

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. SELECCIÓN: 1. El Decreto 1409/1977, de 2 de junio, no impone a las Corporaciones Locales la obligación de integrar como funcionarios de plantilla al personal interino, eventual, temporero o contratado, sino que concede una autorización para que aquéllas convoquen, si lo estiman oportuno, las correspondientes convocatorias. 2. Concedida por el Decreto de 2 de junio de 1977 y la Orden ministerial de 8 de noviembre de 1977 a las Corporaciones Locales la facultad de convertir en funcionarios de carrera a los interinos, eventuales, temporeros y contratados, si de la misma se hace uso, es obvio que han de atenderse aquellas a las condiciones que ambas disposiciones establecen.—II. DERECHOS: 1. La fijación del coeficiente multiplicador no constituye aplicación de potestad discrecional, sino que significa la fijación de un concepto jurídico indeterminado, lo que supone que la Administración ha de aplicar las normas procedentes con el criterio de igualdad y espíritu de justicia, revisable jurisdiccionalmente. Secretarios-contadores de puertos. 2. Coeficientes. Asistentes sociales. La estimación de los agravios comparativos escapa de la jurisdicción contencioso-administrativa, que no tiene como misión entrar a conocer los supuestos agravios de tal índole, sino la de declarar si los actos administrativos infringen o no el ordenamiento jurídico. 3. Forma de computar los trienios prestados como clase de tropa. 4. La fecha inicial del percibo de una percepción en virtud de un acuerdo dictado en sustitución de otro anulado debe retrotraerse a la fecha de la solicitud. 5. La fecha del comienzo de la percepción de una pensión solicitada antes de los cinco años del nacimiento del derecho es la de la promulgación de la norma que lo declara. 6. Para que el retiro por inutilidad física dé lugar a pensión extraordinaria, no basta con que aquélla se haya producido cuando el solicitante se encontraba en situación de servicio activo, sino que es necesario que se produzca como consecuencia del servicio o por riesgo específico del cargo. 7. Procede la concesión de pensión extraordinaria de viudedad en caso de fallecimiento por accidente fortuito en acto de servicio. 8. No hay lugar a la concesión de pensión extraordinaria de viudedad cuando el fallecimiento, si bien se produce en acto de servicio, ha sido originado por una enfermedad común. 9. La falta de diligencias previas para acreditar las causas del fallecimiento, al no haber sido instruidas por la autoridad, no constituye motivo para que, amparándose en el artículo 34,2 del Reglamento de derechos pasivos del personal militar se deniegue por el Consejo Supremo de Justicia Militar la concesión de pensión extraordinaria, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.—III. INCOMPATIBILIDADES: 1. Las situaciones establecidas en los artículos 82 y 83,2 LF, 328 LRL, 37,1 RFAL y preceptos concordantes suponen un límite legal al derecho de trabajo que, por regla general, opera sin necesidad de actos individuales de imposición y comporta una prohibición de ejercer determinadas actividades ajenas a la función pública, cuya práctica es constitutiva de una ilicitud que opera en el campo de la profesión libre, incidiendo así en el ámbito de competencia de los Colegios profesionales, en virtud de su obligación legal de hacer cumplir a sus colegiados las Leyes generales y especiales en materia de su competencia. 2. Incompatibilidades. Arquitecto al servicio de un Ayuntamiento. Las implicaciones que llevaría consigo una situación de duplicidad de

intervenciones de un mismo técnico, tratando, por un lado de defender las necesidades y conveniencias del bien común, determina un estado de tensión, al que forzosamente hay que eliminar. Legalidad de Acuerdo colegial, declarando la incompatibilidad de un colegiado, funcionario municipal, para dirigir, proyectar y realizar cualquier clase de trabajos profesionales, por encargo de particulares o entidades que hayan de ser objeto de aprobación, tramitación, licencia o autorización por el Ayuntamiento del que forma parte.—IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Compatibilidad de sanción disciplinaria y sanción penal sin merma del principio «non bis in idem». Pérdida la condición de funcionario por condena a pena accesoria de inhabilitación especial para cargo público. El artículo 37,1, d), LF debe prevalecer sobre el artículo 50,4. 2. El concepto de probidad profesional significa rectitud, honrra de bien, integridad, honradez en el obrar; notas que jurídica y gramaticalmente son la esencia y la entraña de la probidad, facultad discrecional de elegir entre las distintas sanciones previstas.

I. SELECCIÓN

1. *El Decreto 1409/1977, de 2 de junio, no impone a las Corporaciones Locales la obligación de integrar como funcionarios de plantilla al personal interino, eventual, temporero o contratado, sino que concede una autorización para que aquéllas convoquen, si lo estiman oportuno, las correspondientes convocatorias.*

«Es preciso, ante todo, dejar sentado que el Decreto 1409/1977, de 2 de junio, dictado con la finalidad de disminuir la existencia en la Administración Local de determinado personal, interino, eventual, temporero o contratado, facilitando su integración como funcionarios de plantilla en las plazas y plantillas correspondientes, no impone ninguna obligación en este sentido a las Corporaciones Locales, sino que concede una autorización para que éstas convoquen, si lo estiman oportuno, las correspondientes convocatorias, y que la Orden que hoy se impugna, tras desarrollar en sus primeros artículos la forma y plazos en que las convocatorias habían de ser publicadas en su caso, se ocupó en su disposición 9, apartados 1 y 2, de regular la actuación de aquellos funcionarios que en virtud de tan singular medio de acceso fuesen integrados como funcionarios de carrera y no sólo como se dice a efectos pasivos, sino en cuanto a reconocimiento del tiempo de servicio computable a efectos de trienios, por lo que no puede estimarse como se pretende por la parte actora, que la Orden impugnada contradiga o no se atenga a las normas del Decreto que desarrolla, y es claro que si sueldo y trienios constituyen la base del sueldo regulador de las pensiones que en su día habrían de satisfacerse por la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local habrán de ser ingresadas en la misma las cuotas correspondientes, sin perjuicio de la prevalencia del Real Decreto 2175/1978, de 25 de agosto, en aquellos supuestos por él contemplados sobre cómputo recíproco de cotizaciones a la Mutualidad Nacional y a la Seguridad Social que excluye necesariamente la duplicidad de cotizaciones por un mismo período,

razones todas que conducen a la desestimación del presente recurso, y a las que podían añadirse las que se contienen en las sentencias de esta Sala de 7 de marzo y 12 de junio del presente año, dictadas en recursos contencioso-administrativos: interpuestos con análogas pretensiones por otras Corporaciones Locales en impugnación de la misma Orden.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 27 de junio de 1979.*)

2. *Concedida por el Decreto de 2 de junio de 1977 y la Orden ministerial de 8 de noviembre de 1977 a las Corporaciones Locales la facultad de convertir en funcionarios de carrera a los interinos, eventuales, temporeros y contratados, si de la misma se hace uso es obvio que han de atenderse aquéllas a las condiciones que ambas disposiciones establecen.*

«Se impugna por el recurrente, Ayuntamiento de Villacarrillo (Jaén), la Orden del Ministerio del Interior de 8 de noviembre de 1977, por entender dicha corporación: a) Que se había convertido como obligación proceder a convocar pruebas selectivas para la provisión de plazas como funcionarios de carrera al personal interino, temporero, eventual y contratado, lo que el Decreto de 2 de junio de 1977 estableció como una mera autorización. b) En haber admitido, a efectos de trienios los servicios prestados con anterioridad a la integración y c) Imponer a las Corporaciones locales la obligación de ingresar en la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL) las cuotas correspondientes a tales servicios reconocidos a efectos de trienios.

La Orden en cuestión mantiene como facultativa la integración, siendo buena prueba de ello su artículo 3.º, a cuyo tenor las Corporaciones locales, a la vista de las solicitudes presentadas, resolverán «dentro de las facultades» que le confiere el artículo 1.º del Real Decreto aludido.

El reconocimiento de los trienios por el período de servicios anteriores al ingreso en el Cuerpo, la Ley 31/1965, de 4 de mayo —de aplicación como norma supletoria— estableció como excepción en su disposición transitoria 6.ª del cómputo de los servicios efectivos antes de la integración en el Cuerpo, excepción que se ha convertido en regla por el Decreto de 11 de marzo de 1978 y la Ley de 26 de diciembre de 1978.

En orden al pago de las cuotas de la MUNPAL por parte de las Corporaciones locales ha de tenerse en cuenta el criterio sustentado por la Sala en casos análogos, en su sentencia de 27 de junio de 1977 y muy especialmente en las de 7 de marzo y 12 de junio del año en curso, según el cual al integrar a determinados funcionarios en las plantillas existe la obligación de afiliarlos a la Mutualidad con la antigüedad que se les haya reconocido por la Corporación y de abonar las cuotas del afiliado a partir de 1 de diciembre de 1960 o de la fecha del pri-

mer nombramiento si fuese de fecha posterior; pues desde que pasan a ser funcionarios de la Administración Local no pueden quedar al margen del sistema de la previsión social.

Concedida por el Decreto y Orden citados tal facultad de convertir en funcionarios de carrera a los interinos, eventuales, temporeros y contratados, si de la misma se hace uso es obvio que ha de atenerse la Corporación a las condiciones que ambas disposiciones establecen.

Por lo expuesto, la Orden ministerial recurrida no contradice el ordenamiento jurídico, y por ello procede desestimar el presente recurso contencioso-administrativo, sin que, no obstante, esté aconsejada la imposición de las costas al Ayuntamiento recurrente por cuanto no se estima que haya incidido en alguno 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 4 de julio de 1979.*)

II. DERECHOS

1. *La fijación del coeficiente multiplicador no constituye aplicación de potestad discrecional, sino que significa la fijación de un concepto jurídico indeterminado, lo que supone que la Administración ha de aplicar las normas procedentes con el criterio de igualdad y espíritu de justicia, revisable jurisdiccionalmente. Secretarios-Contadores de puertos.*

«La fijación del coeficiente multiplicador determinante del sueldo de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, como reiteradamente ha venido proclamando esta Sala en las sentencias mencionadas en los «Vistos», no constituye aplicación de potestad administrativa discrecional, sino que significa la fijación de un concepto jurídico indeterminado, y ello supone que la Administración ha de aplicar las normas procedentes con el criterio de igualdad y espíritu de justicia, revisable en esta vía jurisdiccional, si bien es preciso poner de relieve que siendo el fundamento de la acción contencioso-administrativa —como se destaca en la Exposición de Motivos de la Ley de 27 de diciembre de 1956— fundamentalmente siempre el mismo: que el acto no sea conforme a Derecho, no puede constituir excepción el ejercicio de la función revisora de los Tribunales de lo Contencioso-administrativo con relación a los coeficientes moduladores de los sueldos de los funcionarios públicos, y en consecuencia, ha de proclamarse que aquéllos sólo pueden modificarse cuando la Administración incidió en cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder.

La comparación del coeficiente multiplicador 4,5 asignado a los Secretarios-Contadores de Puertos por el Decreto 2000, de 1976, con los señalados para los distintos Cuerpos de la Administración Civil del

Estado por el Decreto 1427, de 1965, de 28 de mayo, pone de manifiesto que el Decreto de 28 de julio de 1976 se halla ajustado al Ordenamiento jurídico, ya que concedió a los Secretarios Contadores un coeficiente superior al Cuerpo General Técnico de Administración Civil, formados por titulados universitarios y con función específica y técnica en la Administración en la que podían alcanzar en la anterior normativa el empleo de Jefe Superior de Administración, y en la vigente los cargos de Oficial mayor y Subdirector general en los distintos Departamentos Ministeriales, y sin que, en fin, pueda admitirse comparación con otros Cuerpos con funciones técnicas como los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, ni con los Secretarios de Justicia sometidos a una normativa distinta a los funcionarios de la Administración Civil del Estado; razones que obligan a desestimar la pretensión de elevar a 5 el coeficiente multiplicador de los Secretarios-Contadores accionantes.

Respecto a la fecha a que debe retrotraerse la aplicación del coeficiente 4, procede fijarla en la de entrada en vigor del Decreto 3236, de 1974, de 25 de octubre, puesto que fue éste el que sometió a los Secretarios-Contadores a la legislación general de los funcionarios de la Administración Civil del Estado y dispuso que se les asignara coeficiente multiplicador, por lo que procede estimar en cuanto a este extremo el recurso contencioso-administrativo.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 9 de mayo de 1979.*)

2. Coeficientes. Asistentes Sociales. La estimación de los agravios comparativos escapa de la jurisdicción contencioso-administrativa, que no tiene como misión entrar a conocer los supuestos agravios de tal índole, sino la de declarar si los actos administrativos infringen o no el ordenamiento jurídico.

«La cuestión que en la presente litis se debate se concreta en la pretensión de las actoras doña María del Carmen A. A. y otras 83 Asistentes Sociales, al Servicio de las Corporaciones Locales, de que se declare la nulidad del Decreto número 2557/1977, de 19 de septiembre, y de la resolución del Consejo de Ministros denegando el recurso de reposición interpuesto por las mismas, por entender que en el mencionado Decreto no hay ninguna referencia al coeficiente que les corresponde, sino que solamente incluye a los Asistentes Sociales en otro epígrafe (el 23) más adecuado con su titulación, formación profesional, contenido funcional del puesto, responsabilidad, etc., lo que —según las actoras— no consigue, puesto que dicho epígrafe 23 del anexo del Decreto 2056/1973, de 17 de agosto, se refiere única y exclusivamente a los Maestros de Enseñanza, mientras que existe otro epígrafe concreto dentro del mismo grupo de Administración Especial y en la categoría de Técnicos, que, en su opinión, acoge a estos funcionarios según su titulación y demás circunstancias, el número 20, que se refiere a Titulados Medios (Arquitectos o Ingenieros Técnicos, Aparejadores, Peritos, o Ayudantes de Ingeniería y Topógrafos), por todo lo

cual consideran que las resoluciones recurridas no están ajustadas a Derecho e infringen el Ordenamiento jurídico, y se basan tanto en el agravio comparativo que ello supone como en una supuesta desviación de poder que invocan y fundamentan en la incardinación de los Asistentes Sociales en un epígrafe que no les corresponde; pretensiones que no pueden prosperar, ya que la estimación de los agravios comparativos escapa a esta Jurisdicción que no tiene como misión entrar a conocer en supuestos agravios de tal índole, sino la de declarar, cuando ello proceda, si los actos administrativos o las disposiciones dictadas por la Administración infringen o no el ordenamiento jurídico, como expresamente se dijo en las sentencias de esta Sala de 27 de octubre y 3 de noviembre de 1976, precisamente en otros recursos contencioso-administrativos interpuestos, asimismo, por los Asistentes Sociales de las Corporaciones Locales, y quizá porque en tales sentencias se decía que la Administración, dentro de los márgenes de la normativa legal, tenía discrecionalidad para la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada plazo o Cuerpo sólo revisable a través de la desviación de poder, es por lo que éste se invoca en el presente recurso, pero olvidando toda la doctrina elaborada por la Jurisprudencia sobre este instituto jurídico, que requiere acreditar que el acto administrativo se dictó para conseguir un fin distinto del que contempla el Ordenamiento jurídico, apartándose del interés público que debe motivar sus resoluciones, y que cuando aparece como motivo de enjuiciamiento preferente el quebrantamiento de algún precepto jurídico el recurso jurisdiccional proporciona el medio idóneo para que el Tribunal correspondiente corrija la violación legal, y en el presente caso, además de señalarse concretamente una infracción, no se ha acreditado en absoluto la torcida finalidad del acto recurrido.

Entrando más a fondo en la cuestión litigiosa nos encontramos con que el Decreto 2056/1973, modificado por el que ahora se impugna, tuvo por objeto desarrollar el Decreto-Ley 7/1973, que pretendía acomodar las retribuciones de los funcionarios de la Administración Local a la de los funcionarios Civiles del Estado, bien que con carácter provisional, hasta tanto se dicte el Estatuto definitivo de los funcionarios locales; y en aquel momento la determinación del coeficiente a los Asistentes Sociales tuvo que hacerse aplicando criterios analógicos, habida cuenta de que no existía en la Administración Central un Cuerpo de Asistentes Sociales, pero al crearse éste en la esfera estatal, fijándosele por Decreto 1098/1977 el coeficiente 2,9, en cumplimiento del Decreto-Ley 7/73, era obligado el paralelismo entre ellos, lo que motivó el Decreto 2557/1977, hoy impugnado, precisamente para señalar el mismo coeficiente a los de la Administración Local que el fijado a los de la Estatal, y la integración de los primeros en el epígrafe 23 del Anexo de Coeficientes es solamente una consecuencia de lo anterior, ya que había que encuadrarles en el epígrafe a los que se aplica el coeficiente 2,9, sin otro sentido ni consecuencia.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 15 de junio de 1979.*)

3. *Forma de computar los trienios prestados como clase de tropa.*

«El fondo litigioso de este recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Feliciano M. V., Teniente de Policía Armada, retirado, contra acuerdos de la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar, que se contrae a la aplicación de la Ley 20 de 1973, de 21 de julio, ha sido sometido al enjuiciamiento y función revisora de esta Sala en otros procesos del mismo contenido objetivo, distándose, entre otras, las sentencias de 22 y 30 de marzo de 1977, en los que se consagra la doctrina de la conformidad con el Ordenamiento Jurídico de la interpretación mantenida por dicho Alto Organismo, ya que no se trata simplemente de aumentar sobre los trienios reconocidos con anterioridad los dos correspondientes a los años de servicio como clase de tropa, antes no computables, sino que se ha de verificar un nuevo señalamiento en el que los premios de permanencia se computarán como trienios en la misma cuantía económica asignada a dichos premios, contándose la fracción sobrante que pudiera existir para perfeccionar los de suboficial, lo que responde al sistema general establecido para los trienios del personal militar, representa una uniformidad de trato para las clases de tropa ascendidas a Suboficiales antes y después de la promulgación de la Ley 113 de 1966, de 28 de diciembre, y de la Ley 20 de 1973, de 21 de julio.

En méritos de dicha Jurisprudencia de la Sala, y en observancia del principio de unidad de doctrina de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo del que es expresión el artículo 102, apartado b) del número 1.º de la Ley Jurisdiccional, cuyo cumplimiento proclaman las sentencias de este Tribunal Supremo de 9 y 14 de mayo y 16 de octubre de 1975, 5 de mayo de 1977 y 30 de diciembre de 1978, es procedente desestimar este recurso contencioso; sin costas, al no apreciarse la concurrencia de las circunstancias que, en armonía con el artículo 131 de la Ley rectora de la Jurisdicción pudieran determinar especial pronunciamiento impositivo de aquéllas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 17 de mayo de 1979.*)

4. *La fecha inicial del percibo de una percepción en virtud de un acuerdo dictado en sustitución de otro anulado debe retrotraerse a la fecha de la solicitud.*

«El tema litigioso se ciñe a determinar la fecha de arranque de la pensión de viudedad de la recurrente, viuda del Guardia Civil señor M. N., fallecido en situación de licenciado absoluto en el año 1953, pues mientras los acuerdos del Consejo Supremo de Justicia Militar objeto de impugnación (el originario de 5 de mayo de 1974 y los ulteriores que en vía de rectificación y reposición le confirmaron, de 15 de octubre de 1974 y 18 de febrero y 8 de abril de 1975), señalaron como tal fecha la de 1 de febrero de 1974, teniendo en cuenta la formulación de la segunda solicitud en 22 de enero de 1974, la actora pre-

tende que dicha fecha ha de ser la de 1 de enero de 1968, adoptando como punto inicial de referencia el planteamiento de la solicitud originaria en 28 de diciembre de 1967.

En rigor, al no constar la notificación del acuerdo adoptado por el Consejo Supremo de Justicia Militar en 9 de abril de 1968, según admite la Abogacía del Estado, la interesada lo que realmente hizo el 22 de enero de 1974 fue producir no una segunda solicitud sino, simplemente, reinstar o denunciar la mora de la que ya tenía formulada, advirtiendo a la Administración Militar que aquélla no había sido resuelta, pues nada se le había comunicado en tal sentido, de tal manera que la solicitud originaria es la que ha de cumplir su plena virtualidad a los efectos examinados, y siendo así que aquélla se planteó el 28 de diciembre de 1967, y que el derecho de la actora a pensión deriva de la Ley 60/1964, de 11 de junio, tal como reconoce el Fiscal Togado en su dictamen, ha de concluirse que la petición en tal fecha dirigida se hallaba dentro de los cinco años que dice la disposición transitoria de mencionada Ley para devengar pensiones desde el nacimiento de las mismas, y en este caso desde que la actora entiende y propugna que debió de fijársele, es decir, desde el 1 de enero de 1968, de conformidad, asimismo, a lo establecido en el artículo 92 del Estatuto de Clases Pasivas en la reforma operada por Ley de 24 de diciembre de 1964.

No cabe tomar como acuerdo eficaz y jurídicamente subsistente el emanado en 9 de abril de 1968 por el Consejo Supremo de Justicia Militar, pues con independencia de que, desde el punto de vista subjetivo de la interesada no puede entenderse producido, al no habersele notificado, lo cierto es que tal acuerdo tuvo un contenido denegatorio de la pensión de viudedad reclamada, y sin haber variado las circunstancias tal como reconoce el Abogado del Estado, el mismo Organó dictó nuevo acuerdo, éste favorable al reconocimiento de pensión, con fecha 5 de marzo de 1974, lo que tanto quiere decir como que el Consejo Supremo de Justicia Militar revocó o anuló su anterior acuerdo denegatorio, y al tratarse el último de dichos acuerdos, el objeto de recurso, de acto dictado en sustitución de otro anulado, ha de entrar en juego la eficacia retroactiva que prescribe el artículo 45,3 del Decreto de 2 de junio de 1966 sobre Procedimiento Administrativo en los Ministerios Militares, al darse los supuestos contemplados en dicha norma.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 27 de junio de 1979.*)

5. *La fecha del comienzo de la percepción de una pensión solicitada antes de los cinco años del nacimiento del derecho es la de la promulgación de la norma que lo declara.*

«Aducida por la Abogacía del Estado la inadmisibilidad del recurso por haberse presentado el escrito inicial fuera de plazo por entender que la resolución de la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar dictada el 21 de septiembre de 1976 y publicada en el

"Diario Oficial" de 10 de noviembre del mismo año, al ser la resolución de un recurso de reposición interpuesto contra anterior acuerdo de 17 de febrero de 1976, recurso estimado en parte, debió de ser recurrida ya directamente en esta vía jurisdiccional, resultando improcedente la interposición de un segundo recurso de reposición no emitido por la Ley, que dio lugar a la Resolución de 17 de mayo de 1977 que en este recurso contencioso-administrativo se ataca, ha de resolverse tal alegación teniendo en cuenta cuanto aparece en el expediente y su anómala tramitación, sin que tales anomalías no imputables a la interesada puedan resolverse mediante una estricta interpretación literalista de la Ley contraria a su espíritu antiformalista, de manera tal que comporta su indefensión al ser inducida a error por la propia administración, y así resulta que formulada una primera instancia o petición en súplica de pensión de orfandad nacida al amparo de la Ley de 24 de diciembre de 1964 antes de transcurridos los cinco años de su entrada en vigor, concretamente en 24 de diciembre de 1969, quedó paralizada en su tramitación, hasta ser impulsada por una nueva instancia de la interesada en 24 de abril de 1975 ante la cual se la instó la aportación de documentos, señalándosela en 17 de febrero de 1976 la correspondiente pensión con efectos a partir del día 1 de mayo de 1975, sin que aparezca que tal acuerdo le fuera notificado con expresión de los recursos que contra él pudiera entablar aunque sí comunicando a la Dirección General de la Deuda y Clases Pasivas y al Ministerio del Ejército, dando lugar a una nueva instancia de la interesada en súplica de que la fecha de arranque de la pensión fuera la de 28 de diciembre de 1969, instancia que se consideró como recurso de reposición y que una vez informada por la Fiscalía Militar y Togado de dicho Consejo Supremo de Justicia Militar dio lugar a acuerdo de la Sala de Gobierno por el que se rectificó la fecha inicial de los efectos económicos de la pensión concedida, fijándola en 1 de enero de 1970, sin que tampoco aparezca en el expediente se hiciera a la interesada notificación en forma, con instrucción de los recursos pertinentes y plazos para interponerlos, lo que nuevamente provocó instancia de la recurrente que tramitada dio lugar a acuerdo de la Sala de Gobierno de 17 de mayo de 1977, que esta vez sí fue notificado personalmente, pero como si de resolución nueva se tratara ya que se le indica podía interponer contra ella recurso contencioso-administrativo previo al de reposición, siendo estas anomalías de procedimiento de tal entidad que impiden aceptar la causa de inadmisibilidad del recurso opuesta por la Abogacía del Estado y obligan a entrar en el examen de la cuestión de fondo planteada.

Esta cuestión se limita a determinar si la fecha de arranque o inicial en que ha de producir efectos económicos la pensión de orfandad concedida a la actora ha de ser la de promulgación de la Ley de 24 de diciembre de 1964, disposición legal de la que dimana y nace su derecho a pensión, o la de 1 de enero de 1970, fecha que se corresponde con el mes siguiente a aquél en que formuló su primera instancia, y

en este extremo en el que mantuvieron posturas discrepantes la Fiscalía Militar y la Fiscalía Togada del Consejo Supremo de Justicia Militar, es claro que como sostiene la Fiscalía Togada, al nacer el derecho a pensión de la interesada de la promulgación de la Ley 193/1964, de 24 de diciembre, y formularse la petición antes de que hubieran transcurrido cinco años, el derecho a su percepción se inicia cuando se promulga la Ley, a tenor del artículo 92 del Estatuto de Clases Pasivas, y esto sentado no cabe estimar ajustado a derecho ni el acuerdo de la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar de 21 de septiembre de 1976, ni el dictado el 17 de mayo de 1977, que por otra parte resulta confuso y hasta contradictorio, pues al denegarse la petición, y como motivación del acto administrativo se incluye el informe emitido por la Fiscalía Togada en 26 de abril de 1977, en el que manifiesta se ratifica en su informe de 2 de noviembre de 1976, en el que literalmente había expresado su parecer de que, «debía revocarse el acuerdo recurrido y dictarse otro en su lugar en el que se establezca como fecha de arranque de los efectos económicos de la pensión de orfandad la de promulgación de la Ley 193/1964, de 24 de diciembre, disposición legal con la que nace el derecho a la peticionaria», que era precisamente lo que ésta solicitaba y postula ahora en este recurso, que en su consecuencia debe ser estimado.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 19 de junio de 1979.*)

6. *Para que el retiro por inutilidad física dé lugar a pensión extraordinaria no basta con que aquélla se haya producido cuando el solicitante se encontraba en situación de servicio activo, sino que es necesario que se produzca como consecuencia del servicio o por riesgo específico del cargo.*

«La pretensión sostenida por el recurrente se basa en su personal interpretación del artículo 1.º de la Ley de 4 de enero de 1977, que eleva al 200 por 100 del sueldo regulador las pensiones extraordinarias de los funcionarios civiles y militares en los casos de inutilidad, por actos del servicio, así como del preámbulo de dicha norma legal que considera extiende esta mejora no sólo a la inutilidad producida en un concreto acto de servicio, sino a aquella que pueda producirse como consecuencia del servicio o por riesgo específico del cargo, de lo que deduce que producida la inutilidad cuando se encontraba en servicio activo y siendo su pase a retirado, impuesto con carácter forzoso como consecuencia de dicha inutilidad, le corresponde pensión extraordinaria, interpretación subjetiva que no encuentra apoyo legal y que confunde la circunstancia de producirse la inutilidad cuando el interesado se encuentra en la situación de servicio activo, con aquella que se produce en acto de servicio o con ocasión o como consecuencia de él, sea por accidente o riesgo específico del cargo, que es lo que exige la Ley 112/1966, sin que aparezca del expediente, ni siquiera se alegue, que la enfermedad que dio lugar al retiro por inutilidad física

fuese consecuencia directa de heridas, penalidades o accidentes padecidos en la prestación del servicio, lo que por otra parte hubiera sido necesario acreditar mediante expediente tramitado en la forma y con las garantías previstas en el artículo 30 y siguientes del Reglamento de 15 de junio de 1972, por lo que las resoluciones de la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar, que denegaron al recurrente la pensión extraordinaria solicitada, aparecen en un todo ajustadas al ordenamiento jurídico, y así ha de declararse desestimando el recurso contra ellas interpuesto.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 11 de junio de 1979.*)

7. *Procede la concesión de pensión extraordinaria de viudedad en caso de fallecimiento por accidente fortuito en acto de servicio.*

«Solicitada por la recurrente la fijación de una pensión extraordinaria de viudedad por fallecimiento de su esposo, Guardia Civil, por accidente fortuito en acto de servicio, se ha denegado por la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar, pues habiéndose producido la denegación de esa misma petición por acuerdo de 8 de julio de 1947, no puede tal decisión modificarse al haber ganado firmeza; por lo que la cuestión sobre la posibilidad de conocer del asunto es la primera que ha de quedar decidida en esta sentencia; la demandante no solicitó expresamente tal pensión extraordinaria, pues pidió «la pensión de viudedad que pueda corresponderle», aunque el dictamen del Fiscal Militar, aceptado por el Consejo citado, dice carece de derecho a pensión extraordinaria, pues "se trata de un accidente casual que no tiene relación con el servicio", por lo que trató tal cuestión; pero al disponer el artículo 3.º de la Ley 193/1964 que las modificaciones introducidas por la Ley 58/1960, de 22 de diciembre, en los artículos 65, 68 y 69 del Estatuto de Clases Pasivas se entenderá aplicable a todos los casos ocurridos en cualquier momento; el derecho de la demandante se apoya en el artículo 68, y el 70 también dispone la posibilidad de ser solicitadas las pensiones extraordinarias en cualquier momento, ordenando la disposición transitoria primera de la Ley 193/1964, que los acuerdos dictados antes de la publicación de esta Ley en forma distinta a lo que en ella se establece serán revisables a instancia de parte, lleva a la conclusión de que no sólo es posible la petición cuando no se ha producido acuerdo anterior, sino también cuando éste ha sido dictado y fue consentido en su día, por lo que la revisión puede verificarse y realizarse, como en realidad reconoce el informe del Fiscal Togado, al decir que esta Ley citada sí permite la revisión de los supuestos anteriormente resueltos, que es lo pretendido por la recurrente.

A esa misma conclusión se llega aplicando el artículo 7 del Reglamento del Estatuto de Clases Pasivas, citado por el Abogado del Estado, pues debiendo siempre subordinarse a la Ley, declara no se reputarán tampoco como reclamaciones las nuevas solicitudes que se basen,

entre otras, en la prestación de servicios no tomados en consideración en el acuerdo primitivo, y justificados con posterioridad a su fecha; prestación de servicios que no ha de entenderse sólo a los efectos de la cuantía de la pensión o el mínimo para tener derecho a ella, sino referente a todas las circunstancias que tengan incidencia en el nacimiento de tal derecho, como es en el caso presente, si el causante prestaba servicio en el momento en que ocurrió su muerte; por lo que de la regulación de esta materia, resulta que es procedente la revisión de los acuerdos anteriores, lo que lleva la anulación del impugnado como contrario al ordenamiento jurídico, y entrar a examinar si la demandante tiene derecho a la pensión extraordinaria que solicita.

El fundamento del acuerdo de 1947, que el accidente que produjo la muerte del causante no tiene relación con el servicio, ha quedado destruido por el Decreto del Capitán General de la 4.ª Región Militar de 3 de marzo de 1976, posterior al acto que se revisa, al adicionar al de 30 de julio de 1946 que el fallecimiento del Guardia Civil Francisco A. J. tuvo lugar a las doce horas del día 20 de mayo de 1946, cuando el mismo se hallaba prestando servicio de puertas, circunstancia que no se había hecho constar en el anterior, dando lugar al error en el acuerdo de 1947; como el artículo 68 del Estatuto de Clases Pasivas, aplicable dada la fecha del fallecimiento del causante, exige la existencia de dos circunstancias para que se cause pensión extraordinaria en favor de sus familias; que fallecieren como consecuencia de accidente fortuito, lo que está acreditado por la resolución del Capitán General de la IV Región de 30 de julio de 1946, que acepta los fundamentos del dictamen del Auditor, en cuyo considerando expresa que los hechos reseñados son la consecuencia de un accidente casual y desgraciado, en el que no es de apreciar dolo, culpa ni imprudencia punible; y el segundo que sea en acto de servicio, lo que se justifica por la ampliación al anterior Decreto ya reseñado, el derecho de la recurrente a la pensión extraordinaria por el fallecimiento de su esposo deriva del ordenamiento jurídico, por lo que procede la estimación del recurso y de la demanda, debiendo la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar, en virtud de su competencia, fijar la cuantía de la que le corresponda a partir de la fecha de la solicitud, como dispone el artículo 92 del Estatuto de Clases Pasivas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 18 de mayo de 1979.*)

8. *No hay lugar a la concesión de pensión extraordinaria de viudedad cuando el fallecimiento, si bien se produce en acto de servicio, ha sido originado por una enfermedad común.*

«El esposo de la interesada falleció a consecuencia de una hemorragia cerebral cuando se hallaba de servicio como Guardia Civil, al salir de su acuartelamiento del Puesto de Moraleja del Vino (Zamora), por lo que hubo de regresar al mismo, falleciendo en el Cuartel, hechos que son calificados diversamente por la demandante y por la

Administración, ya que mientras para aquélla se trata de aplicación del artículo 7 de la Ley 112/1966, de 28 de diciembre, y 34 del Decreto de 13 de abril de 1972, y tiene derecho a pensión extraordinaria de igual cuantía que la totalidad de la base reguladora, la resolución impugnada del Consejo Supremo de Justicia Militar le señala la pensión ordinaria del 40 por 100 del sueldo.

El artículo 7 de la Ley 112/1966 establece que son dos los requisitos necesarios para obtener pensión extraordinaria; que el militar se inutilice o fallezca en acto de servicio, o con ocasión o como consecuencia de él y que el evento determinante del hecho sea un accidente, o un riesgo específico del cargo, por lo que no basta que se fallezca en acto de servicio, con independencia de la causa de ello como en el caso debatido el cual el óbito del causante ha sido originado por una enfermedad común, constatada en el expediente, aunque el acontecimiento sucediera hallándose el funcionario cumpliendo las obligaciones propias de su cargo, como así se deduce de la interpretación del citado artículo, que claramente señala que ha de existir la conexión servicio-fallecimiento de modo que éste derive directa e inmediatamente del riesgo del servicio y no de circunstancias de otro tipo, como la enfermedad que motivó la muerte del funcionario y sin que pueda tomarse como referencia la invocada sentencia de 28 de enero de 1970, toda vez que en ella se contemplaba el supuesto de unas lesiones sufridas por efecto de una caída, ocurrida en acto de servicio, accidente que no ofrece duda sobre su inclusión en el artículo mencionado.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 30 de abril de 1979.*)

9. *La falta de diligencias previas para acreditar la causa de fallecimiento, al no haber sido instruidas por la autoridad no constituye motivo para que, amparándose en el artículo 34,2 del Reglamento de Derechos Pasivos del Personal Militar se deniegue por el Consejo Supremo de Justicia Militar la concesión de pensión extraordinaria sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.*

«Otorgada a la hoy demandante, por Acuerdo del Consejo Supremo de Justicia Militar de 16 de diciembre de 1975, pensión ordinaria de viudedad, por el fallecimiento de su esposo, Policía Armada don José María S. S., aquélla instó, mediante recurso de reposición contra tal acto de determinación de haber pasivo, la concesión de pensión extraordinaria familiar, por entender que se había producido el fallecimiento de su causante en acto de servicio y a consecuencia de riesgo específico del cargo, según las circunstancias que en tal recurso detallaba, con aportación de diversos documentos, recayendo—tras diversas incidencias de carácter procedimental—resolución desestimatoria de dicho recurso, mediante Acuerdo del mencionado Organismo de 28 de septiembre de 1976, que es el objeto directo del presente recurso contencioso-administrativo, siendo de destacar que dicho Acuer-

do no se pronuncia en cuanto al fondo de la procedencia o improcedencia de la pensión extraordinaria solicitada, sino que mantiene la corrección del originario Acuerdo de fijación de pensión ordinaria de viudedad en base a entender, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal Militar, que no se había dado cumplimiento por la solicitante a lo prevenido en el artículo 34, párrafo 2.º, del Reglamento de Derechos Pasivos del Personal Militar —Decreto 1599/1972, de 15 de junio—, en cuanto que el expediente que dice tal precepto no se hallaba completo al no aportarse el testimonio de la resolución recaída en las diligencias previas o causa que por los hechos originadores del fallecimiento del causante se hubiere instruido; y, dado el contenido del Acuerdo impugnado, el tema decisorio previo es el de si dicho expediente se hallaba o no completo, pues en caso afirmativo, el pronunciamiento del Organó administrativo debió recaer sobre el fondo y en contemplación de las circunstancias puestas de relieve en el expediente al efecto tramitado.

De los dos requisitos o exigencias de carácter documental que señala el citado artículo 34,2 del Reglamento, en relación con las circunstancias que para otorgar pensión extraordinaria requiere el artículo 34,1 de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar, texto refundido de 13 de abril de 1972, se aportó por la actora la certificación del Jefe del Cuerpo o Unidad acreditativa de la fecha y circunstancias en que ocurrió la muerte del causante, y ante la ausencia del testimonio de particulares y de la resolución recaída en las diligencias previas o causa instruida al efecto, advertida por el Fiscal Militar en su informe al recurso de reposición, el Consejo Supremo de Justicia Militar recabó la aportación de dicho testimonio y ordenó después la instrucción del expediente, poniéndose de manifiesto por la Inspección General de la Policía Armada que no podía dar cumplimiento a lo ordenado al no haberse instruido procedimiento alguno; pues bien, ante este dato de no instrucción de causa o diligencias previas, en virtud presumiblemente de la forma en que se produjo la muerte del causante de la actora, no cabe entender que el expediente se hallase incompleto, pues el Consejo Supremo de Justicia Militar en su Acuerdo resolviendo el recurso de reposición, de 28 de septiembre de 1976, aceptó implícitamente la no pertinencia de instrucción de tales diligencias previas y no puede, por ende, erigirse en obstáculo para un pronunciamiento sobre el fondo, un requisito formal no producido en la realidad y al que permanece por completo ajena la solicitante, habida cuenta de que lo decisivo a estos efectos es el acreditamiento de que el fallecimiento se produjo en las circunstancias, en relación con el servicio, que dice el citado artículo 34,1 de la Ley reguladora, siendo ésta la finalidad a que se endereza el referido testimonio; por lo que, en presencia de las certificaciones aportadas y de los documentos acompañados por la actora, lo procedente era entender producida base formal suficiente para una decisión en cuanto a la procedencia o no de la pensión extraordinaria familiar instada, y de la indemnización

mínima por importe de 100.000 pesetas que señala el artículo 2.º, apartado 1, de la Ley 19/1974, de 27 de junio, también reclamada por aquélla.

En atención a lo expuesto, procede la anulación del Acuerdo de 28 de septiembre de 1976, emanado por la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar, para que, en base a los datos y documentos obrantes en el expediente, dicte nueva resolución sobre la procedencia o no de la pensión extraordinaria de viudedad o indemnización de 100.000 pesetas de la Ley 19/1974, reclamadas por la viuda del Policía Armado señor S. S., dando así lugar a que la Administración militar emita el oportuno pronunciamiento de fondo susceptible, en su caso, de ulterior revisión en vía jurisdiccional, manteniendo—en consecuencia—la subsistencia o eficacia del Acuerdo inicial del referido Consejo de 18 de diciembre de 1975, que fijó en favor de la demandante pensión ordinaria de viudedad, más el percibo de la ayuda de 10.000 pesetas que estableció la referida Ley de 27 de junio de 1974 en su artículo 2.º, apartado 3, sin que conste, por otra parte (si bien formalmente no se integra en el haber pasivo), si se abonó a aquélla el subsidio de fallecimiento por igual cantidad de 10.000 pesetas, que a su favor determinaba el mismo precepto en su apartado 2, subsidio que es compatible tanto con la indemnización por fallecimiento en acto de servicio como con respecto a la ayuda que le fue otorgada, y que no es objeto ahora de controversia, planteamiento el indicado que conduce a la estimación parcial de la presente impugnación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 83,2 y demás preceptos concordantes de la Ley reguladora de esta jurisdicción.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 11 de abril de 1979.*)

III. INCOMPATIBILIDADES

1. *Las situaciones establecidas en los artículos 82 y 83,2 LF, 328 LRL, 37,1 RFAL y preceptos concordantes suponen un límite legal al derecho del trabajo que, por regla general, opera sin necesidad de actos individuales de imposición y comporta una prohibición de ejercer determinadas actividades ajenas a la función pública, cuya práctica es constitutiva de una ilicitud que opera en el campo de la profesión libre, incidiendo así en el ámbito de competencia de los Colegios profesionales, en virtud de su obligación legal de hacer cumplir a sus colegiados las leyes generales y especiales en materia de su competencia.*

«La alternativa litigiosa que se reitera en esta segunda instancia consiste en determinar si la vigilancia y cumplimiento del régimen legal de incompatibilidades a que están sometidos los arquitectos que son funcionarios públicos compete de manera exclusiva y excluyente a la Administración Pública o, si al contrario, también los Colegios Profesionales de Arquitectos tienen facultad para hacer efectivo ese

régimen legal en el momento de ejercer su función de visado de los proyectos de sus colegiados.

La sentencia apelada asume la segunda de estas soluciones, adoptando una decisión que concuerda con la mantenida por esta Sala en su sentencia de 2 de febrero de 1978, cuya fundamentación jurídica, conjuntamente contemplada con la contenida en los veinte considerandos de la sentencia que confirma y en los siete primeros de la aquí apelada, constituye una *doctrina que*, para no incidir en prolija e innecesaria repetición, puede resumirse diciendo que *se apoya en las tres líneas maestras siguientes: Primera, el carácter objetivo del sistema legal de incompatibilidades y las distintas modalidades de responsabilidad que genera su quebrantamiento*, pues con relación a aquel carácter las situaciones establecidas en los artículos 82 y 83,2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, 328 de la Ley de Régimen Local, 37,1 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local y preceptos concordantes *suponen un límite legal al derecho de trabajo que, por regla general, opera sin necesidad de actos individuales de imposición y comporta una prohibición de ejercer determinadas actividades ajenas a la función pública, cuya práctica es constitutiva de una ilicitud que opera en el campo de la profesión libre, incidiendo así en el ámbito de la competencia de los Colegios Profesionales en virtud de su obligación legal de hacer cumplir a sus colegiados las Leyes generales y especiales en materia de su competencia, lo cual impide hablar de invasión de facultades exclusivas de la Administración Pública, siempre que la acción colegial se limite a someter el ejercicio profesional del colegiado al marco del Ordenamiento jurídico sin innovarlo o modificarlo y, en relación con las modalidades de responsabilidad derivadas del régimen de incompatibilidades, debe tenerse presente que, al lado de las de naturaleza administrativa y penal, convive una responsabilidad de carácter corporativo que sometida no sólo a principios y criterios de legislación general, sino también a normas complementarias dictadas por el Colegio en el campo específico de su competencia, es exigible por éste a través de dos técnicas complementarias: una de carácter represivo, mediante el ejercicio de sus facultades disciplinarias, y otra preventiva que debe constituirse en modo normal de actuación, teniendo ambas su fundamento en la sujeción especial en que el profesional se encuentra en relación con el ente corporativo al que pertenece; segunda, la concepción de los Colegios Profesionales como Organismos descentralizados a través de los cuales la Administración lleva a efecto el cumplimiento de algunas de las funciones que tiene asignadas, lo cual hace que dichos Colegios desborden lo que fue su función originaria de defensa de intereses profesionales para convertirse en entidades que extienden su competencia al control de la actividad de sus miembros y el sometimiento de ésta a los preceptos jurídicos y deontológicos que regulan su profesión y que se citan en los Vistos, y tercera, el visado como función encaminada a comprobar, además de la corrección formal de los proyec-*

tos y documentos presentados, las condiciones subjetivas del autor del proyecto, o sea, su capacidad técnica, corporativa, legal y deontológica y, en consecuencia, su concepto de instrumento idóneo para hacer efectiva la vigilancia del régimen de incompatibilidades que los referidos preceptos encomiendan a los Colegios Profesionales.

La doctrina que se deja resumida conduce, al igual que en el caso idéntico resuelto por la citada sentencia de 2 de febrero de 1978, a la desestimación del presente recurso de apelación, pues igual que ocurrió en aquél, el análisis del contenido de los acuerdos impugnados en primera instancia patentiza que no se trata de establecer un régimen de incompatibilidades distinto del legal, ni de introducir nuevas causas, sino de regular el procedimiento de concesión del visado colegial a fin de asegurar el más exacto cumplimiento de lo que en esta materia impone el Ordenamiento jurídico, estableciendo criterios generales dirigidos a hacer efectivas las incompatibilidades de los colegiados, que no impiden a éstos, cuando se produzcan, impugnar los concretos actos denegatorios de visado que estimen excesivos o contrarios a ese régimen legal de incompatibilidades.» *(Sentencia de la Sala 4.ª, de 28 de abril de 1979.)*

2. Incompatibilidades. Arquitecto al servicio de un Ayuntamiento. Las implicaciones que llevaría consigo una situación de duplicidad de intervenciones de un mismo técnico, tratando, por un lado, de defender los intereses de su cliente particular, y, al mismo tiempo, defender las necesidades y conveniencias del bien común, determina un estado de tensión, al que forzosamente hay que eliminar. Legalidad de acuerdo colegial declarando la incompatibilidad de un colegiado, funcionario municipal, para dirigir, proyectar y realizar cualquier clase de trabajos profesionales, por encargo de particulares o entidades que hayan de ser objeto de aprobación, tramitación, licencia o autorización por el Ayuntamiento del que forma parte.

«Aunque ha habido momentos en los que se puso en cuestión si los actos de los Colegios Profesionales eran o no verdaderos actos administrativos, pensando sobre todo en su idoneidad para ser residenciados jurisdiccionalmente, esto es, para ser encuadrados en el campo acotado en el artículo 1.º de la Ley de 27 de diciembre de 1958, sin embargo, a estas alturas, este tema ya no suele ser objeto de debate, como no lo ha sido en el actual proceso, al existir una común opinión, en sentido afirmativo, respaldada por una jurisprudencia que ha venido a despejar cualquier posible duda sobre el particular, principalmente centrada en la sentencia de 10 de junio de 1963.

La anterior afirmación da por supuesto que los Colegios Profesionales gozan de un régimen jurídico administrativo, si bien, respecto del común o general, el suyo es especial, en cuanto obedece a razones singulares, principalmente debidas a la posición de estos Entes, y a su papel de conexión entre los distintos estamentos profesionales y la Ad-

ministración Pública; actuando, unas veces, ante la misma, en representación de sus colegiados; otras, ante los particulares; o sobre los propios asociados, ejercitando facultades disciplinarias y de control; aparte su actividad dirigida a establecer su propia organización y régimen estatutario, aunque, claro está, sometidos a la acción tutelar de los competentes órganos del Estado.

En el presente supuesto, la intervención de los distintos Entes de este orden profesional (Colegio de Arquitectos de Andalucía Oriental, Tribunal Profesional y Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España) ha venido motivada por una de las razones de mayor peso y más específicas, entre las que justifican las facultades de estos Organismos, sobre la actuación profesional de sus miembros, ya que aquí se debate *si existe o no compatibilidad entre el cargo oficial de Arquitectos del Ayuntamiento de Marbella, y el ejercicio libre de su título facultativo, en asuntos que tengan relación con la intervención en materia de policía urbanística por parte de este Municipio, lo que a su vez conlleva la de su Arquitecto.*

Las implicaciones que llevaría consigo una situación de duplicidad de intervenciones de un mismo técnico, tratando, por un lado, de defender los intereses de su cliente particular, y, al mismo tiempo, defender las necesidades y conveniencias del bien común, recogido en normas, planes y ordenanzas, determina un estado de tensión, al que forzosamente hay que eliminar, puesto que, aun en la hipótesis de que el técnico pudiera superar en todo momento las dificultades inherentes a unas posiciones profesionales tan encontradas, aun así, lo que no podría impedir es el espíritu de suspicacia de los demás, y la creencia en muchos de que esa posición privilegiada serviría para ejercer una competencia desequilibrada, con respecto a los compañeros de profesión.

Es la propia naturaleza de las cosas la que, ante una situación dada, como la antes descrita, nos anticipa, si no la respuesta concreta del Derecho positivo, la evidencia de que alguna fórmula debe ofrecer éste para que tal situación inconveniente no llegue a producirse, o de acontecer, para que la misma sea eliminada; porque *existen razones éticas y morales abrumadoras que fuerzan la solución de que un conflicto de esta clase no puede ser amparado por el Derecho; máxime cuando éste se mueve, entre otros, por el mecanismo de la desconfianza y de la cautela, que es lo que explica el sistema de recusaciones, incompatibilidades y prohibiciones, al servicio de los ideales de objetividad, neutralidad e imparcialidad, principalmente en las intervenciones de Autoridades y funcionarios.*

Ante unos valores tan imperativos, no sólo tenían que existir unas fórmulas jurídicas de defensa, sino que el Ordenamiento jurídico no podía esperar a que fueran las propias organizaciones profesionales las que con sus Normas y Reglamentos atacaran el problema, lo que explica que en esta materia se tuviera que adoptar una política de

anticipación, que ya se generaliza en el artículo 39 del Reglamento de Funcionarios de 7 de septiembre de 1918; que al correr del tiempo se va desarrollando en multitud de preceptos, y que el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955 trata de sistematizar en un cuerpo legal coherente y de amplio alcance, en cuya exposición de motivos se recogen las ideas que lo han impulsado.

En el ámbito de la Administración Local, al que pertenece el arquitecto demandante, el problema de las incompatibilidades de sus funcionarios está también previsto y resuelto, aunque sea bajo la técnica de la norma en blanco, o norma de remisión—artículo 328 de la Ley de 24 de junio de 1955; artículo 37 del Reglamento de 30 de mayo de 1952—, lo que permite resolver casos como el presente, en función de lo que viene establecido en la Ley de Funcionarios Civiles de la Administración del Estado, de 7 de febrero de 1964.

En este texto refundido, y en su artículo 82 se dispone 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"; idea reforzada, en lo que aquí interesa, por lo que se declara en el artículo 83-2.º, al ordenar 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 de su 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".

Confluyendo en este caso tanto razones morales como legales, éstas claras, precisas y concluyentes, en respaldo de la decisión adoptada por el Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Oriental y por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, de declarar la incompatibilidad del señor M. U. para proyectar, dirigir y realizar cualquier clase de trabajos profesionales por encargo de particulares o entidades, que hayan de ser objeto de aprobación, tramitación, licencia o autorización de cualquier clase por el Ayuntamiento de Marbella; ante esto, resulta totalmente irrelevante que exista o no exista aprobación por la Administración del Estado de las Normas Deontológicas de actuación profesional de los Arquitectos Superiores y del Reglamento Orgánico para la aplicación de las incompatibilidades establecidas en el capítulo IV de estas Normas, que es lo que ha servido al Tribunal *a quo* de justificación, al estimar que tal aprobación no existe, para anular los acuerdos recurridos, dejando por lo tanto sin efecto la referida incompatibilidad del demandante.

De lo expuesto se deduce la necesidad de revocar la sentencia de la Sala de Granada, por contraria a derecho, y de declarar la incompatibilidad del accionante, don Juan M. U., en la forma resuelta por el repetido Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España.» (Sentencia de la Sala 4.ª, de 5 de julio de 1979.)

IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Compatibilidad de sanción disciplinaria y sanción penal sin merma del principio non bis in idem. Pérdida de la condición de funcionario por condena a pena accesoria de inhabilitación especial para cargo público. El artículo 37,1, d), LF debe prevalecer sobre el artículo 50,4.*

«Al haber sido sancionado el recurrente en virtud de expediente disciplinario a la suspensión de su empleo durante cuatro años, y después, y como consecuencia de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palencia, acordada por el Ministerio de Educación y Ciencia su baja definitiva en los Cuerpos docentes a que pertenecía, pues tal sentencia dictada en proceso seguido por los mismos hechos a que dio lugar la sanción disciplinaria, le condenó a la pena accesoria de inhabilitación especial durante el tiempo de la condena, lo interpreta el actor como una violación del principio *non bis in idem*; mas tal infracción no existe, pues no se le imponen dos sanciones disciplinarias; la declaración de que ha perdido su condición de funcionario no está impuesta como sanción, ni así acordada, sino como una consecuencia de la condena jurisdiccional, lo que es perfectamente compatible; tampoco procede apreciar que al haber sido cumplidas tanto la sanción disciplinaria como la pena, ha de readmitirse al servicio activo al sancionado y penado, pues la Ley administrativa puede determinar efectos de la sentencia penal con carácter distinto; por tanto, la cuestión que ha de quedar resuelta en esta sentencia se refiere a las disposiciones que rigen en materia de funcionarios públicos los efectos de tales condenas, y concretamente en este caso las de la inhabilitación especial impuesta como accesoria al demandante, y la aplicación de los artículos 37 y 50 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

El artículo 37 de dicho texto dispone las causas por las que se pierde la condición de funcionario, y en el apartado *d)* del número 1 establece la pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta y especial para cargo público; este es el proceso aplicado por la resolución recurrida, que en su contexto no puede llevar a otra conclusión que la de causar baja en los Cuerpos a que pertenece al haber perdido su condición de funcionario; pero por el recurrente se pretende contraponer a tal precepto el artículo 50 del mismo texto articulado, alegando que la baja definitiva, del funcionario, en el servicio sólo se produce cuando la inhabilitación, sea absoluta o especial, tiene el carácter de perpetuo, como dispone el apartado 4 de ese artículo; entre ambos preceptos ha de prevalecer el primero, por razón de la especialidad al estar en el capítulo III del título III, que regula la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, determina expresa y excluyentemente las causas que dan lugar a la pérdida de tal condición, y no hace distinción ni excepción alguna a la misma; en cambio, el

segundo precepto está incluido en el capítulo IV del mismo título, y regula las situaciones en que pueden encontrarse los funcionarios, y se refiere a unas penas perpetuas inexistentes desde hace muchos años en nuestro ordenamiento jurídico; también está en contradicción con los preceptos del Código Penal que regulan estas penas de inhabilitación especial, pues sus efectos son, como expresa el artículo 36 de dicho Código, privar al penado de su cargo o empleo, y no poder obtener otros análogos durante el tiempo de la condena, por lo que la privación es definitiva, a diferencia de la pena de suspensión contemplada en el artículo 38, que sólo le impide el ejercicio del cargo durante el tiempo de la condena; por tanto, al quedar privado del cargo o empleo, no puede volver al mismo cuando transcurra el tiempo de la condena, como si de una suspensión se tratase, y el artículo 37,1, d) citado está acorde con la naturaleza de la pena impuesta según la regula el Código Penal; por lo que es procedente desestimar el recurso al ser conforme a derecho la resolución impugnada.

En su escrito de 17 de noviembre de 1978 el recurrente efectúa una alegación basada en la reforma del Código Penal por la Ley 46/1978, de 7 de octubre, que da una nueva redacción al artículo 436 que impone al delito de abusos deshonestos la pena de multa, sin ninguna accesoria; pero las penas de prisión menor con la accesoria de inhabilitación especial no se le imponen al recurrente por la aplicación de tal artículo, sino del 430, en relación con el número 1.º del 429 en el primer caso y el 3.º del propio artículo en otros dos, preceptos que permanecen con su misma redacción después de la reforma, así como del artículo 445; el cuarto delito fue el penado de conformidad con el artículo 436, sin que tenga efectos en este recurso, pues además la pena que se impuso al actor fue la multa de 5.000 pesetas, cuando en la reforma que cita se castiga con la multa de 20.000 a 200.000 pesetas, pena que naturalmente no es aplicable al demandante; lo que demuestra la improcedencia de esta cita en el escrito mencionado.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 30 de marzo de 1979.*)

2. *El concepto de probidad profesional significa rectitud, hombría de bien, integridad, honradez en el obrar; notas que jurídica y gramaticalmente son la esencia y la entraña de la probidad. Facultad discrecional de elegir entre las distintas sanciones previstas.*

Considerandos de la sentencia apelada:

El problema jurídico que plantea el presente proceso viene circunscrito a determinar la legalidad de la resolución dictada por el Alcalde del Ayuntamiento demandado, al imponer al recurrente, por vía disciplinaria, la sanción de separación definitiva del servicio, por estimarlo autor de una falta muy grave prevista en el artículo 106-3,2) del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1952.

El hecho probado en el expediente administrativo, que ha sido objeto de la sanción objeto del recurso, valorado con arreglo al resultado de las pruebas practicadas en vía administrativa y en esta jurisdiccional, consiste en que en el mes de junio de 1974, estando de servicio el recurrente, en su calidad de Guardia Municipal, en una Junta Municipal de Distrito, aprovechó que un particular se presentaba a solicitar licencia de obras y apertura de un bar, para ofrecerse a realizarle las gestiones necesarias para tal fin, mediante el pago de 2.000 a 3.000 pesetas, que el recurrente le solicitó para satisfacer los gastos de tramitación, y posteriormente tras 13.500 pesetas en diversas ocasiones, en total 32.500 pesetas, que reclamó para realizar las diversas gestiones necesarias para concluir su mandato, transcurriendo el tiempo sin que el demandante acreditase haber hecho gestión alguna, ni devolviera la cantidad percibida o hiciera liquidación de cuentas, hasta que una vez iniciado expediente por denuncia del particular interesado y después de formulado el pliego de cargos, devolvió 32.000 pesetas a la denunciante, el 4 de abril de 1975, a satisfacción de ésta, habiéndose acreditado que el recurrente solicitó licencia de obra menor el 16 de agosto de 1974, y el 10 de octubre siguiente gestionó la concesión de licencia de reforma.

Al realizar los hechos expuestos, el recurrente ha infringido el deber impuesto a los funcionarios locales por el artículo 74-6.º de su Reglamento antes citado, de velar por su propio prestigio, observando en todo momento una conducta de máximo decoro moral y material, constituyendo tal conducta la falta de probidad profesional que tipifica el artículo 106-3-2) del mismo Reglamento, calificándola de muy grave, cuyo concepto abarca, según la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1970 toda acción lo suficientemente grave por su trascendencia, en cuanto entraña falta de rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad y honradez en el obrar, notas que jurídica y gramaticalmente son la esencia y entraña de la probidad.

Estas circunstancias han faltado en el presente caso, en el que no se sanciona tanto la actuación de mandatario para gestionar asuntos que han de ser resueltos en las Oficinas del Ayuntamiento en el que estaba destinado el recurrente, lo que ya revela una falta de ética profesional, sino el haber obtenido 32.500 pesetas abusando de la credibilidad y la confianza que ofrecía al particular su condición de Guardia Municipal, sin que al solicitar la entrega de aquella suma en diversas ocasiones hubiera empezado aún a realizar su gestión, lo que unido a la desproporción existente entre la suma percibida y la cantidad a que realmente iban a llegar los gastos ocasionados por la gestión encomendada, revela ánimo de no darle el destino para el que le fue entregada, sino el de utilizarla en beneficio propio, cuya acción es lo suficientemente grave, por su trascendencia, para enmarcarla en la falta de probidad profesional, según el concepto definido por la jurisprudencia antes citada.

A las razones expuestas se estima que los hechos probados tienen su adecuado encuadramiento jurídico en el artículo 106-3-2) del Reglamento de Funcionarios de Administración Local, como falta muy grave, y teniendo en cuenta que la sanción disciplinaria de separación definitiva del servicio impuesta al recurrente corresponde aplicarla a las faltas muy graves conforme a lo dispuesto en el artículo 108-2 del citado Reglamento, es procedente desestimar el recurso por ser conforme a derecho el acuerdo recurrido.

Considerandos del Tribunal Supremo:

El Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1952, al regular "Las responsabilidades", incluye entre las faltas muy graves, en el artículo 106, la falta de probidad profesional y la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo, perfilando sus límites conceptuales, ha declarado en sentencias de 30 de noviembre de 1954, 11 de abril de 1958, 26 de noviembre de 1964 y 28 de enero de 1970, que el concepto de probidad profesional significa rectitud, honrría de bien, integridad, honradez en el obrar; notas que jurídica y gramaticalmente son la esencia y entraña de la probidad, deber que el artículo 74, apartado 6.º del propio Reglamento, impone, con carácter general, a los funcionarios de la Administración Local.

En el presente caso, los hechos realizados por el recurrente don Fernando L. G., ex policía municipal del Ayuntamiento de Madrid, que se recogen en el pliego de cargos y que aparecen claramente probados en el expediente administrativo, tienen adecuado encuadramiento jurídico en la mencionada figura disciplinaria de falta de probidad que define el mencionado artículo 106, número 3.º, apartado a) del Reglamento de 30 de mayo de 1952, y como la sanción impuesta ha de estimarse procedente, ya que —conforme han declarado las sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 1963, 21 de junio de 1966, 28 de mayo de 1968 y 20 de mayo de 1970— es facultad exclusiva y discrecional de la Administración la elección de una de las dos sanciones —destitución del cargo y separación definitiva del servicio— que para el castigo de las faltas muy graves establece el artículo 108 del mencionado texto reglamentario, es forzoso concluir que la sanción impuesta a don Fernando L. G. se halla ajustada al Ordenamiento jurídico aplicable, declaración cuya proyección indeclinable en el ámbito de este recurso no puede ser otra que la de confirmar la sentencia apelada; sin costas, al no apreciarse la concurrencia de las circunstancias que, en armonía con el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, pudieran determinar especial pronunciamiento impositivo de aquéllas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 4 de julio de 1979.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

