

## 2. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

### B) PERSONAL

*SUMARIO: I. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS: 1. Ingenieros de Minas. Excedencia voluntaria. Necesidad de permanecer en activo al menos tres años.—II. INCOMPATIBILIDADES: 1. Incompatibilidad de funcionario informante que no genera la invalidez del acuerdo adoptado, ya que el informe, aunque sospechoso por la posición de su autor, no es falso ni erróneo. La incompatibilidad es distinta a la incapacidad, por lo que, así como los actos realizados por el incapaz son inválidos, los del incompatible son válidos, sin perjuicio de las sanciones que pueda haber lugar.—III. DERECHOS: 1. Improcedencia del reconocimiento del derecho al percibo de tasas por los funcionarios, catedráticos y profesores de Institutos Nacionales de Enseñanza Media. 2. Dedicación especial. Catedráticos y profesores de Universidad. Legalidad del Decreto 1938/1975, de 24 de julio. La Administración puede, habida cuenta de la diversidad de las pruebas superadas y de las circunstancias y modalidades de su trabajo, fijar distinto horario a los catedráticos de Universidad y a los de Escuelas Universitarias. 3. El margen de discrecionalidad reconocido a la Administración para asignar coeficientes retributivos no debe atenerse sólo a la titulación, sino que debe ponderar también los conocimientos y preparación exigidos para el ingreso y, muy especialmente, el contenido inherente a la función desempeñada. Legalidad del Decreto 2056/1973, de 17 de agosto, en cuanto asigna a los asistentes sociales el coeficiente 1,9, pese a que a otros funcionarios, igualmente calificados como técnicos de grado medio se les otorgue coeficiente superior. 4. Legalidad del Decreto 176/1975, de 30 de enero, sobre indemnizaciones a los funcionarios públicos. 5. La reducción del 50 por 100 de los honorarios de arquitectos y aparejadores al servicio de la Administración por la proyección y dirección de obras públicas, establecida por el artículo 2.º del Decreto de 16 de octubre de 1942, es aplicable a los interinos, ya que, salvo la nota de permanencia, el «status» funcional es el mismo que el de los funcionarios de carrera. 6. La reducción al estado laical de un capellán militar de la Armada determinante de su baja en el Cuerpo de Capellanes de la Armada no puede constituir por sí misma título para pasar a la situación de retirado, con el consiguiente derecho a la percepción de haberes pasivos, sino que puede reputarse como un caso de retiro voluntario, ya que fue el interesado quien quiso y pidió su secularización. 7. Al obtenerse las pensiones pasivas por determinación de la Ley para cada uno de sus beneficiarios y no por derecho de sucesión, la llamada transmisión de pensión es en realidad el nacimiento del derecho a cobrarla originariamente aunque provenga del mismo causante y en el momento de señalarla deben de replantearse todas las cuestiones derivadas de la pensión de que se trate, frente a lo que no cabe oponer la teoría de los actos propios, que sólo puede aplicarse a situaciones jurídicas consolidadas, y no a meras expectativas. 8. Adecuación a Derecho del Decreto 3083/1970, de 15 de octubre, en cuanto se dicta en aplicación y desarrollo del Decreto-ley de 18 de diciembre de 1969, que modificó la Ley de 12 de mayo de 1960, que creó la MUNPAL. Cuando la apelación se basa en el artículo 94, 2, b de la LJ, su ámbito ha de ceñirse a enjuiciar si la disposición impugnada respeta el principio de legalidad en sus manifestaciones de jerarquía normativa y materia reservada a la Ley.—*

IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Si bien es cierto que la Orden ministerial de 17 de diciembre de 1975 limita la aplicación del indulto a las sanciones graves y leves, quedando por tanto excluidos de sus beneficios los funcionarios sancionados por faltas muy graves, dado que la sanción de separación se impuso por falta grave, procede aplicar el indulto, pues, de lo contrario, se otorgarían efectos retroactivos en perjuicio del recurrente, al RFCL, posterior a la fecha de imposición de la sanción, que dispuso que la separación del servicio sólo se aplicará a las faltas muy graves. 2. En materia de personal la apelabilidad ha de ceñirse a lo que en rigor comporta la extinción de la relación de servicio del funcionario público inamovable, mas no a otro tipo de faltas o sanciones que no comporten dicha extinción. Falta de probidad: ausencia de prueba. Irrespetuosidad en acto de servicio que no constituye falta muy grave, dado que la expresión calificada de injuriosa no respondió a un ánimo deliberado y positivo de causar ofensa, sino que se profirió con carácter puramente defensivo.

## I. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

### 1. Ingenieros de Minas. Excedencia voluntaria Necesidad de permanecer en activo al menos tres años.

«Con arreglo a la disposición transitoria 1.ª de la Ley de 20 de diciembre de 1952 y a la Ley de 20 de julio de 1957, disposiciones transitorias 3.ª y 4.ª, los alumnos de las Escuelas Técnicas Especiales, al finalizar sus estudios, para su ingreso directo en el Cuerpo de Ingenieros de Minas del Ministerio de Industria, se integraban al efecto en una escala complementaria, que les otorgaba el derecho a formar parte de dicho Cuerpo, cuando fueren nombrados y tomaren posesión de su plaza, momento en que pasaban a pertenecer al Cuerpo de Ingenieros de Minas, que fue lo sucedido en este caso, en el cual el recurrente fue designado por Orden de 2 de marzo de 1974 para la Delegación del Ministerio en Granada, cargo del que tomó posesión el 30 de agosto de 1974, solicitando el 5 de octubre siguiente, que al no poder atender sus obligaciones profesionales, por motivos particulares, se le declarase en la situación administrativa que le correspondiere, a cuya petición le contestó la Administración, en el sentido de que según el artículo 4 de la Ley de 17 de marzo de 1973 y 24 del Reglamento de 16 de noviembre de 1973, no podrá concedérsele la situación de excedencia voluntaria por no haber permanecido en activo el mínimo legal de tres años, desde la fecha de la toma de posesión, y que la única situación que le correspondía era la baja en el servicio por renuncia al cargo.

La resolución impugnada se ajusta al artículo 4 de la Ley 8/1973 y 24 de su Reglamento, de 16 de noviembre de 1973, en relación con el artículo 37, a), del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles de 7 de febrero de 1964, ya que al interesado no se le podía conceder la situación de excedencia voluntaria por prohibirlo expresamente las citadas disposiciones, según las cuales a los funcionarios de nuevo ingreso no se les puede conferir el pase a la excedencia de ese tipo, hasta que no hayan permanecido en servicio activo un período mínimo de

tres años, aplicables tanto a los funcionarios que ingresen por el sistema de concurso-oposición libre como a los que por pertenecer a la Escala complementaria tenían derecho al ingreso directo, por tratarse de funcionarios de nuevo ingreso, al no establecer el artículo 4 de la Ley 8/1973, citado, distinción al respecto, circunstancia claramente precisada por el artículo 24 del Reglamento, que dispone que a los funcionarios de nuevo ingreso en el Cuerpo de Ingenieros de Minas, cualquiera que fuere el sistema aplicable, no podrá concedérsele el pase a la situación de excedencia voluntaria hasta que hayan permanecido en servicio activo un período mínimo de tres años, contados a partir de la toma de posesión, sin que exista retroactividad en la aplicación de tales normas, puesto que el interesado no pertenecía con anterioridad al Cuerpo de Ingenieros de Minas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 6 de noviembre de 1978.*)

## II. INCOMPATIBILIDADES

1. *Incompatibilidad de funcionario informante que no genera la invalidez del acuerdo adoptado, ya que el informe, aunque sospechoso por la posición de su autor, no es falso ni erróneo. La incompatibilidad es distinta de la incapacidad, por lo que, así como los actos realizados por el incapaz son inválidos, los del incompatible son válidos, sin perjuicio de las sanciones a que pueda haber lugar.*

«El arquitecto municipal ha asumido una duplicidad de funciones en este caso, de las que deriva no una desviación de poder, sino una situación de incompatibilidad, porque en un mismo asunto no se deben simultanear cometidos cuando con ello se compromete la posición de objetividad e imparcialidad necesaria e imprescindible para el normal ejercicio de la función pública, máxime en circunstancias como las presentes, en las que, alrededor de esta función, se presenta una situación conflictiva entre varios administrados.

Con el fin de preservar el prestigio y la neutralidad de los servidores de la Administración, el ordenamiento jurídico contiene disposiciones con tal propósito, estableciendo un régimen de incompatibilidades que, por lo que respecta al funcionariado de la Administración Local, se simplifica acudiendo a la técnica de la norma de reenvío—artículo 328 de la Ley de Régimen Local, artículo 37 del Reglamento de Funcionarios de dicho ámbito, de 30 de mayo de 1952—, consistente en remitirse a lo que se disponga sobre ello para los funcionarios de la Administración del Estado, en la que, tras del Decreto-ley de 13 de mayo de 1955, se llega al texto articulado de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto de 7 de febrero de 1964, de la que forma parte el artículo 82, que preceptúa que "el desempeño de la función pública será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, *profesión o actividad* que impida o menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario";

principio de carácter general que es objeto de un desarrollo casuístico en el siguiente artículo 83, cuyo número 2 dispone que "el funcionario no podrá ejercer actividades profesionales o privadas, bajo la dependencia o al servicio de otras entidades o particulares en los asuntos en que esté interviniendo por razón del cargo, ni en los que estén en tramitación o pendientes de resolución de la oficina local, centro directivo o Ministerio donde el funcionario estuviera destinado, adscrito o del que dependa".

No obstante lo dicho, no se olvida que la incompatibilidad es distinta de la incapacidad, por lo que, así como los actos celebrados por el incapaz son inválidos, los realizados por el incompatible son válidos, sin perjuicio de las sanciones a que pueda haber lugar, tal y como se desprende de la doctrina sentada, entre otras, por la sentencia de 3 de junio de 1909, pues la exigencia de responsabilidad está muy justificada en estos supuestos, ya que con el incumplimiento de la incompatibilidad se vulnera el deber primordial de imparcialidad, al que se hace referencia en la sentencia de 9 de diciembre de 1964.

Al decir que el acto del funcionario incompatible es válido (es nuestro caso el informe del tan repetido arquitecto) no se prejuzga en absoluto la eficacia del mismo, por la sencilla razón de que en materia de dictámenes su problemática no se mueve en el plano de la validez o invalidez, sino en el de la verdad o la falsedad, en el de la certeza o el error; por ello, las dudas que puedan despertar la lamentable situación creada por este técnico, si no afectan a la validez del acto, conmueven la base de credibilidad de su imparcialidad, y, a consecuencia, la credibilidad en su obra y en su actuación.

No obstante, en el presente caso, tales dudas no impiden llegar a una conclusión coincidente con la sentada en el informe cuestionado, por las siguientes razones: 1.ª porque, como se expuso en el primero de los precedentes considerandos, la calificación del suelo a este respecto constituye un problema de hecho, a resolver a la luz de la prueba practicada, independientemente de la condición legal del mismo; 2.ª porque, aparte de este informe, se cuenta con la evidencia de que los terrenos en litigio se encuentran junto a otros que ya han sido objeto de una obra urbanizadora, precisamente por la propia empresa "Hermanos Blanco, S. A."; 3.ª porque la prueba de reconocimiento judicial no sólo descubre esta circunstancia, sino otros datos más sobre proximidad al casco urbano de Benavente y a otras construcciones; 4.ª porque la zona en cuestión debía ya corresponder a una de las de expansión de dicha ciudad, como lo demuestra el que tan sólo dos años más tarde, el 11 de marzo de 1976, la Comisión Provincial de Urbanismo aprobó un proyecto de delimitación del suelo urbano para la ciudad de Benavente, a tenor de lo previsto en el artículo 81 de la moderna Ley del Suelo, de 9 de abril de 1976, en cuyo proyecto figuraba como urbano los terrenos objeto de la presente contienda judicial.

Este conjunto de pruebas evidencia, pues, que el informe o dictamen tan referido es sospechoso, por la posición de su autor, pero no falso ni erróneo, en cuanto presenta una calificación semejante a la que apuntan los demás datos disponibles sobre el mismo extremo; por otra parte, ni el informe ni el acuerdo recurridos pueden invalidarse por una supuesta desviación de poder; respecto al primero, porque mal puede pensarse en una desviación de poder cuando el autor del mismo (el arquitecto municipal) carece, como funcionario técnico, del más mínimo poder; respecto al segundo, porque, como ya se analizó, la resolución del alcalde no ofrece el menor síntoma que pueda justificar semejante tesis; y, tanto en uno como en otro elemento, porque la institución de la desviación de poder ha de operar de forma subsidiaria, cuando no existan otras infracciones legales en el caso de que se trata, como se proclama en la sentencia de 10 de febrero de 1964, siendo por esto por lo que esta Sala ha centrado su atención en el problema de la incompatibilidad del facultativo tan aludido a lo largo de la presente motivación, la que, como hemos visto, a pesar de darse en este caso, no ha sido óbice para que la calificación dada a los terrenos en litigio sea la debida y la que merezca confirmación.

Por último, la sentencia recurrida ha de ser revocada, no sólo por mantener una argumentación totalmente contraria a la que aquí se sostiene, sino también por la poca fortuna al realizar el enorme esfuerzo desplegado en su fundamentación, para llegar a una consecuencia que no sólo no es conforme a derecho, sino que implica una restricción no justificada al ejercicio de la actividad industrial y comercial, pues, aunque nos encontramos muy lejos del espíritu animador del siglo XIX, tan favorable a la libertad en lo económico, como culminación de la lucha antigremial, proclamado en el Decreto de las Cortes de Cádiz de 8 de junio de 1813, elevado a Ley en 1836 y recogido en la Constitución de 1869, sin embargo, ello no quiere decir que el actual intervencionismo deba ser favorecido más allá de lo estrictamente necesario, pues, por el contrario, siempre será mejor, como se dispone en el artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que el contenido de los actos de intervención sea congruente con los motivos y fines que lo justifiquen, y, si fueren varios, que se elija el menos restrictivo de la libertad individual.

Una prueba evidente de lo que acaba de exponerse es el hecho de que en una actividad tan reglamentada como es la farmacéutica, en la que el establecimiento de nuevas oficinas se ve sometido a limitaciones muy precisas, por razón de las distancias con las ya montadas, no ha sido óbice para que la jurisprudencia, en todos los casos dudosos, se haya inclinado por interpretaciones muy flexibles, fomentando en lo posible la apertura de nuevas farmacias—sentencia de 14 de enero de 1976—, con el fin de no favorecer las situaciones de privilegio—sentencia de 5 de abril de 1974—, o de régimen excepcional—sentencia de 30 de diciembre de 1975—, contrarias al in-

terés social—sentencia de 16 de diciembre de 1977—, en cuanto deben prevalecer las exigencias del interés público sobre los intereses privados de los titulares de farmacias preexistentes—sentencia de 14 de febrero de 1978—; doctrina que tiene aún más sentido en el ámbito de la actividad de que se trata en el proceso que nos ocupa, puesto que el privilegio de las estaciones de servicio ya montadas, ni siquiera ha revalorizado, como en el caso de las farmacias, la posesión de un título académico superior, a más del capital necesario, sino sólo esto último, más la oportunidad de llegar a tiempo para ocupar un lugar más o menos conveniente; siendo por esto, y por todo lo dicho a lo largo de esta motivación, por lo que se impone revocar la sentencia aquí apelada, como consecuencia de la estimación del recurso.» (*Sentencia de la Sala 4.ª, de 15 de diciembre de 1978.*)

### III. DERECHOS

#### 1. *Improcedencia del reconocimiento del derecho al percibo de tasas por los funcionarios catedráticos y profesores de Institutos Nacionales de Enseñanza Media.*

«En este recurso contencioso-administrativo el fondo litigioso se contrae a la cuestión relativa a la percepción directa por los catedráticos de Instituto de la tasa a que se refieren los Decretos 4290 de 1964, de 17 de septiembre, y 1082 de 1972, de 27 de abril, en razón a la evaluación continuada de los alumnos del Curso de Orientación Universitaria llevada a cabo durante los años académicos 1971-72 y siguientes.

Esa cuestión, de matiz puramente jurídico que en este proceso se debate, ha sido sometida a la función revisora de esta Sala en otros recursos de análogo contenido objetivo, interpuestos también por profesores de Instituto del mismo Distrito Universitario de Barcelona, pronunciándose las sentencias de 26 y 29 de abril y 20 de mayo y 21 de junio de 1977, y 12 y 19 de abril de 1978, entre otras, en las que se mantiene la doctrina de la improcedencia del reconocimiento del derecho, al percibo directo de dichas tasas, en mérito de obvias razones, como lo son: A) Que a partir del nuevo sistema de retribuciones instaurado por la Ley de 4 de mayo de 1965; los funcionarios de la Administración Civil del Estado sólo pueden ser remunerados por los conceptos que determina la propia Ley—sueldos, trienios y pagas extraordinarias—, más los complementos e incentivos regulados por Decretos de 22 de septiembre de 1965 y 13 de abril de 1972, debiendo ser consignados en presupuestos los créditos correspondientes para el abono de esas retribuciones; y B) Que respecto a la participación en tasas, el artículo 18 de la mencionada Ley dispone que cuanto por ese concepto se perciba se ingresará directamente en el Tesoro, precisando que "las actuales participaciones de los funcionarios comprendidos en el régimen de esta Ley en los ingresos y en toda clase de tributos presupuestarios

o en fondos públicos destinados a inversiones, se destinarán a financiar con carácter general los fondos públicos”, de cuyo precepto se deduce que, con arreglo a esa normativa no resulta posible la participación directa del funcionario en las cantidades que se recauden en concepto de tasas; lo que no se altera por el hecho de que sean recaudadas por un organismo autónomo, tanto más cuanto que los servicios que en la evaluación de unos cursos se prestan, se perfilan como parte de la función docente; doctrina que lleva a la conclusión de que la retribución por dichas tareas docentes podrían ser reclamadas en uso del derecho de petición, como complemento o incentivo, pero no justificar la percepción directa.

Ante tan reiterada jurisprudencia es forzoso la desestimación del recurso interpuesto por doña Joaquina C. R., en observancia del principio de unidad de doctrina de las Salas de lo Contencioso-Administrativo, del que es expresión el artículo 102, apartado b), del número primero, de su Ley reguladora de 27 de diciembre de 1956 y que proclaman las sentencias de este Tribunal Supremo de 9 y 14 de mayo de 1975 y 8 y 15 de octubre de 1976, entre otras.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 20 de octubre de 1978.*)

2. *Dedicación especial. Catedráticos y profesores de Universidad. Legalidad del Decreto 1938/1975, de 24 de julio. La Administración puede, habida cuenta de la diversidad de las pruebas superadas y de la circunstancia y modalidades de su trabajo, fijar distinto horario a los catedráticos de Universidad y a los de Escuelas Universitarias.*

«Los recurrentes parten de la base según la cual el Gobierno, de acuerdo con el artículo 5.3 del Decreto 889/1972, de 13 de abril, a propuesta del Ministerio de Hacienda, únicamente podía determinar la cuantía de la dedicación especial, mas es lo cierto que tal precepto no sólo alude a la cuantía de la retribución sino también a las modalidades del régimen de la misma; lo cual supone que para determinar tales modalidades, previamente se ha de precisar el horario normal y ello es lo que ha efectuado el Decreto impugnado 1938/1975, de 24 de julio, con lo cual dicho está que no ha existido la supuesta falta de competencia que se alega, máxime si se tiene en cuenta—como pone de relieve el señor abogado del Estado—que el ministro de Hacienda hizo suyo el proyecto de Educación y Ciencia, habiendo informado la Secretaría General Técnica y la Comisión Superior de Personal.

Los recurrentes no han probado la falta de los requisitos formales a que aluden, singularmente el que establece el artículo 131 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues aún en el supuesto de que la remisión del proyecto en cuestión no se hubiere llevado a cabo con los ocho días de antelación previstos, el hecho de que el proyecto se aprobase por el Consejo autoriza a presumir que al menos el último apreció la urgencia que exige de tal requisito.

El tratamiento en cuanto al horario de trabajo dispar para los catedráticos de Universidad y de las Escuelas Universitarias no es arbitrario, pues como reconocen los propios demandantes, dichos docentes han superado pruebas de selección distintas e incluso se les asignó diferente coeficiente; sin que, en materia de horario, por el sólo hecho de estar integrados e impartir su docencia en la Universidad sea obligatorio fijarles idéntico horario que a los catedráticos de las Facultades, pues ello depende de las circunstancias y modalidades del trabajo que debe ser apreciado discrecionalmente por la Administración usando la facultad organizatoria que les compete.

Si bien tal facultad discrecional organizatoria no está exenta del control jurisdiccional la revisión de la misma sólo puede hacerse a través de la desviación de poder para que tal desviación de poder se estime es menester acreditar, y no apoyarse en meras conjeturas, que el acto administrativo, aun ajustado en sus requisitos extrínsecos a la legalidad, haya contravenido la misma por apartarse de la motivación prevista por el ordenamiento jurídico, y es lo cierto que en el presente caso no existe base para deducir que el Decreto impugnado utilizó la tantas veces citada potestad organizatoria, para un fin distinto del previsto por el legislador que no es otro que la buena y eficiente regulación de la enseñanza, por todo ello procede desestimar el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por los catedráticos numerarios de las Escuelas Universitarias de Estudios Empresariales que se enumeran en el encabezamiento de la sentencia; sin que, no obstante esté aconsejada la imposición de las costas a aquéllos por cuanto no se advierte que hayan incidido en ninguno de los supuestos previstos al respecto en el artículo 131 de la vigente Ley Procesal de esta Jurisdicción.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 2 de noviembre de 1978.*)

3. *El margen de discrecionalidad reconocido a la Administración para asignar coeficientes retributivos no debe atenerse sólo a la titulación, sino que debe ponderar también los conocimientos y preparación exigidos para el ingreso y, muy especialmente, el contenido inherente a la función desempeñada. Legalidad del Decreto 2056/1973, de 17 de agosto, en cuanto asigna a los asistentes sociales el coeficiente 1,9, pese a que a otros funcionarios, igualmente calificados como técnicos de grado medio, se les otorgue coeficiente superior.*

«La cuestión litigiosa es sumamente concreta en su planteamiento, pues se constriñe a determinar la legalidad del Decreto 2056/1973, de 17 de agosto, de adaptación de retribuciones de los funcionarios de la Administración Local a los del Estado, en lo concerniente a la asignación del coeficiente retributivo 1,9 a los asistentes sociales, efectuada en el anexo de la mencionada disposición al clasificar a los mencionados titulados en el grupo III, "De Administración especial", subgrupo A) de Técnicos, al servicio de las Corporaciones



locales; asignación de la que discrepan las recurrentes en cuanto pretenden se declare en su favor y les sea reconocido el coeficiente 3,6 que en mencionado Decreto 2056/1973, se señala a los técnicos de grado medio.

La tesis actora no encuentra suficiente respaldo en el dato de la calificación de su titulación como la correspondiente a los técnicos de grado medio, efectuada por Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 25 de octubre de 1966, pues la norma de adaptación y el margen de discrecionalidad reconocido a la Administración para asignar los coeficientes retributivos no debe atenerse rigidamente al solo aspecto de la titulación, sino que debe ponderar también los conocimientos y preparación exigidos para el ingreso y, muy especialmente, el contenido inherente a la función desempeñada; y habida cuenta de todos estos extremos y dejando aparte el supuesto agravio comparativo invocado por las recurrentes, no hay en rigor una identidad de contenido funcional entre los peritos y demás técnicos de grado medio a los que se fija el coeficiente del 3,6 y las recurrentes, asistentes sociales al servicio de Entidades locales, sin que el margen de discrecionalidad atribuido en esta materia a la Administración se haya extravasado, por haberse sujetado al procedimiento formal de fijación y, en cuanto a la determinación cuantitativa, no acreditarse que aquélla se haya apartado de los criterios racionales que deben presidir esta tarea; por lo cual, y siguiendo el criterio ya establecido por esta Sala en sentencia de 27 de octubre de 1976, referida a los graduados sociales, y muy especialmente en la de 3 de noviembre de 1976, recaída en supuesto de absoluta similitud con el presente, procede la desestimación del recurso al hallarse ajustado a Derecho el acto recurrido, Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de febrero de 1974, confirmatorio en vía de reposición del Decreto de 17 de agosto de 1973, en cuanto atañe a la debatida asignación de coeficiente retributivo a las asistentes sociales, funcionarios o al servicio de Corporaciones locales, por lo que, de conformidad al artículo 83,1 de la Ley de esta Jurisdicción, es pertinente declararlo así.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 8 de noviembre de 1978.*)

4. *Legalidad del Decreto 176/1975, de 30 de enero, sobre indemnizaciones a los funcionarios públicos.*

«Resuelto por Orden ministerial de 5 de junio de 1975 la anulación de la Orden 442/1971, de 28 de junio, por la que se pasó a la situación de retirado al capellán primero de la Armada don José F. A. y acordada la baja del mismo en Cuerpo Eclesiástico de la Armada, por la también Orden ministerial número 465/1975, de 5 de junio, el acreditamiento de que ambas Ordenes de 5 de junio de 1975 no le fueron notificadas personalmente al interesado, no obstante afectarle tan directamente como resulta de su contenido, tal omisión así producida debe considerarse una infracción del artículo 79-1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, adaptada a los Departamentos Mili-

tares por Decreto 1408/1966, de 2 de junio, cuya subsanación se operó con la interposición por el interesado del recurso de reposición conforme al apartado 3 de aquel artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin que por tanto pueda computarse el tiempo intermedio a efectos del transcurso del plazo determinante de la inadmisibilidad que al amparo del artículo 82, e), en relación con el 52 de la Ley Jurisdiccional, postula el abogado del Estado. La impugnación de las Ordenes ministeriales números 461 y 465, de 5 de junio de 1975 anulatoria, la primera de la Orden ministerial de 26 de junio de 1971 y disponiendo, la segunda, la baja en el Cuerpo Eclesiástico de la Armada, con efectos de 1 de julio de 1971, del recurrente señor F., se hace por éste desde la perspectiva de defectos formales e infracciones de fondo cuya inoperancia se pone de manifiesto, por lo que hace a los primeros, circunscritos, básicamente, a la improcedencia e ilegalidad de que el expediente anulatorio se iniciase a instancia y con intervención del Consejo Supremo de Justicia Militar y correspondientes informes de sus Organos asesores en vez de proceder a iniciativa y por disposición del Ministerio de Marina y con la intervención de la Dirección de Asistencia Religiosa de dicho Ministerio, sin más que comprobar la constancia en el preceptivo dictamen del Consejo de Estado de la Orden de 30 de junio de 1974 del Ministerio de Marina acordando la incoación de oficio del expediente de anulación de la repetida Orden de 26 de junio de 1971 y el informe de la Dirección de Asistencia Religiosa del citado Departamento, asimismo obrante en dicho expediente, actuaciones ambas, no puestas en entredicho por nadie ni en cuanto a su autenticidad ni en lo que atañe a sus efectos convalidantes.

«El tema suscitado por el actor de la limitación de la facultad del artículo 110-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo a las situaciones contempladas por el artículo 48 de la misma Ley, así como el de la existencia de motivación suficiente en la Orden ministerial anulada, son irrelevantes a los efectos del recurso entablado, que se concreta a determinar si el acto anulatorio estuvo revestido de las formalidades legales, circunstancia que ha de afirmarse a la vista de que los trámites y requisitos condicionantes del artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo aparecen cumplidos por la Administración que dictó su acuerdo anulatorio después de la audiencia positiva del Consejo de Estado y antes del transcurso de los cuatro años desde la adopción de la Orden anulada, siendo la limitación puntualizada en el propio artículo 112 de la Ley, relativa a la infracción manifiesta de la Ley y salvaguarda del derecho de los particulares, el tema de fondo a tratar seguidamente.

Establecida por el artículo VI del Convenio entre la Santa Sede y el Estado español, de 5 de agosto de 1950, la facultad del vicario general castrense, de suspender o destituir de su oficio por causas canónicas y *ad norman iuris canonici* a los capellanes militares, co-

municando la suspensión o remoción al ministro competente para que éste, sin otro trámite, proceda, en el primer caso, a declararlos en situación de disponibles y, en el segundo, a darles de baja en el Cuerpo, precepto incorporado al Derecho positivo español por virtud de su ratificación por el jefe del Estado, en 18 de octubre de 1950, oída la Comisión Permanente de la Cortes y publicado en el «Boletín Oficial» de 18 de noviembre siguiente, el rango jurídico de esta disposición y su fecha posterior a la del Reglamento del Cuerpo Eclesiástico de la Armada de 23 de mayo de 1947, determinan la prevalencia de aquél sobre la norma del artículo 66 de éste si es que entre ambos se produjese la colisión que el recurrente pretende, de modo que siendo, en principio, acomodada a la legalidad vigente la baja del demandante en el Cuerpo de Capellanes de la Armada, destituido de su oficio por causas canónicas, tal situación no es equiparable a la prevista en el artículo 7.º, número 5, de la Ley 78/1968, de Escalas y Ascensos en los Cuerpos Oficiales de la Armada, sobre pase a la situación de retiro por causa de ineptitud para el servicio, ya que esta ineptitud ha de tener su origen en causas no canónicas, puesto que los efectos de estas otras se prevén expresamente en aquel Convenio, importando observar que la interpretación contraria conduciría a que por los Organos militares, no eclesiásticos, que asumen, conforme al artículo 9.º de la Ley 78/1968, el cometido de declarar la ineptitud prevista en la misma, se invadiese el ámbito reservado a las autoridades eclesiásticas por el Convenio de 1950, al tiempo que se vulneraría el artículo 39 de la propia Ley 78/1968, que concede preferencia a las normas canónicas en lo referente al personal eclesiástico de la Armada. La reducción al estado laical del actor, que ha sido el motivo determinante de su baja en el Cuerpo de Capellanes de la Armada, no puede constituir por sí misma título para pasar a la situación de retirado, con el consiguiente derecho a la percepción de haberes pasivos, como precisa el Consejo de Estado, ya que tal situación—enteramente distinta a la contemplada por la sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 1976, referida a un supuesto de retiro forzoso impuesto como sanción—examinada a la luz de la normativa del Estatuto de Clases Pasivas—a la que se remite el artículo 54 del Reglamento del Cuerpo Eclesiástico de la Armada—, que en este punto se mantiene en la Ley 112/1966, de 28 de diciembre, sólo puede reputarse como un caso de retiro voluntario—ya que fue el propio recurrente quien quiso y pidió la secularización que inevitablemente había de arrastrar su separación por falta de título habilitante del Cuerpo de Capellanes de la Armada—con los efectos del artículo 55 del Estatuto y 3.º de la Ley 112/1966, coincidentes en la exigencia de veinte años de servicios efectivos para tener, en tal caso, derechos pasivos.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 4 de diciembre de 1978.*)

5. *La reducción del 50 por 100 de los honorarios de arquitectos y aparejadores al servicio de la Administración por la proyección y dirección de obras públicas, establecida por el artículo 2.º del Decreto de 16 de octubre de 1942, es aplicable a los interinos ya que, salvo la nota de permanencia, el «status» funcional es el mismo que el de los funcionarios de carrera.*

«La temática jurídica que plantea este proceso se circunscribe a determinar, por razones de derecho material, la legalidad del acuerdo ministerial en cuanto desestimatorio presunto de la petición del Colegio de Arquitectos de Madrid, en sustitución procesal del colegiado arquitecto señor M. C., sobre abono de honorarios que le restan percibir al actor por los trabajos profesionales de redacción de proyecto y dirección facultativa de obra del complejo fitosanitario construido en el Plantío de Infantes, Puerta de Hierro (Madrid) para el Servicio de Plagas Forestales del Ministerio de Agricultura. La determinación de los honorarios del arquitecto autor del proyecto y director de la obra pública de autos (complejo fitosanitario adscrito al Ministerio de Agricultura) es una cuestión complementaria y conexas del contrato administrativo de obra pública, resultando por ella incorrecta la excepción de inadmisibilidad alegada al amparo de la causa b) del artículo 82 de la Ley Jurisdiccional, con base en un criterio jurisprudencial constante y de lo que es muestra la sentencia de 14 de junio de 1975; pero es que, en todo caso, *la determinación del quantum de los honorarios de estos profesionales en los supuestos de proyección y dirección de obra pública está sometido a un especial régimen administrativo*, puesto que una vez fijado su importe conforme a los conceptos correspondientes de la tarifa general contenida en el Decreto de 1 de diciembre de 1922, su importe es o puede ser minorado por aplicación de dos descuentos o reducciones sucesivas; uno al llamado por obra oficial y objetivo y por un porcentaje de un 47 por 100 tal como prescribe el Decreto de 7 de junio de 1933, y que no aparece cuestionada su procedencia en este caso, ya que su aplicabilidad es aceptada de consuno ante el indiscutible carácter público de la obra realizada; el otro descuento que supone una nueva reducción de un 50 por 100 de la cifra resultante de la anterior minoración y por exigencia de lo dispuesto en el artículo 2.º del Decreto de 16 de octubre de 1942 es propiamente la cuestión litigiosa, por cuanto que el demandante (Colegio en nombre del profesional arquitecto) rechaza la aplicabilidad de tal reducción en el supuesto estudiado, ya que la misma está establecida para los arquitectos o aparejadores que por estar al servicio del Estado sean funcionarios públicos, que al figurar en las plantillas de la Administración del Estado perciben por sus cometidos profesionales las retribuciones de carácter general que por razón de cargo, destino o categoría, etc., figuran en los presupuestos, amén de los honorarios por obra realizada que aparecen legalmente minorados a un 26,5 por 100 (resultado de la aplicación de los dos descuentos previstos en

los Decretos de 7 de junio de 1933 y 16 de octubre de 1942) de lo que corresponde a un profesional libre que trabaje para particulares; mas no en el caso del técnico libre que trabaje para la Administración en virtud de nombramiento de autoridad competente, en supuestos no normales, pues en este caso la única reducción de honorarios procedentes es la objetiva o por obra oficial impuesta con carácter general por el Decreto de 1933.

*La reducción de honorarios prevista en el artículo 2.º del Decreto de 16 de octubre de 1942 es de carácter subjetivo, al responder a la idea de reglamentar la intervención de los arquitectos y aparejadores al servicio del Estado (empleando la terminología legal) en las obras de los distintos departamentos ministeriales, así como los honorarios que a tales técnicos corresponda percibir por las mismas, quedando fuera de un ámbito objetivo de aplicación los técnicos no oficiales (profesionales libres) que proyecten o dirijan obras para la Administración en virtud de nombramiento válido efectuado a su favor por autoridad competente en base de la norma autorizante excepcional contenida en la parte final del párrafo 2.º del artículo 1.º del Decreto de 16 de octubre de 1942; conclusión o tesis interpretativa la expuesta acorde incluso con el criterio mantenido por la Administración en supuestos análogos contemplados en las resoluciones del Ministerio de Hacienda de 20 de septiembre de 1947 y en consulta evacuada por Presidencia el 11 de diciembre de 1959. El artículo 2.º del Decreto de 16 de octubre de 1942 en su expresión literal prescribe que la reducción del 50 por 100 de los honorarios que pueden percibir con independencia de sus retribuciones generales opera o viene referida a los arquitectos a que se refiere el artículo anterior, y que no son otros que los oficiales contemplados en el párrafo 1.º del artículo 1.º al disponer que "los trabajos propios de la profesión de arquitectos que los Departamentos ministeriales necesitan por razón de las obras a su cargo, deberán ser encomendadas al Cuerpo de Arquitectos del Ramo correspondiente o a los arquitectos sin categoría administrativa, que figuran en la sección de obligaciones a extinguir del Presupuesto de Gastos del Estado", ya que la designación, bien libremente o por concurso restringido, del profesional que haya de dirigir la obra o redactar el proyecto necesariamente ha de recaer entre el personal de técnicos oficiales o al servicio de la Administración y sólo cuando por la naturaleza de carácter o importancia de la obra que haya de proyectarse así lo exija, a juicio del Ministerio correspondiente, pueden utilizarse los servicios de arquitecto no oficial. El examen del expediente administrativo no permite sostener en este caso que nos encontremos ante un supuesto excepcional de profesional libre nombrado en atención a una especial cualificación del técnico en relación con la también especial naturaleza o carácter de la obra a realizar, dado que el técnico señor M. C. fue nombrado directamente por el Ministerio de Agricultura a propuesta del jefe del Servicio y pre-*

cisamente por ser *funcionario de empleo*, como tal arquitecto del Ramo (que es igual que Departamento) del Ministerio de Agricultura y que más tarde—previa superación de la prueba selectiva establecida—es funcionario de carrera, pero lo que importa resaltar es que en el momento en que la obra pública fue proyectada y dirigida por el reclamante era arquitecto interino del Ministerio de Agricultura percibiendo de los Presupuestos Generales del Estado los haberes o emolumentos generales que a su cargo venían establecidos, siéndole, por tanto, aplicable el régimen jurídico general de los funcionarios públicos, pues es sabido que *salvo la nota de permanencia o amovilidad el "status" funcional es el mismo*—artículos 102, 105 y concordantes del texto articulado de 7 de febrero de 1964—, todo ello unido al hecho de que fue nombrado libremente el arquitecto demandante—al margen o con olvido del sistema ordinario de concurso—la conclusión no puede ser otra que la de mantener la aplicabilidad al caso discutido de la reducción establecida en el artículo 2.º del Decreto de 16 de octubre de 1942, esto es el régimen jurídico que se desprende de los Decretos de 7 de junio de 1933 y 16 de octubre de 1942.» (Sentencia de la Sala 4.ª, de 13 de noviembre de 1978.)

6. *La reducción al estado laical de un capellán militar de la Armada determinante de su baja en el Cuerpo de Capellanes de la Armada no puede constituir por sí misma título para pasar a la situación de retirado, con el consiguiente derecho a la percepción de haberes pasivos, sino que puede reputarse como un caso de retiro voluntario, ya que fue el interesado quien quiso y pidió su secularización.*

•El Decreto de 30 de enero de 1975 sobre indemnizaciones a los funcionarios públicos, que sustituye al antiguo Reglamento de Dietas y Viáticos, mantiene la línea seguida por el derogado, respecto a la clasificación de los funcionarios y al desaparecer el sistema de categorías, conforme a los principios de la nueva regulación de la función pública, ha tenido que fundarse en otros criterios para calcular las remuneraciones, como el nivel profesional, que depende de su coeficiente y de su titulación académica, y por ello, al ser el Decreto 176/1975 un desarrollo de las remuneraciones contempladas en el artículo 101 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, en cuyo precepto no se establecen directrices rígidas en orden a las características de los funcionarios que debían integrar los diversos grupos del anexo I del Decreto impugnado en el que figuran los recurrentes como ingenieros técnicos, a pesar de que con arreglo a la Ley de 4 de agosto de 1970, se trata de funcionarios de nivel universitario, no existe violación legal por la circunstancia de que el Decreto impugnado a los efectos de indemnizaciones por razón del servicio, los denomina como funcionarios con título de grado medio, ya que dada su finalidad no estaba obligado a guardar una rigurosa denominación, sino que pretendía señalar

una escala por grupos que guardase homogeneidad y resultaba expresiva la mención de los demandantes como poseedores de un título de grado medio, comprensiva de los funcionarios con las condiciones de los recurrentes, para poderlos identificar y que no surgieran dudas en relación con la clasificación de los licenciados y doctores ingenieros y arquitectos, sin que se aduzcan en el recurso fundamentos bastantes para su pretendida inclusión en grupo diferente al que fueron comprendidos, lo que supondría romper con la necesidad de una clasificación genérica de los funcionarios con derecho a indemnización del referido Decreto 178/1975.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 5 de diciembre de 1978.*)

7. *Al obtenerse las pensiones pasivas por determinación de la Ley para cada uno de sus beneficiarios y no por derecho de sucesión, la llamada transmisión de pensión es en realidad el nacimiento del derecho a cobrarla originariamente aunque provenga del mismo causante y en el momento de señalarla deben de replantearse todas las cuestiones derivadas de la pensión de que se trate, frente a lo que no cabe oponer la teoría de los actos propios, que sólo puede aplicarse a situaciones jurídicas consolidadas, y no a meras expectativas.*

«Concedida a la recurrente pensión de orfandad, por transmisión de la misma, al quedar vacante la pensión de viudedad que venía percibiendo su madre, originadas por el causante que pertenecía al CASE, la demandante alega que el sueldo regulador de que disfrutaba su madre era diferente por lo que respecta a la base reguladora, ya que los trienios computados a efectos del cálculo de la pensión actualizada que le corresponde a la actora, han de serlo como trienios de oficial, tal como se venía señalando en la pensión de viudedad, puesto que le causante tenía la consideración de oficial a estos efectos, y porque la Administración no puede desconocer sus propios actos declarativos de derechos, argumentación que no puede aceptarse, puesto que la Real Orden de 23 de septiembre de 1907 hizo la consideración de oficial del causante a determinados efectos, pero no a los pasivos, y porque al obtener las pensiones pasivas por determinación de la Ley para cada uno de sus beneficiarios y no por derecho de sucesión, la llamada transmisión de la pensión es en realidad el nacimiento del derecho a cobrarla originariamente, aunque provenga del mismo causante y en el momento de señalarla deben replantearse de nuevo todas las cuestiones derivadas de la pensión de que se trate, que no pueden entenderse prejuzgadas por el criterio seguido al fijar la anterior pensión, puesto que la teoría de los actos propios y de los derechos adquiridos sólo puede aplicarse respecto de situaciones jurídicas consolidadas y no de meras expectativas como tenía la accionante hasta el momento en que se le reconoció pensión a su favor y a estos principios responde el artículo 30 del Reglamento de Clases Pasivas, y por ello al efectuar a la

interesada el señalamiento de pensión por derecho de transmisión le tomaron en cuenta los servicios prestados por el causante que le correspondían con arreglo a la legislación vigente.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 18 de octubre de 1978.*)

8. *Adecuación a derecho de Decreto 3083/1970, de 15 de octubre, en cuanto se dicta en aplicación y desarrollo del Decreto-ley de 16 de diciembre de 1969, que modificó la Ley de 12 de mayo de 1960, que creó la MUNPAL. Cuando la apelación se basa en el artículo 94, 2. b), de la LJ, su ámbito ha de ceñirse a enjuiciar si la disposición impugnada respeta el principio de legalidad en sus manifestaciones de jerarquía normativa y materia reservada a la Ley.*

«La presente apelación, promovida por el Ayuntamiento de Badajoz frente a sentencia de la Sala Jurisdiccional de Cáceres de 3 de abril de 1975, se enmarca en el restringido ámbito del artículo 94, 2. b), de la Ley de 27 de diciembre de 1956, a cuyo amparo se plantea el proceso de segunda instancia, lo que ha de llevarnos, en la previa función de acotamiento objetivo del recurso, a excluir de éste cuestiones relacionadas con la correcta o incorrecta determinación de los haberes de jubilación a cargo de la Corporación Municipal o de los asumidos por la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (en adelante, abreviadamente «Munpal»), así como las atinentes a la posible inaplicación al caso del artículo 4.º del Decreto 3083/1970, de 15 de octubre, aducidas tanto por el Ayuntamiento apelante (alegación novena de su escrito) como por la Abogacía del Estado, pues el recurso necesario de apelación en base al ejercicio de impugnación indirecta de disposiciones reglamentarias, del artículo 39, apartados 2 y 4, de la Ley de la Jurisdicción, veda obviamente el tratamiento de cuestiones sobre legalidad de actos administrativos, que han de solventarse mediante el normal recurso de apelación caso de que la sentencia de instancia admita, por su materia o cuantía, la apelabilidad, habida cuenta de que mediante este tipo de apelación se persigue la finalidad de unificar los criterios jurisdiccionales en el esencial tema de la validez de las disposiciones generales emanadas de la Administración; por ello, al igual que sucede en el supuesto de apelación con apoyo en la desviación de poder, el ámbito objetivo del recurso ha de ceñirse en este caso a discernir la validez del artículo 4.º del Decreto antes citado, en cuanto a si al imponer a las Corporaciones locales la carga directa del abono de una parte de los haberes pasivos, los correspondientes a los servicios prestados con carácter interino, temporal o eventual, respeta el principio de legalidad en sus manifestaciones de jerarquía normativa y reserva de Ley, o si tal norma reglamentaria quebranta dicho esencial principio.

La cuestión así suscitada ha sido planteada en reiteradas ocasiones ante esta Sala, incluso en recursos entablados por el mismo Ayuntamiento de Badajoz ahora apelante, habiendo recaído en todos ellos idéntica solución negativa a la postulada ilegalidad del artículo 4.º del De-



creto de 15 de octubre de 1970, por entender que si bien la Ley de creación de la «Munpal», de 12 de mayo de 1960, no impuso a las Corporaciones o Entidades locales la carga directa, en supuestos normales, del abono de haberes pasivos correspondientes al tiempo de servicios prestados a las mismas con carácter interino o en cualquier otro que no fuese en propiedad, no es menos cierto que, por virtud de norma con rango de Ley, tal como el Decreto-ley de 16 de diciembre de 1969, se introdujo una modificación en aquel régimen en cuanto al reparto de pensiones de clases pasivas a cargo de la «Munpal» y de la correspondiente Entidad Local, al establecerse en el artículo 5.º de dicho Decreto-ley un reajuste de las aportaciones a dicha Mutuality con un sentido amplio y comprensivo del abono directo del incremento de pensión, cuando éste derivase de la prestación de servicios con el mencionado carácter y en derivación de la Ley 108/1973, normativa esta última que responde, según pone de relieve la Abogacía del Estado, a justificadas necesidades financieras nacidas del aumento de haberes pasivos en virtud de la actualización operada por el Decreto-ley de cobertura, el cual en su artículo 6.º autorizó al Gobierno a dictar las disposiciones necesarias para su ejecución, de donde se concluye la legalidad del Decreto 3083/1970 en el precepto objeto de impugnación, criterio jurisprudencial sentado, entre otras, en sentencias de esta Sala de 12 de noviembre de 1974, 16 y 26 de enero de 1976, 26 de enero, 9 de febrero, 18 de marzo y 7 de junio de 1977, y que en aras del principio de unidad de doctrina que reclama el artículo 102, 1, b), de la Ley Jurisdiccional obliga a su reiteración en este recurso de apelación, con la ineludible desestimación del mismo por virtud de lo prevenido en el artículo 83 de la mencionada Ley.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 27 de diciembre de 1978.*)

#### IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Si bien es cierto que la Orden ministerial de 17 de diciembre de 1975 limita la aplicación del indulto a las sanciones graves y leves, quedando por tanto excluidos de sus beneficios los funcionarios sancionados por faltas muy graves, dado que la sanción de separación se impuso por falta grave, procede aplicar el indulto, pues, de lo contrario, se otorgarían efectos retroactivos, en perjuicio del recurrente, al R. F. C. L. posterior a la fecha de imposición de la sanción, que dispuso que la separación del servicio sólo se aplicara a las faltas muy graves.*

«El accionante en vía jurisdiccional y recurrente en esta segunda instancia don José María B. C., oficial técnico-administrativo, por oposición, del Ayuntamiento de San Sebastián, separado del servicio por sanción impuesta en expediente disciplinario en el año 1952, solicitó de la Corporación el 30 de enero de 1976 la aplicación del Decreto de indulto de 25 de noviembre de 1975; beneficios que le fueron denega-

dos por acuerdo de la Comisión Municipal Permanente de 30 de junio de 1976, confirmado en trámite de reposición el 5 de octubre siguiente, contra cuyos acuerdos se interpuso por don José María B. recurso contencioso-administrativo ante la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Pamplona, que pronunció sentencia desestimatoria del recurso, apelada por el señor B. con las pretensiones, que concreta en el suplico de su escrito de alegaciones, de que revocando la sentencia y anulando por no ser conformes a derecho los acuerdos del Ayuntamiento de San Sebastián, se declare su derecho a que le sea aplicado el indulto a que se refiere la Orden del Ministerio de la Gobernación de 17 de diciembre de 1975, y, alternativamente, que le sea aplicada la amnistía a que se refiere el Real Decreto-ley de 30 de julio de 1976 y el Decreto de 1 de octubre del mismo año, adoptándose en uno u otro caso los acuerdos, decisiones y diligencias que sean consecuencia de la aplicación del indulto o amnistía.

A la vista del «petitum» del escrito de alegaciones formulado por don José Manuel B. C., procede delimitar el ámbito objetivo de este recurso, que ha de quedar limitado a la concreta cuestión, de matiz puramente jurídico, relativa a si procede aplicar al apelante los beneficios del Decreto de indulto de 25 de noviembre de 1975, regulados respecto a los funcionarios de la Administración Local por la Orden del Ministerio de la Gobernación de 17 de diciembre de 1975, ya que la pretensión relativa a la concesión de la amnistía ha de quedar excluida de la apelación, pues siendo la misión atribuida a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa meramente revisora de la actividad de la Administración, para resolver sobre la conformidad al ordenamiento jurídico de sus actos o resoluciones, es obvio que este control jurisdiccional no puede ejercerse con relación a la aplicación de la amnistía, cuando no se solicitó del Ayuntamiento de San Sebastián y la Corporación no pudo pronunciarse sobre su aplicación, sin que naturalmente esta exclusión del ámbito procesal pueda obstar al derecho que el señor B. pudiera ostentar a solicitar la amnistía produciendo un nuevo acto, expreso o presunto, del Ayuntamiento de San Sebastián.

Si bien es cierto que, como acertadamente se razona por los juzgadores de la Sala Territorial de la Jurisdicción, en la sentencia que pronunciaron el 5 de diciembre de 1977, la Orden del Ministerio de la Gobernación de 17 de diciembre de 1975 limita la aplicación del indulto a las sanciones disciplinarias calificadas de leves y graves, quedando, por tanto, excluidos de sus beneficios los funcionarios sancionados por faltas muy graves; como lo es asimismo que conforme al artículo 108, párrafo 2, del Reglamento de Funcionarios de Administración Local, aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1952, la sanción disciplinaria de separación definitiva del servicio sólo puede imponerse por faltas muy graves; sin embargo, no es posible desconocer que la separación definitiva del servicio del oficial técnico-administrativo del Ayuntamiento de San Sebastián don José María B., le fue impuesta por el

Pleno como autor de una falta grave—no muy grave—y aplicando el artículo 81, párrafos 2.º y 3.º, del Reglamento de funcionarios y empleados del Ayuntamiento de San Sebastián, de 15 de noviembre de 1928, a la sazón vigente, que no incluía en su articulado faltas con la calificación de muy graves.

Por consiguiente, llevando el acuerdo de separación la fecha de 25 de marzo de 1952, es patente la imposibilidad de aplicar, para denegar los beneficios del indulto a don José María B., el Reglamento de 30 de mayo de 1952, como se hizo por el Ayuntamiento de San Sebastián y se mantiene en la sentencia de la Sala Territorial de Pamplona, pues ello implica conferir retroactividad a una normativa más gravosa para el sancionado, cuando en materia penal—conforme al artículo 24 del Código Penal— las leyes sólo pueden tener efectos retroactivos en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta; principio aplicable a los expedientes disciplinarios, por su naturaleza sancionadora, según consagra la doctrina de este Tribunal Supremo, consignada entre otras, en las sentencias que en los «Vistos» se mencionan.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 18 de octubre de 1978.*)

2. *En materia de personal la apelabilidad ha de ceñirse a lo que en rigor comporta la extinción de la relación de servicio del funcionario público inamovible, mas no a otro tipo de faltas o sanciones que no comporten dicha extinción. Falta de probidad: ausencia de prueba. Irrespetuosidad en acto de servicio que no constituye falta muy grave, dado que la expresión calificada de injuriosa no respondió a un ánimo deliberado y positivo de causar ofensa, sino que se profirió con carácter puramente defensivo.*

«La presente apelación aparece circunscrita al tema decisorio de la procedencia de las sanciones disciplinarias de separación definitiva del servicio impuestas, por sendas infracciones o faltas administrativas de conducta irregular e irrespetuosidad en acto de servicio, calificadas como muy graves, al sargento de la Policía Municipal de Portugalete señor M. Z., quedando al margen, al no haber éste apelado frente a la sentencia de la Sala de Vizcaya de 22 de diciembre de 1975 objeto de este recurso ni adherirse a la apelación de la Corporación Municipal, las cuestiones rechazadas por el Tribunal de instancia relativas a defectos formales en la sustanciación y decisión del expediente disciplinario, prescripción de las faltas y desviación de poder; igualmente ha de permanecer ajeno al ámbito del proceso en esta segunda instancia, siguiendo con la labor previa de acotamiento objetivo del recurso, lo concerniente a la sanción de apercibimiento impuesta por la falta leve de tenencia en poder del inculpado de documentos que debieran obrar en archivos municipales—conducta irregular del artículo 106, 1.º, del Reglamento de Funcionarios de Administración Local—, pues en materia de «personal» la apelabilidad ha de ceñirse a lo que en rigor comporta la extinción de la relación de servicio del funcionario inamo-

vible, es decir, a la separación definitiva del servicio impuesta por vía sancionadora, mas no a otro tipo de faltas y sanciones que no comporten dicha extinción —artículo 94, 1, a), de la Ley de esta Jurisdicción en la redacción dada por Ley 10/1973, de 17 de marzo, de reforma parcial—, conclusión que se refuerza si se atiende a la impugnabilidad jurisdiccional de este tipo de sanción para las faltas leves establecida por el artículo 336, 4, de la Ley de Régimen Local, en relación con el artículo 40, apartado f), de la Ley Jurisdiccional citada.

Para que la prejudicialidad penal prevista en el artículo 4.º, 1, de la tan repetida Ley rectora de la Jurisdicción hubiera producido el resultado de vinculación a los aspectos fácticos contemplados por el Juez penal, hubiera sido preciso que la imputación del ilícito administrativo —faltas de conducta irregular y de irrespetuosidad en acto de servicio— descansare precisamente en la tipificación como conducta delictiva de la depurada en el expediente disciplinario, mas aquí esto no sucede en modo alguno, puesto que la imputación de verter frases injuriosas contra el alcalde y demás miembros de la Corporación municipal no se configura como delito de desacato, y respecto a la falta muy grave de conducta irregular del artículo 106, 3.º, del Reglamento de Funcionarios Locales no se opta por encuadrarla, ni en la propuesta ni en la resolución sancionadora, en el apartado b) del citado precepto, sino que fundamentalmente se califica como «falta de probidad profesional relacionada con el percibo y exigencia de dádivas a los aspirantes o miembros de la Policía Municipal de Portugaleta, sin que pueda perderse de vista, de otra parte, que la decisión judicial recaída en la esfera penal, de sobreseimiento provisional, no establece de modo inconcuso la no comisión por el sargento inculcado de los hechos que se le imputan, sino que establece la ausencia de prueba suficiente para la incriminación —procesamiento— en dicha esfera punitiva, lo que nos lleva, en este caso, al tratamiento independiente en cuanto a acreditamiento de hechos, calificación y sanción, entre la esfera disciplinaria y la penal conforme a reiterado criterio jurisprudencial, debiendo, por tanto y conforme al orden expuesto, procederse a examinar los tres aspectos básicos citados que configuran el ilícito administrativo.

En orden a la falta administrativa de mayor entidad que es, sin duda, la constituida por la imputación al citado sargento del percibo de la cantidad de 4.000 pesetas del aspirante a policía municipal señor R., así como de la exigencia de dádivas y obtención de las mismas con relación a dos agentes del citado Cuerpo, ha de compartirse plenamente el criterio sustentado por la Sala de instancia respecto a la ausencia de prueba revestida de suficiente convicción para fundar la existencia de dichos hechos integrantes de la conducta irregular imputada, mediante la falta de probidad profesional, pues el único dato cierto e incuestionable es la afirmación de la entrega de dicha cantidad por el señor R. y la intermediación del señor F., mas sin que de las declaraciones de estas personas y del contexto en que se producen se

obtenga la necesaria convicción de culpabilidad, pues aparte de las contradicciones en que incide el citado agente señor R., no aparece acreditado ni el momento aproximado de la entrega, ni si ésta tuvo lugar cuando aún aspiraba al puesto dicho agente o una vez superadas por éste las pruebas de acceso y obtenido el mencionado cargo, ni tampoco la finalidad de la misma, siendo digno de destacarse que en la diligencia sumaria de careo entre el inculpado y los citados señores F. y R. fue apreciada por el Juez instructor (sumario 88/1974) mayor serenidad en aquél, circunstancias que nos llevan, al igual que entendería el Tribunal *a quo*, a estimar como no acreditada la percepción y exigencia de dádivas, cayendo así por su base la apreciación de la falta muy grave de conducta irregular caracterizada como «falta de probidad profesional» y la condigna sanción de separación definitiva del servicio (artículos 106, 3.º, a), y 108, 2, del Reglamento antes citado), lo que comporta la total anulación de la resolución sancionadora en este aspecto.

Conclusión distinta a la que acaba de mantenerse cabe establecer, no compartiendo en este punto la tesis de la sentencia apelada, respecto a la depuración de la falta de «irrespetuosidad en acto de servicio» del artículo 103 del Reglamento funcional de constante cita; pues la disonancia testifical en orden al tiempo y lugar en que el sargento municipal señor M. profirió la expresión injuriosa contra el alcalde-presidente de la Corporación no se infiere del expediente, antes bien de éste resulta una coincidencia esencial, en los aspectos básicos, entre las declaraciones producidas en el expediente por cuatro agentes de la Policía Municipal, en cuya presencia el inculpado pronunció la frase contra el citado alcalde; y así, en efecto, los agentes señores V., G. D., M. y H. depusieron sobre el hecho ahora analizado en sentido esencialmente uniforme, pues dado el tiempo transcurrido la no fijación de fecha exacta no puede tener la trascendencia que la sentencia apelada le da, ya que los cuatro guardias citados afirmaron que la expresión injuriosa fue pronunciada en su presencia en octubre o noviembre de 1971, y lo mismo ha de decirse en cuanto al lugar, dado que la diversidad de localización del hecho, en el cuartelillo municipal o en los soportales de la Casa Consistorial carece de relieve en razón de la proximidad física, entre ambos lugares, coincidiendo los cuatro agentes en que esta conducta se produjo con ocasión del relevo del servicio y hallándose los cuatro agentes declarantes, así como el inculpado, en el ejercicio de sus funciones, por lo que, de conformidad con lo apreciado en la propuesta de resolución y en los Decretos sancionadores, ha de tenerse como cierta y probada la conducta objeto de imputación relativa a proferir frases injuriosas contra el alcalde.

No obstante lo anterior, la calificación de esta infracción administrativa no es ajustada a Derecho, al no ser constitutiva de la falta muy grave del artículo 103, 3.º, apartado b), del aludido Reglamento de Fun-

cionarios, porque la frase proferida por el expedientado en presencia de cuatro agentes de la Policía Municipal de Portugalete y hallándose en acto de servicio no implica el «ostensible menosprecio que implique ofensa deliberada de las Autoridades e Instituciones fundamentales de la nación», pues dejando aparte la cuestión de si el alcalde se encuentra o no incluido en el precepto transcrito, lo incuestionable es que se halla ausente el elemento definidor de la conducta así tipificada, es decir el «ostensible menosprecio» que produzca como resultado una deliberada ofensa a tales Autoridades, habida cuenta de que, según reconoció implícitamente el primer informe emitido por el Colegio Oficial de Funcionarios de Administración Local y tal como explícitamente admite la Corporación municipal apelante, la frase o las expresiones alusivas a regalos aceptados por la Alcaldía fueron dichas «en tono defensivo contra posibles actuaciones disciplinarias» dirigidas —como así sucedió— contra el sargento señor M., matiz éste de gran importancia en orden a efectuar una correcta calificación del ilícito examinado, ya que la expresión calificada de injuriosa no responde a un ánimo deliberado y positivo de causar ofensa y menosprecio directos a la autoridad municipal, sino a la intención, de más leve signo en el orden sancionador, de anticiparse a eventuales actuaciones disciplinarias mediante imputaciones que revisten carácter puramente defensivo, las cuales si bien constituyen, *per se*, falta administrativa, ésta no es calificable de muy grave por lo expuesto, sino de simplemente grave, como encuadrable en el supuesto del artículo 103, 2.º, apartado b), a cuyo tenor entraña irrespetuosidad en acto de servicio; «la desconsideración a las Autoridades, a otros funcionarios de la propia Entidad o al público en sus relaciones con el servicio, cuando redunde en manifiesto desprestigio de la función», desprestigio que dadas las circunstancias que rodearon el hecho se produce aquí de modo indudable; por cuyas razones procede, en este aspecto, anular las resoluciones sancionadoras y en su lugar declarar la existencia de una falta grave de «irrespetuosidad en acto de servicio» cometida por el sargento municipal señor M., e incardinada en el precepto últimamente aludido.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 20 de diciembre de 1978.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

# CRONICA ADMINISTRATIVA

