

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. SELECCIÓN: 1. *Examen de los vicios de procedimiento alegados en cuanto pudiesen constituir la prueba de desviación de poder. La participación en la Comisión especial juzgadora del concurso para la provisión de una cátedra de un vocal obligado a abstenerse en virtud del D. 2 julio 1914, supone el incumplimiento de dicho deber, por lo que el acuerdo de la Comisión, y, luego, el resolutorio no están afectados de invalidez, sino de una mera irregularidad.*—II. DERECHOS Y OBLIGACIONES: A) *Derechos:* 1. Nulidad de la O.M. de 15 de junio de 1978, en cuanto excluyó las pagas extraordinarias del haber regulador pasivo de los funcionarios locales. 2. Conforme al número 2 del artículo 8 de la Ley 42/1979, de 29 de diciembre, la modificación del grado corresponde a las Cortes generales, mediante ley, precepto que se ha mantenido en vigor en las posteriores Leyes de Presupuestos. 3. Improcedencia de la aplicación analógica a las mujeres separadas legalmente de las normas sobre pensión de orfandad de mujeres solteras o viudas. 4. El grado inicial deberá determinarse teniendo en cuenta la especial preparación técnica que se exija sobre la propia preparación de cada nivel de titulación para el ingreso por lo que la Administración está apoderada para hacer las matizaciones necesarias dentro de un mismo nivel a fin de precisar hasta dónde alcanza ese plus de preparación inicial diferente allí donde existe diferente procedencia, diversas pruebas de acceso, etc. Funcionarios del Movimiento: No quiebra el principio de igualdad por el hecho de que se les asigne distinto grado que a los del Cuerpo Técnico de Administración Civil. B) *Obligaciones:* 1. Incurrir en desviación de poder el acuerdo municipal de imponer a determinados funcionarios técnicos el régimen de dedicación exclusiva, no porque la función a desarrollar en el puesto de trabajo que desempeña sea de tal naturaleza, tan amplia en sus contenidos, que haga ineludible la exclusión de cualquier otra actividad, sino como medio para lograr la total independencia de los funcionarios afectados, enderezándose, en consecuencia, al logro de una incompatibilidad. La dedicación exclusiva descansa en la concepción en abstracto del puesto de trabajo, con independencia de quien lo desempeñe. La desviación de poder no precisa que los fines perseguidos sean espúreos, sino que basta con que se distorsione el fin concreto del interés general que la norma marca a la Administración actuante.—III. INCOMPATIBILIDADES: 1. *Incompatibilidad de arquitecto para realizar trabajos personales en el término de un Ayuntamiento en que el hermano de aquél es aparejador municipal.* 2. *Legalidad del acuerdo colegial de denegar el visado a un trabajo profesional realizado por arquitecto municipal que se estima incompatible para la realización de tal trabajo.* 3. *Es ya reiterada la jurisprudencia en la que se proclama que los arquitectos municipales son incompatibles para el ejercicio libre de su profesión dentro del término de sus respectivos Ayuntamientos en todos aquellos supuestos en que puedan producirse «áreas de coincidencia», así como que el ejercicio por un funcionario de una actividad profesional incompatible implica una infracción del Ordenamiento que regula esa actividad profesional.*—IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. *Procedencia de las sanciones impuestas a un médico de la Seguridad Social por desatención con sus superiores y percepción de honorarios de personas protegidas por la Seguridad Social.*—V. RÉGI-

MEN JURÍDICO: 1. *La expresión «personal» que emplea la Ley Jurisdiccional en el artículo 94.1 sin definirla expresamente, no se refiere sólo a los funcionarios públicos, sino que es término más amplio que comprende no sólo aquellos procesos que se refieren a la relación jurídica entre la Administración y sus funcionarios, sino también a las que se contraigan entre personas que pretenden acceso a la Administración o que se refiera a personas cuya relación se extinguió incluso por fallecimiento, como las relativas a viudedad u orfandad.*

I. SELECCIÓN

1. *Examen de los vicios de procedimiento alegados en cuanto pudiesen constituir la prueba de desviación de poder. La participación en la Comisión especial juzgadora del concurso para la provisión de una cátedra de un vocal obligado a abstenerse en virtud del Decreto de 2 de julio de 1914 supone el incumplimiento de dicho deber, por lo que el acuerdo de la Comisión y luego el resolutorio no están afectados de invalidez, sino de una mera irregularidad.*

«La desviación de poder, vicio de los actos administrativos de ardua apreciación y cuya doctrina ha estimado el legislador que se unifique a través de la apelación necesaria que abre el art. 94-2-a de la Ley de esta Jurisdicción, no puede ser examinada de forma aséptica, desligada de los hechos plasmados en el expediente y en los autos y con independencia de las restantes infracciones del acto administrativo impugnado, pues a veces estas otras infracciones —de forma o de fondo— son el soporte sobre el que la Administración ha montado el apartamiento de los fines concretos que pautan su actividad, de tal modo que dicho vicio puede coexistir con otras infracciones y cabe tanto en los actos discrecionales como en los reglados, siquiera la primera modalidad sea campo más propicio para que surja la referida causa de invalidez, hoy consagrada a nivel constitucional por el art. 106-1 del texto fundamental en relación con el art. 103-1, que describe y justifica a la Administración en cuanto organización dirigida a servir *con objetividad* los intereses generales, corroborando así el concepto estereotipado que introdujo el art. 83-3 de la expresada Ley de la Jurisdicción. Se impone, pues, en el presente caso un detenido análisis de la desviación de poder a través, precisamente, de los diversos aspectos que, configurados como infracciones de procedimiento, entiende el recurrente han servido de apoyo para que la Administración docente, a propuesta del órgano *ad hoc* para la estimación del concurso de traslado, no haya cumplido el fin específico que le exige el ordenamiento jurídico, que no es otro sino el de la provisión de la Cátedra en cuestión con el más idóneo de los concursantes admitidos por reunir los requisitos legales.

Son tres los hechos básicos, más o menos concatenados, a los que el apelante anuda la desviación de poder, tales como: a) en primer lugar, como esencial, el de la irregular constitución de la Comisión Especial nombrada al efecto, por la participación indebida del doctor M. O., con la obligada consecuencia, que postula en la demanda, de anulación de las actuaciones a partir de la designación del indicado miembro, que lo fue a

propuesta en terna del Consejo Superior de Investigaciones Científicas; b) el de la desaparición en el expediente administrativo de la documentación aportada por el interesado, cuestión en la que involucra la de la no constancia en su hoja de servicios de todos los efectivamente prestados en la docencia, al limitarse la aportada a su nombramiento como Catedrático de la disciplina en la Universidad de Barcelona; y, finalmente, c) el de la animadversión o predisposición desfavorable al recurrente, por parte de la Administración docente, al no ser admitido, por no tener entrada su solicitud, en el concurso de traslado convocado, en el año 1974, para la cátedra de "Derecho Internacional Público y Privado" de la Universidad Autónoma de Madrid, así como la recusación de miembros de la Comisión Especial designada para resolver concurso en relación con la Cátedra de Derecho Internacional Privado de dicha Universidad Autónoma, recursación formulada por el ahora apelante en 7 de noviembre de 1980, aspectos éstos que requieren elucidación por separado y para cuya valoración, a efectos de existencia o no del vicio imputado, es directriz esencial la de entender que estos actos, coetáneos unos al concurso objeto de impugnación y anteriores y posteriores otros al acto de propuesta al que se atribuye el vicio, han de estar presididos, para que prospere la pretensión actora, por un propósito claro de favorecimiento del aspirante que resultó designado y el correlativo de eliminar mediante argucias o actuaciones torpes imputables a la Administración docente a quien aduce el motivo que nos ocupa.

En el primer extremo, irregular constitución de la Comisión especial designada al efecto para el concurso de traslado que se somete a revisión jurisdiccional, por el limitado cauce de esta restringida apelación, han de distinguirse dos planos perfectamente separables: uno es el de que, efectivamente, la Sala ha de establecer el criterio de que se ha producido una irregularidad en la constitución de la Comisión, por infracción del art. 1.º del D. de 2 julio 1914, aplicable por analogía al caso; mas tal irregularidad no tiene efecto alguno invalidante, y otro segundo plano es el relativo a que la mencionada irregularidad no ha trascendido al resultado, es decir, a la propuesta emitida por la Comisión en favor del profesor P. R., y no hay encadenamiento lógico que induzca a pensar que la irregular, por indebida, participación del doctor M. O. fuera medio o se sirviera de ella la Administración para llegar a la propuesta y ulterior nombramiento del Catedrático en cuyo favor se efectuó.

En efecto, conviene dejar sentado que la aplicación al caso de lo normado por el D. de 2 julio 1914, que impide a quien sea juez de Tribunal de oposiciones y, por analogía, juez o miembro de una Comisión especial que juzga un concurso de traslado tomar parte como opositor, simultáneamente, a cátedras o plazas dependientes del mismo Ministerio, la aplicación del precepto, dirigido —y esto es lo esencial— a garantizar la objetividad e imparcialidad de los miembros que disciernen méritos entre los docentes, para su designación a Cátedras en procedimientos selectivos que implican contraste y valoración de sus aptitudes, conducía a no designar a quien, como el profesor M. O., se hallaba opositando a la Cátedra de "Relaciones Internacionales" en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la mis-

ma Universidad Complutense, y con mayor razón si del Tribunal nombrado para esta oposición formaba parte quien a su vez era aspirante al concurso de traslado que nos ocupa; mas ha de añadirse que esta indebida participación del indicado miembro entraña una incompatibilidad, como la norma la califica, que atañe no a la capacidad, sino a la colisión de intereses, situando la cuestión en el ámbito de la abstención y recusación, y que, tanto por virtud del art. 20-3 de la L. Pro. Adm. como por lo dispuesto en el artículo 3.º del D. de 2 julio 1914, no acarrea invalidez de ninguna clase, sino irregularidad con la consiguiente responsabilidad, que aparece singularizada en la norma específica con las consecuencias que dicho art. 3.º detalla. No cabe, por tanto, hablar de nulidad de pleno derecho porque no estamos aquí ante irregular composición del Organó que encuadre el supuesto en el ap. c) del art. 47 de dicha Ley de Procedimiento, por cuanto no es regla esencial para la formación de voluntad del Organó colegiado, dado que no se trata de que el Organó se haya constituido con un miembro afectado de incapacidad, o con menor número de lo necesario, etc., sino de constitución con un miembro afectado por causa de abstención, que debió ser sustituido, supuesto muy diverso al alegado del dictamen del Consejo de Estado que contempla un supuesto de ausencia del Asesor Jurídico en una mesa de contratación, vocal cuya presencia estima la norma como necesaria. Pero lo decisivo es, a estos efectos, que, cualquiera sea la calificación que merezca la intervención del indicado profesor en la Comisión especial, su actuación en ella no influyó para nada en la propuesta formulada por la misma en 9 junio 1978, pues los tres votos obtenidos por el profesor P. R. fueron emitidos por otros miembros distintos de la Comisión, ya que el doctor M. O. votó en favor del doctor G. C., según consta en el acta de la indicada sesión, por todo lo cual no cabe imputar desviación de poder con base en esta irregular participación de un miembro de la Comisión, ya que, de producirse la sustitución reglamentaria y haber actuado el suplente, es razonable presumir que los tres votos que formaron la mayoría seguirán manteniéndose en favor de quien resultó designado, por todo lo cual este especial argumento, en el que pone mayor énfasis el apelante, no es demostrativo del expresado vicio.

El mismo recurrente, en su demanda, aludiendo a la desaparición de los documentos por él aportados del expediente administrativo, arguye con razonable criterio que tal documentación no sólo fue acompañada, sino que pudo disponer de ella y fue tenida en cuenta —atendida— por la Comisión especial, que hizo constar literalmente en el acta de la sesión de 9 de junio de 1978 que, "Abierta la sesión y examinadas en la sesión anterior las documentadas solicitudes de los concursantes...", lo que denota, y esto es lo decisivo, que la Comisión tuvo a la vista la referida documentación y pudo valorar las publicaciones y demás méritos científicos del concursante, sin que en el resultado, tal como se produjo, tuviera esta supuesta ulterior desaparición trascendencia alguna o fuera utilizada como medio para orillar los méritos del concursante que ahora apela, quien, por otra parte, en fecha 5 junio 1978, dirigió por correo, según constata el acta material aportada, a la Comisión juzgadora otros trabajos científicos o pu-

blicaciones. La misma intrascendencia ha de predicarse respecto a que en la hoja de servicios del profesor P. E. tan sólo constase el tiempo de docencia, como Catedrático, a partir de la desarrollada en la Universidad de Barcelona en el año 1974, no recogiendo el tiempo anterior, pues ni el criterio de antigüedad fue en este caso el decisorio del concurso ni es imputable a la Administración tal hecho, pues el referido documento fue acompañado a su solicitud por el mencionado concursante, por lo que tampoco estos aspectos documentales conducen, de forma razonable y prudente, a sentar conclusión favorable a la existencia de desviación de poder.

Finalmente, se aduce que el profesor apelante fue ya excluido, sin razones convincentes, al concurso de traslado para la provisión de la cátedra de "Derecho Internacional Público y Privado" de la Universidad Autónoma de Madrid, en el año 1974, mas aparece de modo diáfano que, si bien no tuvo entrada en su momento la solicitud por aquél presentada, ello pudo obedecer a que la cursó a través de la Universidad de Zaragoza, de la que ya no era catedrático, al haber pasado por concurso a la de Barcelona en propuesta emitida el 11 de junio del mismo año (lo que, por otro lado, induce a pensar en contra de la alegada animadversión respecto al recurrente), y en cualquier caso, como pone de relieve la comunicación de 23 septiembre 1975 (obrante al folio 198 de los autos), el interesado no podría legalmente haber sido admitido a aquel concurso, pues no cumplía el requisito exigido por la convocatoria de llevar dos años, como mínimo, de permanencia activa en el destino anterior, ya que éste era el de Barcelona del que había tomado posesión el 1 julio 1974, sin que, de otro lado, impugnase tal exclusión el ahora apelante, por todo lo cual tampoco de estos actos anteriores cabe inferir, con mínima base razonable, una actitud discriminatoria o desfavorable que funde el vicio que venimos analizando; como tampoco, si se sopesa adecuadamente, sirve para detectar la denunciada infracción el que en concurso posterior al impugnado, tal el convocado para la provisión de la cátedra de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid, formulase recusación frente a miembros de la Comisión especial el profesor P. E., mediante escrito de 7 noviembre 1980, porque este acto posterior no guarda conexión con el ahora enjuiciado, pudiendo en su caso ser objeto del recurso pertinente fundado en las infracciones que haya podido cometerse, pero nunca servirá de base para inducir por sí mismo que en anterior concurso se incidió en desviación de poder.

En atención a lo expuesto, no puede prosperar el recurso de apelación contra la sentencia objeto de impugnación, al no apreciarse el vicio de desviación de poder del art. 83-3 de la Ley Jurisdiccional, por lo que aquélla ha de confirmarse; sin que, ello no obstante, sean de apreciar circunstancias para una especial imposición de costas, a tenor del art. 131-1 de la referida Ley de la Jurisdicción.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 31 de enero de 1983.*)

II. DERECHOS Y OBLIGACIONES

A) *Derechos.*

1. *Nulidad de la O. M. de 15 de junio de 1978, en cuanto excluyó las pagas extraordinarias del haber regulador pasivo de los funcionarios locales.*

«La apelación ordinaria promovida por el Abogado del Estado, frente a sentencia de la Sala Territorial de Valencia de 14 abril 1981, por el cauce del art. 94-2-b de la Ley Jurisdiccional, tiene por finalidad el que se declare válida la Orden Ministerial de 15 junio 1978 en el extremo en que excluyó las pagas extraordinarias del haber regulador pasivo de los funcionarios locales; y, según la puso de relieve esta Sala en sentencia de 10 de mayo del año en curso, como tal cuestión ya ha sido decidida en recurso directo frente a dicho Reglamento por la sentencia de este Tribunal de 28 enero 1981, en el sentido de declarar la nulidad de dicha exclusión, carece de basamento jurídico el postular en esta vía de apelación pronunciamiento diverso al ya emitido en recurso directo y frontal contra la mencionada Orden, complementado con el de la sentencia de la misma fecha que declaró asimismo nulo el art. 8.º del D. de 13 febrero 1979 en el particular correspondiente; y esta conclusión se refuerza atendiendo a la emanación de la Orden del Ministerio de Administración Territorial de 23 octubre 1981 —aquí posterior a las alegaciones del Abogado del Estado—, sobre ejecución de la sentencia de esta Sala dictada en el recurso número 509.336, por lo que tras esta Orden carece de sentido el que el representante de la Administración postule en discordancia con el reconocimiento de derechos hecho por ésta con base en la ejecutoria citada y en el artículo 86-2 de la Ley de esta Jurisdicción, lo que deja sin respaldo alguno la apelación del Abogado del Estado, que por ello, y al igual que en sentencias anteriores de esta Sala —18 mayo 1981 y 10 mayo 1982, entre otras—, ha de desestimarse.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 24 de noviembre de 1982.*)

2. *Conforme al número 2 del artículo 8 de la Ley 42/79, de 29 de diciembre, la modificación del grado corresponde a las Cortes Generales mediante ley, precepto que se ha mantenido en vigor en las posteriores Leyes de Presupuestos.*

«Los recurrentes, titulados de plazas no escalafonadas del Ministerio de Agricultura, agrupadas bajo la denominación de "Auxiliares de Laboratorio sin título", plantean su derecho a que les sea modificado por el Consejo de Ministros el coeficiente que tienen asignado, 1,9, índice de proporcionalidad 4, concediéndoseles el 2,6, atribuido a las también plazas no escalafonadas del mismo Ministerio correspondientes a "especialistas en Ciencias Químicas o Naturales" con el índice de proporcionalidad 6, para el acceso a las cuales se exige el título de Bachillerato, lo que no ocurre

en el caso de los demandantes, oponiéndose por la Abogacía del Estado en primer lugar, como fundamento de la desestimación presunta por silencio administrativo de la pretensión formulada ante el Organo Colegiado mencionado, la existencia del art. 8-2 de la Ley 42/1979, de 29 diciembre, por la que se aprobaron los Presupuestos Generales del Estado para 1980, que establece en su párr. 1.º para dicho año, y provisionalmente, los grados iniciales aplicables a cada Cuerpo, Escala o plaza, en función de los coeficientes derivados de la Ley 31/1965, de 4 de mayo, en relación a su vez con los índices de proporcionalidad establecidos en el R. D.-ley 22/1977, de 30 de marzo, facultando, no obstante, en su párr. 2.º al Gobierno para presentar, a propuesta del Ministerio de Hacienda, previa iniciativa de los respectivos Departamentos e informe favorable de la Comisión Superior al Personal, proyectos de Ley en los que se modifique el grado asignado, siendo forzoso acoger este motivo de oposición, al margen de cualquier otra consideración, pues, a la vista de este artículo, la modificación de coeficientes que se reclama implica la de grado, no correspondiendo al Consejo de Ministros dicha modificación, conforme al núm. 2 de dicho artículo, sino a las Cortes Generales, mediante la oportuna Ley, precepto aplicable al caso, pues, por un lado, la petición inicial en la vía administrativa al Consejo de Ministros se formuló el 15 de noviembre de 1979, a través del Ministerio de Hacienda, y, por otro, el contenido de dicho artículo, aunque no se diga en la contestación de la demanda, se ha mantenido, con la provisionalidad expresada, para 1981, y el año en curso, según los arts. 6-3 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre, y 4-3 de la Ley 44/1981, de 26 de diciembre, que regulan respectivamente los Presupuestos Generales del Estado para los períodos expresados, correspondiendo además, como se ha indicado en el supuesto de que se trata, la iniciativa para llegar a tal proyecto de Ley al Ministerio de Agricultura, al que en su caso habría de plantearse la cuestión, atribuible entonces a otro nivel jurisdiccional, a lo que ha de añadirse que, conforme al R. D.-ley 22/1977 citado, en su disposición final 1.ª, y tal como viene a reiterarse en el art. 8-2 de la Ley 42/1979, los coeficientes 1,9 y 2,6 corresponden a distintos índices de proporcionalidad, 4 y 6 respectivamente, tal como les están atribuidas a las plazas no escalafonadas que se ponen de parangón, índices que, a su vez, a tenor del art. 3.º del mismo R. R.-ley, se hallan en función del nivel de titulación exigible para el ingreso en dichas plazas, bachillerato en el caso de aquéllas a que pretenden equipararse los actores, título no requerido para las plazas que éstos ocupan, por lo que el cambio de coeficiente implicaría el de proporcionalidad quebrando la relación entre éste y el nivel de titulación que se exige a los recurrentes.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 29 de noviembre de 1982.*)

3. *Improcedencia de la aplicación analógica a las mujeres separadas legalmente de las normas sobre pensión de orfandad de mujeres solteras o viudas.*

«La cuestión planteada en esta *litis* consiste en decidir si la recurrente, huérfana de Teniente de Infantería, tiene el derecho a que se le transmita la pensión concedida a su madre al fallecimiento de ésta, dada su condición de casada y separada de su marido, sin percibir ayuda alguna del mismo, y careciendo de bienes de fortuna; los acuerdos de la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar en relación con los cuales se interpone este recurso jurisdiccional le niega ese derecho, en aplicación del art. 83 del Estatuto de Clases Pasivas, en la redacción dada por la Ley 193/64, que exige a las huérfanas tener el estado de solteras o viudas para tener derecho a la pensión, lo que no concurre en la demandante; y ésta pretende que su situación es análoga y aún peor que la de la viuda, sin que la legislación vigente regule el caso de las separadas del marido y sin percibir ayuda alguna de éste, por lo que, al existir una laguna legal, ha de llenarse ampliando los casos concretos que contempla la Ley a aquellos otros similares.

La aplicación de los preceptos que regulan las pensiones a favor de los huérfanos, diferenciando los varones de las mujeres, dando un trato diferente a éstas al poder seguir disfrutando, cualquiera que sea su edad, cuando el causante ingresase antes de una fecha determinada, en contraposición con los varones que no la adquieren o la pierden al cumplir veintitrés años, salvo circunstancias excepcionales, ha de hacerse, en principio, de forma estricta, dado que estas disposiciones contemplan una protección derivada de los servicios del funcionario, tanto en los casos de jubilación y retiro como en los de fallecimiento en favor de sus familiares, que por esa causa quedan desamparados económicamente, cuando dependían de él, atendidas las situaciones de edad, salud y aptitudes para subvenir a sus propias necesidades, por lo que los acuerdos impugnados que se han atenido a esta aplicación estricta parecen adecuados a la regulación de la materia y los hechos en que se apoyan.

Las alegaciones de la recurrente, reconociendo que su situación de casada separada legalmente de su marido no se encuentra incluida expresamente en la Ley como protegida por el derecho a la pensión de orfandad, tratan de justificar su pretensión en la existencia de una laguna legal y en la aplicación por analogía de los preceptos legales a casos similares; pretende que su caso, separación legal del marido y no percepción de la ayuda económica por parte de éste, es equiparable al de la viuda en los efectos tanto económicos como de toda otra índole, pues carece en absoluto de amparo por parte de su cónyuge, del que no ha vuelto a saber nada desde que se produjo la separación, pero tal alegación, que, como dice el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, pudiera servir de *lege ferenda*, no puede tener virtualidad frente a las disposiciones legales; en efecto, las expresiones de la exposición de motivos de la Ley 193/64 van encaminadas a justificar la reforma que se introduce, como la no prescripción del derecho a la pensión, sino que la falta de petición sólo da lugar a la pérdi-

da de los devengos anteriores, la compatibilidad de pensiones y otras reformas, pero no tiende a forzar argumentos para extender el derecho a pensión más allá de lo expresamente establecido; las reformas posteriores del derecho matrimonial no inciden en los casos de separación, y las disposiciones que han regulado después de dicha Ley, y continúan regulando las pensiones de las huérfanas, no han sido extensivas, sino más bien restrictivas, al ir igualando los derechos de las personas sin consideración al sexo de la misma, por lo que no puede aplicarse por analogía la concesión de pensión de orfandad, ni mucho menos entender que existe una laguna legal cuando la regulación de esta cuestión es completa.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 3 de diciembre de 1982.*)

4. *El grado inicial deberá determinarse teniendo en cuenta la especial preparación técnica que se exija sobre la propia preparación de cada nivel de titulación para el ingreso, por lo que la Administración está apoderada para hacer las matizaciones necesarias dentro de un mismo nivel a fin de precisar hasta dónde alcanza ese plus de preparación inicial diferente allí donde existe diferente procedencia, diversas pruebas de acceso, etc. Funcionarios del Movimiento: no quiebra el principio de igualdad por el hecho de que se les asigne distinto grado que a los del Cuerpo Técnico de Administración Civil.*

«Aunque el acto combatido —Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 septiembre 1979, que señaló a los funcionarios del Cuerpo General Técnico de la Administración Civil del Estado el coeficiente 5 a los fines previstos en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 1980— no incluye a los aquí recurrentes —funcionarios del Cuerpo Técnico de Administración Civil, a extinguir, procedentes del Movimiento—, no por ello puede afirmarse que no existe acto que impugnar para construir sobre tal afirmación un motivo de inadmisibilidad de este recurso al amparo del párr. c) del art. 82 en relación con el art. 37, ambos de la Ley de esta Jurisdicción, pues, cuando menos, formalmente existe acto que impugnar y así lo fue en vía de reposición resuelta expresamente por el mismo Órgano en Acuerdo de 28 mayo 1982; y como los recurrentes pretenden quedar incluidos en el contenido del meritado acuerdo, articulando con tal designio una serie de argumentaciones, tampoco puede negarse una cierta vinculación con tal acuerdo, a dilucidar en el momento de resolver la cuestión, pero nunca en la ocasión de pronunciarnos sobre la procedencia o no de un motivo de inadmisibilidad del proceso, por lo que no acogemos el motivo que con tal designio invoca la Abogacía del Estado.

La no extensión del acuerdo impugnado a los recurrentes es combatida por éstos denunciando una vulneración de derechos adquiridos por ellos con ocasión de su incorporación a la Administración Civil del Estado autorizada por el art. 4.º del R. D.-ley 23/77, de 1 abril, y demás Decretos citados en los vistos; y al propio tiempo y en íntima conexión con el motivo anterior también se aduce que al introducirse una discriminación entre fun-

cionarios iguales se vulnera un principio de igualdad que siempre venía siendo respetado y practicado, pues hasta el meritado Acuerdo del Consejo de Ministros a todo este colectivo funcional se le señaló el coeficiente 4; mas en este momento se debe poner de relieve una importante precisión y en buena medida decisiva en el recurso, cual es que el Acuerdo de 21 septiembre 1979 está inspirado en un designio muy concreto: la asignación provisional —para el ejercicio económico de 1980— a cada Cuerpo, Escala o plaza del grado inicial de Carrera Administrativa, que se verá reflejado en el párr. 2.º del art. 8.º de la Ley 42/79; esto es, en función de los coeficientes derivados de la Ley 31/1965. Así es que, si el grado inicial deberá determinarse —art. 2.º, 2, b), del R. D.-ley 22/77— teniendo en cuenta la especial preparación técnica que se exija sobre la propia preparación de cada nivel de titulación para el ingreso, la Administración está apoderada para hacer las matizaciones necesarias dentro de un mismo nivel a fin de precisar hasta dónde alcanza el plus de preparación especial en que consiste el grado inicial, que es lo que ha hecho en el meritado art. 8.º de la Ley 42/79, poniéndolo en función de un dato que ya no resulta aplicable, cual es el coeficiente, por lo que, contra lo que los recurrentes afirman, no existiendo plena igualdad entre ambos colectivos, sino una asimilación, la precisión que en forma de coeficientes determinantes del grado inicial se hace en el Acuerdo impugnado es posible y oportuna a los efectos concretos y especialísimos de acordar grado inicial diferente allí donde existe diferente procedencia, diversas pruebas de acceso, una determinada adscripción a concretos Departamentos que disminuye la movilidad interministerial vedando el acceso a otros centros, como se desprende de la normativa aplicable, notoriamente del propio R. D.-ley 22/77 que regula un sistema retributivo especial y aparte para el colectivo que recurre, por lo que es obligado concluir que no se infringe el principio de igualdad en este concreto particular de señalamiento de diverso grado inicial dentro de un mismo nivel.

Aunque ambos Cuerpos bajo la vigencia de regímenes retributivos anteriores hubiesen tenido equiparación económica, al entrar en vigor el Real Decreto-ley 22/77 y permitir su régimen retributivo las matizaciones a que hemos aludido, no se produce lesión de derecho adquirido alguno, no sólo porque en todo caso el respeto a los derechos adquiridos han de referirse sólo al momento de la incorporación a la Administración Civil, sino porque con el mencionado Real Decreto-ley el legislador se ha mostrado completamente libre de crear por primera vez un concepto determinante de la retribución como es el grado inicial, enteramente objetivo, con cuya aplicación no se aprecia una disminución de las retribuciones consolidadas; del artículo 4.º del R. D.-ley 23/77 no se desprende más que en lo sucesivo a los funcionarios de Carrera del de la Administración del Movimiento les serán de aplicación a todos los efectos, salvo lo establecido en la disposición final 2.ª, la normativa correspondiente a los funcionarios de la Administración Civil del Estado que resulte aplicable, precisamente la que permite establecer las matizaciones y concreciones determinantes del grado inicial, mas de él no se desprende que para un futuro, y a pesar de la propia legis-

lación que resulte en vigor, quede garantizada una asimilación retributiva que hubiera venido siendo practicada, dado que ello implicaría la supervivencia de la normativa anterior y la consiguiente inaplicación de la vigente, condicionándose así el poder organizatorio de la Administración en una parcela en la que debe decirse que el funcionario no tiene otros derechos que los que para él nazcan directamente de la legislación vigente, como corresponde a una concreta situación reglamentaria, todo lo cual conduce a la desestimación del recurso interpuesto, sin que en aplicación del artículo 131 de la Ley de esta Jurisdicción existan motivos para hacer una condena en costas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 26 de enero de 1983.*)

B) Obligaciones.

Incurrir en desviación de poder el acuerdo municipal de imponer a determinados funcionarios técnicos el régimen de dedicación exclusiva no porque la función a desarrollar en el puesto de trabajo que desempeñan sea de tal naturaleza, tan amplia en sus cometidos, que haga ineludible la exclusión de cualquier otra actividad, sino como medio para lograr la total independencia de los funcionarios afectados, enderezándose, en consecuencia, al logro de una incompatibilidad. La dedicación exclusiva descansa en la concepción en abstracto del puesto de trabajo, con independencia de quien lo desempeñe. La desviación de poder no precisa que los fines perseguidos sean espúreos, sino que basta con que se distorsione el fin concreto del interés general que la norma marca a la Administración actuante.

«El tema debatido en esta segunda instancia, en virtud de la limitada apelación del art. 94-2-a de la Ley Jurisdiccional, es el de desviación de poder que los recurrentes, funcionarios técnicos del Ayuntamiento de Tarragona, imputan a los actos administrativos objeto de recurso, es decir, a los Acuerdos plenarios municipales de 30 junio y 8 septiembre 1980, que aprobaron un proyecto de reestructuración de los Servicios Técnicos y Administrativos de dicha Corporación, disponiendo el régimen de dedicación exclusiva para aquéllos y prolongación de la jornada de trabajo, dedicación exclusiva que la sentencia apelada ha anulado respecto a tres funcionarios y mantenido para los tres técnicos que ahora apelan, en unión de los restantes, siendo, por tanto, el núcleo de la discusión el de si la dedicación exclusiva, del que la prolongación de jornada es instrumento a consecuencia accesoria, al imponerse a los tres funcionarios para quienes la sentencia impugnada lo mantiene (señores B., Arquitecto Superior; D. E., Ingeniero Técnico, y M. A., Ingeniero de Caminos), porque en las Bases de las convocatorias de los concursos o pruebas por las que accedieron se preveía la posibilidad de imponer aquélla, si tal dedicación exclusiva, decimos, incide o no en desviación de poder, extremo que es negado o rechazado por la sentencia de primera instancia.

La desviación de poder no precisa, dentro del apartamiento de los fines prescritos por el Ordenamiento Jurídico, acordes con los principios de la institución de que se trate, que los fines perseguidos sean espúreos en el

sentido de dirigirse contra determinadas personas, en este caso funcionarios locales, o que se utilicen en beneficio de los agentes administrativos autores de los actos administrativos a los que tal vicio se achaca, es decir, no se requiere la concurrencia de móviles subjetivos, sino que basta, como la doctrina ha destacado, con que se distorsione el fin concreto de interés general que la norma marca a la Administración actuante, tratando de lograrse otro diverso, por plausible que éste sea. De tal manera que, por lo que al caso concierne, cabrá apreciar la denunciada desviación de poder si se lleva al Tribunal la convicción suficiente y razonable en orden a que la finalidad perseguida con la imposición de dedicación exclusiva a los citados técnicos municipales no es el interés público del servicio y, de modo más concreto, que no se funda en la determinación de que el puesto de trabajo absorbe toda la actividad del funcionario hasta el punto de que le impide cualquiera otro, pública o privada, sino en otra distinta, que aquí se hace consistir por los recurrentes en la incompatibilidad de carácter absoluto de dichos funcionarios, buscada a través de la dedicación exclusiva y la correlativa prolongación de jornada.

Aparece claro, en el Ordenamiento Jurídico, que el régimen de dedicación exclusiva descansa en la conceptualización en abstracto del puesto de trabajo, con independencia de quien lo desempeñe, de tal manera que requiere que el contenido de la función a desarrollar en el mismo sea de tal naturaleza, tan amplio en sus cometidos, que haga ineludible la exclusión de cualquiera otra actividad por parte del funcionario que lo ocupe, tanto pública como privada; y así se infiere de las Ordenanzas de 23 octubre 1973 (art. 11-1) y la complementaria de 27 de diciembre siguiente, dando instrucciones para aplicar la primera (norma 7.^a-c y norma 12.^a), así como del texto articulado parcial de la Ley 41/75, D. de 6 octubre 1977 (artículo 66-3-a), de tal manera que tanto en la esfera estatal como en la local, la imposición de dicho régimen, que lleva consigo la grave consecuencia de la absoluta prohibición de toda otra actividad lucrativa pública o privada (incluida, por tanto, la del ejercicio de la profesión para que el título por el que accedió al puesto le habilita), precisa de manera obligada la consecuencia de una de estas dos premisas básicas en el Ordenamiento local: *a*) que así venga impuesto por una Ley o disposición reglamentaria, o *b*) que en tal sentido lo acuerde la Corporación, excepcionalmente y en razón a que resulta conveniente al servicio público, y descartada aquí la primera hipótesis, resta por decidir si los acuerdos municipales impugnados, aun prescindiendo de la autorización previa de la Dirección General de Administración Local (por la autonomía municipal vigente), fueron adoptados con vistas a la conveniencia del servicio público, es decir, si se fundaron en que el contenido de tales puestos de trabajo exigía ineludiblemente la dedicación exclusiva y consiguiente prohibición de actividad extrafuncional.

Así las cosas, la motivación de los impugnados acuerdos aprobatorios del Proyecto de reestructuración y que impone la dedicación exclusiva a los ahora apelantes es sumamente vaga o genérica, e incluso no unitaria, pues se trata de justificar, por una parte, en la eliminación de las horas extra-

ordinarias, y así, en el Capítulo "Del personal", al folio 48, se dice en el Proyecto: "La dedicación exclusiva y prolongación de jornada reducirán considerablemente las horas extras y los trabajos extraordinarios", y más adelante: "Con esta medida se pretende acabar con la sensación de discriminación que actualmente hay entre los funcionarios" (parece referirse a la adjudicación de horas extraordinarias), sin que se realice a lo largo del expediente un análisis de si estos concretos puestos de trabajo, de carácter técnico, han aumentado sus cometidos en virtud de la reestructuración acordada hasta el punto que exijan ser incluidos en régimen de dedicación exclusiva cuando antes no lo estaban, ni se apoya en un sustancial aumento del cometido funcional de los concretos puestos de trabajo derivados de una más intensa gestión municipal, antes bien del Proyecto resulta que su línea medular es la de coordinación entre departamentos o "áreas" de la Administración municipal, antes inconexos, más que un aumento del trabajo o cometido de cada uno de los puestos de trabajo de la plantilla orgánica. Ha de tenerse en cuenta además que la dedicación exclusiva está adoptada en razón más a concretos funcionarios que a las funciones de su cargo, siendo elocuente en este sentido el Proyecto definitivo de 16 junio 1980 (a los folios 125 y siguientes) cuando, refiriéndose a la materia que nos ocupa, traza la línea divisoria para la dedicación exclusiva y prolongación de jornada en las Jefaturas de Negociado, de manera indiscriminada, diciendo, según consta al folio 143: "En este tema se considera que se ha de mantener el criterio inicial respecto a todos los que sean Jefes de Negociado (incluso los accidentales) para arriba y que estén incluidos en la lista que se adjunta...", y en el párrafo siguiente se afirma: "De Jefe de Negociado hacia abajo se considera que, debido a la menor responsabilidad e incidencia, esta cuestión se resolverá a propuesta de cada Consellería. Se hace la salvedad que los Técnicos Superiores, Medios y el Letrado, como consta en la lista de la dedicación exclusiva, están afectados por dicha dedicación exclusiva", lo que revela un matiz personalista que no atiende objetivamente a cada uno de los puestos de trabajo. Esta misma idea, ajena al fin objetivo del servicio, late en el texto del proyecto cuando, en lo que puede calificarse como preámbulo justificativo, asevera: "Finalmente, uno de los propósitos de la reforma es mejorar la imagen pública de la Administración municipal, que pasa no solamente por dar al ciudadano un servicio más eficaz, sino también para dar constancia que el funcionario con el cumplimiento de su obligación le ayuda en todo", de todo lo cual se infiere, razonablemente, que la dedicación exclusiva unilateralmente impuesta por la Corporación municipal en los actos impugnados no se funda en criterios objetivos, en cuanto relacionados con concretos puestos de trabajo, que impongan tan drástica prohibición como la que tal situación comporta.

Abundando en lo expuesto, donde adquiere toda su virtualidad la exteriorización de los auténticos fines perseguidos con tal régimen funcional es en el Acuerdo plenario de 8 septiembre 1980, desestimando la reposición entablada por los funcionarios disconformes con tal medida que ya imputaron la desviación de poder, y en cuyo acuerdo luce, en el 2.º "considerando", el siguiente tenor literal: "Que la buena marcha del servicio

público exige que los cargos y puestos de trabajo ostentados por los recurrentes tengan asignada la dedicación exclusiva para una total independencia y ejemplar imagen de los funcionarios; y la eficacia en la gestión pública exige una mayor jornada que la habitual en los funcionarios recurrentes", lo que es sumamente significativo en orden a que: a) en primer término, se distinguen las dos medidas y tan sólo la prolongación de jornada se basa en una más eficaz gestión de los intereses municipales, y b) en segundo lugar, que la dedicación exclusiva, verdadero caballo de batalla en este litigio y punto medular del mismo, se impone como medio para lograr la "total independencia" de los funcionarios afectados y así ofrecer una ejemplar imagen de los mismos, esto es, se orienta la decisión al logro de una incompatibilidad que no es ya la normal resultante de los deberes propios del cargo y a que se refiere el art. 49 del texto articulado parcial (D. de 6 octubre 1977), que la Corporación puede y debe exigir y hacer efectiva en todo momento, sino a una prohibición en términos absolutos del ejercicio, por los funcionarios afectados, de toda clase de actividad, pública o privada, de carácter lucrativo, para evitar así, frente a terceros, toda suspicacia o recelo en cuanto a colisión de intereses públicos y privados, y esta real finalidad perseguida, la de absoluta incompatibilidad o apartamiento de actividades profesionales que, *per se*, no dan lugar a expediente de incompatibilidad en cuanto no se acredite que entran en fricción con la esfera o ámbito de la función pública desempeñada, no es la marcada por las normas para el régimen de dedicación exclusiva, que radica, digámoslo una vez más, en el sustancial contenido del puesto desempeñado o en sus características tan peculiares que hagan ineludible dicha prohibición, nada de lo cual aparece justificado en el expediente ni en las presentes actuaciones, lo que lleva a incluir los actos impugnados en este concreto aspecto en el vicio o infracción del Ordenamiento calificable como "desviación de poder", tal como se describe en el art. 83-3 de la Ley rectora de esta Jurisdicción.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 10 de marzo de 1983.*)

III. INCOMPATIBILIDADES

1. *Incompatibilidad de Arquitecto para realizar trabajos personales en el término de un Ayuntamiento en que el hermano de aquél es Aparejador municipal.*

«Por el apelante no se han desvirtuado los hechos que se tuvieron en cuenta por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, que se impugnan en este proceso y que se refieren a la conducta profesional del recurrente, como Arquitecto, en relación con su hermano don Gerardo A. F., Aparejador del Ayuntamiento de Almonte, que le encargaba proyectos técnicos de edificación para su ejecución por particulares en lugares del término municipal de Almonte por precio inferior al que correspondería según la tarifa oficial, lo que motivó la declaración de incompatibilidad de don José Antonio A. F. para actuar en la forma indicada respecto de su hermano Gerardo.

La legitimidad de tales acuerdos nacen, como dice la sentencia apelada, de la doble valoración de ellos desde el punto de vista fáctico y jurídico, pues si en el primer aspecto están debidamente acreditados en el segundo caen de lleno dentro de la competencia que a los Colegios Profesionales les confiere el apartado i) del art. 5.º de la Ley de 13 febrero 1974 en cuanto a la ética y dignidad profesionales, así como el respeto debido a los derechos de los particulares, ejerciendo la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial, todo ello por las normas de sus Estatutos y Reglamentos de Régimen Interior, lo cual hace que los acuerdos recurridos, confirmados por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, en sus Acuerdos de 5 y 6 mayo 1976, del Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Occidental y Badajoz, sean conformes a derecho en cuanto declararon incompatible al recurrente para el ejercicio profesional en el término municipal de Almonte y, con ello, confirmable igualmente la sentencia que así lo declaró.» (Sentencia de la Sala 4.ª de 21 de diciembre de 1982.)

2. *Legalidad del acuerdo colegial de denegar el visado a un trabajo profesional realizado por Arquitecto municipal que se estima incompatible para la realización de tal trabajo.*

Considerandos de la sentencia apelada:

«En lo que podría estimarse impugnación independiente de los acuerdos colegiales, es decir, con abstracción hasta cierto punto del acuerdo municipal no recurrido y que le sirve de fundamento, aparece la alegación de la desviación de poder, en el sentido de que al denegarse el visado en los contratos de obras a ejecutar en Zarauz, como consecuencia de la declaración municipal de incompatibilidad, se está utilizando aquella facultad indebidamente para finalidad distinta de la que tiene prevista, argumentación que procede rechazar, por cuanto si es función de los Colegios Profesionales, a tenor del ap. i) del art. 5.º de la Ley de 13 febrero 1974, reguladora de tales Colegios, ordenar la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional, y si en virtud de lo prevenido en los apartados 1) y 12) del art. 36 de los Estatutos del Consejo General y Colegios de Aparejadores, aprobados por D. de 13 mayo 1977, corresponde al Colegio velar por la firme observancia de las incompatibilidades, pudiendo suspender el visado en supuestos de presunta incompatibilidad, carece de fundamento afirmar que el Colegio no pueda denegar el visado, como medida de control de efectividad de una incompatibilidad declarada por el Ayuntamiento, respecto de un Colegiado funcionario público municipal.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Tanto el escrito de interposición del presente recurso como en la demanda del mismo se impugnan los acuerdos de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Guipúzcoa y del Pleno del Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, sin que se haga mención alguna, en cuanto a tal impugnación, de la decisión del Ayuntamiento de Zarauz de declarar incompatible al recurrente don Carlos S. M., como perceptor de haberes municipales por su condición de funcionario de aquel Ayuntamiento, admitiendo él mismo su incompatibilidad para intervenir en obras particulares que realicen en dicho término municipal, según las comunicaciones que obran en el expediente de la citada Corporación Local.

De esta manera, aparece que los Acuerdos impugnados de los Colegios profesionales del demandante tienen o descansan en la doble base de su adecuación a derecho, tanto por ser reflejo de las disposiciones legales que regulan la función de dichas Corporaciones —art. 5.º-i) de la Ley de 13 febrero 1974 de los Colegios Profesionales, como los apartados 1) y 12) del art. 36 de los Estatutos del Consejo General aprobados por Decreto de 13 mayo 1977— como por ser fiel reflejo de la declaración de incompatibilidad del Ayuntamiento de Zarauz, que declaró tal incompatibilidad al recurrente por su condición de funcionario de aquel Ayuntamiento.

Por ello, la impugnación de los acuerdos de los Colegios Profesionales que realiza el recurrente son totalmente estériles, pues, además de ser conformes al ordenamiento jurídico aplicable al supuesto debatido, descansan en una incompatibilidad no ya no impugnada, sino aceptada por el propio interesado, lo cual equivaldría, en el supuesto de acoger su pretensión, desconocer la doctrina de los actos propios del mismo reclamante.

Todo conduce a la desestimación de su recurso de apelación y de la desviación de poder que asimismo aduce el recurrente, pues la conducta de las Corporaciones demandadas se ajusta perfectamente a las normas que rigen su actividad inspectora respecto de sus colegiados.» (*Sentencia de la Sala 4.ª de 4 de enero de 1983.*)

3. *Es ya reiterada la jurisprudencia en la que se proclama que los Arquitectos municipales son incompatibles para el ejercicio libre de su profesión dentro del término de sus respectivos Ayuntamientos en todos aquellos supuestos en que puedan producirse «áreas de coincidencia», así como que el ejercicio por un funcionario de una actividad profesional incompatible implica una infracción del Ordenamiento que regula esa actividad profesional.*

Considerandos de la sentencia apelada:

«Por el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Alicante, en 31 de enero de 1979, se redactó una lista de colegiados presunta-

mente incompatibles para el ejercicio libre de la profesión, entre la que figuraban los actuales recurrentes, al servicio de los Ayuntamientos de Alicante, Alcoy y Villajoyosa, respectivamente, concediéndoles el plazo de dos meses para que en ese plazo legalizasen su situación, entendiéndose que, transcurrido el mismo sin comunicar la decisión, se entendería que optaban por seguir desempeñando la función pública incompatible, entendiéndose que todos los contratos que se presentasen a partir del 10 de febrero de dicho año y que correspondan a los territorios de su incompatibilidad se suspenderían provisionalmente, hasta que la Junta de Gobierno decida su otorgamiento o denegación, adoptando otros acuerdos para los que estuviesen al servicio de la Administración Central u Organismos autónomos, en los que se les advierte de que se puede llegar hasta la denegación del visado, cuando se trate de asuntos en los que deban intervenir por razón de su cargo; contra este acuerdo se presentó por los recurrentes el correspondiente recurso de alzada que desestimó el Consejo General, planteándose el presente recurso contencioso-administrativo.

Por los recurrentes se ha esgrimido que la declaración de incompatibilidad es exclusiva de la Administración Local, en su caso, y que en manera alguna puede ser ejercitada por el Colegio al que pertenecen, cuestión ésta que se pretende fundamentar en el art. 5 de la Ley de Colegios Profesionales de 13 febrero 1974 y las modificaciones de la misma aprobadas por la Ley de 26 diciembre 1978, mas hay que tener presente que *la declaración que se hace no es de incompatibilidad, sino de presunta incompatibilidad, y ésta es un principio de carácter general que se consagraba en la Ley de Bases de 20 julio 1963, principio general que recoge el art. 82 del texto articulado por el D. de 7 febrero 1964 y que para los funcionarios de la Administración Local viene señalada por el art. 328 del texto articulado de la Ley de Régimen Local y 37-1 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local aprobado por el D. de 30 mayo 1952, siendo de destacar que el Acuerdo recurrido empieza por sentar la incompatibilidad presunta y que las actuales atribuciones de los Colegios profesionales desbordan en mucho lo que fue su función originaria de defensa de intereses profesionales, para convertirse en entes a través de los cuales el Estado y la Administración realizan una verdadera política descentralizadora, lo que supone una alternativa de organización extendiendo su competencia a aquellas materias que suponen un control de la actividad de los miembros del Colegio que ha de reflejarse en la actuación profesional, y al particular, que, por otra parte, utiliza los servicios de los profesionales colegiados y la actuación incompatible de los colegiados, puede venir sancionada por actuaciones en vía administrativa, o por la exigencia de una responsabilidad penal derivada de los arts. 198 y 386 del C. P., o por una responsabilidad de carácter corporativo, pues si tales competencias le son asignadas, debe tener los medios para hacerlas efectivas, y al establecer el art. 7 del D. de 13 mayo 1977 que en el ejercicio de la profesión de Aparejador o Arquitecto Técnico regirán las disposiciones oficiales en materia de incompatibilidades, es evidente que éstas tienen su evidente trascendencia en cuanto la actividad que al Colegio le está conferida, para alcanzar las finalidades que le están atri-*

buidas al mismo, que debe estar dotado de los sistemas que tiendan a *asegurar el sistema de incompatibilidades, sin que éste pueda quedar abandonado a la mayor o menor diligencia de las autoridades locales, toda vez que el régimen de incompatibilidades no afecta exclusivamente a la Administración*, entendida en el sentido clásico, sino que hay otra serie de intereses en juego, cuya defensa no le está atribuida o solamente en parte, y la afirmación de que la calificación, aunque fuera como en este caso presunta, pese a ser un acto declarativo de derechos, no tiene por qué estar solamente atribuida al Estado o a los Tribunales, toda vez que nada menos que la admisión en el Colegio, acto decisivo e imprescindible, viene atribuida a la organización colegial, y lo que se pretende en este caso no es la exclusiva declaración de incompatibilidad, sino las consecuencias a que hace referencia el Acuerdo del Colegio de Alicante, confirmado por el recurso de alzada, para que se puedan clarificar y prevenir ciertas situaciones dudosas dentro de las facultades del Colegio de acuerdo con lo establecido en el art. 36-1 del ya citado Decreto, y que únicamente puede hacerlo por la vía que se señala en el acuerdo recurrido, por lo que la legalidad del mismo es evidente y debe ser mantenido.

Considerandos del Tribunal Supremo:

En el escrito de alegaciones formulado por los demandantes, en el recurso de apelación por ellos interpuesto, se reiteran las que fueron aducidas ante el Tribunal *a quo* y que son ya debidamente rechazadas en los considerandos de la sentencia apelada, aceptados en lo sustancial por esta Sala, al hacerse en los mismos una adecuada apreciación de los hechos debatidos y aplicarse también con acierto las normas atinentes al caso del pleito.

Es ya reiterada la Jurisprudencia en la que se proclama: A) Que con arreglo a lo establecido en los arts. 328 de la Ley de Régimen Local, de 24 junio 1955, y 37-1 del Reglamento de Funcionarios de las Corporaciones Locales, de 30 mayo 1952 —que disponen *serán aplicables a los funcionarios de la Administración Local las incompatibilidades que rijan para los funcionarios civiles del Estado*—, y a lo preceptuado en los arts. 82 y 83-2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 febrero 1964, ha de estimarse que *los Arquitectos Municipales* (tanto los superiores como los técnicos) *son incompatibles para el ejercicio libre de su profesión dentro del término de sus respectivos Ayuntamientos en todos aquellos supuestos en que pueda producirse lo que se denomina "áreas de coincidencia", que dan lugar a la posibilidad de que los medios y facultades concedidas al funcionario por razón de su cargo puedan ser utilizadas en provecho particular, en perjuicio del interés público y, por lo menos, del prestigio que por su objetividad, imparcialidad e independencia debe rodear al funcionario*, sin que sea preciso la prueba de que se haya producido, bastando con esa coincidencia y posibilidad —sentencias, entre otras, de 20 junio 1975 y 30 septiembre 1980—; B) Que *el ejercicio por el funcionario de una actividad profesional legalmente incompatible implica —sin perjuicio*

de las facultades que a la Administración Pública correspondan— *una infracción del ordenamiento que regula esa actividad profesional*, de la que ha de conocer el respectivo Colegio, en su función de mantener el orden jurídico y deontológico de la profesión, así como de hacer cumplir a los colegiados las leyes generales y especiales que le asigna el art. 5.º de la Ley de 13 febrero 1974 sobre Colegios Profesionales —sentencias de 2 febrero 1978 y 19 octubre 1981—; C) *Que no puede negarse al "visado" su idoneidad como medio de control de las situaciones de incompatibilidad de los Arquitectos Municipales* (superiores y técnicos) en los trabajos particulares que realicen, ya que tales situaciones afectan a la habilitación legal del autor y limitan su capacidad profesional para la ejecución de trabajos privados no permitidos (sentencia de 19 octubre 1981).

Cuanto se expone en el anterior considerando con relación a los Arquitectos Municipales, de un modo genérico, viene a ser corroborado, de manera concreta, en los Estatutos del Consejo General y Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos aprobados por D. de 13 mayo 1977, que confieren a tales Colegios la función específica de "velar por la firme observancia de las incompatibilidades legales» (art. 36-1) y la de "acordar la suspensión del visado en los supuestos de presunta incompatibilidad", debiendo resolver sobre otorgamiento o denegación en un plazo máximo de tres meses (art. 36-12).

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por don Carlos R. G. y otros y confirmar la sentencia apelada, sin que, a tenor de lo prevenido en el art. 131 de la Ley reguladora de la Jurisdicción, sea de apreciar temeridad o mala fe para imposición de las costas causadas en esta segunda instancia.» (*Sentencia de la Sala 4.ª de 4 de enero de 1983.*)

IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Procedencia de las sanciones impuestas a un médico de la Seguridad Social por desatención con sus superiores y percepción de honorarios de personas protegidas por la Seguridad Social.*

Considerandos de la sentencia apelada:

«Como acertadamente aduce el Abogado del Estado al contestar la demanda, si cierto es que el art. 69 del D. de 23 diciembre 1966 establece que se ha de indicar el precepto en que el expediente se funda, no lo es menos que su falta no puede constituir indefensión del administrado, que es precisamente el aspecto teleológico inspirador de la teoría de las nulidades formales, y como quiera que el recurrente, como del propio expediente se induce, alegó cuanto a su defensa convino utilizando los recursos pertinentes, el defecto formal alegado deviene inoperante.

El mismo trato merece la imputación de haberse infringido el art. 65 del Estatuto Jurídico del Personal Médico que se cita en los vistos, por haberse designado como Instructor a un Letrado y no a un Inspector de

Servicios Médicos, toda vez que el hecho de que la facultad disciplinaria correspondiera al Ministerio de Trabajo como dispone el Estatuto a través de la Inspección de Servicios Sanitarios, dicha atribución no contradice el que pueda recaer, como aconteció en este caso, el nombramiento del Instructor en un Letrado, sin afectar para nada a la competencia del nombrado Organismo Administrativo.

La frase "no tienes razón y no hay motivos para que entres dando gritos como una fiera", dirigida por el doctor don Luis Ramón O., médico adjunto del Servicio de Tocoginecología de la Residencia Sanitaria "Santiago Apóstol" de Miranda de Ebro, a su Jefe de Sección, doctor M., en el curso de un altercado entre ellos producido el día 31 de enero de 1975 con ocasión de una enferma recién ingresada, sí reveladora de una desatención culpable por ser dirigida a un superior, que no debió pronunciarse por persona de la calidad intelectual del actor, obligado a comportarse en todo momento con mesura, como quiera que las discrepancias entre los facultativos nombrados eran frecuentes, dando lugar a relaciones entre ellos anormales por su continuas fricciones, en virtud del principio de proporcionalidad que ha de aplicarse en esta materia, con la finalidad de que se llegue a una correcta correlación entre la infracción y la sanción, y teniendo en cuenta esa fricción existente con el Jefe de Sección, la tensión en el momento de proferirse puede constituir una atenuante que modifica la calificación de falta grave, sustituyéndole por la falta leve prevista en el artículo 66-2-c, desatención con los superiores compañeros, subordinados y público, conducta que se sanciona de acuerdo con lo establecido en el artículo 67-1-a, con amonestación por escrito con constancia en su expediente personal, extremo en el que se modifica la resolución atacada.

En cuanto se refiere a la percepción de honorarios de beneficiarios de la Seguridad Social que enmarca la segunda imputación al demandante, no puede quedar enervada por la manifestación reiterada en el expediente y mantenida en la demanda por el doctor C., en el sentido de que, si cobró la asistencia a determinados pacientes, lo fue porque voluntariamente acudieron a su consulta privada para ser atendidos particularmente, pues, *abstracción hecha de la no prohibición a los Médicos de la Seguridad Social de prestación de sus servicios a particulares, ni a éstos velar por su salud como bien jurídico supremo de todas las formas posibles, incluida la solicitud de servicios extraños a los que puedan recibir de la Seguridad Social, al estatuirse como infracción en el meritado Estatuto la percepción de cualquier remuneración por parte de los Médicos en base a la asistencia de los asegurados en su cupo, y aceptando la Sala los hechos imputados probados con los actos administrativos haciéndolos suyos, deviene obvio que la infracción se cometió, pues un protegido no puede acogerse parcialmente a los beneficios que le otorga su cualidad de asegurado renunciando a la asistencia facultativa queriendo pagar los honorarios médicos por separado.* de lo que se infiere que la sanción impuesta por este motivo atendió las circunstancias concurrentes con arreglo a lo normado en el art. 67-1-b del calendario estatuto.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Puesto que las alegaciones que en esta apelación se formulan constituyen simple reproducción de las deducidas en la demanda con el designio de desvirtuar los hechos determinantes de las sanciones impuestas, y por lo mismo que acertadamente fueron rebatidas por la sentencia que se impugna —precisamente con el resultado de rebajar una de aquéllas al acoger parcialmente esas razones exculpatorias—, basta también aquí con dar por reproducidos los razonamientos del fallo jurisdiccional, al ser fruto de una adecuada y objetiva ponderación de las pruebas practicadas y de la proyección de aquéllos en la esfera disciplinaria en que se actúa, habida cuenta de que, por lo que concierne a la primera y más leve de las sanciones impuestas, la desconsideración respecto al superior jerárquico a que las actuaciones se contraen y que la Sala había calificado como leve y sancionaba en la forma prevista en el art. 67 del Estatuto que en los "Vistos" se cita, ciertamente no se correspondían ni podían justificarse de modo aislado por las circunstancias en que las frases atribuidas al recurrente se pronunciaron, constando, como consta, la preexistencia de una antigua y no interrumpida enemistad profesional entre quien las profería y el destinatario de ellas, que, según del expediente resulta, habían dado lugar en anteriores ocasiones a que, cualquiera que fuese el motivo desencadenante, se hiciera presente la conducta rebelde del expedientado a propósito del acatamiento de las órdenes o instrucciones emanadas de quien sobre él ostentaba el oficial carácter de superior jerárquico.

Tampoco se desvirtúa el supuesto de hecho del que deriva la segunda de las sanciones impuestas —que íntegramente mantuvo la sentencia que se apela— la circunstancia de que las personas a quienes el recurrente prestó y cobró sus servicios profesionales acudieron a él como enfermos particulares pese a ser beneficiarios de la Seguridad Social, a la que el mismo estaba adscrito, porque, además de que no está probado que así lo decidieran espontáneamente, a sabiendas de que el facultativo que les atendía en concepto de médico particular también estaba obligado a hacerlo en aquel otro concepto, respecto de los beneficiarios que les estaban asignados, lo que, conforme al Estatuto de referencia, enerva el hecho imputado es la constancia de una incondicional e inequívoca renuncia a gozar en cada caso de todos los beneficios sociales que a los mismos por su afiliación se les otorga, condición que en ninguna de las ocasiones resulta probada con la precisa nitidez, pues no cabe reputar lo contrario porque simplemente se diga en uno de los informes que el recurrente invoca que el protegido por la Seguridad Social "puede perfectamente renunciar a todos sus derechos acogiéndose a la asistencia privada en todos sus aspectos", ya que, aun cuando ello es indudablemente cierto y por nadie se discute, necesario es, por una parte, que *la renuncia y correlativo acogimiento a la asistencia particular no sean parciales, sino de un modo total y completo, es decir, en todos los aspectos y parcelas del beneficio, y no si, como en la generalidad de los casos aquí enjuiciados ha ocurrido, simultáneamente se estaban, por ejemplo, utilizando recetas con cargo a la Seguridad Social,*

y, de otra, que, aunque se admita que tal renuncia no se haya de materializar de forma escrita o expresa, en cualquier caso es exigible que sean indiscutibles las manifestaciones o conductas a través de las cuales se deduzca esa abdicación total de los derechos, no si —como en la mayoría de los casos objeto de este recurso sucede— se ofrece dudosa por apreciarse comportamientos ambiguos, con mayor razón si se tiene en cuenta que algunos pacientes habían sido años atrás clientes particulares del facultativo sancionado y cuando, al mismo tiempo, se trataba de un Centro Asistencial en el que tanto se atendían a los enfermos genuinamente particulares o privados como a los totalmente acogidos a la Seguridad Social —a cuyo efecto mediaba el adecuado convenio con ésta—.» (*Sentencia de la Sala 4.ª de 10 de noviembre de 1982.*)

V. RÉGIMEN JURÍDICO

1. *La expresión «personal» que emplea la Ley Jurisdiccional en el artículo 94-1 sin definirla expresamente no se refiere sólo a los funcionarios públicos, sino que es término más amplio que comprende no sólo aquellos procesos que se refieren a la relación jurídica entre la Administración y sus funcionarios, sino también las que se contraigan entre personas que pretenden acceso a la Administración o que se refiera a personas cuya relación se extinguió incluso por fallecimiento, como las relativas a la viudedad u orfandad.*

«Invocando la parte apelada en su escrito de alegaciones la inadmisibilidad del recurso de apelación a tenor de lo dispuesto en el art. 94-1-a de la Ley Jurisdiccional, es obligado resolver con carácter previo al fondo del asunto esta alegación, aunque haya sido examinada con anterioridad, por tratarse de una cuestión que afecta a la competencia de la Sala, improrrogable según el art. 8.º de la Ley reguladora de la jurisdicción, y al orden público procesal, que debe ser estudiada incluso de oficio.

A tenor del art. 94-1-a de la Ley Jurisdiccional, serán inapelables las sentencias que versaren sobre la materia de personal, estableciendo la excepción a este principio general el art. 94-2 al disponer que serán siempre susceptibles del recurso de apelación las sentencias que se dictaren en virtud del recurso interpuesto al amparo de los núms. 2 y 4 del art. 39 de la citada Ley.

La pretensión objeto de este recurso versa sobre materia de personal, en cuanto está dirigida a obtener la declaración de que los demandantes sean incluidos en la relación para el acceso directo al Cuerpo de Profesores de Enseñanza General Básica, y esta Sala ha entendido que la expresión "personal" que emplea la Ley Jurisdiccional sin definirla expresamente no se refiere sólo a los funcionarios públicos, sino que es término más amplio que comprende no sólo aquellos procesos que se refieren a la relación jurídica entre la Administración y sus funcionarios, sino también las que se contraigan entre personas que pretenden acceso a la Administración —Auto

de 1 diciembre 1973— o que se refiera a personas cuya relación se extinguió incluso por fallecimiento, como los relativos a viudedad u orfandad.

Siendo de personal la materia discutida, no era apelable la sentencia, y si continuó el trámite fue por entender que se discutían disposiciones de carácter general que conferían a la sentencia la cualidad de apelable, pero un mayor acopio de datos y un estudio detenido del fallo de la sentencia y de las Ordenes que declara anuladas revela que tanto la demanda como la sentencia no se han referido a disposiciones de carácter general que tengan carácter normativo, sino solamente a los anexos de dichas disposiciones que son actos administrativos en cuanto contienen la lista de los Centros a los que se asignan el número de plazas correspondientes para el ingreso en el Cuerpo de Profesores de Educación General Básica y la de los alumnos a los que se reconoce este derecho, cuya omisión afecta a los recurrentes, no versando el recurso ni la sentencia sobre el aspecto normativo de las disposiciones impugnadas, sino únicamente sobre la parte de las mismas —un anexo— que no tiene ese carácter.

En consecuencia, al no estar incluida la materia objeto del recurso en la excepción a la inapelabilidad de las sentencias que versen sobre cuestiones de personal, no se dan los supuestos establecidos en el art. 94-2-b de la Ley reguladora de la jurisdicción, por lo que es inadmisibile la apelación.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 8 de noviembre de 1982.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

