que la acción del expedientado sea querida por éste, conociendo la trascendencia y el alcance de la misma.*

*Considerandos de la sentencia apelada:*

«De lo actuado en el expediente administrativo, convenientemente contrastado con sus antecedentes y datos concomitantes de las varias piezas aportadas, se deduce que el recurrente, Manuel N. C. J., que desde 1965 venía desempeñando las funciones de jefe de la Guardia Municipal de Almodóvar del Río (Córdoba), procedente de la Agrupación Militar de Servicios Civiles, padeció en 1971 una fuerte depresión nerviosa, seguramente por exceso de trabajo y temperamento, que le obligó a darse de baja para someterse a tratamiento médico psiquiátrico, hasta que en 1974 se le dio de alta, por estimársele recuperado, y al reincorporarse a sus funciones tuvo diferencias con el alcalde, su inmediato superior jerárquico, que llegaron a resistir a incumplir sus órdenes y mandatos bajo diferentes pretextos, principalmente la insuficiencia de medios materiales e incluso en una ocasión a negarse a vestir el uniforme por creerlo impropio y ridículo; todo ello dio lugar a un sumario y subsiguiente proceso penal por desobediencia, que concluyó por sentencia firme de la Audiencia Provincial de 10 de octubre de 1975, que le condenó a la pena de 1.500 pesetas de multa (arresto sustitutorio de cinco días) y diez días de suspensión; notoria benignidad debida a habersele apreciado por el tribunal la eximente incompleta (atenuante) de trastorno mental originadora de una imputabilidad disminuida, ya que su conducta no emanaba de persona sana y normal, sino a un estado de lucidez claramente restringida.

En la vertiente administrativa del mismo caso, la autoridad municipal no usó del mismo criterio humanitario, sino que estimó decretar la separación definitiva del servicio por tratarse, según ella, de una falta muy grave, abandono notorio del servicio, tipificada en el artículo 102, 3, consistente en el mismo hecho que consideró el tribunal penal, principalmente la supuesta negativa a vestir el uniforme, sanción que, vistos los antecedentes expuestos y las consideraciones circunstanciales que se indican en la sentencia judicial, este tribunal no puede menos de estimar excesiva; en primer lugar, por ser evidente que, más de una ausencia injustificada o abandono notorio del servicio, se trata de una irrespetuosidad, grave sin duda, por ser una

grave indisciplina respecto a su inmediato superior jerárquico, pero que no llega a la categoría de amenaza ni deliberada ofensa al mismo, que exige el artículo 103 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local (Decreto de 30 de mayo de 1952) para que dicha conducta sea calificada de muy grave, y en segundo lugar, porque la calificación de esta clase de faltas y conductas en orden a sus consecuencias disciplinarias tiene siempre una naturaleza eminentemente circunstancial y fácilmente se advierte que el funcionario expedientado no tuvo intención de abandonar el servicio ni de insubordinarse en la forma que se indica en el citado artículo 103, 3, aunque no se puede negar que cometió un acto de grave indisciplina que como tal está previsto en el artículo 103, 2, *d)*, del citado Reglamento como falta grave, no muy grave, sancionada con la escala establecida en el artículo 108, 2, a cuyo efecto procede devolver las actuaciones a la autoridad municipal a fin de que aplique la que estime justa y conveniente de la segunda, tercera y cuarta de las indicadas en el citado artículo 108, 1, del Reglamento, pues ello no es función que compete a este tribunal; en tal sentido, y por no ser ajustada a Derecho la resolución recurrida procede estimar, aunque sólo sea en parte, el presente recurso sin pronunciamiento sobre costas por no apreciarse temeridad ni mala fe.»

*Considerandos del Tribunal Supremo:*

«El Ayuntamiento apelante concedió licencia por enfermedad y posteriormente excedencia voluntaria al jefe de la Guardia Municipal por padecer una fuerte depresión nerviosa que le obligó a tratamiento psiquiátrico durante varios años y al ser dado de alta dicho funcionario y reintegrarse a su puesto de origen observó una conducta de resistencia frente a las órdenes de sus superiores, por lo que se le siguieron paralelamente dos procedimientos: una causa criminal y un expediente disciplinario, terminando el primero por sentencia de condena por delito de desobediencia, apreciando el tribunal sentenciador la eximente incompleta de trastorno mental transitorio por tener el condenado disminuidas considerablemente sus facultades intelectivas y volitivas, mientras que en la vía administrativa, finalizada subsiguientemente al proceso penal, se decretó su cese en el servicio por considerarle autor de una falta muy grave de abandono del servicio, comprendida en el artículo 102, 3, del Reglamento de 30 de mayo de 1952, acto administrativo que fue impugnado por el interesado y que fue revocado por la sentencia de instancia que calificó la conducta del encartado como constitutiva de una falta grave del artículo 103, 2, *d)*, del citado Reglamento en atención a que, vistos los antecedentes expuestos y las circunstancias de la imputabilidad penal disminuida apreciada en la sentencia de lo criminal, el funcionario carecía del ánimo de abandono del servicio que exige la sanción que le fue impuesta.

El criterio de la Sala sentenciadora ha de ser aceptado en esta apelación, puesto que el concepto de imputabilidad penal puede ser estimado con igual valor en esta jurisdicción que en la criminal, porque el Reglamento de Funcionarios de las Corporaciones Locales en lo que a la responsabilidad disciplinaria respecta, no pretende sancionar una conducta sin tener en cuenta la voluntad del autor, sino que se necesita que la acción del expedientado sea querida por éste, conociendo la trascendencia y el alcance de la misma, por lo que los grados de su capacidad penal o imputabilidad, debida al estado mental del funcionario, como se apreció por la Sala de Primera Instancia, significa la aplicación de conceptos del Derecho penal al Derecho disciplinario, que obedecen a principios semejantes, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia —sentencias de 25 de marzo de 1972, 17 de junio de 1974, etc.— y la concurrencia en el agente de los requisitos psicológicos precisos para atribuirle la responsabilidad de sus actos, se examinó acertadamente por la sentencia apelada y debe ser rechazada la apelación formulada por el Ayuntamiento, siendo ajustado a Derecho el pronunciamiento de la referida resolución judicial de que se devolviesen las actuaciones para que la Corporación Municipal aplicase la sanción que estimase conveniente, dentro del cuadro de las establecidas para las infracciones graves, debiendo hacerse la prevención de que en ese momento podrá utilizar el sancionado, si a ello hubiera lugar, la aplicación del indulto concedido por el Decreto de 25 de noviembre de 1975.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 6 de octubre de 1978.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

# **CRONICA ADMINISTRATIVA**

