

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. SELECCIÓN: Selección de profesores adjuntos de Universidad. Legalidad de los DD 2211 y 2212, de 1975, y de la OM de 1 de junio de 1978. El desarrollo de una Ley no puede hacerse limitándose a reproducir los artículos de la misma al pie de la letra, pues de ser así no harían falta los reglamentos.—II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: Ilegalidad de las OO 17 diciembre 1982 y 11 enero 1983 sobre concursos de traslado de cuerpos docentes de enseñanzas no universitarias, por infracción del principio de igualdad ante la Ley.—III. SITUACIONES: Derecho a reingreso en la Administración local de mujer casada excedente especial ingresada antes de la promulgación del RFCL, en aplicación del RD 1258/1979, porque al ser una norma jurídica que desarrolla la Constitución ha de ser cumplida, no obstante haberse dictado después de producidos los actos impugnados, que si en principio eran adecuados a Derecho, han devenido ilegales por contrarios a él, al no haber aún adquirido firmeza.—IV. DERECHOS Y DEBERES: 1. La deducción de haberes a los funcionarios por ejercicio de su derecho de huelga supone una sanción al margen de todo procedimiento disciplinario y por tanto una privación de derechos sin cobertura legal necesaria y suficiente. 2. Nulidad de convenio colectivo entre el Ayuntamiento y sus trabajadores. 3. Legalidad del RD 498/1981, 27 de febrero, por el que se actualizan las indemnizaciones a los funcionarios por razón del servicio. 4. Las «profesoras de hogar» no tienen derecho a ser equiparadas en sus retribuciones ni a los profesores de religión ni a los profesores contratados o interinos. 5. No todo el personal clasificado como técnico auxiliar sanitario ha de gozar de los mismos niveles retributivos. 6. Legalidad del acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de mayo de 1980, regulador de las retribuciones complementarias de los funcionarios de la Administración de Justicia. No es admisible que el funcionario sea titular de tantos créditos autónomos frente a la Administración como conceptos retributivos le sean reconocidos. Inexistencia de incumplimiento del artículo 1196 Código civil sobre compensación de deudas y créditos. 7. La hija ilegítima no natural tiene derecho a pensión de orfandad, por cuanto a partir de la Ley 11/1981, 13 de mayo, la filiación sólo tiene lugar por naturaleza o por adopción.—V. INCOMPATIBILIDADES: 1. Según reiterada jurisprudencia 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», y los Colegios Profesionales pueden velar por la observancia de esta incompatibilidad mediante la denegación del visado correspondiente. 2. Los aparejadores municipales son incompatibles para ejercer libremente su profesión en el ámbito de aquellas actividades que tengan relación con su función de técnicos al servicio de la Administración local. El Colegio Profesional correspondiente tiene potestad para exigir la observancia de dicha incompatibilidad, siendo medio idóneo para ejercerla la denegación del visado.—VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Aplicabilidad en la esfera administrativa del principio general del Derecho de retroactividad de la norma sancionadora más favorable. El artículo 107 RFCL no establece uno, sino dos plazos, de prescripción de las faltas, el de un año de haber tomado posesión una nueva Corporación municipal o su presidente y el de cinco años desde que fueron cometidas. 2. Se halla dentro de las facultades de la jurisdicción el determinar la sanción con base al principio de proporcionalidad que inspira la materia sancionadora, sin que ello suponga incumplimiento de la función revisora de aquélla. Abandono de servicio. Intencionalidad. 3. Falta muy grave de probidad. Predominio de la valoración ética de la conducta del funcionario sobre los resultados de peligros o lesión de un bien jurídico.

I. SELECCIÓN

Selección de profesores adjuntos de Universidad. Legalidad de los Decretos 2211 y 2212, de 1975 y de la Orden ministerial de 1 de junio de 1978. El desarrollo de una Ley no puede hacerse limitándose a reproducir los artículos de la misma al pie de la letra, pues de ser así no harían falta los reglamentos.

«Considerandos de la sentencia apelada:

Antes de entrar en dicho análisis ha de efectuarse el de la inadmisibilidad opuesta al amparo del artículo 28 de la Ley Jurisdiccional por entenderse que la entidad recurrente es un órgano del Ministerio de Educación y Ciencia y por ello le está vedado la interposición de recurso contencioso-administrativo, porque es incierto ya que no es órgano del Ministerio sino entidad estatal autónoma que se beneficia del régimen para las mismas establecido en la Ley de 26 diciembre 1958 y por consiguiente goza de personalidad propia incluso frente al Estado y está legitimada para la interposición del recurso conforme al artículo 28.1.b) con su propia representación cual dispone el artículo 35.1 por todo lo que decae la inadmisibilidad postulada del artículo 82.b), no siendo relevantes todos y cada uno de los supuestos defectos de los órganos de la Universidad en relación con su propio Estatuto y en este orden de la falta de personalidad para recurrir.

Los efectos de esta declaración, al actuarse en vía indirecta, han de reducirse a la de la Orden impugnada y la estimación del recurso no conlleva, al no concurrir las circunstancias prevenidas en el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, un expreso pronunciamiento de condena sobre las costas causadas.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Respecto a la causa de inadmisibilidad del artículo 82.b) en relación con el 28.4.A de la Ley Jurisdiccional reiterada en esta segunda instancia por el abogado del Estado y, asimismo, articulada por primera vez como cuestión previa, por la otra parte apelante por considerar falta de legitimación a la Universidad Autónoma de Barcelona, para impugnar en esta vía contenciosa la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 1 junio 1978, tanto por insistir el representante de la Administración de dicha Universidad es un órgano integrado en la misma Administración, a los que el núm. 4.a) del artículo 28 no les reconoce personalidad, como en base a carecer de legitimación *ad procesum*, por no estar expresada su voluntad de recurrir por los órganos representativos de la Universidad, que alega la parte coapelante, pero en ambos supuestos debe ser rechazada por las razones que se consignan en el segundo considerando de la propia sentencia apelada, que se dan por reproducidos, y, por otra parte, ser el rector actuante quien, por razón de su cargo representa legítimamente a la Universidad Autónoma de Barce-

lona, mientras que el nombramiento, adoptado por acuerdo del Consejo de Ministros, y de ser elegido por el Claustro no sea anulado o dejado sin efecto, por último, en cuanto a los otros defectos formales que se indican haberse padecido en la tramitación de las actuaciones administrativas todas ellas carecen de relevancia, por no haber producido indefensión para declarar la nulidad de actuaciones.

En cuanto al fondo del recurso de apelación, los motivos jurídicos en los que los apelantes se apoyan para solicitar la revocación de la sentencia de primera instancia son que ésta estimó el recurso por considerar que la Orden ministerial de 1 de junio 1978, impugnada como asimismo los Decretos 2211 y 2212 de 1975, de 23 agosto, de los que aquélla constituye un acto de aplicación, infringen el principio hoy constitucional de respeto a la jerarquía normativa, al crear éstos las Comisiones de adscripción y ser aplicadas a la Universidad Autónoma de Barcelona, por la Orden ministerial de 19 mayo de 1978, así como por establecer la Orden de 1 junio 1978, la relación de plazas vacantes en el Cuerpo de Profesores Adjuntos, existentes en diversas facultades, esto es, que la repetida Orden de 1 junio 1978, publicó la relación de plazas vacantes a solicitar por los profesores adjuntos de Universidad nombrados en virtud de concurso-oposición para la disciplina que se expresa en dicha resolución en contradicción a lo dispuesto en el artículo 114.3 de la Ley General de Reforma Educativa de 4 agosto 1970, que establece al efecto: 'El ingreso en los Cuerpos Docentes Universitarios se efectuará como profesor de disciplina o grupo de disciplinas determinadas. Su posterior adscripción a una plaza concreta por el Ministerio de Educación y Ciencia se hará previa selección por las respectivas universidades. en función de los méritos de los solicitantes y de acuerdo con las normas reglamentarias que a tal efecto se dicten, y de las establecidas en los estatutos de aquéllas'; por lo que la Sala de Instancia entendió que en aplicación de dicha norma legal deben ser las respectivas universidades, no el Ministerio de Educación y Ciencia, las que han de regular la selección de este profesorado a los efectos de su adscripción a una plaza concreta y estimando haberse reglamentado en contra de dicho precepto legal, ya que las Comisiones de Adscripción son un órgano del Ministerio de Educación y Ciencia y sus miembros son nombrados, en su mayoría sin intervención de la respectiva Universidad y la Ley de Reforma Educativa de 4 agosto 1970, atribuye la competencia de la selección a las universidades, la sentencia recurrida anula la citada Orden de 1 junio 1978, por estimularla 'contra legem'.

Conforme ya tiene declarado esta Sala en sentencia de 15 febrero 1982, recaída en apelación contra sentencia dictada por la misma Sala de la Audiencia Nacional de 22 diciembre 1979 en recurso promovido por la Universidad de Barcelona contra las mismas Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 1 de junio 1978, por idéntico motivo en que se basa este posterior recurso de la Universidad Autónoma de Barcelona; una correcta exégesis del artículo 114.3 de la Ley General Educativa de 4 agosto 1970, hace preciso distinguir dos fases bien diferenciadas en el aludido precepto legal para realizar la adscripción del profesorado adjunto a una plaza concreta, a saber: La adscripción de un profesor a una plaza concreta corres-

ponde al ministro, el nombramiento administrativo correspondiente siempre al Ministerio y no a la Universidad. 2.º Lo único que corresponde a la Universidad es la selección previa de los solicitantes que reúnan las condiciones de profesores adjuntos de Universidad en virtud de concurso-oposición pero en el precepto legal no se especifica cómo se hará esa selección sino que se remite a los reglamentos que a tal efecto se dicten, pues bien, es claro que el desarrollo de una Ley no puede hacerse limitándose a reproducir los articulados de la misma al pie de la letra, porque de ser así no harían falta los reglamentos de lo que se sigue que la necesidad que existía de reglamentar el Ministerio un órgano técnico para poder valorar, el ministro antes de hacer la designación, los méritos, y circunstancias de los solicitantes, de ahí la creación de las Comisiones de Adscripción. Sin perjuicio de que por la Universidad se realice una selección previa de méritos y circunstancias relacionados con los solicitantes que puedan influir en la definitiva adscripción del profesor a la plaza vacante. Las Comisiones de Adscripción responden a la necesidad de valorar con competencia técnica los méritos de los solicitantes, mejor dicho, constatar o ponderar si los méritos de los profesores propuestos por las universidades deben ser valorados por el Ministerio en función comparativa con los méritos de los demás solicitantes para, en definitiva, hacer el Ministerio la designación a la plaza concreta aceptando o rechazando la propuesta del centro universitario; además, las Comisiones de Adscripción están formadas por catedráticos de las universidades afectadas, en el presente caso, han participado de las Comisiones de Adscripción, profesores nombrados por la Universidad Autónoma de Barcelona. El texto legal, el artículo 114 de la Ley General Educativa de 4 agosto 1970, no marca el sistema a seguir para hacer la selección y para valorar los méritos de los solicitantes, sino que se limita a remitirse a las normas reglamentarias que se dicten, por lo que al no establecer la Ley sistema alguno para hacer la selección y ponderar los méritos y en definitiva corresponder al Ministerio de Educación y Ciencia los nombramientos no se puede entender que los Decretos 2211 y 2212 de 1975, ni consecuentemente la Orden ministerial de 1 junio 1978, impugnada sean contrarias a la Ley General de Educación de 1970, por cuyas razones y demás que sirvieron de fundamentos y fueron objeto de exposición a la sentencia dictada por esta Sala en un caso idéntico, en fecha 15 febrero 1982 procede estimar el recurso de apelación interpuesto por el abogado del Estado, y por la representación de don Fernando C. R. y otros profesores adjuntos de Universidad comparecidos y personados también como apelantes en este rollo de apelación.» (*Sentencia de la Sala tercera de 10 de febrero de 1983.*)

II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

Legalidad de las Ordenes 17 diciembre 1982 y 11 enero 1983 sobre concursos de traslado de cuerpos docentes de enseñanzas no universitarias, por infracción del principio de igualdad ante la Ley.

«Los recurrentes impugnan las Ordenes ministeriales de Educación y

Ciencia de 17 de diciembre 1982 y 11 enero 1983 que dictan normas de procedimiento para concursos de traslado de cuerpos docentes de enseñanzas no universitarias durante el curso académico en que se publican, alegando fundamentalmente: *a)* su nulidad por el defecto formal de no haber dado cumplimiento al artículo 130.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958 al exigir el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio, al tratarse de una disposición de carácter general, omisión insubsanable conforme al artículo 53.5 de la misma Ley al ser un informe preceptivo; *b)* nulidad por falta de cobertura normativa pues las Ordenes recurridas invaden el ámbito reglamentario según el artículo 107.3 de la Ley General de Educación de 4 agosto 1970, artículo 10.6 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 julio 1957, artículo 97 de la Constitución de 1978 y artículo 3.º de la Ley 21/81, de 6 julio, pues dichas disposiciones autorizan al Gobierno para dictar normas reglamentarias pero no al Ministerio de Educación y Ciencia; *c)* finalmente, las normas recurridas violan según los recurrentes los derechos fundamentales de igualdad que garantizan los artículos 14 y 23.2 de la Constitución.

El representante de la Administración se limita a alegar que las Ordenes recurridas no constituyen ninguno de los actos contemplados en los artículos 1.º y 2.º de la Ley 62/78 o disposición transitoria 2.ª, 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que postula la inadmisibilidad o subsidiariamente la desestimación del recurso, porque las Ordenes se elaboraron siguiendo el procedimiento de los actos administrativos, reiterando el contenido del informe del Ministerio de Educación que alega haberse seguido tal procedimiento como procede en las convocatorias de concursos para cuya validez formal sólo es exigible la publicación en el 'Boletín Oficial del Estado'.

El procedimiento sumario y preferente previsto en el artículo 53.2 de la Constitución que según dispone la disposición transitoria 2.ª, 2 de la Ley 2/79 del Tribunal Constitucional es la vía contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la sección segunda de la Ley 62/78, de 26 diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, vía que es elegida en el presente recurso, en la que no cabe resolver más que lo atinente a la protección de los derechos fundamentales regulados en la Constitución en los artículos 14 y sección primera del capítulo 2.º, por lo que es forzoso restringir las pretensiones de los recurrentes en este proceso a tales derechos fundamentales, prescindiendo de otros preceptos constitucionales también alegados que no se encuentran comprendidos entre los aludidos en el artículo 53.2 constitucional.

Como antecedentes de la pretensión de protección de derechos fundamentales a resolver debe destacarse: *a)* las Ordenes impugnadas y en concreto el artículo 8.º de la primera, después de rectificado por la segunda, trata de adaptar las normas sobre concursos de traslados a las exigencias derivadas de la existencia de varios ámbitos geográficos donde se encuentran los centros escolares para adecuar las normas existentes a las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, y para resolver tales cuestiones el artículo 8.º que en concreto se impugna, dispone que en las resolu-

ciones de los concursos no podrán ser destinados a plazas de las Comunidades Autónomas más funcionarios de los que procedentes de ellas soliciten y obtengan destino fuera de las mismas en virtud de estos concursos; *b*) en el expediente remitido por el Ministerio de Educación y Ciencia no se encuentra informe de la Secretaría General Técnica del Departamento; *c*) la Ley 21/81, de 6 julio, sobre medidas urgentes en relación con diversos cuerpos docentes, autoriza en su artículo 3.º al Gobierno para modificar el régimen de oposiciones y concursos de los funcionarios del Departamento, de acuerdo con las circunstancias lingüísticas del territorio donde se hallen situadas, en cada caso, las plazas respectivas.

Las consecuencias de las Ordenes recurridas introducen un factor discriminatorio en la adscripción de plazas solicitadas y obtenidas por los concursantes de los cuerpos de profesores a que se refieren, en razón a la procedencia geográfica de los mismos que no se encontraba contemplada en la normativa vigente preexistente, que permitía la adjudicación de las plazas conforme al baremo de méritos de los aspirantes mientras que el nuevo sistema condiciona el destino en plazas de Comunidades Autónomas al número de los funcionarios que, procedentes de ellas, salgan destinados fuera de su territorio, por lo que mientras los destinados provisionalmente en una Comunidad Autónoma pueden obtener plaza fuera, los que deseen el destino en dicha Comunidad dependerán de las vacantes que dejen los que salgan. sistema que si bien trata de resolver cuestiones lingüísticas, según afirma el preámbulo de la Orden, plantea en el presente recurso el tema de si existe discriminación para los recurrentes y por tanto si han sufrido lesión en su derecho fundamental a la igualdad.

Es preciso observar que las Ordenes impugnadas carecen de cobertura normativa suficiente para variar el procedimiento de adjudicación de plazas en los concursos que regulan al corresponder la potestad reglamentaria al Gobierno, según varias normas, pues el artículo 107.3 de la Ley General de Educación atribuye a la potestad reglamentaria señalar los procedimientos de adscripción a localidades y plazas docentes determinadas, y más concretamente en relación con el tema debatido la Ley 21/81, de 6 julio, autoriza al Gobierno para modificar el régimen de oposiciones y concursos, por lo que estas modificaciones no son competencia privativa del Ministerio de Educación y Ciencia al haberse autorizado por Ley al Gobierno, al que corresponde en general según el artículo 97 de la Constitución la potestad reglamentaria, y como por otra parte las disposiciones recurridas no sitúan en condiciones de igualdad para obtener las plazas vacantes que salgan a concurso a todos los aspirantes, esta situación discriminatoria debe evitarse para atemperar tales concursos al principio de igualdad garantizado por el artículo 14 de la Constitución.» (*Sentencia de la Sala tercera de 9 de febrero de 1984.*)

III. SITUACIONES

Derecho a reingreso en la Administración local de mujer casada excedente especial ingresada antes de la promulgación del RFCL, en aplicación del Real Decreto 1258/79, porque al ser una norma jurídica que desarrolla la Constitución ha de ser cumplida, no obstante haberse dictado después de producidos los actos impugnados que si en principio eran adecuados a Derecho han devenido ilegales por contrarios a él, al no haber aún adquirido firmeza.

«La demandante, doña Carmen P. P. ingresó por oposición el 1 mayo 1951 en el Cuerpo de Auxiliares del Ayuntamiento de Avila, contrayendo matrimonio el 30 abril de 1954, solicitando la declaración de excedencia especial por matrimonio, que le fue concedida con efecto de 30 abril 1954, presentando escrito el 1 de septiembre de 1978 en solicitud de reincorporación activa en el Cuerpo de Auxiliares del Ayuntamiento, que fue denegada por el Pleno en sesión de 16 noviembre siguiente, y formalizado recurso de reposición fue desestimado en sesión de 30 diciembre del mismo año. Interpuesto recurso contencioso-administrativo y ampliando su petición, como lo había hecho en el recurso de reposición, al pase automático al Subgrupo de Administrativos de Administración General, la Sala segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid desestimó las pretensiones de la actora, siendo los argumentos de la sentencia apelada que aunque había contraído la recurrente matrimonio con posterioridad al Reglamento de Funcionarios de Administración Local, aprobado por Decreto de 30 mayo 1952, que establecía (art. 61.1) que las funcionarias cuando contrajeran matrimonio pasarían a la situación de excedencia especial, no era menos cierto que al haber ingresado en el Cuerpo con anterioridad a su vigencia, no había acreditado ni siquiera alegado que la convocatoria en que ingresó dispusiera que las funcionarias que contrajesen matrimonio pasarían a aquella situación y al solicitar expresamente el pase a la misma implicaba una situación voluntariamente asumida, puesto que la disposición transitoria 6.ª, 3 del citado Reglamento reconocía a quienes se encontrasen en dicha situación el derecho a continuar en activo servicio.

Aunque la actora ha acreditado en esta segunda instancia en que ingresó en el Cuerpo, en su base 12 establecía que las mujeres que obtuviesen plaza quedarían en situación de excedencia forzosa al contraer matrimonio, conservando su derecho a volver a ocuparlas si quedasen viudas o se declarara inútil para el trabajo al esposo, ello no sería suficiente por sí solo —como pone de manifiesto la sentencia apelada— para anular las resoluciones impugnadas, porque si bien es cierto que el Decreto 399/62, de 1 de marzo, derogó el artículo 61 del citado Reglamento de Funcionarios de Administración Local, también lo es que respetó las situaciones anteriormente creadas, estableciendo en su disposición adicional que lo dispuesto en él no alcanzaba a las situaciones administrativas de los funcionarios femeninos de Administración local surgidas o creadas con anterioridad al día primero de dicho año.

Con posterioridad a las resoluciones administrativas impugnadas, la publicación del Real Decreto 1258/79, de 4 de mayo, viene a introducir un nuevo elemento de valoración, puesto que después de manifestar en su preámbulo que aunque el Decreto 399/62 derogó el artículo 61 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local no fue objeto de regulación alguna esa interrupción forzosa en su carrera administrativa, continuando las funcionarias afectadas sufriendo una injusta discriminación que una vez promulgada la Constitución, razones legales de justicia y equidad exige que desaparezca, reconociendo implícitamente en el artículo 1.º del Real Decreto, junto con otros derechos que relaciona, el derecho de reingresar a las funcionarias que se hallasen en dicha situación de excedencia especial, y por ello ha de accederse a lo solicitado por la hoy apelante en cuanto a su derecho a reingresar en el Cuerpo de Auxiliares del Ayuntamiento de Avila, sin perjuicio de los derechos que pudieran asistirle en cuanto a su promoción a otro Cuerpo, que no puede acordarse más que a través del correspondiente expediente administrativo donde se acredite la concurrencia de los requisitos exigidos por las normas, puesto que como los demás impedimentos, no fueron formulados oportunamente, sin que sea obstáculo a este pronunciamiento el carácter revisor de esta jurisdicción, por haber desaparecido las razones legales en que se basó el Ayuntamiento apelado para denegar la petición, y como el Real Decreto 1258/79 es una norma que aplica y desarrolla la Constitución, ha de ser cumplido, no obstante haberse dictado después de producidos los actos administrativos impugnados, que si en un principio eran adecuados a Derecho han devenido ilegales por contrarios a él, cuando aún no habían alcanzado firmeza, quedando de manifiesto la resistencia de la Corporación demandada a reintegrar a la demandante en su Escala al oponerse a la apelación después de conocer los términos del Real Decreto citado; la aplicación rígida del principio revisor de la jurisdicción obligaría a la apelante a un nuevo proceso, en contra del principio de economía procesal y del carácter antiformalista de la Ley Jurisdiccional.» (*Sentencia de la Sala quinta de 27 de enero de 1984.*)

IV. DERECHOS Y DEBERES

1. *La deducción de haberes a los funcionarios por ejercicio de su derecho de huelga supone una sanción al margen de todo procedimiento disciplinario y por tanto una privación de derechos sin cobertura legal necesaria y suficiente.*

«Conviene poner de relieve la identidad de cuestiones resueltas por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de La Coruña frente a la que la Abogacía del Estado interpone el presente recurso extraordinario de revisión al amparo del artículo 102.1.b) de la Ley de esta jurisdicción, y la de la Sala de la Audiencia Territorial de Zaragoza, diciendo que en ambos casos las resoluciones originarias que se impugnan acuerdan deducir determinados días de haber a sendos funcionarios de la Administración Central del Estado por el hecho de haberseles

comprobado su no asistencia al puesto de trabajo o su escasa o nula atención a las tareas del mismo, deducción de haberes —sueldo y complementos— que la sentencia de 4 mayo 1981 de la Sala de Zaragoza estima ajustada a Derecho en tanto que la sentencia de la Audiencia de La Coruña objeto de este recurso extraordinario, acuerda la nulidad de la deducción y ordena la devolución de las cantidades retenidas, soluciones judiciales distintas y contrarias entre sí porque diferentes son los razonamientos en que respectivamente se apoyan al acogerse o no los diferentes motivos de impugnación articulados.

El criterio acogido como fundamento en la sentencia de la Sala de Zaragoza y mantenido aquí por la Abogacía del Estado consistente en que no siendo la retención de haberes acordada sanción de ninguna especie que haya de imponerse a través del correspondiente procedimiento, sino consecuencia lógica de la relación que existe entre el derecho al percibo de haberes y la efectiva prestación del trabajo encomendado al funcionario, carece de cobertura en el seno de la relación jurídica funcional, en donde se articula un sistema retributivo de carácter y naturaleza públicos, ajeno a toda idea contractual y de contraprestación, que impiden a falta de norma de carácter legal específica, una respuesta como la que la Administración ha dado a la conducta observada por los funcionarios, propia de una relación privada, cuyo trasplante a la esfera pública es imposible sin vulnerar gravemente un sistema retributivo acordado unilateralmente y propia de una específica relación que no consiente la suspensión de sus efectos ni otras situaciones funcionariales que las que la legalidad vigente regula; esto es, que si la Administración deduce o retiene día a día en función de una productividad está vulnerando la normativa referente al devengo y efectividad de retribuciones de la que buen ejemplo es el artículo 18 de la Ley 31/65, de 4 mayo.

Habrà de reconocerse la singularidad del supuesto de hecho —situación de huelga por parte de funcionarios— y la carencia de normativa específica que regula el mismo, pues el tan repetido acuerdo del Consejo de Ministros de 15 junio 1979, según consta en autos, no contiene más que medidas concretas, para casos de ausencia no justificada al servicio por parte de los funcionarios; y siendo ello así, difícilmente puede encajarse la conducta seguida por los funcionarios en los supuestos previstos en la normativa disciplinaria vigente, ni consta que éste haya sido el designio que explique la respuesta de la Administración, por lo que, propiamente, las razones de la sentencia de Valencia, al estimar que la deducción de haberes es una sanción acordada fuera de todo procedimiento que conduce a la nulidad del acto no son del todo correctas, sin que esto nos lleve a considerar su fallo ajustado a la legalidad aplicable, pues estamos en presencia de una privación de derechos acordada sin cobertura legal necesaria y suficiente atendiendo al dato importante de que por muy cualificada que sea la especial relación de dependencia del funcionario respecto de la Administración el principio de legalidad cubre toda la actuación administrativa, conforme al artículo 103 de la Constitución, y en el caso de autos, tan matizado por las motivaciones que le originan, hasta que no exista la norma adecuada que apodere específicamente a la Administración en este particular una intervención de ella

como la que se enjuicia pudiera incidir gravemente en un derecho de huelga que no aparece prohibido por la Constitución, todo lo cual conduce a que declaremos improcedente el recurso extraordinario de revisión y a que de acuerdo con el artículo 1809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil proceda condenar en costas a la Administración del Estado.» (*Sentencia de la Sala quinta de 22 de diciembre de 1983.*)

(*En igual sentido diversas sentencias de 22 de diciembre de 1983.*)

2. Nulidad de convenio colectivo entre el Ayuntamiento y sus trabajadores.

«Bastaría para la estimación del presente recurso de apelación, promovido por el representante procesal de la Administración General del Estado, frente a la sentencia de la Sala de la Jurisdicción, de la Territorial de Valencia, con referirnos a las sentencias dictadas con anterioridad por nosotros, con fechas 18 mayo y 16 julio 1982, 1 marzo, 20 y 23 abril, 22 julio y 20 octubre 1983, así como las dictadas por el Tribunal Constitucional en 2 febrero y 29 abril 1981 y 27 julio 1982, en las que se sienta doctrina, perfectamente aplicable al supuesto de autos, de que la autonomía reconocida en la Constitución a los municipios en su artículo 140 hay que compaginarla, en materia de la función pública de los mismos, con la reserva formulada a favor del Estado, en el propio texto constitucional, en su artículo 149.1.18, lo que permite, ante determinadas actuaciones de estas Corporaciones locales, el poder seguir utilizando la Administración estatal los resortes anteriormente previstos en el artículo 362.4.º de la Ley de Régimen Local, y ahora en el artículo 8 de la Ley 40/1981, de 28 octubre, cuando tales actuaciones impliquen una infracción de las leyes y afecten directamente a materias de la competencia del Estado, que es lo que en esos casos, y en éste, ha ocurrido.

Además, en este caso, como en algún que otro de los resueltos en las sentencias citadas anteriormente, concurre un motivo específico invalidatorio del acuerdo del Ayuntamiento de Valencia, y justificativo de la impugnación del mismo por parte del gobernador civil de dicha provincia, en cuanto tal acuerdo se limita a prestar aprobación al 'convenio colectivo que ha de regir las relaciones de trabajo entre los funcionarios y la Corporación', y, por tanto, el contenido de dicho acuerdo no viene formado por la voluntad unilateral de esta entidad local, sino de forma negociada, con sus funcionarios, degradando y adulterando la forma de producirse los verdaderos actos administrativos, y dando entrada al funcionariado en la ordenación de su estatuto jurídico, con reformas e innovaciones que alteran el vigente y legalmente establecido.

Al acceder el Ayuntamiento valenciano a este procedimiento, ha introducido un sistema que si encuentra vigencia, y hasta buenos resultados, en el ámbito laboral, tras ser ideado por conocidos sociólogos, pensando en la conveniencia de no yugular los conflictos sociales, sino canalizarlos y resolverlos por vía de consenso, puede provocar en la Administración, y más en la Administración local, graves distorsiones, potenciando y desorbitando el

poder de la burocracia, concediéndole un protagonismo que, hasta ahora, no viene reconocido en nuestro ordenamiento, sin duda porque la filosofía a que responden los convenios colectivos en el mundo laboral, en el que se ventilan intereses concretos de las partes comprometidas en una misma empresa o sector de trabajo (e incluso en este ámbito pueden surgir motivos de orden público determinantes del intervencionismo de los Poderes Públicos, para poner topes al poder dispositivo de las partes), no encuentra justificación en el campo de la Administración, que ha de ordenar los servicios con miras preferentes en el interés del público —de los usuarios— que en muchos puntos pueden estar en contradicción con el de los funcionarios, como puede ser, por ejemplo, en los horarios o jornada de trabajo y en otros extremos, por no hablar de las remuneraciones, de tanta trascendencia para el erario de estas Corporaciones.

Prueba lo fundado de nuestro razonamiento el que la Corporación valenciana, en su escrito de alegaciones en esta alzada, no se haya atrevido a defender frontalmente la técnica por ella utilizada —la del convenio—, tratando de enmascararla, al argumentar que, más que un convenio, lo que ha existido ha sido un contacto y unas conversaciones con representantes de los funcionarios, tesis desmentida por los propios términos empleados en el acuerdo impugnado por el gobernador civil y por las actuaciones que le precedieron.

Por todo lo expuesto, procede estimar el presente recurso ordinario de apelación, promovido por la Administración General del Estado, declarando, por consiguiente, la nulidad del acuerdo del Ayuntamiento de Valencia a que este proceso se refiere, de 12 junio 1981.» (*Sentencia de la Sala cuarta de 7 de febrero de 1984.*)

3. *Legalidad del Real Decreto 498/81, 27 febrero, por el que se actualizan las indemnizaciones a los funcionarios por razón del servicio.*

«De conformidad con lo establecido en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria de la Ley de la Jurisdicción de acuerdo con lo ordenado en la disposición adicional 6.ª de la Ley 27 diciembre 1956, las sentencias que se dicten han de ser congruentes con las demandas, lo que supone una relación de conformidad o concordia entre las pretensiones oportunamente deducidas en la súplica de los escritos iniciales del proceso que se trate, y no de los razonamientos o fundamentación que se haga en los mismos, y la parte dispositiva de la sentencia que le ponga fin, de tal modo, que ésta decida las cuestiones controvertidas, y, en el suplico de la demanda formulada por el actor Federación Sindical de Funcionarios del SENPA, se solicitó la nulidad del Real Decreto núm. 498/81, de 27 febrero, por no incluir alusión alguna a la obligatoria vigencia de sus efectos económicos desde el día 1 enero 1981, conforme hizo la Ley de Presupuestos del Estado núm. 74/1980, de 29 diciembre, y sobre tal nulidad interesada y no sobre los fundamentos de derecho expuestos en la misma, debe pronunciarse la Sala.

El Real Decreto 498/81, de 27 febrero, por el que se actualizaban las cuantías de las indemnizaciones a funcionarios por razón del servicio, se

dictó, como consta en su preámbulo, en atención a lo previsto en el artículo 7.º, punto 4.º, de la Ley 74/1980, de 29 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1981, a fin de determinar la cuantía de las indemnizaciones por razón del servicio que fueron fijadas por el Real Decreto 629/1980, de 7 marzo; y, la Ley de Presupuestos 74/80, disponía que durante el ejercicio de 1981, la cuantía que se fije para las indemnizaciones no podrá exceder de las vigentes para 1980, incrementadas en un 12 por 100, lo que implicaba que su aplicabilidad era durante el ejercicio de 1981, es decir, desde el 1 enero al 31 diciembre, y el Derecho que en desarrollo de esta disposición se dictó, aunque nada dijo, debía referirse a tal periodo de tiempo, sin que el hecho de que publicado en 27 febrero pudiere tener distinta interpretación del precepto que desarrollaba, como así lo entendió con anterioridad el Real Decreto de 7 marzo 1980, núm. 629/80, que actualizaba la cuantía de las indemnizaciones por razón del servicio a los funcionarios públicos y que en su disposición final estableció que la entrada en vigor del mismo sería desde su publicación en el 'Boletín Oficial del Estado', si bien sus efectos económicos tendrían efectividad desde el 1 enero 1980.

Alegado por el actor para solicitar la nulidad del Decreto 498/1981, la supuesta contravención del mismo a la Ley que como causa de revisión jurisdiccional, a tenor del artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción, al no fijar el mencionado Decreto la fecha de entrada en vigor y efectividad de los efectos económicos, frente a la manifestación de la Ley, que disponía su aplicación al ejercicio de 1981, deben de rechazarse tales afirmaciones, en primer lugar porque no se da tal oposición sino que simplemente el Decreto no estableció, al decir en forma expresa la fecha en que entrarían en vigor los efectos económicos, y en segundo lugar no puede apreciarse la nulidad interesada, sin cita de los artículos 26, en relación con el 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y supuesto en que se encuentra incluida, pues es principio jurídico que únicamente deben tomarse en consideración gravísimas infracciones para que proceda declarar la nulidad y no puede tomarse como tal la omisión argumentada, por lo que procede declarar no haber lugar a la nulidad solicitada.» (*Sentencia de la Sala quinta, de 9 de febrero de 1984.*)

4. *Las «profesoras de hogar» no tienen derecho a ser equiparadas en sus retribuciones ni a los profesores de religión ni a los profesores contratados o interinos.*

«La recurrente, profesora de Enseñanza y Actividades Técnico Profesionales (EATP), del Instituto Nacional de Bachillerato, en unión de otros, en escrito dirigido al Consejo de Ministros, solicitaron que se adoptase el acuerdo o disposición pertinente para declarar, reconocer y garantizar su derecho a percibir en el desempeño de su función docente un tratamiento retributivo, con abono de diferencias, idéntico al del profesorado contratado e interino en los Institutos Nacionales de Bachillerato, alegando como fundamentos legales su equiparación con los profesores de religión o con los

profesores contratados e interinos, invocando el artículo 14 de la Constitución, por estar discriminados frente al resto de los profesores de Institutos Nacionales de Bachillerato.

Las profesoras de Enseñanza del Hogar, como la recurrente, los profesores de Formación del Espíritu Nacional y de Educación Física, se regulan por la Ley de 17 febrero 1971, dictada en cumplimiento de la disposición final 11 de la Ley de Retribuciones, de 4 mayo 1965, en la que se fijaron sus remuneraciones, constando en su preámbulo que se dicta sin perjuicio de que las plantillas y remuneraciones de este profesorado, de acuerdo con lo dispuesto en el núm. 3 del artículo 136 de la Ley General de Educación, se fijen por analogía con los correspondientes a las de los profesores de los diferentes niveles educativos, sin que hasta la fecha se haya llevado a efecto ninguna modificación legal en este sentido; han de subsistir tales retribuciones, como así lo confirma la Ley 19, de 3 octubre 1979, al regular el profesorado de la extinguida disciplina de Educación Cívico Social, al decir que se respeten 'los derechos económicos, y, en su caso, los académicos que les correspondían en la fecha del Real Decreto de 1977' que los suprimió, no existiendo en esta normativa cobertura legal para la postulación de la recurrente.

Según el Tribunal Constitucional, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica —sentencias de 5 noviembre 1982 y de 5 mayo del mismo año—; y que existirá desigualdad si la discriminación está desprovista de una justificación objetiva y razonable —sentencias 10 julio y 10 noviembre 1981.

A la vista de la anterior doctrina legal debe desestimarse el motivo alegado de equiparación con los profesores de religión, por cuanto que su situación objetiva legal no es la misma que la de la recurrente; en efecto, ni la disposición final 11 de la Ley 1965, ni la Ley 1971 citada, mencionan para nada al colectivo de profesores de religión; éstos están equiparados por el artículo 2.º de la Orden de 26 septiembre 1979, en cuanto a retribuciones, a las percibidas por los profesores agregados de Bachillerato, como consecuencia de la ejecución de la sentencia de esta Sala, de 6 marzo, que se apoya legalmente en el artículo 54 de la Ley Ordenación de la Enseñanza Media de 26 febrero 1953, en el que se establecía que tendrían la remuneración en cuantía para la que serviría de norma el sueldo de ingreso de los catedráticos; también debe rechazar su equiparación del sueldo con los profesores contratados o interinos, ya que, según el informe de la Dirección General de Personal, del Ministerio Educación, la titulación de las profesoras del Hogar no es homologable a la de los títulos superiores, licenciados, ingenieros o arquitectos, exigidos a los profesores interinos a nivel de bachillerato, por lo que, insistimos, su alegada desigualdad está justificada objetiva y razonablemente; en su virtud procede desestimar el recurso.» (*Sentencia de la Sala quinta de 9 de diciembre de 1983.*)

(En igual sentido, la sentencia de 19 de diciembre de 1983.)

5. *No todo el personal clasificado como técnico auxiliar sanitario ha de gozar de los mismos niveles retributivos.*

«Ha de ser desestimada la inadmisibilidad fundada en la interposición del recurso fuera del plazo legal, puesto que dirigida por los recurrentes su petición ante el subsecretario de Sanidad y Seguridad Social, ante la falta de resolución expresa o al menos de notificación en forma con indicación de los recursos pertinentes, aquéllos ejercitaron la acción ante la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia que entendieron competente, la cual, en vez de utilizar lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Ley de esta Jurisdicción o en el 81 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declaró por sentencia su incompetencia, privando a los recurrentes de su derecho a una resolución sobre el fondo, por lo que con el fin de dar plena eficacia a este derecho ha de entenderse que la declaración de la Audiencia, que estima corresponde la competencia al Tribunal Supremo, surte los efectos de la notificación a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y presentado, por tanto, el escrito de interposición del recurso dentro del plazo señalado en el artículo 58.1 de la Ley Jurisdiccional.

El Decreto de 30 marzo 1951, que aprueba el Reglamento por el que se rige el personal de la Dirección General de Sanidad, establece en su artículo 40, bajo el epígrafe 'Personal Técnico Auxiliar Sanitario', que con la 'denominación de personal técnico auxiliar sanitario se comprenderán a practicantes, instructores de Sanidad, maquinistas y celadores de Sanidad Exterior, matronas, enfermeras, enfermeros, maquinistas, mecánicos, desinfectores y demás cargos semejantes que prestan servicios en plazas de plantillas consignadas en el presupuesto de la Dirección General de Sanidad', de cuyo encuadramiento global deducen los demandantes y así lo aceptan las sentencias de las Audiencias que se aportan a los autos que por el hecho de estar todos ellos clasificados como personal técnico auxiliar sanitario deben gozar de los mismos niveles retributivos, premisa que ha de estimarse errónea porque el mismo Decreto de 30 marzo 1951 establece en su artículo 1.º que 'todos los funcionarios que constituyen cuerpos especiales continuarán en la misma forma, subsistiendo sus actuales escalafones'; el artículo 4, que 'los Cuerpos o Grupos de este personal que posean escalafones propios, lo conservarán acomodándoles en su estructura', y el artículo 43, que 'los maquinistas y celadores de Sanidad Exterior seguirán constituyendo dos escalas distintas con escalafones diferenciados.' (*Sentencia de la Sala quinta, de 23 de noviembre de 1983.*)

6. *Legalidad del acuerdo del Consejo de Ministros, de 3 de mayo de 1980, regulador de las retribuciones complementarias de los funcionarios de la Administración de Justicia. No es admisible que el funcionario sea titular de tantos créditos autónomos frente a la Administración como conceptos retributivos le sean reconocidos. Inexistencia de incumplimiento del artículo 1196 del Código civil sobre compensación de deudas y créditos.*

«Como primer motivo de nulidad se imputa al acuerdo combatido, invocándose para ello el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, haber vulnerado la Ley 17/80, por cuanto el acuerdo, al incidir en la

cuantificación de las retribuciones básicas, ha sido dictado por órgano manifiestamente incompetente, al ser ésta una materia reservada a la Ley; mas, en el punto 4.º del mencionado acuerdo que, aunque no es mencionado expresamente en el suplico de la demanda, como punto concreto de impugnación, es el principal objeto directo de la misma, no se hace otra cosa que acordar a las retribuciones de los funcionarios que recurren el incremento que establece el artículo 9.º de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, que operara en primer lugar sobre las retribuciones básicas, y en segundo sobre las complementarias, hasta tal punto de que en el supuesto en que las retribuciones básicas, durante el ejercicio de 1980, una vez que hayan sido aumentadas en aplicación del citado artículo 9.º, absorbieran totalmente las complementarias que se venían percibiendo, producen el efecto de que estas complementarias no se reconocieran, pero sólo ellas, lo cual sí puede hacerse al amparo del artículo 13 de la citada Ley 17/80, pues no puede olvidarse que la Ley 42/79, en su artículo 8.º-4, impone un límite del 20 por 100; esto es, que hay que concluir que se han respetado y aplicado las retribuciones básicas, que no hay merma de su cuantía, y que sólo se ha incidido en ellas ventajosamente cuanto se dispone en el artículo 9.º-2.º de la Ley 17/80, como régimen especial que es al respecto aunque en lo relativo a las retribuciones complementarias se hayan producido cierta incidencia, con absorciones o no.

No puede aceptarse que la disposición final 3.ª, de la Ley 17/80, haya derogado lo dispuesto en el artículo 8.º-4 de la Ley 42/79, por lo demás aplicable a los funcionarios de la Administración Civil del Estado, sino que la limitación que establece el párrafo 3.º del punto 4.º, aunque haga referencia al mencionado artículo de la dicha Ley, es una limitación presupuestaria que viene implícita en el artículo 22 de la Ley 17/80, con el crédito extraordinario y la transferencia de crédito que autoriza, como se evidencia de los informes que se tienen a la vista, por lo que no puede afirmarse con los recurrentes que el acuerdo combatido incide en las retribuciones básicas, minorándolas o regulándolas de modo diferente al régimen especial aplicable, o que se han dejado de aplicar las complementarias correspondientes en perjuicio del monto total que se venían percibiendo, que es el único derecho adquirido que puede invocarse, y que no aparece desconocido, pues popiamente lo que en el punto 4.º se establece es sólo un aumento de retribuciones sin más y dentro de unos límites presupuestarios obligados y que no pueden rebasarse, aumento que opera sobre el régimen retributivo especial que establece el artículo 9.º de la Ley 17/80, sin designio de regulación acabada y un tanto provisional.

La falta de notificación del acuerdo impugnado no produce la nulidad de pleno derecho que se postula, que de prosperar redundaría en perjuicio de quienes recurren, sino, a lo más, su ineficacia con respecto a los interesados, ni indefensión alguna, como se prueba con la posibilidad admitida de esta impugnación, por lo que se rechaza el motivo que al respecto se articula.

El tercer motivo de impugnación que articula la demanda por cuanto se dirige a combatir el núm. 2 del meritado acuerdo, o bien provoca la falta de legitimación de los recurrentes por que el citado punto es completa-

mente ajeno a sus intereses, o bien excusa su examen, dado que las razones que sostienen el motivo no hacen la menor relación a las retribuciones complementarias del régimen especial que establece el artículo 9.º ya citado para el personal recurrente, por lo que la Sala no lo tiene en cuenta. Y lo mismo puede afirmarse del 4.º motivo de impugnación clarísimamente dirigido a combatir el punto o núm. 2 del acuerdo.

Sin embargo, el núm. 5.º de los motivos de impugnación, al conectarse con el núm. 5.º del acuerdo recurrido, y tener los recurrentes un interés en su contenido, no merece las objeciones anteriores de desfase entre lo impugnado y las razones invocadas para su fundamentación, si bien merece su rechazo, pues como estableció ya la sentencia de esta Sala, de 4 octubre 1982, no se detecta vulneración del artículo 1196 del Código civil, sobre compensación de deudas y créditos, pues dicho precepto no es aplicable al caso presente, en razón a que los puntos objeto de impugnación revelan que no se dan los requisitos subjetivos de la compensación al no existir dos personas recíprocamente acreedoras y deudoras una de la otra, pues tal relación no se da entre funcionario y Administración, al no ser admisible que el funcionario sea titular de tantos créditos autónomos frente a la Administración como conceptos retributivos le sean reconocidos.

Porque el sexto de los motivos articulados se encamina a impugnar el número 2 del acuerdo, y que porque igualmente el 7.º de los motivos se aduce frente al núm. 3, párrafo 1.º del acuerdo, resulta igualmente evidente la falta de interés de los recurrentes en este particular de la impugnación, por lo que haya que estimar errónea su invocación; mas sí procede el examen del octavo de los motivos, por hacer referencia al número 5 del acuerdo en cuanto dispone que la cantidad fijada para incentivar a los funcionarios de la Audiencia Nacional se detraerá de la suma que corresponda distribuir entre la totalidad de los funcionarios; cuestión que debe resolverse rechazando el motivo de referencia, por cuanto no resulta que con la distribución que se autoriza se haya minorado el importe de las correspondientes retribuciones básicas, dentro de los límites presupuestarios en que el acuerdo debe moverse, en su tarea de ejecutar todo cuanto con respecto a retribuciones básicas es imperativo hacer y de asignar el sobrante a las retribuciones complementarias, sin regularlas propiamente, más con facultades de distribución y siempre conformes al régimen especial que las regula y a que se remite el artículo 9.º de la Ley 17/80, singularmente la segunda disposición transitoria del Decreto 492/78, de 2 marzo, aplicable al caso, que autoriza al Gobierno a tal fin, así como el último inciso del párrafo 3.º de su artículo 8.º por el que el Gobierno tiene la facultad de establecer anualmente el crédito global para el pago de las retribuciones complementarias, por lo que se impone la desestimación del 9.º y último motivo de impugnación, y más si sus argumentaciones apenas hacen referencia a lo que los recurrentes interesa.» (*Sentencia Sala quinta, de 21 de noviembre de 1983.*)

(*Sentencia 14 de noviembre de 1983.*)

7. *La hija ilegítima no natural tiene derecho a pensión de orfandad, por cuanto a partir de la Ley 11/81, 13 de mayo, la filiación sólo tiene lugar por naturaleza o por adopción.*

«No puede presumirse la fecha en que una resolución es notificada para efectuar el cómputo del tiempo en que puede interponerse el recurso contencioso; sino que debe constar expresamente, así como la forma de la notificación, para poderse afirmar que el plazo que regula el artículo 58 de la Ley de esta Jurisdicción se ha agotado, lo que ocurre en el supuesto de este recurso, por lo que en aplicación del artículo 59 de dicho Cuerpo legal no puede acogerse la inadmisibilidad de este recurso fundada en la extemporaneidad de su interposición.

Como ya proclamó la sentencia de esta Sala, de 4 mayo de este año, la hija ilegítima no natural tiene derecho a pensión de orfandad por cuanto a partir de la Ley 11/81, de 13 mayo, la filiación sólo tiene lugar por naturaleza o por adopción, siendo la primera matrimonial o no matrimonial, pero ambas surtiendo los mismos efectos, sin que se pueda concluir que ello sólo se puede afirmar con respecto a los hijos habidos a partir de la vigencia de la meritada Ley modificadora de la filiación, pues por hacer relación a la personalidad civil de las personas no caben dos regulaciones, lo que sería introducir una discriminación, de modo tal que, sin necesidad de modificar la normativa referente a clases pasivas, por muy específica que sea, ha de entenderse que ya y desde ahora no se puede seguir hablando de una relación paterno filial legítima o natural para causar o no pensión, como hasta ahora ha sido tradicional en la legislación de clases pasivas, sino que lo procedente es coordinar el ordenamiento para no seguir sosteniendo consecuencias jurídicas que la normativa civil no consiente y ha hecho desaparecer, sin que a esta conclusión puede oponerse el hecho de que el Consejo Supremo de Justicia Militar, al resolver, no tuviera ocasión de pronunciarse sobre los efectos de la Ley 11/81, todavía no promulgada.

En el caso de autos, cuyas circunstancias extraordinarias y cambiantes no escapan a la Sala, se debe tener además en cuenta que a la muerte del causante de quien derivan las pensiones, la hoy recurrente estaba reconocida como hija natural del fallecido, a la sazón divorciado de su primera esposa, al amparo de la Ley de 2 marzo 1932; y así consta en la partida de nacimiento de la demandante, que a su vez es nombrada heredera de su padre, sin que se anulase tal inscripción, aunque con posterioridad quedase sin efecto su segundo matrimonio al amparo de la Ley de 23 septiembre 1939, por lo que lleva el apellido paterno, y a tal inscripción debe estarse, sin que se pueda desconocer esta condición, por lo que se impone la estimación del recurso reconociendo el derecho de la recurrente a gozar de la pensión de orfandad, a la que, por lo demás, no se opone ningún otro precepto que le resulte de aplicación, sin que sean de apreciar motivos a los que anudar una concreta condena de costas.» (*Sentencia de la Sala quinta, de 28 de noviembre de 1983.*)

V. INCOMPATIBILIDADES

1. *Según reiterada jurisprudencia, 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», y los colegios profesionales pueden velar por la observancia de esta incompatibilidad mediante la denegación del visado correspondiente.*

«En el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por don Plácido L. G., se impugnan los acuerdos de la Comisión de Depuración Profesional del Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Oriental, de 6 abril 1978 —que impuso al referido colegiado, arquitecto municipal de Roquetas de Mar (Almería), en expediente sobre incompatibilidad con el ejercicio privado de su profesión seguido al mismo, la corrección disciplinaria de suspensión en el ejercicio profesional por plazo de un mes en el territorio del Colegio—, del Tribunal profesional del propio Colegio, de 20 noviembre 1978, confirmatorio del anterior, y del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España que desestima tácitamente, por silencio administrativo, el recurso de alzada promovido frente al último de los acuerdos expresos antes citados; solicitando al actor, en su escrito de demanda, sea dictada sentencia en la que se anulen los mencionados acuerdos y se sobresea libremente el expediente sancionador seguido por el Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Oriental.

Es ya reiterada la jurisprudencia —sentencias, entre otras, como más recientes, de 4 enero y 4 junio 1983— en la que se proclama: A) Que con arreglo a lo establecido en los artículos 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 artículos 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 concedidos al funcionario por razón de su cargo puedan ser utilizados 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 deonto-

lógico de la profesión, así como de hacer cumplir a los colegiados las leyes generales y especiales, que le asigna el artículo 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 19 octubre 1981).

Por cuanto se expone en el anterior considerando, al ser don Plácido L. G. en las fechas de autos arquitecto municipal de Roquetas de Mar (Almería), resulta manifiesta su incompatibilidad, mientras desempeñe el mencionado cargo, para el ejercicio privado de su profesión dentro del término del respectivo Ayuntamiento; implicando el acreditado incumplimiento de esa normativa, legalmente establecida, una infracción del ordenamiento regulador de la actividad profesional, que ha sido sancionada por el correspondiente Colegio, con arreglo a sus atribuciones, con la corrección disciplinaria de suspensión del ejercicio profesional por plazo de un mes en el territorio de su demarcación, de conformidad con lo establecido en el artículo 39, núm. 5, del Estatuto para Régimen y Gobierno de los Colegios de Arquitectos de España, aprobados por Decreto de 13 junio 1931, sin que las actuaciones contrarias a derecho en que se incide por el Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Oriental —al exigir la incompatibilidad a sus colegiados tan sólo cuando los ingresos de los mismos excedan de una determinada cuantía y al conceder el visado a los trabajos firmados por arquitectos que el propio Colegio estima incompatibles con el ejercicio libre de la profesión— puedan desvirtuar, ni justificar, el incumplimiento por don Plácido L. G. de las normas legales de incompatibilidad, como arquitecto municipal de Roquetas de Mar (Almería).

Por lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por don Plácido L. G. y confirmar la sentencia apelada, sin que, a tenor de lo prevenido en el artículo 131 de la Ley reguladora de la jurisdicción, sea de apreciar temeridad o mala fe para la imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias.» (*Sentencia de la Sala cuarta, de 20 de diciembre de 1983.*)

2. Los aparejadores municipales son incompatibles para ejercer libremente su profesión en el ámbito de aquellas actividades que tengan relación con su función de técnicos al servicio de la Administración local. El colegio profesional correspondiente tiene potestad para exigir la observancia de dicha incompatibilidad, siendo medio idóneo para ejercerla la denegación del visado.

«Considerandos de la sentencia apelada:

Centrada la controversia que en estos autos se plantea en el examen de la legalidad del acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Alicante, de fecha 7 noviembre 1979, por virtud del

cual se denegó al recurrente el visado de encargo profesional de carácter particular sobre dirección de obras de edificación en término municipal de Santa Pola, en cuyo Ayuntamiento desempeñaba y desempeña el cargo de aparejador municipal, y de la legalidad también del acuerdo del Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de España, de 24 marzo 1980, que no dio lugar a recurso de alzada formulado en impugnación del anterior, y constatado, por este concreto contenido de los actos atacados que no se estaban ni se está en presencia del establecimiento de una nueva incompatibilidad para el ejercicio de su profesión —extremo éste que escaparía de su competencia con arreglo a lo establecido en el artículo 2.º de la Ley de Colegios Profesionales, de 13 febrero 1974—, sino, simplemente, de la aplicación concreta de una incompatibilidad legal existente, respecto de la que se encuentra en el deber de hacer cumplirla según el artículo 36.1 de los Estatutos de los Colegios Oficiales de Aparejadores de 13 mayo 1977, o del incumplimiento de las finalidades de velar por la ética, dignidad profesional, derechos de los particulares, evitación de competencia desleal entre sus miembros, cumplimiento, por parte de éstos de las Leyes, Estatutos y Reglamentos de régimen interior y de las decisiones y normas adoptadas por los órganos colegiales —artículo 5.º de la mencionada Ley—, el único problema que corresponde resolver a la Sala será el de determinar si existe o no, legalmente establecida, la incompatibilidad de los aparejadores municipales para intervenir en la ejecución de obras particulares dentro del término municipal en que desempeñan sus funciones y, en este punto, la respuesta afirmativa se impone tan pronto se tenga en cuenta, no ya sólo lo que disponían los artículos 328 de la Ley de Régimen Local, en relación con el 82 y siguientes del Reglamento de la Función Pública Local, sino lo que preceptúa en la actualidad el artículo 49 del texto articulado parcial de la Ley de Bases de Estatuto del Régimen Local, aprobado por Real Decreto de 6 octubre 1977, habida cuenta que si, al propio tiempo que desarrollase su cometido como tal aparejador municipal, pudiera intervenir en obras respecto de las que hubiera de dictaminar sobre si cuadraban o no con el ordenamiento urbanístico aplicable, no puede haber duda alguna que resultaría pugna u oposición con los intereses del servicio, se comprometería su imparcialidad e independencia y, en definitiva, se impediría o menoscabaría el estricto cumplimiento de sus deberes de funcionario e inclusive su propio prestigio, que es lo que el citado precepto, como el artículo 11.1 del Real Decreto-ley, de 30 marzo 1977, pretenden, a toda costa, salvaguardar con independencia de la regulación del régimen concreto de incompatibilidades que pueda establecerse y del procedimiento que se arbitre para la concesión de las compatibilidades a que hubiere lugar, máxime cuando esta regulación, como se desprende de la doctrina que el Tribunal Supremo tiene declarada, entre otras, en sentencias de su Sala cuarta, de 29 enero 1976, y demás en ella citadas, nunca podría permitir el establecimiento de compatibilidades que vulneran la necesidad de evitar la existencia de contactos o áreas de actividad coincidentes 'que puedan dar lugar a que los medios y facultades concedidas al funcionario por razón de su cargo puedan ser utilizadas en provecho particular' y cuando, podría añadirse, su sola posición de aparejador oficial le colocaría en situación de preeminencia

respecto de sus compañeros, de la que, sin duda alguna, se derivaría una auténtica competencia desleal.

Las conclusiones anteriores no pueden quedar desvirtuadas ni por la circunstancia de que el aparejador no proyecte ni dirija obras de Arquitectura —facultad sólo reservada a los arquitectos por imperativo del artículo 1.º del Decreto de 16 julio 1935—, ni por la de que, de conformidad con las bases del concurso en virtud del cual accedió a su puesto, no se estableciera ninguna incompatibilidad para el ejercicio privado de su profesión: lo primero porque, con independencia de que su cometido profesional sea secundario respecto del arquitecto, es lo cierto que, como funcionario municipal, habrá de asesorar al Ayuntamiento acerca de extremos tan fundamentales para el otorgamiento de licencias como son alturas, volúmenes, distancias, etc.; y lo segundo porque la inexistencia de mención alguna en las bases no puede significar que se ostente el derecho a desconocer una incompatibilidad ya legalmente establecida o a poner en peligro la imparcialidad que, en todo momento, ha de presidir el ejercicio de cualquier función pública.

Por las razones expuestas, unidas a la de que esta misma Sala, en sentencia de 11 febrero próximo pasado, reconoció como ajustada a Derecho la resolución colegial que concretaba la incompatibilidad para el ejercicio de su profesión de varios técnicos municipales, entre ellos el propio actor en estos autos, se está en el caso de desestimar el recurso, sin que, sin embargo, puedan apreciarse méritos suficientes para poder realizar un particular pronunciamiento sobre costas.

Considerandos del Tribunal Supremo:

La sentencia apelada acoge de manera fiel y exacta la reiterada jurisprudencia declarada, entre otras, en las sentencias de 2 febrero y 17 abril 1978, 30 junio 1980 y especialmente en la de 9 febrero 1983, que resuelve un caso idéntico al de autos, estableciendo que los aparejadores municipales son incompatibles para ejercer libremente su profesión en el ámbito de aquellas actividades que tengan relación con su función de técnicos al servicio de la Administración local por así disponerlo los artículos 82 y 83.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aplicable por remisión de los artículos 326 de la Ley de Régimen Local y 37.1 de su Reglamento de Funcionarios; que el colegio profesional correspondiente tiene potestad para exigir la observancia de dicha incompatibilidad en virtud de la competencia que le confieren los artículos 5 de la Ley de Colegios Profesionales y 7, 36.1 y 12 de los Estatutos Generales promulgados por Real Decreto 1471/1977 para mantener el orden jurídico y deontológico de la profesión, hacer cumplir a sus colegiados las leyes generales y especiales, impedir los casos de ejercicio profesional en los que no se cumplan las disposiciones legales vigentes y velar por la observancia de las incompatibilidades legalmente establecidas, siendo medio idóneo para controlar estas incompatibilidades la denegación del visado, una de cuyas finalidades es comprobar y garantizar la habilitación del proyecto comprobando si existen motivos que se opongan a la viabilidad y licitud del trabajo profesional, el cual no debe autorizarse cuando la concurren-

cia de una incompatibilidad pone de manifiesto que infringe normas vigentes a cuya observancia viene obligado tanto el Colegio como todos y cada uno de sus colegiados y ello no sólo por la razón jurídica del respeto y acatamiento que merecen las Leyes, sino también por la razón deontológica de procurar que el ejercicio de la profesión se mantenga en el más alto nivel de prestigio moral y objetividad técnica, impidiendo situaciones de colisión entre el desempeño imparcial de la función pública y el servicio de intereses particulares.» (*Sentencia de la Sala cuarta, 3 de octubre de 1983.*)

VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Aplicabilidad en la esfera administrativa del principio general del derecho de retroactividad de la norma sancionadora más favorable. El artículo 107 RFCL no establece uno, sino dos plazos de prescripción de las faltas, el de un año de haber tomado posesión una nueva Corporación municipal o su presidente y el de cinco años desde que fueron cometidas.*

«Considerandos de la sentencia apelada que se aceptan:

Las sanciones impuestas al recurrente, arquitecto jefe del Servicio de Catalogación y Conservación de Monumentos de la Diputación de Barcelona, lo fueron en relación con las infracciones que se estimaron cometidas, y fueron las siguientes: Por el cargo 2.º del expediente: separación definitiva del servicio como autor responsable de una falta muy grave de 'defectuoso cumplimiento de funciones, a sabiendas', aplicando lo dispuesto en el artículo 105, 3.º, en relación con el 108, 1-6.ª, y apartado 2.º del mismo artículo del Reglamento de Funcionarios de las Corporaciones Locales, de 30 mayo 1952; por el cargo 3.º: separación definitiva del servicio por su falta muy grave por el mismo motivo y en base a los mismos fundamentos normativos; por el cargo 4.º: suspensión de un mes de empleo y sueldo por comisión de una falta grave de 'defectuoso cumplimiento de funciones, por informalidad' (*sic*) en base a lo dispuesto en los artículos 105-2.º, 108-1.º-3.º y apartado 2 del mismo artículo; por el cargo 5.º: una sanción de la misma clase que la anterior, por idéntica infracción y la misma normativa, y por el caso 7.º: suspensión de un mes de empleo y sueldo como autor de una falta grave por defectuoso cumplimiento de funciones 'por retraso injustificado en la realización del servicio', por aplicación de lo dispuesto en los artículos 105.2, 108.1-3.ª y apartado 2 del mismo precepto.

Centrada, en definitiva, la cuestión a resolver en la procedencia de las sanciones impuestas al recurrente en base a las infracciones no prescritas que se estimaron cometidas, procede precisar que los hechos se contraen a la suscripción por el recurrente en su calidad de arquitecto de la Diputación de Barcelona, como jefe del servicio antes citado, de la certificación de obra correspondiente a la 3.ª fase de las presupuestadas y aprobadas por aquella Corporación, fechada en 14 junio 1976, dando su conformidad a las mismas para su aprobación y pago, no obstante constarle que quedaban pendientes de ejecución obras por un importe de 458.838 pesetas, en dicha fase, perci-

biendo el contratista el importe de las obras realizadas, así como de las no efectuadas (cargo 2.º) haber expedido en 30 diciembre 1975 sendos informes previos a la recepción definitiva de las obras en sus fases 1.ª y 2.ª, que se hallaban sin ejecución, obras correspondientes a la 1.ª fase por la suma de 541.667 pesetas y de la 2.ª fase por 830.764 pesetas y que habían sido percibidas con anterioridad por el contratista, merced a certificaciones de obras antes reseñadas, recepciones definitivas aprobadas por la Corporación Provincial en 26 marzo 1976, y haber formulado, en 5 enero 1976, liquidaciones de las fases 1.ª y 2.ª, con expresión de ejecución correcta y completa de las obras, y, sin saldo alguno favorable, las que igualmente fueron, por tal causa, aprobadas por la citada entidad pública, cargo 3.º

Los hechos en cuestión han sido reconocidos por el encausado, quien en justificación de su actuación alegó que fue debida a las notables dificultades técnicas surgidas durante la ejecución, imprevisibles al iniciarse las obras, que se habían realizado unas obras en sustitución de otras en evitación de la posible ruina del edificio de gran valor, declarado monumento histórico-artístico, que no se había producido perjuicio alguno a los intereses públicos, que las cantidades certificadas eran adeudadas al contratista en compensación de las realizadas por orden del recurrente para la consolidación del edificio, y que ello no comportó lucro o interés alguno para el recurrente, alegaciones que si pueden tener significado en orden a la conceptualización más o menos trascendente de la infracción cometida, y efectos en orden a las responsabilidades exigibles, no afectan al núcleo y esencia de los hechos objeto del expediente, que no dejan de ser abiertamente reprochables en la esfera administrativa, pues la contratación y ejecución de las obras públicas se halla sujeta a una serie de formas, trámites y actuaciones perfectamente establecidas en la normativa vigente de inexcusable observancia, que la Administración toda, y dentro de ella sus órganos ejecutivos, ha de acatar y cumplir, sujetando a ella su actividad dentro del ámbito de su competencia, realizando su cometido en la forma acordada convenida, dando fin a sus efectos con las formalidades que la Ley establece, elementos todos en los que se basa no sólo la confianza de la sociedad en el buen hacer de la Administración, sino la ordenada disposición de los medios a los fines públicos a cumplir, y la toma de decisiones por el órgano competente, siempre en base a los conocimientos exactos y precisos emanados en informes y certificados de los órganos técnicos a quienes compete tal misión, lo que, evidentemente, no observó el recurrente quien, con conocimiento de ello, libró documentos que no se ajustaban a la realidad subsanando por su propia iniciativa actuaciones anteriores, sin adoptar ni promover el procedimiento adecuado, tomando decisiones que no eran de su competencia, dando base a que la Corporación aprobase pagos, recepciones y liquidaciones de las mismas, que de otro modo no se hubieran estimado conformes, produciendo, por ende, un descrédito de la actuación de la Administración provincial ante los ciudadanos, y que han producido, en definitiva, una situación irregular, cuyas consecuencias económicas y sociales habrá de afrontar la corporación a la que el expedientado servía.

Considerandos del Tribunal Supremo:

El recurso de apelación interpuesto por la Diputación Provincial de Barcelona contra la sentencia dictada por la Sala segunda de esta jurisdicción de la Audiencia Territorial dedicada en la capital de la provincia mencionada, que se ha pronunciado sobre diversas sanciones impuestas por la Corporación recurrente al arquitecto, señor P. A., funcionario provincial, por infracciones cometidas en el ejercicio de su cargo, queda circunscrito por imperativo del ámbito establecido para este recurso en el artículo 94.1.a), a las sanciones de separación definitiva del servicio, que fueron dos por otros tantos hechos calificados como faltas muy graves, limitación del objeto de esta segunda instancia, que parece desconocer la Corporación recurrente en su escrito de alegaciones; siendo el paso siguiente para el enjuiciamiento del recurso determinar la normativa aplicable al caso, cuestión que se plantea en la sentencia apelada por haberse cometido los hechos entre el 28 junio 1971 y 14 del mismo mes de 1976, es decir, bajo la vigencia del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, aprobado por el Decreto de 30 mayo 1952, y no haberse iniciado el expediente hasta el 25 septiembre 1979, en que ya había entrado en vigor el texto articulado parcial de la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto 3046/1977, de 6 octubre, en cuya disposición transitoria primera se mantiene la vigencia, entre otros, del Reglamento mencionado, 'en cuanto no se oponga a esta Ley', cuestión que resuelve el Tribunal sentenciador optando por el texto refundido que acaba de mencionarse, por estimarlo más favorable al funcionario sancionado, a lo que opone la Corporación su criterio de que la norma a seguir es la del Reglamento de 1952, que adoptó en su día, sin que la controversia que ahora se expone se suscitara por el señor P., quien, tanto en el expediente como en primera instancia, mantuvo como adecuada la aplicación del Reglamento de 1952, debiéndose, por esta razón, así como por no deducirse de su contenido, que sea el texto posterior más beneficioso en términos generales para el sancionado, como, por otra parte, después se verá, estarse en este caso al Reglamento últimamente citado, en sus aspectos sustanciales, en virtud del principio de irretroactividad de las Leyes, artículo 2, 3 del Código civil vigente, sin que ello suponga desconocer el principio general del derecho, en que se funda la sentencia, que impone la retroactividad de la norma sancionadora más favorable, consagrado jurisprudencialmente en materia de Derecho administrativo sancionador —sentencias de 2 noviembre 1976, 24 octubre 1977, 22 abril y 10 noviembre 1978, entre otras.

La cuestión que ha de resolverse a continuación es la de si ha de apreciarse, como se hace en la sentencia apelada, la prescripción con respecto a los hechos que han sido calificados como faltas muy graves y sancionados por la Corporación con separación definitiva del servicio, cometidas con anterioridad al 25 septiembre 1973, como consecuencia de conjugar el plazo de seis años establecido en el artículo 52, 2 del texto refundido de la Ley 41/1975, con la aceptación como momento inicial del plazo de la fecha de comisión de aquéllos, en virtud del Reglamento de Régimen Disciplinario

de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, artículo 25, 1, en virtud de la aplicación supletoria de la normativa de éstos que se hace en el artículo 23, 2, del Decreto 3046/1977, oponiendo a esto la parte recurrente lo dispuesto en el artículo 107 del Reglamento de 1952, debiendo precisarse que, en este caso, y al margen de cualquier otra consideración, y como ejemplo de lo que antes se expuso sobre la falta de evidenciancia en términos generales de la condición más beneficiosa de la norma acogida por el Tribunal que ha fallado en primera instancia, sobre el Reglamento de 1952, éste, en el artículo anteriormente citado, establece un plazo más favorable para el señor P. A., en su número 3.º, que el aceptado en la sentencia, pues en aquél no se prevé, como parece entender la corporación recurrente, porque de lo contrario no sería explicable su actitud, en el punto concreto de que se trata, un único plazo de prescripción de un año desde que son conocidas las faltas 'o de haber tomado posesión una nueva Corporación o su presidente', sino dos plazos, el que acaba de expresarse y el de 'cinco años desde la fecha en que fueron cometidas'; que juega 'en todo caso' como se dice en el precepto, interpretación establecida reiteradamente por esta Sala —sentencias de 28 junio 1966, 25 abril 1967 y 19 enero 1976, por citar algunas de ellas—, por lo que, si bien ha de darse la razón a la parte apelante en cuanto al precepto aplicable, la consecuencia es que, y aun cuando sea por otros motivos, lo que es irrelevante, ha de llegarse a la misma conclusión que la sentencia recurrida, dadas las fechas de comisión de las faltas que en ésta se declaran prescritas, pues si son anteriores al 25 septiembre 1973, fecha que en ella se fija como final del plazo de prescripción, es evidente que quedan dentro del plazo del artículo 107 del Reglamento de 1952, inferior en un año al contemplado por el Tribunal que ha resuelto en primera instancia.» (*Sentencia de la Sala quinta, de 5 de noviembre de 1983.*)

2. *Se halla dentro de las facultades de la jurisdicción el determinar la sanción con base al principio de proporcionalidad que inspira la materia sancionadora, sin que ello suponga incumplimiento de la función revisora de aquélla. Abandono de servicio. Intencionalidad.*

«La Diputación Provincial de Valencia apelante insiste, en primer término, en la inadmisibilidad por extemporaneidad del recurso contencioso que la Sala de instancia rechaza por entender que no puede tomarse como fecha de recepción por el interesado de la notificación del acuerdo desestimatorio de la reposición (adoptado por dicha Corporación en 15 noviembre 1980) la de 24 noviembre 1980, que figura en el último folio del expediente, al parecer suscrita por persona cuya razón de parentesco y permanencia en el domicilio no se acredita, de tal modo que, siguiendo el acertado criterio de la sentencia apelada, no puede partirse de tal fecha para el cómputo del plazo de dos meses del artículo 58, 1, de la Ley de esta jurisdicción al tratarse de una notificación practicada con infracción de lo dispuesto en el artículo 80, 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo, carente de eficacia conforme al artículo 5.º de la citada Ley Jurisdiccional. siguiendo así el criterio sustentado por esta Sala en caso similar en senten-

cia de 18 octubre 1983. No cabe, por otra parte, inferir el carácter de familiar, y más concretamente de esposa del interesado, en la persona receptora, a través del juego de las presunciones, porque ello desvirtuaría el claro sentido del precepto antes citado, artículo 80 de la Ley Procedimental, con designio garantizador, y menos aún puede decidir el problema la aplicación de presunciones en materia como la sancionadora, que requiere extremar las garantías del inculpado para evitar toda la indefensión, proscrita por el artículo 24.1 de nuestra Constitución, razones que abonan el rechazo de la alegada causa de inadmisibilidad.

Entrando en el examen del fondo del recurso, éste se constriñe a si es jurídicamente correcta la sentencia de primera instancia, al mantener la calificación de falta muy grave de abandono del servicio imputada al interesado, y reducir la sanción, en virtud del principio de proporcionalidad, a la más benigna de suspensión de funciones a imponer por la Corporación dentro de los límites previstos para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, eliminando así la de separación definitiva del servicio impuesta por los acuerdos provinciales recurridos.

Como ha establecido la jurisprudencia, el régimen sancionador, y en este caso el disciplinario, se rigen por los principios informantes del Derecho penal, y entre ellos el de intencionalidad del sujeto sometido a expediente disciplinario; y si bien en este caso, de modo objetivo, la ausencia injustificada al servicio del interesado, como auxiliar administrativo en el Hospital Psiquiátrico de Bétera, es encuadrable en el apartado d) del artículo 52 del texto articulado parcial de 6 de octubre 1977, dada su duración temporal y su persistencia a pesar de la incoación y sustanciación del expediente disciplinario, poniendo en relación dicho precepto con el artículo 102.1, número 3.º, del Reglamento de Funcionarios de Administración Local, de 30 mayo 1952 (vigente en cuanto no se oponga al citado Decreto legislativo), si bien es ello cierto, y de aquí el que la Sala de instancia mantenga la calificación de falta muy grave, no lo es menos que el grado de imputabilidad del sancionado se ve aquí sensiblemente disminuido en función de la depresión psíquica que le aquejaba, y que fue determinante de la inasistencia al desempeño de su función, habiendo de ponderarse también el conocimiento de dicha situación por los superiores del inculpado, así como que éste se sometió a tratamiento clínico por médicos de la Corporación Provincial, situación que no fue formalmente precedida, o al menos no hay constancia de ello en el expediente, de advertencia o requerimiento explícitos para su reintegración al trabajo, y estas singulares circunstancias hacen que en este caso la sanción máxima de separación definitiva del servicio no sea la condigna o congruente para dicha falta, en los términos de imputabilidad con que la misma ha de ser apreciada.

Un caso de perfiles muy similares al que ahora se decide fue resuelto por sentencia de esta Sala, de 6 octubre 1978, y en ella se sientan estos dos criterios: a) que 'el concepto de imputabilidad penal puede ser estimado con igual valor en esta jurisdicción que en lo criminal', y b) que 'la calificación de esta clase de faltas y conductas en orden a sus consecuencias disciplinarias tienen siempre una naturaleza eminentemente circunstancial, y fácilmente se advierte que el funcionario expedientado no tuvo intención de

abandonar el servicio ni de insubordinarse...’, criterios perfectamente trasladables al presente caso, al referirse este precedente jurisprudencial a funcionario de Administración local que se hallaba también afectado por una fuerte depresión psíquica y en tratamiento médico.

El destacar las circunstancias concurrentes en el caso no incide en subjetivismo a través del cual eludir las calificaciones jurídico-administrativas y sustituir a la Administración en su potestad disciplinaria, sino que tiene asiento en el Derecho positivo, como lo revela la configuración de la falta de abandono o de servicio en la Administración local, dado que el artículo 102, 1-3.º del Reglamento de Funcionarios de dicha esfera administrativa se remite a las circunstancias que concurran en la ausencia injustificada del servicio; por ello, y al hallarse dentro de las facultades revisoras de esta jurisdicción, con base en el principio de proporcionalidad que inspira la materia sancionadora, el determinar la concreta sanción procedente y adecuada a la falta cometida, ha de ratificarse el criterio de la sentencia apelada en orden a entender que, en este caso, y dadas las circunstancias y el grado de imputabilidad del inculpado, la sanción a imponer, dentro de las señaladas por el artículo 54 del citado texto articulado parcial, debe ser la de suspensión de funciones con remisión a los límites legales señalados para la misma en el Reglamento de Régimen Disciplinario de Funcionarios de la Administración Civil del Estado, Decreto de 16 agosto 1969, supletoriamente aplicable en virtud de su artículo 3.º y por lo establecido en la disposición transitoria 5.ª del texto articulado parcial de 6 octubre 1977, determinación de la sanción pertinente que incumbe a esta jurisdicción como ha establecido esta Sala en sentencia de 5 noviembre 1983 en función del mencionado principio de proporcionalidad.

No puede aceptarse la alegación de la Corporación provincial apelante que para graduar la responsabilidad y justificar la sanción de separación del servicio acude al criterio de la perturbación del servicio, del artículo 53 del Decreto de 6 octubre 1977, pues es lo cierto que no se ha acreditado dicha perturbación ni de ello se hizo cuestión el instructor al sustanciar el expediente disciplinario, sin que tal perturbación sea inferible de lo actuado, antes bien teniendo en cuenta el puesto no relevante de auxiliar administrativo y las funciones desempeñadas por el inculpado, no cabe atribuir a su conducta el resultado dañoso para el servicio en los términos exigidos por dicho módulo o criterio de graduación de la responsabilidad disciplinaria, por todo lo cual las alegaciones del recurso no desvirtúan las fundadas razones de la Sala sentenciadora que merecen plena confirmación, con la consecuencia de desestimación del recurso a tenor del artículo 83 y demás preceptos concordantes de la Ley de esta jurisdicción.» (*Sentencia de la Sala quinta, de 14 de febrero de 1984.*)

3. *Falta muy grave de probidad. Predominio de la valoración ética de la conducta del funcionario sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico.*

«De las actuaciones practicadas aparece probado que el actor, funcionario de Correos, que desempeñaba el cargo de jefe de Negociado de Paque-

tes Postales de la Estafeta de Cambios de la Administración Principal de Correos de Barcelona, y que según la hoja de hechos había sido ya sancionado por tres faltas graves en los años 1970, 1972 y 1975, el día 14 noviembre 1979 con ocasión de permanecer solo en su Negociado abrió cuatro paquetes postales procedentes de Alemania y con destino a Palma de Mallorca, de los que sustrajo diversos objetos que metió en una cartera de mano, siendo sorprendido a la salida del Negociado por la Policía que había sido avisada siéndole intervenidos dichos objetos y dándose cuenta de los hechos a la Autoridad Judicial, habiéndose dictado por el Juzgado de Distrito núm. 5 de Barcelona sentencia en 22 septiembre 1980 condenando al señor M. de M. como autor de una falta de hurto del artículo 587.1 del Código penal a la pena de treinta días de arresto menor; todo lo cual fue justamente calificado por el juez instructor, por la Inspección General de la Dirección General de Correos y Telecomunicación, por la Comisión Superior de Personal de la Presidencia del Gobierno, por el ministro de Transportes y Comunicaciones y por el Consejo de Ministros como constitutivo de una falta muy grave de probidad que vulnera el principio de la inviolabilidad de la correspondencia, tipificada en el artículo 88 a) de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado y artículo 6 a) de su Reglamento Disciplinario, imponiéndole el último organismo citado la sanción de separación del servicio conforme a los artículos 91.1 a) y 16 a) de los Cuerpos legales citados, y por tanto de acuerdo con el ordenamiento jurídico; y por ello, sin que pueda admitirse la inimputabilidad alegada por haber cometido los hechos en estado de trastorno mental transitorio, consecuencia de la hipertensión arterial padecida, debe desestimarse el recurso interpuesto de conformidad a lo prevenido en el artículo 83.1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción.» (*Sentencia de la Sala quinta, de 8 de marzo de 1984.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

