

## CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

### B) PERSONAL

**SUMARIO:** I. TRASPASO DE FUNCIONARIOS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: Es principio básico de las normas que regulan el traspaso de funciones a las Comunidades Autónomas que justo con las funciones se traspasen los funcionarios que los prestan, ya que en otro caso se produciría un encarecimiento injustificado de la Administración, además de su ineficacia.—II. PLANTILLAS: Afecta a la competencia del Estado en materia funcional la creación de plazas de funcionarios de plantilla por un Ayuntamiento sin la previa consignación presupuestaria, por lo que el Gobernador civil puede suspender el acuerdo municipal en cuestión.—III. SELECCIÓN: Ilegalidad de oposición en que se exige el conocimiento obligatorio del euskera por infringir los artículos 23.2 y 103.3 CE que consagran la reserva de ley en la regulación del acceso a las funciones públicas y el principio de igualdad. 2. Ilegalidad por infracción del principio de igualdad ante la ley, de concurso-oposición en que se asigna puntuación por una prueba optativa de conocimiento del euskera. 3. Órgano competente para nombrar los vocales representantes del Profesorado Oficial en los Tribunales Juzgadores de pruebas de ingreso en la Administración Local. 4. Imprudencia de nombrar mayor número de funcionarios que de plazas convocadas. 5. Límites del carácter estatutario de la relación funcional. Necesidad de compatibilizar el principio de reserva de ley en la regulación del estatuto de los funcionarios públicos y el acceso a la función pública por el mérito y la capacidad con el principio de autonomía municipal. 6. Inexistencia de ilegalidad manifiesta determinante de su suspensión por el Gobernador civil en el acuerdo municipal de contratar administrativamente como subalterno a quien ya había venido desempeñando esta plaza con dicho carácter de contratado. Las normas han de interpretarse de conformidad «con la realidad social en que han de ser aplicadas», realidad social en que se ha llegado, más que a una interpretación espiritualista, a la producción de todo un conjunto de disposiciones, tendientes a consolidar los puestos de trabajo ocupados por el personal contratado, eventual o temporero.—IV. DERECHOS: 1. El Decreto 1409/77, sobre integración del personal interino, temporero y contratado de la Administración local no había de adaptarse necesariamente al Decreto-ley 22/77, ya que, conforme a la ley delegante —la 79/68— había de conseguir la «acomodación» de la legislación local, a la estatal en la materia, por lo que, según el sentido semántico de la palabra «acomodar», se autorizó al Gobierno para amoldar, armonizar, adaptar una situación a otra, y por ello, al aplicar las líneas maestras del sistema funcional del Estado hubo de tener en cuenta las características peculiares de la Administración local. 2. El personal vinculado con la Administración por contrato administrativo no adquiere el derecho a una permanencia continuada por el hecho de que continuase prestando servicios una vez extinguido el contrato, ya que los contratos administrativos no son prorrogables por la tácita. 3. El artículo 23.2 CE al garantizar el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad lleva implícito el de permanecer en las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad. La separación de un funcionario por el alcalde sin ajustarse a la normativa vigente se traduce en vía de hecho digna del amparo de la Ley de 26-XII-78. 4. La variación del coeficiente aplicable a efectos de retribuciones en los funcionarios públicos es materia reservada a la ley. 5. Retribuciones. Modificación de grado. Reserva de Ley.—V. INCOMPATIBILIDADES: 1. Incompatibilidades. No se incumple el principio de igualdad, al no acreditarse el trato desigual en supuesto de hechos idénticos. 2. Al impugnar la declaración de incompatibilidad de funcionarios con

*el ejercicio de funciones privadas al amparo de la Ley 62/78, no se trata de valorar la legalidad de la compatibilidad, sino la existencia de trato discriminatorio respecto de idénticos supuestos de hecho. Inexistencia de discriminación. 3. Declaración de incompatibilidad con ejercicio de actividades privadas. Su impugnación conforme a la Ley 62/78 no permite el enjuiciamiento de la legalidad, sino tan solo si se ha infringido el principio de igualdad. 4. Alcance de la impugnación de declaración de incompatibilidad con el ejercicio de actividades privadas conforme a la Ley 62/78. Arquitectos. 5. Incompatibilidades. Igualdad ante la ley. No puede predicarse de funcionarios pertenecientes a distintos cuerpos.—IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Los principios de orden penal han de informar sustancialmente la potestad disciplinaria de la Administración. Aplicación de los principios de interpretación restrictiva y de aplicación de la norma más favorable y de la garantía penal de la prescripción. 2. Inexistencia de falta de probidad al no acreditarse de manera cierta e indubitada una especial malicia en el desempeño de las funciones propias del cargo que tuviere como designio ganar ventajas a toda costa, ni una deliberada omisión encaminada a ocasionar un perjuicio directo al patrimonio municipal. 3. En el proceso especial de la Ley 62/78 lo que se persigue es proteger rápidamente los derechos fundamentales. Por ello son susceptibles de impugnación actos trámite y que no agoten la vía administrativa. No es la calificación, sino los efectos del acto lo que debe determinar su impugnabilidad. Procedencia del recurso contra la suspensión del empleo y sueldo acordada al iniciarse un expediente disciplinario. 4. Necesidad de relación entre infracción y sanción. Ponderación por el Tribunal. Inexistencia de afán de lucro. 5. La apreciación de eximente incompleta por la jurisdicción penal vincula a las demás jurisdicciones. 6. Tipicidad. Prohibición en materia sancionadora de interpretaciones extensivas, analógicas o inductivas. Falta grave de acto atentatorio al decoro y dignidad de funcionario y de la Administración.*

## I. TRASPASO DE FUNCIONARIOS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

*Es principio básico de las normas que regulan el traspaso de funciones a las Comunidades Autónomas que junto con las funciones se traspasen los funcionarios que los prestan, ya que en otro caso se produciría un encarecimiento injustificado de la Administración, además de su ineficacia.*

«El recurrente combate el R. D. 2697/1981, de 30 octubre, de la Presidencia del Gobierno aprobando el Acuerdo de la Comisión Mixta, y fundamenta su pretensión de que se anule su traspaso como funcionario a la Generalidad de Cataluña, en que prestaba sus servicios como Jefe de División de Actuación Administrativa en la 5.<sup>a</sup> Jefatura Regional de Transportes Terrestres, siendo uno de los más antiguos de dicha Jefatura, y que igualmente desempeña el cargo de Secretario de las Juntas de Detasas de Barcelona y Gerona para el que fue nombrado por Resolución de la Dirección General de Transportes Terrestres, y que por su dedicación total a la Administración del Estado en los referidos cargos, por resolución de 7 marzo 1981 del Subsecretario del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones le fue concedido el régimen de dedicación exclusiva; señala las funciones que desempeña en ambos cargos manifestando que solamente han sido transferidas una parte de ellas, y entiendo que su traspaso a la Generalidad de Cataluña vulnera el artículo 103 de la Constitución y la Ley de Funcionarios, en cuanto dice relación a la situación de supernumerario que en lugar de ser voluntaria se le aplica con carácter forzoso y a lo previsto en su artículo 63.2 de que el Estado asegura a los funcionarios de carrera el derecho al cargo y la inamovilidad en la residencia, así como todos los derechos

inherentes al mismo que en esta Ley se establecen; también se incumple, a su entender, la Disposición Final 1.ª del Decreto 2218/1978 por no hacerse expresión alguna del puesto de trabajo a desempeñar; y por último cita la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de 17 enero 1979 que definió que el cargo de Jefe de División de Actuación Administrativa es puesto perteneciente a la Administración del Estado y que por dicha circunstancia se dejó sin efecto el traspaso del actor en la anterior transferencia de servicios.

Efectivamente, se dejó sin efecto el traspaso de este funcionario a la Generalidad de Cataluña en la anterior transferencia de servicios porque las funciones que desempeñaba y su puesto de trabajo seguían correspondiendo al Estado; pero en el presente Decreto de transferencia de servicios del Estado a aquella Comunidad Autónoma en materia de Inspección de Transporte por Carretera, concretamente se señala en la Relación del personal adscrito a los servicios que se traspasan, todas sus circunstancias personales como funcionario, el Cuerpo o Escala a que pertenece, su puesto de trabajo como Jefe de División y sus retribuciones básicas y complementarias, siendo muy de notar que el Decreto no hizo más que aprobar el Acuerdo de la Comisión Mixta y a propuesta de los Ministerios de Administración Territorial y del de Transporte, Turismo y Comunicaciones, lo que supone que el puesto de Jefe de División desempeñado por el recurrente, si anteriormente pertenecía a la Administración del Estado, y por ello fue dejado sin efecto el anterior traspaso, ya no lo es, sino que pasa a depender de la Generalidad de Cataluña.

El recurrente viene a fundamentar su pretensión en disposiciones de carácter general pero sin probar la infracción de ningún precepto concreto, y la Ley de funcionarios invocada hay que ponerla en relación con las demás normas de igual o superior rango dictadas en el proceso autonómico, y como bien dice el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, recogiendo los fundamentos del acuerdo impugnado, es principio básico de las normas que regulan el traspaso de funciones a las Comunidades Autónomas que junto con los servicios se traspasen los funcionarios que los prestan, ya que, en otro caso, se produciría un encarecimiento injustificado de la Administración, además de su ineficacia, al quedar los funcionarios en la Administración Central y pasar los servicios a la Administración autonómica; y por otra parte de los derechos y retribuciones de los funcionarios quedan plenamente garantizados, lo que aparece como cierto en cuanto al puesto de trabajo del recurrente en la Administración central, sin que afecte a su residencia, y en cuanto al otro puesto de trabajo que desempeñaba y a su reconocimiento de dedicación exclusiva son conceptos que pueden coexistir o no según las circunstancias, pero que no pueden considerarse como formando parte integrante de su puesto de trabajo como Jefe de División, sin que las manifestaciones en cuanto a su antigüedad puedan tampoco tomarse en consideración al no indicar tan siquiera quiénes hubieran debido desempeñar su puesto de trabajo con la misma categoría y dentro del servicio transferido.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 13 junio 1984.*)

## II. PLANTILLAS

*Afecta a la competencia del Estado en materia funcionarial la creación de plazas de funcionarios de plantilla por un Ayuntamiento sin la previa consignación presupuestaria, por lo que el Gobernador civil puede suspender el acuerdo municipal en cuestión.*

«Es doctrina ya reiterada por esta Sala (SS., entre otras, de 16 julio 1982, 20 y 23 de abril y 20 de octubre de 1983, y 15 de mayo de 1984) la de que la

*autonomía municipal reconocida en el artículo 140 de la Constitución no ha eliminado de manera total y absoluta el control gubernativo de la legalidad que establece el número 4.º del artículo 362 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, sino que tan sólo lo ha modificado en el sentido de que su ejercicio lícito quede limitado a los supuestos en que los acuerdos municipales, objeto del mismo, afecten directamente a la competencia del Estado o invadan competencias ajenas a la municipal, como ha sido también declarado por el Tribunal Constitucional —SS., entre otras, de 2 de febrero y 29 de abril de 1981— y establece igualmente el artículo 8 de la Ley 40/1981, de 28 octubre, cuya doctrina es de aplicación al específico ámbito territorial vasco y en la materia funcional, ya que la competencia que respecto al Estatuto de los Funcionarios de la Administración Local confiere a la Comunidad Autónoma el artículo 10.4 de la Ley Orgánica de 18 de diciembre de 1979, reguladora del Estatuto de Autonomía del País Vasco, se le atribuye "sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.1.18 de la Constitución", lo que implica que el Estado posee competencia exclusiva para establecer las bases del régimen legal de los funcionarios de las Administraciones Públicas y que la competencia de la Comunidad Autónoma ha de ser ejercitada respetando dichas bases; siendo, por tanto, innegable que los Gobernadores Civiles de las provincias vascas pueden suspender los acuerdos municipales que reigan sobre la citada materia —al ser incluíbles dentro de la defensa de la competencia estatal que a tales Autoridades viene encomendada—, sin que esa competencia sea incompatible con la de la misma naturaleza que pueda corresponder al Gobierno autónomo en su ámbito competencial propio.*

Acuerdo municipal suspendido por el Gobernador Civil de Vizcaya, en el que se crean por el Ayuntamiento de Bilbao diversas plazas en la plantilla de funcionarios de la Corporación sin que exista en el presupuesto la necesaria consignación para el gasto, incide en infracción manifiesta de las leyes —concretamente de los arts. 709.1.a) y 714.2.a) de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955— en materia, como es la funcional, que afecta de manera directa a la competencia del Estado, por lo que resulta procedente estimar el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado y, con revocación de la Sentencia apelada, declarar que la Resolución del Gobernador Civil de Vizcaya de 11 de diciembre de 1980 es conforme a derecho y, en consecuencia, anular el referido Acuerdo municipal; 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 imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias. (*Sentencia de la Sala 4.ª, 8 junio 1984.*)

### III. SELECCIÓN

1. *Illegalidad de oposición en que se exige el conocimiento obligatorio del euskera por infringir los arts. 23.2 y 103.3 CE que consagran la reserva de ley en la regulación del acceso a las funciones públicas y el principio de igualdad.*

«Por cuanto atañe al fondo del asunto, éste no es otro que el del enjuiciamiento de si la exigencia de conocimiento del euskera como requisito para tomar parte en la oposición constituye infracción manifiesta de las Leyes, además de tener el ya expresado alcance extramunicipal.

No se oculta a la Sala la pluralidad de perspectivas desde las que puede valorarse una exigencia de tal índole como la de conocimiento de una determinada lengua española, concretamente en este caso, el euskera. Y que una de esas perspectivas la muestra la conveniencia que puede haber en

que en una localidad enclavada en sector geográfico habitado por núcleos de población en buena parte vasco-parlantes, los funcionarios municipales conozcan esa lengua para poder comunicarse a través de ella con los vecinos del municipio. Pero tampoco puede la Sala ignorar que un problema tan delicado y con tantas implicaciones culturales, sociales y políticas, no debe resolverse con la visión que pueda ofrecer una sola de la pluralidad de perspectivas confluyentes o desde uno solo de los posibles ángulos de percepción. Es necesario, por el contrario, una contemplación global del tema que trate de armonizar los posibles puntos de vista, y ello no es posible sino en virtud de un planteamiento integral en el marco del Ordenamiento Jurídico, primordialmente del configurado por la Constitución, pues precisamente porque la Constitución es la norma suprema y fundamental, y porque, como expresa su preámbulo, nació con el designio de garantizar la convivencia democrática dentro de la propia Constitución y de las leyes, serán éstas, Constitución y Leyes (el Ordenamiento Jurídico en suma), las que pueden ofrecer los principios básicos informadores y estructurales del sistema político-jurídico-social en cuyo marco ha de situarse en visión integral el problema debatido. Y así, y frente a la conveniencia antes aludida, que puede hallar cumplida satisfacción con la nueva posibilidad de valorar, conforme a baremo racionalmente establecido, en conocimiento del euskera, lo cierto es que *la exigencia rotunda de dicho conocimiento como requisito imprescindible para participar en la oposición, choca frontalmente con principios y normas constitucionales y del resto del Ordenamiento Jurídico —en el sentido que emplea esta expresión el art. 9.1 de la Constitución. Y como todos los ciudadanos y los poderes públicos, según ese precepto, están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico— es claro que si aquella contradicción se produce el acuerdo que la origina será inválido y deberá ser anulado. Y la contradicción se produce, en efecto, con varios artículos de la Constitución. Así, con el artículo 3 en cuanto establece el deber de todos los españoles a conocer el castellano como lengua española oficial del Estado, así como el derecho a usarla; con el artículo 14, que consagra el principio de igualdad ante la Ley de todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; con el artículo 103.3, que remite a la Ley —y no a un acuerdo municipal— la regulación del acceso a la función pública; con el artículo 139.1, a cuyo tenor todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado. Es claro que una intelección conjugada y armónica de todas estas normas constitucionales lleva a la conclusión de que un acuerdo municipal que exige el conocimiento del euskera para tomar parte en una oposición a cargo público, constituye una discriminación respecto de todos aquellos españoles que conociendo, en uso de su derecho y en cumplimiento de su obligación, uno y otra con respaldo constitucional, el castellano, no pueden participar en dicha oposición por el desconocimiento del euskera. El principio de igualdad ante la Ley queda así infringido por el acuerdo, así como la proyección que de esa igualdad de derechos y obligaciones hace a todo el territorio del Estado al artículo 139.1.*

No cabe extraer argumentos en contra de la anterior conclusión, de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Constitución, según el cual, las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus respectivos Estatutos. Pues, en efecto, la cooficialidad, reconocida constitucionalmente, lo será en la Comunidad Autónoma a que corresponde la lengua de que se trate: catalán en la Comunidad de Cataluña, gallego en la Comunidad de Galicia. Se trata de dos supuestos de cabal o práctica correlación entre ámbito territorial de la Comunidad y lengua propia de la misma. Pero en el caso del euskera, no se produce esa correlación, pues es sabido que esa lengua es usada no sólo en el territorio del País Vasco, sino en parte del territorio de Navarra. A esta provincia foral o antiguo Reino, le resulta de aplicación la Disposición Adi-

cional 1.º, según la cual «la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales, la actualización de cuyo régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. Parece entonces que cabe establecer una distinción. *Para la Comunidad Autónoma del País Vasco, la oficialidad del euskera deriva del artículo 3.2 de la Constitución en relación con su Estatuto. Para Navarra, la posible oficialidad derivará, en su caso, del Amejoramiento Foral que por vía paccionada puede surgir de las negociaciones que al efecto se lleven a cabo entre el Estado y los órganos forales navarros competentes.* Pero recordemos a este respecto que el artículo 6 del Estatuto del País Vasco establece, efectivamente, la cooficialidad del euskera y del castellano, y el derecho de todos sus habitantes a conocer y usar ambas lenguas, pero estableciendo en el número 4 la prohibición de discriminación por razón de la lengua. Hasta el punto de que el artículo 35 del Estatuto —el más riguroso en la exigencia— no requiere conocimiento del euskera para el nombramiento de funcionarios judiciales, limitándose a considerarlos como mérito preferente: solución lógica con la realidad socio-lingüística del territorio vasco, que no es extendida, estatutariamente, a los funcionarios públicos. Respecto de Navarra, la ausencia de Estatuto, en razón al peculiar régimen paccionado navarro, obligará a tener en cuenta, en su momento, lo que pueda establecerse en el Amejoramiento del Fuero dentro del marco constitucional, en relación con el posible uso y cooficialidad del euskera para aquellas zonas de predominio o existencia de población vasco parlante, o por lo que dentro de su futura competencia pudiera establecer por Ley el Parlamento Foral. Pero hasta el momento, no hay norma con rango suficiente que pueda servir de cobertura para justificar la validez de un acuerdo municipal como el que es objeto del presente recurso. Pues el Acuerdo del Parlamento Foral de 3 julio 1980, hace referencia a las Bases para la incorporación de la Lengua Vasca al sistema de Enseñanza de Navarra, y no afecta para nada al sistema de acceso a la función pública. Y en cuanto al Decreto de 10 mayo 1979, núm. 111, no tiene otra finalidad que la de regular el empleo de las lenguas propias en las actuaciones de las Corporaciones Locales, y por lo tanto, no resulta de aplicación al tema controvertido, pero además, si bien es cierto que el artículo 3 permite que determinen actuaciones de la Corporación Local, si ésta lo acuerda se redacten "potestativamente" en la lengua usual en su respectivo territorio, ello no excluye la obligatoriedad de su redacción en todo caso en castellano.

*Al margen de las motivaciones precedentes, constituye también motivo de infracción constitucional la vulneración del principio de reserva de Ley, que puede apreciarse en relación con la materia debatida. En efecto, recordemos que el artículo 130.3 remite a la Ley la regulación del acceso a la función pública; que el artículo 23.2 establece que los ciudadanos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. Si el principio de reserva de Ley significa el acotamiento —a veces constitucional, a veces legal, lo que permite hablar respectivamente de reserva material y reserva formal de la Ley— de materias para su exclusiva regulación mediante normas de rango legal, eliminado del campo acotado la posibilidad de que la Administración pueda actuar válidamente, ya mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, ya mediante actos administrativos generales o singulares, se puede inferir la inexcusable consecuencia de que un señalamiento de requisitos y condiciones para tomar parte en pruebas de ingreso en la función pública no puede prevenir sino de normas legales, y que la Administración al acordar una convocatoria determinada ha de limitarse a hacer cabal aplicación de las previsiones legales correspondientes.*

*El principio de igualdad, cuya infracción y desconocimiento está en la base de la fundamentación anulatoria del acuerdo recurrido, ha de ser interpretado, según previene el artículo 10.2 de la Constitución, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y*

*acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.* A este respecto vale recordar que la citada Declaración Universal aprobada en 10 diciembre 1948, al consagrar el principio de igualdad de derechos y libertades proclamados en las mismas, lo hace prohibiendo toda distinción de raza, color, sexo, *idioma*, religión, opinión política o de cualquier otra índole; el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 diciembre 1966, en el que los Estados Partes en el mismo se comprometen a garantizar los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, etc.; en el mismo sentido del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre 1966; y asimismo el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades Fundamentales de 4 noviembre 1950.

La representación del Ayuntamiento de Lesaca, aquí apelante, en su escrito de alegaciones ante esta Sala, insiste en las formuladas en primera instancia, sobre las limitaciones de los Gobernadores Civiles, para la suspensión de los acuerdos municipales, al amparo del artículo 118 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, en la fecha en que por el de Navarra, se dispuso la del acuerdo del Ayuntamiento de Lesaca, de 31 octubre 1980, relativo a la exigencia del conocimiento del euskera a nivel de conversación, para ser admitido a la convocatoria de provisión de una plaza de Auxiliar Administrativo, con funciones de Depositario, en dicho Municipio, así como sobre la ausencia en el presente caso del requisito de la infracción "manifiesta" de la Ley, determinante del ejercicio correcto de dicha facultativa suspensiva, en la referida fecha de la adopción de la aquí discutida.

Respecto a la aducida limitación, lo cierto es que en la sentencia apelada se establece con claridad y acierto que, ajustándose a esa limitación, según el criterio marcado por el Tribunal Constitucional, para la fecha en que se dispuso la suspensión referida, el Gobierno Civil tenía dicha facultad, conforme al citado artículo 118 de la Ley de esta jurisdicción, porque *el acuerdo municipal, en el particular del condicionamiento incluido en la convocatoria referida, rebasa la esfera de la gestión municipal y afecta a materia de la competencia del Estado;* afirmación coincidente con la doctrina de esta Sala, recogida, entre otras, en SS. de 20 y 23 abril, 20 octubre y 20 diciembre 1983, relativas precisamente al régimen legal o condiciones de los funcionarios de las Comunidades Autónomas y concretamente de los Municipios. Y en cuanto a la ausencia en el presente caso del requisito de la infracción "manifiesta" de la Ley, también aducida en las alegaciones del apelante ante esta Sala, es de advertir, por un lado, que en la propia sentencia apelada se apunta la razón de la reflexión detenida que se hace de la cuestión, la cual es precisamente por la profusión de las manifestaciones formuladas, por el Ayuntamiento, lo que utilizando el argumento de la propia apelante, interpretando aquella detenida reflexión, contenida en la sentencia, serviría para la interpretación en el mismo sentido de la profusión de las suyas, o sea atribuyéndolas al esfuerzo tratando de desvanecer, aunque inútilmente, la evidencia de la infracción "manifiesta" de la Ley, por lo que ese argumento impugnatorio resulta carente de toda consistencia; y por otro lado, que la presencia de esa cualificada infracción, en el presente caso, incluso aparece advertida en los acuerdos de la Comisión Delegada de la Diputación Foral de Navarra, 21 noviembre y 29 diciembre 1980, refiriéndose expresamente a la comentada exigencia del conocimiento del euskera, incluida en la convocatoria aprobada, en el acuerdo del Ayuntamiento, objeto de la suspensión gubernativa; acuerdos aquellos de los que se dio traslado, oportunamente, al Alcalde-Presidente consecuentemente con lo expuesto, procede la desestimación de la presente apelación; sin que se aprecie mala fe o temeridad a efectos de una especial imposición de costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley de esta Jurisdicción.» (*Sentencia de la Sala 4.ª, 13 de abril de 1984.*)

2. *Ilegalidad, por infracción del principio de igualdad ante la ley, de concurso-oposición en que se asigna puntuación por una prueba optativa de conocimiento del euskera.*

«La cuestión planteada en el recurso contencioso-administrativo de la Ley 62/78 gira en torno a una supuesta vulneración de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, en el Acuerdo de la Excm. Diputación Foral de Alava de 28 marzo 1983, por el que se convocaba concurso-oposición para la provisión de una plaza, entre otras, de Ingeniero Industrial, y en la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto contra dicho acuerdo, en cuanto en la Base 7.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup> se dispone que el tercer ejercicio (voluntario) «consistirá en la traducción directa, sin ayuda de diccionario, de un texto elegido por el Tribunal y referido al idioma que haya elegido cada uno de los opositores», y que «el ejercicio voluntario se calificará con el máximo de 0,60 puntos, en el caso que el idioma elegido sea el euskera; y con un máximo de 0,40 puntos en el caso de que el idioma elegido sea cualquier otro». La sentencia de primera instancia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra aquel acuerdo por la representación del Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Madrid; hoy parte apelante.

Sobre la cuestión debatida, esta Sala, en S. de 25 enero 1984 y ante un caso sustancialmente igual, ha mantenido en síntesis el siguiente criterio: a) para resolver esa problemática se hace preciso partir del artículo 3.º de la Constitución, según el cual la lengua oficial del Estado es el castellano, por lo que todo olvido o discriminación con respecto a ella conculca el espíritu y letra de tal precepto, y esto se ve corroborado por el artículo 6.º de la Ley Orgánica de la Autonomía del País Vasco, según el cual «el Euskera, lengua propia del Pueblo Vasco tendrá, como el castellano, carácter de lengua oficial de Euskadi, y todos sus habitantes tienen derecho a conocer y usar ambas lenguas», afirmándose en el párrafo 3.º que nadie podrá ser discriminado por razón de la lengua», pues es evidente que la diferencia de puntos que se dan a los parlantes del Euskera van a pesar en el cómputo del concurso discriminando a los que sólo hablan el castellano; b) y no es óbice a esos razonamientos el que el ejercicio de idiomas no sea eliminatorio, pues aunque ello es cierto, no cabe duda que los puntos de su conocimiento puede pesar a la hora de las puntuaciones totales, sobre todo en los casos de empate o diferencia muy pequeña de puntuación, en perjuicio de quien habla solamente el castellano que, además de ser el oficial de los españoles, está asimilado al de Euskadi a tenor del artículo 6.º mencionado, no teniendo explicación cómo al que habla castellano no se le dé el mismo trato en puntuación que al que habla euskera; c) tampoco tiene fuerza convincente el que se compare la puntuación con la que se concede al conocimiento de idiomas francés, alemán o inglés, pues aunque la cuantificación de puntos pueda ser correcta, no lo es si se da la diferencia de puntuación del que habla euskera al que habla castellano, al ser ambas dos lenguas oficiales que los habitantes del País Vasco tienen el derecho de conocer y de usar; d) y no merece mejor acogida la comparación de los puntos de ese ejercicio de idiomas con la puntuación de los restantes ejercicios, pues lo cierto es que la puntuación al idioma de euskera puede pesar mucho a la hora de la totalidad de puntuación, discriminando a todos aquellos que no lo hablan y sí el castellano, que es idioma tan oficial en el País Vasco como el euskera; e) es evidente que esta situación rompe el principio de igualdad del artículo 14 de vigente Constitución, en cuanto se conculca el derecho de los españoles al acceso al funcionariado, disminuido para todos aquellos que no sean parlantes del euskera.

Coherente con esa doctrina, procede estimar el presente recurso de apelación, pues los razonamientos recogidos en la sentencia impugnada, carecen de virtualidad jurídica, a saber: 1) en el caso examinado nos encontra-

mos con un tratamiento desigual para situaciones iguales, pues la situación igual es la celebración de oposiciones, y el tratamiento desigual es la puntuación concedida al conocimiento del euskera frente a quien solamente habla castellano; 2) en cuanto a que «valorar con una puntuación suplementaria determinados conocimientos... no pugna con el principio de igualdad por no suponer, en principio, un tratamiento discriminatorio», procede hacer la observación que los «determinados conocimientos» a que alude el Tribunal de Primera Instancia no es otra cosa que los lingüísticos de un idioma co-oficial con el castellano en esa Comunidad Autónoma, los que deben coexistir en absoluto plano de igualdad, cuyo equilibrio se rompería al prevalecer uno sobre el otro; 3) sin que esa desigualdad de tratamiento pueda estimarse razonable; en efecto, los ejercicios de idiomas se exigen siempre lógicamente sobre lenguas extranjeras, no respecto a las oficiales en el país de origen, y en el caso que analizamos cabría se produjeran situaciones de oposiciones en ese País autónomo en que ninguno de los concurrentes conocieran idioma extranjero, pero, sin embargo, se concedería una puntuación de 0,60 puntos a quien hablase una de las lenguas oficiales del país, el euskera, con posible notable incidencia en la puntualización totalizada de la oposición, lo que inexorablemente lleva a una discriminación no razonable e incomprensible con los españoles que únicamente hablan el castellano, que es la lengua oficial del Estado español, discriminación por razón de la lengua que está prohibida expresamente en el núm. 3.º del artículo 6.º del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, y que se produciría si se concede esa puntuación suplementaria en favor del euskera parlante, con evidente perjuicio del que habla castellano, la otra lengua oficial.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 3 mayo 1984.*)

### 3. *Organo competente para nombrar los vocales representantes del Profesorado Oficial en los Tribunales Juzgadores de pruebas de ingreso en la Administración local.*

«El Regl. de Funcionarios de la Administración Local de 30 mayo 1952 regula en los artículos 235 y 245 la composición de los Tribunales calificadores de los funcionarios de la Administración Local, distinguiendo el primero de los preceptos, el régimen jurídico afectante a los «funcionarios administrativos» y el segundo el de «los funcionarios técnicos», anotándose en este segundo supuesto, que los Tribunales calificadores de los ejercicios o méritos de los funciones técnicos o quienes aspiran a serlo, estarán constituidos en la siguiente forma. Un representante del Profesorado Oficial del Estado; y por consiguiente, sin perjuicio de la enunciación primera del artículo 235, los tribunales calificadores de oposiciones y concursos de los funcionarios administrativos estarán integrados de la siguiente forma. Un representante del Profesorado Oficial, debiendo deducirse por una razón de rigurosa congruencia, que tratándose de funcionarios técnicos, resultan inoperantes las previsiones en torno a la distinción entre Profesorado Oficial y Profesorado Oficial del Estado; y que la atribución que se hace en el número 4 al Instituto de Estudios de la Administración Local para la designación del representante del Profesorado Oficial habrá de entenderse rigurosamente atribuida a los funcionarios administrativos y en manera alguna a los técnicos.

La Orden Ministerial de 16 julio 1975, al disponer que los Rectores de las Universidades designarán los miembros del Profesorado Oficial del Estado que deban formar parte de los Tribunales calificadores de oposiciones y concursos de funcionarios de las Corporaciones Locales entre funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios, bien sea de Facultad, Escuela Técnica Superior o Escuela Universitaria, excepto en el supuesto comprendido en el artículo 235 número 4 del Regl. de Funcionarios de la Adminis-

tración Local que señala la competencia del Instituto de Estudios de la Administración Local, para efectuar la designación de Profesorado Oficial; deberá interpretarse en el sentido de que, en todo caso serán designados por los Rectores, los Vocales de los Tribunales calificadores de los funcionarios técnicos, y que en el supuesto de funcionarios administrativos —no aplicable en manera alguna en este supuesto—, tal significación podrá hacerse por el Instituto, pero sin que ello signifique, antes al contrario, que queda rota la sinonimia entre Profesor Oficial y Profesor Oficial del Estado.

Abundando en la idea de precisar el carácter de la vacante convocada para su provisión en el Ayuntamiento recurrente, el D. de 21 marzo 1975, enumera los subgrupos de la Administración General y en los apartados a) y b) respectivamente, los técnicos de la Administración General y administrativos, definiendo a los técnicos como aquellos que estando en posesión del correspondiente título de Enseñanza Superior, realicen funciones de gestión, estudios y propuestas de carácter administrativo de nivel superior, bajo la dirección de los pertenecientes a los Cuerpos Nacionales de Secretarías, Interventores y Depositarios, y de como el artículo 3.1 dispone que el ingreso de los Funcionarios técnicos de la Administración General de las Corporaciones Locales se hará mediante oposición libre y precisará estar en posesión del título de Licenciado en Derecho o en Ciencias Políticas, Económicas o Empresariales; Intendente Mercantil o Actuario Mercantil, siendo en este aspecto rigurosamente correctos los términos en los que se ha producido la convocatoria y sin que de esta norma puedan deducirse los apetecidos efectos, que el Ayuntamiento recurrente pretende en torno a la Disposición común del artículo 10, puesto que en ella no se dice más que la Dirección General de Administración Local aprobará las bases y programas mínimos para ingreso en los subgrupos técnicos, administrativos y auxiliares de la Administración General, sin que en tal disposición se adopte determinación alguna en cuanto a formación de los cuadros calificadores, y sin que conste o al menos no se ofrezca para constancia en los autos, que tal contingencia haya podido producirse en ejecución y desarrollo del Decreto referido.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 11 de mayo de 1984.*)

#### 4. *Improcedencia de nombrar mayor número de funcionarios que de plazas convocadas.*

##### *Considerandos de la sentencia apelada:*

«Primera cuestión a decidir en la presente «litis» en la referente a la anulación del Expediente Administrativo del caso, y por ello, formalmente, de las Resoluciones recurridas, por el alegado vicio de faltar en el mismo el «previo informe de la Comisión Superior de Personal»; sobre este primer extremo del debate, y si bien es cierto que a tenor del artículo 17.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, en casos como el presente es preceptivo el previo informe de la Comisión Superior de Personal, no lo es menos que, cual figura certificado al folio 312 de los Autos, dicha exigencia se cumplió debidamente con fecha 10 febrero 1978; ante cuya evidencia procedente resulta la desestimación de este primer motivo de los del recurso.

En segundo término ha de pronunciarse el Tribunal sobre la pretensión actora de que una vez finalizado el Cursillo de Formación Sanitaria del caso, los participantes que sean declarados aptos sean nombrados funcionarios de carrera, o en expectativa de ingreso si no hubiere vacantes presupuestarias en el momento de la toma de posesión; sobre este particular ha de empezar por ponerse de manifiesto que *los recurrentes han incurrido en una clara desviación procesal, al no figurar tal pretensión formulada en vía Administrativa, lo que imposibilita su ejercicio en la Jurisdiccional, atendido el principio de Jurisdicción Revisora informador del Orden Jurisdiccional en que nos encontramos*, así como la interpretación Jurispruden-

cial dada al artículo 69 de la Ley de la Jurisdicción; a lo que ha de añadirse que la Disp. Adic. 5.ª del R. D.-Ley 22/1977, de 30 marzo, sobre «Reforma de la Legislación sobre Funcionarios de la Administración Civil del Estado», en que los recurrentes fundamentan su pretensión, no autoriza la conclusión por éstos defendida, sino que *el nombramiento de funcionarios de carrera y su situación de aspirantes en expectativa de destino, de quienes superen las correspondientes pruebas de selección queda supeditada a que las vacantes del caso se produzcan, vacantes éstas siempre dentro del límite numérico establecido en la convocatoria, pues no es ocioso recordar que ésta, la convocatoria, se integra tanto por el número de vacantes reales «existentes» al momento de dictarse la misma, como de las que previsiblemente puedan producirse durante un año, lo que determina que si estos cálculos de previsibilidad de vacantes no se llegaron a cumplir al momento de ser nombrados los aprobados, un cierto número de éstos, aun con cabida en el número de plazas convocadas, han de quedar como aspirantes, en expectativa de ingreso, hasta que las previstas vacantes objeto de convocatoria realmente se produzcan*; todo lo cual determina, por una y otra razón, la desestimación de la pretensión de los recurrentes que ahora nos ocupa.

En último término postulan los recurrentes que se condene a la Administración a la indemnización de daños y perjuicios causados; pues bien, tal petición no puede ser atendida ante la absoluta falta no sólo de probanzas al efecto, sino también de bases ciertas de que los invocados daños y perjuicios se produjeron.

#### *Considerandos del Tribunal Supremo:*

En efecto, como en ellos primeramente se rechaza, razonándolo con acierto, la apreciación en el presente caso, de omisión del preceptivo informe de la Comisión Superior de Personal, aducido como vicio determinante de la anulación del expediente administrativo, invocada por los demandantes y aquí apelantes, porque, en definitiva, en período probatorio, dentro del recurso contencioso-administrativo, se aportó un documento eficiente, del cual se deduce el cumplimiento de dicha formalidad, y, como también, con acierto seguidamente se rechaza en los Considerandos aceptados, la pretensión actora de que una vez finalizado el cursillo, para el cual, se dice, debieron ser convocados los recurrentes, y según se pide ha de realizarse, con anulación de la convocatoria contenida en los acuerdos impugnados, aquéllos que fueren declarados aptos, sean nombrados funcionarios de carrera, o en expectativa de ingreso, si no hubiere vacante presupuestaria en el momento de la toma de posesión, porque según, asimismo adecuadamente se establece, en los propios razonamientos de la sentencia apelada, en definitiva, los nombramientos en el presente caso, siempre habrían de estar limitados al número de plazas convocadas, o sea 500, asignadas al concurso-oposición restringido, del que se trata, según se anuncia en la Base 1, de las Normas Generales, núms. 1.1, de la Convocatoria correspondiente y a ese número de plazas convocadas, se refieren implícitamente, la Disp. Adic. 5.ª, en el segundo apartado, de su núm. 1, del R. D.-Ley 22/1977, de 30 marzo, mencionado en esa Norma indicada, de la Convocatoria e invocado en la comentada pretensión de los demandantes, y explícitamente, el artículo 11.2 del Reglamento General para el ingreso en la Administración Pública, de 27 junio 1968, aplicado en el fallo objeto de la presente apelación.

Siguiendo con el examen de la pretensión principal de los demandantes, resulta trascendental para la decisión procedente que la misma, según los términos de su formulación, persigue se les nombre funcionarios con la sola condición de haber sido declarados aptos los cursillos, que con anulación de los convocados en los acuerdos recurridos deberán serlo, incluyéndoles simultáneamente con la relación de aprobados, publicada con la del acuerdo de dicha convocatoria; pretensión que no puede acogerse ni aun con la cautela o limitación establecida en la sentencia apelada, puesto que tal pre-

tendida simultaneidad y conjunción en los referidos cursillos no está dispuesta en ninguna de las normas de las Bases contenidas en el anuncio del Concurso para la provisión de las vacantes de que se trata y son ley prioritaria en su realización, ni siquiera en la 10.ª, aplicada principalmente en la sentencia apelada, pues esa norma prevé precisamente *la fase de los nombramientos, que ha de ser de los calificados aptos, calificación que puede obtenerse no sólo en el cursillo convocado, sino también en el inmediato posterior, pero siempre para cubrir las plazas convocadas, no en mayor número de ellas, y por lo tanto habrá de esperarse al nombramiento definitivo de los designados para comprobar, si en efecto, tienen cabida, dentro del número de plazas convocadas, se repite, los incluidos en la relación "complementaria", de los aprobados en los ejercicios eliminatorios, y puedan entonces operar las previsiones tanto del artículo 11 del Decreto número 1411/68, de 27 junio, reglamentando el ingreso en la Administración Pública, como de la Disp. Adic. 5.ª del Real Decreto-ley núm. 22/77, de 30 marzo, sobre funcionarios públicos. Siendo también de tener en cuenta, en el presente caso, que al haber excedido en esos ejercicios eliminatorios como mucho —55, salvo error matemático— el número de aprobados, del de plazas convocadas —500— para ese turno restringido, y que según resulta de las actuaciones del expediente administrativo, en el turno libre, aprobando 264, sin que el resto de las 300, reservadas para el mismo, sean agregables a las de aquel restringido, en virtud de lo dispuesto en la citada Base 1, núm. 1.1, de las normas reguladoras de la convocatoria, como asimismo resulta del contenido de la certificación aportada en trámite de prueba por los demandantes, a las actuaciones de primera instancia, en esta vía jurisdiccional —folio 312—, que finalizado el proceso selectivo, fueron declarados funcionarios 764 opositores, suma coincidente con la de los aprobados en ambos turnos o sistemas, y que de ellos tres no tomaron posesión, sin que se concrete en el certificado a cuál de tales turnos pertenecían los mismos, por lo que con todos esos datos son racionales las dudas de que aún en el supuesto más favorable para los recurrentes de pertenecer los no posesionados a los aprobados en el turno restringido, salvo el recurrente que en el orden por puntuaciones figura relacionado el tercero, dentro de la lista "complementaria", los demás pudieran entrar en la determinación numérica que el fallo apelado remite al periodo de ejecución de la sentencia. Por cuanto se deja expuesto, procede la desestimación de la presente apelación, interpuesta por los demandantes y con estimación de la formalizada por la representación de la Administración demandada, revocar la sentencia apelada en la parte por ella impugnada y en su lugar declarar la desestimación de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por los primeros, con confirmación de las resoluciones impugnadas en ellos; sin que se aprecie mala fe o temeridad a efectos de una especial imposición de costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley de esta Jurisdicción.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 22 de mayo de 1984.)*

5. *Límites del carácter estatutario de la relación funcionarial. Necesidad de compatibilizar el principio de reserva de ley en la regulación del estatuto de los funcionarios públicos y el acceso a la función pública por el mérito y la capacidad con el principio de autonomía municipal.*

«Del mismo artículo 118 citado se advierte que la suspensión acordada actúa como desencadenante del singular proceso contemplado por ese precepto, suspensión que deberá ser examinada en cuanto a su acomodación a derecho, puesto que sólo, insistimos, si se ha producido correctamente dará paso al enjuiciamiento del contenido del acuerdo suspendido, produ-

cido en el caso aquí examinado para establecer una *normación reguladora de la relación entre el Ayuntamiento y sus funcionarios, de naturaleza fundamentalmente estatutaria y no sinalagmática que, en principio, concierne al Ayuntamiento en virtud de su potestad reglamentaria* claramente reconocida en el artículo 108 de la Ley de Régimen Local, *pero que tiene unos evidentes límites*, que serán: a) *El interés público*, el cual no puede ser desconocido sin dar lugar a que pueda ser impugnado el acuerdo por desviación de poder —arts. 48.1 de la L. Pro. Adm. y 83.3 de la Ley de esta Jurisdicción—; b) *La jerarquía formal de normas* (art. 9.3 de la Constitución y art. 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado); c) *La aplicación de la técnica de la anulación o revocación de los actos*; y d) *Los derechos adquiridos de los funcionarios*.

El artículo 103.3 de nuestra Constitución establece una reserva a favor de la Ley para regular el estatuto de los funcionarios públicos y el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, mientras que el artículo 149.1.18 del mismo texto constitucional atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios, todo lo cual apunta claramente hacia la profesionalización de la función pública y su regulación a nivel del Estado con criterios en cierto modo de igualdad y solidaridad y sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas y las competencias a éstas atribuidas (arts. 149.1.18 y 148 Constitución). Mas tales principios, en cierta manera igualadores y solidarios entre la Administración Estatal y Local, no pueden colisionar con el de Autonomía de las Corporaciones Locales consagrado en el artículo 137 también de la Constitución, que les confiere a dichas Entidades Locales la gestión autónoma de sus respectivos intereses, autonomía reiterada y garantizada para los municipios en el artículo 140 de ese texto constitucional, donde además se especifica que su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos. *Aquel criterio igualador a nivel del Estado, y éste de respeto y garantía a la autonomía de la esfera local, y concretamente la municipal, han de conciliarse y armonizarse admitiendo la tutela estatal para salvaguardar los intereses supra municipales o generales junto con el principio de legalidad, y rechazando una tutela del poder central que sirva propósitos de oportunidad para cercenar intereses propios de la entidad local atribuidos a ésta por aquel principio de autonomía*, criterio que se ve apoyado en SS. de 2 febrero y 29 abril 1981 del Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, donde se proclama que *el principio de autonomía se circunscribe a los intereses propios de la entidad local y que el control por órganos estatales de la legalidad de la actuación municipal debe referirse a supuestos en que el ejercicio de sus competencias incida en intereses generales concurrentes con los de la entidad local*, posición de equilibrio con respecto a la autonomía que se proclama por el Real Decreto-ley 3/81, de 16 enero, si bien con mayor rigor restrictivo para la administración central cuando en el artículo 8 de esta norma exige *para que un órgano estatal pueda suspender un acuerdo municipal, no sólo que éste sea ilegal y que incida en intereses generales de ámbito superior, sino que esta incidencia afecte directamente a materias de la competencia del Estado*, es decir, se viene a precisar que esa afección se debe producir de manera directa, no bastando cualquier otra forma de incidir en los intereses generales. Planteado así el problema de la autonomía municipal en relación a la potestad de control del Estado, ha de partirse de aquella afectación directa a materias de la competencia estatal para que pueda surgir la facultad de la administración central de suspender un acuerdo municipal, sin perjuicio de que si este requisito indispensable para la actuación excepcional suspendiendo un acto municipal no concurre, la legalidad o ilegalidad del acto pueda ser revisada por la vía de los recursos ordinarios si del citado Real Decreto-ley de 16 enero 1981, en su artículo 8, resulta la limitación de las

facultades de suspender Acuerdos Municipales por la Administración Central o los casos de incidencia directa de aquéllos en la esfera estatal, el artículo 5.º del mismo contiene una distinta y principal limitación de aquella facultad suspensoria, basada en la materia objeto del acuerdo, y así dice: "Quedan sin efecto los procedimientos de fiscalización, intervención y tutela que actualmente ejerce el Ministerio de Administración Territorial sobre las Corporaciones Locales en materia de personal propio de las mismas, y en particular los siguientes...", o sea que *se suprime cualquier procedimiento mediante el cual la Administración Central podía fiscalizar la legalidad de actos municipales concernientes a materia de personal propio, intervenir los mismos con objeto de asegurar su regularidad o completar mediante la función tutelar la capacidad que pudiera faltar a los Entes Locales de que se trata, de manera que dentro del ámbito de esta materia, en cuanto sea propia del Municipio, no ya sólo por la razón genérica de la autonomía municipal constitucionalmente proclamada y que el artículo 8 del Real Decreto-ley citado desarrolla, sino también y de modo más específico en virtud del artículo 5 de este Decreto-ley, aquellos controles estatales de la actividad municipal vienen a quedar excluidos, entre otros casos, cuando de esta materia de personal se trata.*

En esta línea de incompetencia estatal para la suspensión acordada, cabe decir también que así como el artículo 685 de la Ley de Régimen Local, en relación con el 190 del Reglamento de Haciendas Locales, preveían la aprobación de los presupuestos por un órgano de la Administración Central, el capítulo III del Real Decreto-ley 381, de 16 enero, desarrollado en el capítulo II del Real Decreto 1262/81, de 5 junio, excluye de esa aprobación presupuestaria toda intervención estatal, quedando reservada de modo exclusivo al Pleno Municipal; y con ello viene a ponerse de relieve aquella autonomía municipal cuando de materia presupuestaria se trata, con la consiguientes exclusión de la competencia del Estado en este campo financiero de la Administración Local.

Tanto en virtud de lo que antecede y *dado que lo concerniente a retribuciones de los funcionarios municipales es materia presupuestaria y de personal, bien por aquella falta de incidencia directa de estos presupuestos en la esfera estatal y sobre todo porque esa materia de personal expresamente se excluye del control de la Administración Central, el Gobernador Civil carecía en el caso contemplado de la facultad de suspender el acuerdo municipal en lo tocante a las retribuciones funcionariales, sin perjuicio de que si hubieran incurrido en ilegalidad pudieran ser impugnadas en esta vía jurisdiccional por los trámites del procedimiento ordinario.*

El convenio objeto del acuerdo suspendido no versa sólo sobre remuneraciones a los funcionarios municipales, sino que comprende también una amplia gama de derechos y obligaciones distintos de aquellos meramente económicos y que constituyen un régimen de relaciones funcionariales propias del sistema estatutario, conjunto de relaciones tanto económicas como de otro orden, que caen dentro del ámbito de lo que son materia de personal, concretada por la interrelación entre el Ente Administrativo y sus propios funcionarios, sin que escape de este contexto de personal algunas particulares reglas que, como las que hacen referencia a excedencias para ocupar puestos sindicales o pagas extraordinarias en caso de servicio militar, presenten ciertas relaciones o afecten de modo más o menos directo a los derechos a los que se deriven de los seguros sociales.

Al ser el acto objeto del recurso, anterior a la Ley 40/81 de 28 octubre, no tiene aplicación al caso esta norma, cuyo artículo 9 prevé para las remuneraciones dentro de la Administración Local una estructura semejante a la que rige para la Administración Civil del Estado, manteniendo en sus artículos II y siguientes lo prevenido por el Real Decreto-ley 3/81, en su capítulo III, sobre exclusión de cualquier órgano de la Administración Central de la aprobación de los Presupuestos del Municipio, que está así únicamente reservado al Pleno de esta Corporación.

Por lo expuesto se concluye la *incompetencia de cualquier órgano de la Administración Central para suspender el acuerdo municipal de que se trata y que afecta a materias económicas, sociales y sindicales, de donde resulta la improcedencia del procedimiento especial del artículo 118 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción*, debiendo, por todo ello, a tenor del apartado 5 de aquel precepto, levantarse la suspensión acordada.

El enjuiciamiento de este recurso adquiere, ante todo, partir de la fecha en que el acuerdo gubernativo de suspensión se produjo para de ello deducir si en aquél concurren los presupuestos establecidos por el Ordenamiento jurídico para que el ejercicio de la potestad suspensiva tuviera lugar válidamente, y, habiéndose dictado el acto administrativo el 15 julio 1981 y producida su suspensión el 19 agosto del mismo año, era posible que por el Gobernador Civil se ejercitara su potestad de suspender y que el acceso a la Jurisdicción contenciosa tuviera lugar por el cauce procedimental del artículo 118 de su Ley Reguladora, ya que siendo aquéllos de data posterior a la vigencia del Real Decreto-ley de 16 enero 1981, eran anteriores a la Ley 40/1981, de 28 octubre, el primero de cuyos textos exige que el acuerdo que se suspende afecte directamente a materias de la competencia de Estado y constituya infracción de las leyes.

Es de decir, en orden a dicho primer requisito, que hay que ponerlo en consonancia con lo dispuesto por el artículo 5.º del propio Real Decreto-ley, a cuyo tenor quedaban, en general, sin efecto los procedimientos de fiscalización, intervención y tutela que actualmente ejerce el Ministerio de Administración Territorial sobre las Corporaciones Locales en materia de personal propio de las mismas y, en particular, la aprobación de plantillas orgánicas y cuadro de puestos de trabajo y sus modificaciones, la creación de grupos, subgrupos y clases de funcionarios y clasificación de los mismos, la determinación del procedimiento para el ingreso en los subgrupos de Administraciones Especiales y el nombramiento de funcionarios de empleo, norma ésta que era obligada consecuencia del *principio de autonomía municipal consagrado por el artículo 140 de la Constitución, por cierto concedido en términos tan absolutos que ha de aplicarse con criterio de gran amplitud y sin consentir más excepciones que las que de un modo expreso resulten establecidas*, y, a pesar de lo dispuesto en el número 3 del artículo 103 y en el artículo 149.1.18 del texto constitucional —que se citan en el acuerdo de suspensión—, no puede considerarse que el convenio suspendido haya invadido competencias del Estado, en cuanto contiene simples normas de régimen interior, no afectantes al alineamiento básico del estatuto funcional cuya regulación compete a aquél, sin otra proyección que la del estricto marco de las relaciones del Ayuntamiento con su personal, aspecto éste excluido —según va dicho— de la fiscalización estatal.

Esto sentado, es evidente que falta en el caso de autos el primero de los presupuestos legalmente exigidos para que la suspensión gubernativa proceda, y otra cosa bien distinta es que, al producirse el convenio, pudiera incidirse en los defectos de procedimiento que en el acuerdo de suspensión se concretan o, incluso, que parte del articulado de aquél pudiera colisionar con los preceptos legales y reglamentarios que también se citan, pues aunque así fuese —y no es preciso examinar ni decidir sobre la realidad de tales asertos—, lo que esa disconformidad jurídica respecto del Ordenamiento general vigente en la materia podía determinar sería la simple legitimación del Gobernador civil, como la de cualquier otro particular afectado por el convenio, de impugnarlo por la vía del procedimiento jurisdiccional ordinario.

Al coincidir con cuanto razonado queda las consideraciones de la sentencia recurrida, procede su íntegra confirmación, desestimando así el recurso de apelación que contra la misma se ha deducido.» (*Sentencia de la Sala 4.ª, 25 junio 1984.*)

6. *Inexistencia de ilegalidad manifiesta determinante de su suspensión por el Gobernador civil en el acuerdo municipal de contratar administrativamente como subalterno a quien ya había venido desempeñando esta plaza con dicho carácter de contrato. Las normas han de interpretarse de conformidad «con la realidad social en que han de ser aplicadas», realidad social en que se ha llegado, más que a una interpretación espiritualista, a la producción de todo un conjunto de disposiciones, tendentes a consolidar los puestos de trabajo ocupados por el personal contratado, eventual o temporero.*

*«La gran conmoción producida por el salto del anterior al actual régimen político se ha centrado en el tema autonómico, pero proyectado casi en exclusiva hacia el autonomismo de nacionalidades y regiones, relegando y oscureciendo el protagonismo de la entidad local más natural: el municipio, hasta el punto que, en estos momentos, aparece postrado y pasivo, en espera de saber quién ha de ejercer sobre él la tutela redentora, que parece irremediable, poniéndose mucho ardor en el tema, pero sólo para saber o dilucidar si la ha de ejercer el Estado o la respectiva Comunidad Autónoma, que es precisamente lo que ocurre en el presente supuesto, como en todos los que se están presentando en esta materia.*

Desprendiéndonos de tal idea obsesiva, al instante comprobamos lo que es un simple hecho, que, además, no puede ser más obvio y evidente: el del nombramiento por el Ayuntamiento de Bilbao de un modesto empleado subalterno, en régimen de contratación temporal, para salvar una situación de emergencia, ante la necesidad de cubrir una plaza vacante de ordenanza en un determinado Centro docente de esa localidad, no disponiendo de personal de plantilla para salir del paso.

Cierto que, a pesar de la ínfima condición del empleo y de las circunstancias que provocaron el nombramiento, la advertencia de ilegalidad del mismo, formulada por el Secretario de la Corporación bilbaína, no estaba desprovista de apoyo normativo, sobre todo cuando tan recientemente se había dictado el Decreto 3046/77, de 6 de octubre, aprobatorio del Texto articulado parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local, en cuyo artículo 25.1.º se ponía el tope temporal a este tipo de contratos de un año, considerándolos improrrogables y no renovables.

*Como no estamos en un proceso ordinario, sino en el especial del artículo 118 de la Ley de Jurisdicción, nos podemos permitir la libertad de abordar el tema en litigio sin sometimiento a los estrictos términos de legalidad de la cuestión planteada, ya que la especialidad del recurso permite un enjuiciamiento matizador, desde perspectivas propias, que incluso condicionan el éxito de la pretensión en él deducida.*

Dentro de este especial enfoque, podemos constatar que este precepto del artículo 25.1.º del Real Decreto 3046/77 no es nada novedoso, puesto que estaba precedido del contenido en el artículo 326 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955; de lo dispuesto en la Ley 108/1963, de 20 de julio (art. 9); de lo reglado en las Normas 2.ª y 7.ª de la instrucción núm. 1, para aplicación de la Ley anterior, aprobada por Orden de 15 de octubre de 1963; y de la regulación establecida en el Reglamento de Funcionarios de Administración Local, de 30 de mayo de 1952; pues bien, a pesar de esta abrumadora producción normativa, y sin llegar en nuestra licencia a la provocación de defender la tesis de la *consuetudo abrogatoria* y del "desuso", aunque fueran admitidos por nuestras Leyes de Partidas (título 2.º, Partida 1.ª, Ley 6.ª), ya que esta permisibilidad fue yugulada terminantemente en la Novísima Recopilación (Ley 2.ª, título 3.º, libro 2.º), pasando al artículo 5 del Código Civil de 1851, al vigen (art. 5.º) e incluso al nuevo Título Preliminar del mismo, texto articulado aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1974 (art. 2.2.º); lo que sí se nos permitirá decir, sin incurrir en

anatema, es que por recomendación de este mismo Título Preliminar las normas han de interpretarse de conformidad con "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas", realidad social que ha llegado, más que a interpretaciones espiritualistas, a la producción de todo un conjunto de disposiciones, tendentes a consolidar los puestos de trabajo ocupados por estos contratados, eventuales o temporeros.

Dentro del conjunto normativo al que acabamos de referirnos podemos citar el Real Decreto-ley de 30 de marzo de 1977 (Disposiciones Adicionales 1.ª, 2.ª y 5.ª), el Real Decreto de 2 de marzo de 1978 (Disposición Adicional 1.ª2), la Ley 44/1981, de 26 de diciembre (art. 6.4) y, por lo que se refiere a las Corporaciones Locales, el Real Decreto de 26 de enero de 1979 (art. 11.2) y la Resolución de la Dirección General de Administración Local de 19 de febrero de 1979.

Después de la constitución de estos Ordenamientos paralelos, uno, muy limitativo de la contratación de funcionarios, aunque prácticamente caído en desuso; otro, en dirección opuesta, prolongador de sus situaciones y consolidador de sus puestos de trabajo; después de esto, repetimos, lo menos que se puede declarar es que *el acuerdo suspendido por el Gobernador Civil de Vizcaya, objeto del recurso que nos ocupa, no infringe manifiestamente la ley, como sería preciso, en una aplicación del artículo 118 de la Ley Jurisdiccional; ni, de aplicar la Ley 40/1981, incurre tampoco en los supuestos previstos en su artículo 8 (infracción de ley e invasión de competencias del Estado), por lo que tal suspensión es totalmente improcedente.*

Aparte de las razones expuestas, que por sí solas serían suficientes para la desestimación de la apelación que nos ocupa, existe otra, igualmente idónea, para producir el mismo efecto; razón basada en la *actual carencia de competencia del Gobernador para actuar en reemplazo del Gobierno Vasco, por inacción de éste, dada la superación de lo reglado en el artículo 1.4.1 del Real Decreto 2488/78, de 25 de agosto, por lo establecido en la Ley Orgánica de 18 de diciembre de 1979, aprobatoria del Estatuto de esta Comunidad (art. 10.4), en un asunto como el que nos ocupa, en el que no está en juego ninguna de las Bases del Régimen Local ni de la Función Pública, a las que se refiere el artículo 149.1.18 de nuestra Constitución.*

Por todo lo expuesto procede desestimar la presente apelación de la Abogacía del Estado y confirmar, por consiguiente, la sentencia recurrida de la Audiencia Territorial de Bilbao, con aceptación en lo sustancial de sus considerandos. Sin que existan motivos para una especial imposición de costas.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 18 julio 1984.)

#### IV. DERECHOS

1. *El D. 1409/77, sobre integración del personal interino, temporero y contratado de la Administración local no había de adaptarse necesariamente al D-Ley 27/77, ya que, conforme a la ley delegante —la 79/68— había de conseguir la «acomodación» de la legislación local a la estatal en la materia, por lo que, según el sentido semántico de la palabra «acomodar» se autorizó al Gobierno para amoldar, armonizar, adaptar una situación a otra, y por ello, al aplicar las líneas maestras del sistema funcional del Estado hubo de tener en cuenta las características peculiares de la Administración local.*

«El recurso de apelación interpuesto por D. Francisco M. T. y demás coligantes fue admitido en razón de que una de las cuestiones ventilada en los autos versaba sobre la nulidad de una disposición de carácter general cual es el Decreto 1409, de 2 junio 1977, sobre integración del personal

interino, temporero, eventual o contratado de la Administración Local, y por ello ha posibilitado la admisión de la apelación de conformidad con lo prevenido en el artículo 94.2.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, que, de no darse ese supuesto, sería inadmisibile según lo dispuesto en el artículo 94.1.a) del propio ordenamiento por tratarse de materia de personal en la que no se ha discutido sobre la desviación de poder; ahora bien, esta circunstancia lleva como consecuencia que la materia de esta apelación se circunscriba a decidir únicamente sobre la legalidad del citado Decreto, pues en caso contrario se infringiría la prohibición de conocer en segunda instancia de las cuestiones relativas a personal, salvo en los casos concretamente autorizados por la Ley de la Jurisdicción.

Limitado el problema en los términos expuestos, es de ver que la nulidad del expresado Decreto 1409/77 la pretenden los recurrentes con base en la infracción del principio de jerarquía normativa en que ha incidido, en su opinión, al extender sus normas a supuestos distintos de los establecidos en el Real Decreto-ley 22/77, de 30 marzo, sobre reforma de la legislación relativa a los funcionarios de la Administración Civil del Estado y personal militar; pero es de tener en cuenta que la disposición que sirve de cobertura al Decreto impugnado es el Decreto-ley de 27 julio 1983, que encomendaba al Gobierno el cometido de promulgar el texto articulado previsto en la Ley 79/1968, de 5 diciembre, adoptando entre tanto las medidas provisionales que estime necesarias en orden a la inmediata acomodación del régimen y retribuciones de los funcionarios locales a las normas aplicables a los funcionarios civiles del Estado de acuerdo con los criterios de la repetida Ley.

A tenor de los términos de la Ley delegante, el cometido atribuido al Gobierno no supone la aplicación indiferenciada a los funcionarios locales de las normativas instituidas para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, sino que lo confiado al Gobierno fue la acomodación de aquellas normas a las especiales características de la Administración Local, es decir, que según el sentido semántico de la palabra "acomodar", se le autoriza para amoldar, armonizar, adaptar una situación a otra, y por ello al aplicar las líneas maestras del sistema funcional del Estado al de la Administración Local hubo de tener en cuenta las características peculiares de la última.

Como consecuencia de lo expuesto, no puede verse una identidad de situaciones entre las reguladas en el Real Decreto-ley 22/77 y las del Decreto impugnado, en cuanto ésta no nace de aquél, sino que en aras de la acomodación conferida por el Decreto de 27 agosto 1973 que le sirve de cobertura, amoldó a la situación local los criterios de la Administración Central, tratando de resolver definitivamente todas las situaciones irregulares que en materia de personal se habían producido en la Administración Local, situaciones semejantes pero no idénticas a las de la Administración Central, y al hacerlo no actuó con exceso de atribuciones en la redacción del Decreto objeto de recurso, en relación con el Real Decreto-ley 22/77.

Además de estas razones opera otra de orden puramente legal y es la declaración de vigencia del Decreto impugnado por una norma delegada que tiene rango de Ley —norma posterior al Real Decreto-ley 22/77—, cual es el Real Decreto 3046/77, de 6 octubre, que expresamente declara la vigencia del Decreto objeto del recurso, convalidando con ello su contenido, haciendo inoperantes los argumentos aducidos en pro de su nulidad basados en la infracción del principio de jerarquía de normas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 11 de mayo de 1984.*)

2. *El personal vinculado con la Administración por contrato administrativo no adquiere el derecho a una permanencia continuada, por el hecho de que continuase prestando servicios una vez extinguido el contrato, ya que los contratos administrativos no son prorrogables por la tácita.*

«La segunda expresada en la sentencia, sin que fuera objeto de alegación por las partes, es la de existencia de litis pendencia, por estarse tramitando en el momento de interponer el recurso contencioso-administrativo otro recurso de suplicación ante el Tribunal Central de Trabajo, contra sentencia de la Magistratura del Trabajo de León, número 2, que declaró carecía de competencia para conocer de la reclamación de D. Julio A. G. contra el Ayuntamiento de León, solicitando la declaración de la improcedencia del despido como Director Gerente del Palacio Municipal de Deportes, readmisión y abono de salarios dejados de percibir, pudiendo hacer uso de sus derechos ante la jurisdicción contencioso-administrativa; esta excepción no ha sido alegada por las partes ni el Tribunal ha hecho uso de la facultad del número 2 del artículo 43 de la Ley de esta jurisdicción, pues la inadmisión del recurso es una forma de oponerse al mismo; pero, además, esta excepción, que procede cuando existe pleito sobre lo mismo en otro Tribunal competente, y la resolución que recaiga ha de producir la excepción de cosa juzgada, por lo que han de darse las identidades exigidas para que ésta se pueda apreciar, y no se da la identidad de causa, que fundamenta la acción, pues en la jurisdicción laboral se pretende la existencia de un contrato de esta clase con aplicación de la legislación que regula los mismos, y aquí la de uno de carácter administrativo, con la aplicación de otras normas jurídicas ni puede afirmarse que sea competente el otro Tribunal, a estos efectos, cuando la sentencia ha declarado su propia incompetencia; por lo que han de ser rechazadas las dos causas de inadmisibilidad que fundan la declaración de la sentencia apelada, y, por tanto, revocarla por contraria a derecho, estimando en esta parte la apelación que se decide en esta sentencia.

Ante esta revocación, ha de examinarse y decidirse el fondo del asunto por expreso mandato del artículo 100.7 de la Ley de esta jurisdicción y sin que los pronunciamientos que ahora se hagan hayan de quedar limitados a la existencia o no de desviación de poder, pues aunque ese ha sido el fundamento de la admisión de la apelación, éste se produce cuando la apelada resuelve el fondo del asunto, pero no en este caso, al no existir tal resolución; la cuestión base consiste en calificar la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre el Ayuntamiento de León y el demandante, si es de naturaleza laboral o administrativa; y dado el contenido del mismo, atribuir al actor la gerencia del Palacio Municipal de Deportes, por término máximo de un año, aunque no existiese tal plaza en las plantillas de la Corporación, ha de entenderse de naturaleza administrativa, como lo ha declarado la jurisdicción laboral, por no darse los requisitos de los contratos de trabajo; según ha entendido también el Ayuntamiento demandado, tanto en la resolución de dicho contrato como en las decisiones adoptadas ante las reclamaciones del ahora recurrente.

El actor no ha ostentado nunca la condición de funcionario de la Corporación demandada, ni en propiedad ni en empleo, y los contratos administrativos no son prorrogables por la tácita, lo que indica que sólo se ha producido una situación de hecho que no concede derecho alguno al recurrente a una permanencia continuada en su situación, pues incluso el cambio de su situación jurídica le ha sido negado cuando lo ha solicitado, por lo que el acuerdo aquí impugnado ha sido adoptado de conformidad con el ordenamiento jurídico, sin que haya sido necesaria la instrucción de expediente con audiencia del interesado, ya que no se trataba de privarle de derechos, sino de poner fin a una situación de hecho, no protegida por ninguna norma jurídica.

Tampoco puede acogerse la alegación sobre desviación de poder por parte del Ayuntamiento de León; además de que lo manifestado por el recurrente es sólo una deducción de la actuación municipal, ya que si se ha efectuado nuevo contrato con otra persona para la gerencia de las instalaciones polideportivas y las instalaciones deportivas del Ayuntamiento, no implica que la actuación municipal se haya desviado del cumplimiento de la finalidad de servir a los intereses del pueblo, y el objeto del contrato es diferente al no comprender solamente el Palacio de Deportes, sino la totalidad de las instalaciones deportivas, que según los anuncios de la convocatoria son más que dicho Palacio, aunque éste se encuentre entre ellas; sin que conste que el actor concurriera a dicha convocatoria, que no se refiere a cubrir plaza de funcionario, sino de personal contratado; por todo lo cual ha de ser desestimado el recurso y confirmado el acuerdo impugnado.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 14 de mayo de 1984.*)

3. *El art. 23.2 CE al garantizar el derecho al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad lleva implícito el de permanecer en las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad. La separación de un funcionario por el Alcalde sin ajustarse a la normativa vigente se traduce en vía de hecho digna del amparo de la Ley de 26-XII-78.*

«Los fundamentos consignados por el Tribunal *a quo* en los Considerandos de la sentencia apelada no han sido desvirtuados por las alegaciones de las partes apelantes, pues aun siendo manifiesto que el proceso especial establecido por la Ley de 26 diciembre 1978 tiene como marco o límite exclusivo el amparo o tutela de los Derechos Fundamentales de la Persona reconocidos por la Constitución, siendo inadecuado e improcedente utilizar dicho procedimiento para defender cuestiones que afectan a la legalidad de los actos impugnados; pero si la pretensión básica que se postula por el recurrente, como se manifiesta en el presente proceso, es el amparo que se pide solicitando de la Sala que se le restablezca en el cargo público que como funcionario en propiedad y propio del Ayuntamiento apelante venía ejerciendo y no se desconozca por el Alcalde-Presidente el derecho fundamental que todos los ciudadanos tienen a permanecer en los cargos públicos en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las leyes, derecho éste que no se respetó por el acuerdo del Alcalde, separación definitiva del servicio hecho directamente afecta, lesionando al recurrente en el derecho consagrado por el artículo 23.2 del texto constitucional, que al garantizar el derecho al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad lleva implícito el de permanecer en las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, conforme ya ha sido interpretado en la sentencia de esta Sala de 30 septiembre 1982, y ese principio de acceder y permanecer en los cargos públicos en condiciones de igualdad es de aplicar también en el presente caso, por ofrecer en su esencia la misma fundamentación y análogos perjuicios al recurrente a consecuencia de ser desconocido por el acuerdo adoptado por el Alcalde de los Realejos separándole definitivamente del cargo de Suboficial de la Policía Municipal del Ayuntamiento de Los Realejos, cuyas funciones venía desempeñando como funcionario en propiedad del propio Ayuntamiento, separación definitiva que al ser acordada por un Decreto del Alcalde-Presidente, sin ajustarse a la normativa vigente, se traduce en una vía de hecho digna del amparo solicitado.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 23 mayo de 1984.*)

#### 4. *La variación del coeficiente aplicable a efectos de retribuciones en los funcionarios públicos es materia reservada a la ley.*

«Una vez más se presenta ante esta Sala la cuestión del coeficiente que debe ser asignado a determinados funcionarios; en este caso un funcionario de la Escala Técnica Administrativa a extinguir, procedente de la extinguida Organización del Movimiento, pretendiendo que le sea aplicado el coeficiente 5, conforme se hizo con el Cuerpo Técnico de la Administración Civil del Estado por acuerdo del Consejo de Ministros de 21 septiembre 1979, cuestión ésta que ya fue enjuiciada y resuelta por esta Sala en sus SS. de 26 noviembre 1982, 18 mayo y 11 noviembre 1983, en recursos que con la misma pretensión interpusieron numerosos funcionarios de las Escalas Técnicas de la AISS a extinguir, por la similitud que alegan en cuanto a titulación y funciones, pero sin que pueda entrarse en su estudio pormenorizado dada la imposibilidad de que el Consejo de Ministros pueda en la actualidad variar por sí ese coeficiente, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 42/1979, de 29 diciembre, por la que se aprobaron los Presupuestos Generales del Estado para 1980, que estableció 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 mayo, en relación a su vez con los índices de proporcionalidad establecidos en el Real Decreto-ley 22/1977, de 30 marzo, facultando, no obstante, en su párrafo 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 de Personal, proyectos de Ley en que se modifiquen el grado asignado, tramitación ésta obligada y decisión que corresponde a las Cortes Generales mediante la oportuna Ley.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 12 junio 1984.*)

#### 5. *Retribuciones. Modificación de grado. Reserva de Ley.*

«Pretendiendo los recurrentes que se les fije el coeficiente multiplicador 5 para regular su retribución de funcionarios técnicos del Estado al servicio de la Sanidad Local —Veterinarios titulares—, pretensión que formulada en vía administrativa no obtuvo contestación, se alega por el Abogado del Estado la inadmisibilidad del recurso jurisdiccional, por no haber planteado escrito inicial en la vía administrativa ocho de los veintidós recurrentes que han interpuesto el recurso contencioso-administrativo, no haber acusado la denuncia de mora varios recurrentes cuyos nombres no especifica y finalmente no haberse interpuesto el recurso contencioso-administrativo en el plazo establecido en la Ley Jurisdiccional.

Del examen de la documentación acompañada al escrito de interposición del presente recurso y de los antecedentes que obran en el expediente administrativo, se deduce que efectivamente ocho de los que figuran como recurrente nominados por el Abogado del Estado, consta que no formularan en la vía administrativa el escrito solicitando el señalamiento del coeficiente que ahora pretenden, por lo que el silencio de la Administración no puede afectarles al no haber provocado la actuación administrativa, y como la función revisora de esta jurisdicción exige como presupuesto procesal la existencia de un acto expreso o presunto o de una disposición de carácter general como requisito indispensable para el ejercicio de la acción contencioso-administrativa, ante su inexistencia procede declarar la inadmisibilidad del recurso por lo que respecta a dichos recurrentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.c) de la Ley reguladora de la jurisdicción en relación con los artículos 1.º y 37 del propio ordenamiento; igual suerte ha de correr el recurso interpuesto por el recurrente D. Honorio M. S. al no haber formulado la denuncia de mora, requisito *sine qua non* para que se

produzca un acto presunto, por lo que al no haberlo efectuado resulta igualmente inadmisibile su recurso y por idéntica causa que el de los anteriores, que se relacionarán en el Fallo de esta resolución.

Por lo que respecta a la causa de inadmisibilidad por haber sido interpuesto el recurso fuera de plazo, no es acogible porque el recurso ha sido formulado antes de transcurrido un año desde el día siguiente a aquel en que se entiende desestimada la petición, como exige el artículo 58.4 de la citada Ley Jurisdiccional, ya que denunciada la mora el 24 de julio de 1982 hasta el 24 de octubre siguiente no se entendía desestimada la petición, y el recurso fue presentado el 2 de diciembre del propio año, por lo que no se entendía desestimada la petición, y el recurso fue presentado el 2 de diciembre del propio año, por lo que no había transcurrido el plazo del año establecido en dicho precepto.

La petición de los recurrentes está centrada en que se le fije el coeficiente 5 para regular sus retribuciones, sustituyendo al coeficiente 4 que tiene asignado, sin impugnar la resolución administrativa que les señaló este coeficiente 4 que aceptaron como procedente en su momento, sino interesando que se les fije ahora el nuevo coeficiente 5 por la igualdad o similitud de funciones y responsabilidades con el Cuerpo Técnico de la Administración Civil del Estado y con los Veterinarios de las Corporaciones Locales que tienen reconocido dicho coeficiente.

El coeficiente retributivo repercute en la asignación del grado, nuevo elemento estructural de las retribuciones de los funcionarios públicos introducido por el Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, habiendo establecido el artículo 8.2.º de la Ley 42/1979 de Presupuestos Generales del Estado para 1980 una reserva de Ley en cuanto a la modificación y asignación del grado en relación con las retribuciones básicas de los Funcionarios, reserva legal reproducida en el artículo 6.3 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre; 4.3 de la Ley 44/1981, de 26 de diciembre, y 2.3 de la Ley 9/83, de 14 de julio, todas ellas reguladoras de los Presupuestos Generales del Estado, por lo que no puede ser acogida la pretensión de los recurrentes en cuanto ello implicaría imponer al Gobierno la obligación de señalar un coeficiente que lleva consigo la modificación del grado inicial, cuando esta materia corresponde al poder legislativo y no al Consejo de Ministros, según las disposiciones antes citadas; esta doctrina ha sido mantenida por esta Sala en reiteradas Sentencias, de las que son muestra las de 4 de marzo y 29 de abril de 1983, 25 de enero y 3 de febrero de 1984, por lo que en aplicación de la misma procede la desestimación del recurso, por ser conforme a derecho la desestimación presunta de la petición al Gobierno en orden a que éste fijara a los recurrentes un nuevo coeficiente.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 18 julio 1984.*)

## V. INCOMPATIBILIDADES

1. *Incompatibilidades. No se incumple el principio de igualdad, al no acreditarse el trato desigual en supuestos de hecho idénticos.*

«Las alegaciones de la parte apelante, el Abogado del Estado, tienen fuerza jurídica para enervar los argumentos de la sentencia de 1.ª instancia, la que procede revocar por las siguientes razones: a) la igualdad ante la Ley contenida en el artículo 14 de la Constitución, configura como tiene declarado con reiteración el Tribunal Constitucional un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato análogo, lo que obliga a que los supuestos de hechos iguales sean tratados idénticamente en situaciones jurídicas, abarcando también la igualdad en aplicación de las normas, de manera que los poderes públicos no pueden, en casos sustancialmente iguales, modificar el

sentido de sus actos, salvo que al apartarse de sus precedentes vaya acompañado de una fundamentación razonada; y también esta Sala —SS. 2 febrero, 4 mayo y 5 junio de 1984, entre otras— tiene declarado que ese principio de igualdad impone que sean tratados de forma idéntica hechos o situaciones iguales; b) y estas declaraciones conllevan al verdadero sentido con el que deben ser interpretados y examinados los hechos o situaciones que han provocado tratos desiguales, pues como reafirma el Tribunal Constitucional en S. de 24 enero 1984, ese principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución "no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de trascendencia jurídica"; de donde se deduce que entre los casos confrontados ha de existir una igualdad sustancial, no un mero parecido; y c) y en el presente caso, quiebra lo que constituye el presupuesto previo de dicho principio, que es la necesidad de partir de situaciones o hechos sustancialmente iguales; en efecto, el señor P. F., que recurrió en la vía procesal de la Ley 62/1978 contra la Res. de 18 enero 1984 de la Subsecretaría del Ministerio de Economía y Hacienda, es Arquitecto-Técnico al servicio de Hacienda Pública, por lo que no puede considerarse igual su situación con la que corresponde a los funcionarios cuya actividad privada se ha autorizado por otros organismos de la Administración a compatibilizar con restricciones, pues es evidente que la función pública que el señor P. desempeña al servicio de la Hacienda Pública no tiene por qué ser igual al que desempeña un funcionario del Cuerpo General Técnico, un Arquitecto en comisión de servicio en el Ministerio de Justicia, un Ingeniero Agrónomo al servicio del IRYDA, un Arquitecto Superior o Técnico de la Junta de Construcciones, Instalación y Equipo Escolar del Ministerio de Educación y Ciencia; d) que esta exigencia de la igualdad en las situaciones que sirven de base a las resoluciones administrativas que se pretenden estimar como discriminatoria, es imprescindible para evitar que la comparación de diversos tratos administrativos no se conviertan en un confucionismo de casos procedentes de los más diversos estamentos de la Administración, con abstracción de los elementos diferenciadores de trascendencia jurídica por donde se intente penetrar y seguir el procedimiento especial de la Ley 62/1978, en lugar de acudir al procedimiento ordinario de control de la legalidad del acto administrativo; e) y, por tanto, si en este procedimiento especial de la Ley 62/1978 no nos encontramos ante un tratamiento diferenciado en situaciones iguales, que es lo que impide el artículo 14 de la Constitución, no procede entrar a analizar y resolver sobre la adecuada aplicación de la Ley 20/1982, de 9 junio, sobre incompatibilidades en el sector público, ya que esto es un control de legalidad del acto administrativo, que debe tener su cauce procesal por el procedimiento contencioso-administrativo ordinario, pues en otro caso quedaría desnaturalizado y deformado la finalidad de ámbito de aplicación de la citada Ley de Protección Jurídica de los Derechos Fundamentales de la Persona.

En la resolución administrativa objeto del recurso, tampoco se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 24.4 de la Constitución en punto a la presunción de inocencia, ya que la incompatibilidad declarada no supone, cual sostiene la representación del señor P., que éste sea un infractor potencial o actual del régimen de incompatibilidades, pues la resolución administrativa combatida no se le imputa parcialidad alguna, sino que lo que simplemente se hace es declararlo incompatible con el ejercicio de cargos, profesión u oficio que pueden impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes de funcionario, comprometiendo su imparcialidad e independencia con perjuicio de los intereses públicos, que es la finalidad de la Ley 20/82 sobre incompatibilidad en el sector público.

En consecuencia, al no haber vulneración de los artículos 14 y 24.2 de la Constitución, procede estimar el presente recurso de apelación, revocar la sentencia de primera instancia y desestimar el recurso contencioso-administrativo.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 29 mayo 1984.*)

2. *Al impugnar la declaración de incompatibilidad de funcionarios con el ejercicio de funciones privadas al amparo de la Ley 62/78, no se trata de valorar la legalidad de la compatibilidad, sino la existencia de trato discriminatorio respecto de idénticos supuestos de hecho. Inexistencia de discriminación.*

«Promovido recurso contencioso-administrativo al amparo de la Ley 62/78 sobre protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, contra la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 5 diciembre 1983, por la que se acordó denegar la compatibilidad solicitada por don Juan Alfonso R. C., que desarrolla su puesto de trabajo de Técnico de Seguridad en el Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo, y la del ejercicio libre de la profesión de Arquitecto Técnico y acordada en la sentencia apelada la compatibilidad solicitada en razón a que por la Dirección General del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo se informa haber sido concedida la compatibilidad "a un total de treinta Titulados Superiores y treinta y tres Titulados Medios para ejercer actividades privadas, tanto por cuenta propia como ajena", pero sin concretar cuáles fueron las situaciones profesionales con las cuales el mencionado Instituto hizo posible la declaración de compatibilidad, se ha de entender, consecuente con la tesis de la Abogacía del Estado, que la declaración como discriminatoria del principio fundamental de igualdad es contraria a la esencia del mismo y del proceso sumario y preferencial a que se refiere la Ley 62/78, concesiones que cumple matizar para llegar a través de estas intenciones a poner de manifiesto como efectivamente se pronuncia la Sala en términos de tal amplitud que contraviene la esencia del proceso y del principio fundamental que a su amparo se pretende salvaguardar y proteger.

La sentencia de esta Sala de 5 de junio pasado abunda en la misma idea de que "la tesis de la parte recurrente viene inspirada en la idea y concepción rigurosamente errónea de que el planteamiento del problema estriba en la declaración de procedencia o improcedencia de las compatibilidades en cada caso declaradas o consentidas y el alcance de éstas; y la respuesta habrá de ser obligadamente negativa por cuanto que la cuestión que se debate no es ésta; no se trata de valorar la legalidad o no de la compatibilidad o incompatibilidad declarada en cada caso, sino de hallar ante situaciones ilegales si se han producido tratamientos distintos o discriminatorios partiendo para ello de esa situación de igualdad, identidad o exactitud y no de equivalencia, analogía o equiparación con otras profesiones como se pretende; negativa que lleva como consecuencia el que no puede prestar contenido al derecho fundamental de igualdad que se trata de salvaguardar la dilatada polémica de la compatibilidad, sino de si la situación que concurre en el recurrente ha sido o no objeto de un tratamiento, desigualdad en relación con situaciones a su vez iguales", y es claro que el planteamiento ofrecido a la Sala y resuelto por ésta, no responde a estas características, toda vez que, como queda enunciado, de la Certificación del Instituto Nacional sólo se viene en conocimiento de un término del dilema, el de que se trata de funcionarios que de una u otra categoría profesional han sido declarados compatibles, pero se desconoce radicalmente el otro término, que es el que en este caso fue valorado y ponderado en la Resolución de la Subsecretaría recurrida.

Es doctrina asimismo mantenida por esta Sala la de "que siendo el derecho fundamental que se supone desamparado el de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución, y el Tribunal Constitucional en su S. de 10 julio 1981 (R. T. Const. 23) marca las pautas que han de ser tenidas en cuenta para hacer posible esa protección; para que la discriminación haya tenido lugar y así es el primero de los postulados el de "que el principio

de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca" y si las enunciaci3nes hechas por el recurrente no son correctas para de ellas deducir el riguroso principio de igualdad, tampoco lo son las de la Sala porque omite la también doctrina del Tribunal Constitucional que declara "que el principio de igualdad encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales. Sólo podrá aducirse el principio de igualdad cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos", quedando de esta forma así enmarcados con rigurosa precisión los perfiles dentro de los cuales ha de desenvolverse la acción promovida en defensa de ese derecho fundamental de igualdad que como tiene dicho la sentencia de este Tribunal de 10 octubre 1982 ha de entenderse "entre iguales", es decir, entre aquellos que tienen circunstancias de todo tipo iguales.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 2 junio 1984.*)

3. *Declaración de incompatibilidad con ejercicio de actividades privadas. Su impugnación conforme a la Ley 62/78 no permite el enjuiciamiento de la legalidad, sino tan sólo si se ha infringido el principio de igualdad.*

«Promovido recurso contencioso-administrativo al amparo de la Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, por don José Joaquín M. V., funcionario del Cuerpo de Abogados de Estado, contra la Resolución de la Inspección General del Ministerio de Economía y Hacienda dictada en el expediente a su instancia iniciado, de compatibilidad y en la que se declara que "el ejercicio privado de la abogacía o de asesoramiento jurídico por parte de los funcionarios del Cuerpo de Abogados del Estado supone una incompatibilidad específica con el desempeño de su puesto de trabajo en la Administración Pública", tanto por motivos de coincidencias, aun esporádicas u ocasionales con el horario de trabajo en la Administración Pública, "como por razón de la posible influencia contraria a la objetividad e independencia que deben rodear al funcionario, a su puesto de trabajo y a su función", habrá de estimarse de conformidad con la tesis y criterio que viene mantenido por la Abogacía del Estado y de manera concreta en este recurso de apelación, que no se acomoda a derecho la pretensión del recurrente básicamente inspirada en la desigualdad en que se le sitúa en relación con otras actividades profesionales expresamente mencionadas y, por tanto, habrá de producirse la revocación de la sentencia apelada por ser consecuente y conforme con la fundamentación en que el recurrente apoya su recurso, que habrá de quedar contraído al examen del derecho fundamental de igualdad que se supone discriminado, ya que otras alegaciones como las contenidas en los artículos 24 y 25 de la Constitución fueron rechazadas en la Sentencia y han quedado sin contenido.

La tesis de la parte recurrente viene inspirada en la idea y concepción rigurosamente err3nea de que el planteamiento del problema estriba en la declaración de procedencia o improcedencia de las compatibilidades en cada caso declaradas o consentidas y el alcance de éstas, y la respuesta habrá de ser obligatoriamente negativa por cuanto que la cuestión que se debate no es ésa; no se trata de valorar la legalidad o no de la compatibilidad o incompatibilidad declaradas en cada caso, sino de hallar ante situaciones iguales si se han producido tratamientos distintos o discriminatorios partiendo para ello de esa situación de igualdad, identidad o exactitud y no de equivalencia, analogía o equiparación con otras profesiones como se pretende; negatoria que lleva como consecuencia el que no pueda prestar

contenido el derecho fundamental de igualdad que se trata de salvaguardar, la ardua y dilatada polémica de la incompatibilidad, sino, si la situación que concurre en el recurrente ha sido o no objeto de un tratamiento de desigualdad en relación con situaciones a su vez iguales; y no son en manera alguna iguales las que en la demanda se denuncian como carentes "de razones objetivas" en relación con otras disciplinas funcionariales y las actividades que ella desempeña ni lo es singularmente aquélla en la que se detiene la sentencia apelada en su razonar y en la que hace especial hincapié, porque sin perjuicio de que las funciones que les vienen conferidas no tienen en manera alguna la misma significación, en todos los casos enunciados las situaciones son desiguales, lo que hace que permanezcan ajenas a este examen analítico como ajenas al proceso sumario y preferencial, tanto más cuanto al pretender resolver sobre las mismas conllevaría como inevitable consecuencia conocer de cuestiones ajenas a la competencia de esta Sala y, lo que es más decisivo e importante, alterar los presupuestos procesales que son necesarios y esenciales para dar vida a esta clase de procesos.

Siendo el derecho fundamental que se supone desamparado el de "igualdad" previsto en el artículo 14 de la Constitución, el T. Const. en su S. de 10 julio 1981, marca las pautas que han de ser tenidas en cuenta para hacer posible esa protección, para que la discriminación haya tenido lugar, y así en el primero de los postulados, el de "que el principio de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias que concurran en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca", y si las enunciadas hechas por el recurrente no son correctas para de ellas deducir el riguroso principio de igualdad, tampoco lo son las de la Sala porque omite la también doctrina del T. Const., que declara que "el principio de igualdad encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales. Sólo podrá aducirse el principio de igualdad cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos"; terminando estas declaraciones con la de que "la igualdad de situaciones es requisito básico para la correcta invocación y aplicación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución", quedando así enmarcados con rigurosa precisión los perfiles dentro de los cuales ha de desenvolverse la acción promovida en defensa de ese derecho fundamental y en cuyo lugar no tienen cabida las actividades profesionales que se citan comparativamente por cuanto que, como también tiene declarado este Tribunal en su S. de 10 diciembre 1982, "la igualdad ha de entenderse entre iguales, es decir, entre aquellos que tienen circunstancias de todo tipo iguales".» (*Sentencia de la Sala 3.ª 5 junio 1984.*)

#### 4. Alcance de la impugnación de declaración de incompatibilidad con el ejercicio de actividades privadas conforme a la Ley 62/78. Arquitectos.

«Dentro del ámbito del proceso especial, regulado por la Ley de 26 diciembre 1978, no puede ser examinada la legalidad intrínseca de los actos o disposiciones impugnados, contrastándolos con el Ordenamiento Jurídico en toda su amplitud, sino solamente si dichos actos infringen algunos de los derechos constitucionalmente protegidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución o los expresamente mencionados en el Real Decreto de 20 febrero 1979, ya que si bien todo administrado tiene derecho a la tutela efectiva de los Tribunales (art. 24 de la Constitución) y si bien la Administración debe actuar con sometimiento pleno a derecho (art. 103) reconociendo a los ciudadanos el derecho a la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad (art. 9 de la Constitución), ninguno de estos preceptos puede

ser invocado como fundamento del recurso regulado en este proceso especial, puesto que la tutela efectiva de los Tribunales también se obtiene acudiendo al proceso ordinario contencioso-administrativo en el cual podrán invocarse no sólo los preceptos contenidos en los artículos 14 al 29 de la Constitución, sino además todos los restantes de ella y los regulados por Leyes o Reglamentos ajenos a los derechos fundamentales de la persona constitucionalmente protegidos.

Se razona lo que antecede porque la Sentencia apelada más que razonar acerca de cómo y por qué infringe el Acuerdo impugnado el principio de igualdad ante la Ley, está examinando la legalidad intrínseca del Acuerdo del Subsecretario del Ministerio de Hacienda, comenzando con razonar que si bien inicialmente se concede al entonces actor la compatibilidad para ejercer la profesión libremente, sin embargo, seguidamente se establecen limitaciones que hacen ilusoria esa autorización de compatibilidad, argumento que podría ser empleado en el caso de que otros funcionarios, en situación idéntica con el entonces recurrente, hubieran obtenido una autorización plena y total y solamente el recurrente fuera el discriminado por el acuerdo impugnado, en comparación con otros acuerdos recaídos en casos idénticos al contemplado, lo que nos lleva precisamente al segundo de los puntos que debe de ser examinado.

El actor, Arquitecto Superior al Servicio de la Hacienda Pública, destinado en la Delegación de Hacienda de Zaragoza, solicitó la compatibilidad con el ejercicio libre de su profesión, lo que fue autorizado por el Ministerio de Hacienda con unas limitaciones, que eran: a) necesidad en caso concreto de autorización para realización de proyectos y demás trabajos; b) que no podía concederse compatibilidad para el trabajo de dirección de obras ni otros que puedan suponer coincidencia horaria, frente a cuyo Acuerdo el recurrente interpuso el recurso contencioso regulado en la Ley de 26 diciembre 1978, estimando que se infringía por dicho Acuerdo el principio de igualdad, y acompañando a su escrito diversas certificaciones mediante las que los diversos departamentos ministeriales concedían la compatibilidad para el ejercicio de la libre profesión como Abogado a un funcionario del Cuerpo Técnico de la Administración, a un Arquitecto al Servicio de la Hacienda Pública destinado en comisión de servicios en el Ministerio de Justicia, a un Ingeniero Agrónomo, Subjefe Provincial del IRYDA y a dos Arquitectos, parece ser que uno de ellos Doctor y otro no, con destino en el Ministerio de Educación y Ciencia, en la Junta de Construcciones, Instalaciones y Equipo Escolar, frente a cuyas autorizaciones entendía que se había producido, en su caso particular, una discriminación que infringía el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución.

La simple lectura y examen de los documentos acompañados por el actor y apelado ponen de manifiesto que entre su situación y las de los demás, que fueron autorizados a compatibilizar las funciones públicas y la actividad privada, no existe no ya sólo identidad, sino ni siquiera semejanzas apreciables, en los casos concretos del Abogado y del Ingeniero al servicio del IRYDA; tampoco puede establecerse la comparación entre el Arquitecto destinado en comisión de servicio en el Ministerio de Justicia y el actor, ya que si bien ambos pertenecen al Cuerpo de Arquitectos al Servicio de la Hacienda Pública, el que fue autorizado no desempeña sus funciones en una Delegación de Hacienda como el recurrente, sino en el Ministerio de Justicia, y no se sabe exactamente en qué concepto ni cuáles son las funciones que realiza, que hay que presumir no son las propias del Cuerpo al que pertenece, ya que entonces estaría adscrito a una Delegación de Hacienda y no a otro Ministerio distinto, por lo que la compatibilidad no fue concedida a un funcionario en la misma situación y ejerciendo las mismas funciones que el recurrente, al igual que tampoco es comparable su situación —a los efectos de este recurso— con la de otros Arquitectos que desempeñan sus funciones en el Ministerio de Educación y Ciencia.

Reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional que comienzan con la de 10 julio 1981 y llegan hasta la de 20 febrero 1984 establecen la doctrina (seguida por este T. S.) de que el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de trascendencia jurídica, ya que la igualdad sólo es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable en relación con la finalidad y la medida considerada, debiendo darse una proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida; con base en tal doctrina, y en la muy reiterada también de que se infringe el principio si ante situaciones idénticas se producen resoluciones distintas, es evidente que en este caso no se puede entender infringido el principio de igualdad, ya que la única identidad del funcionario con los restantes con los que quiere establecer la comparación —de la que deduce una discriminación que le perjudica e infringe el principio constitucional— es la cualidad común de funcionarios públicos, lo que no es suficiente para que pueda entenderse adoptada una solución desigual, ya que son muy distintas las funciones que tiene encomendado un Arquitecto al Servicio de la Hacienda Pública, según el Decreto de 5 mayo 1941 y el Decreto-ley de 20 julio 199, que las asignadas a un Abogado del Cuerpo Técnico de la Administración o a un Ingeniero Agrónomo del IRYDA, y por ello, partiendo de la sola cualidad común y genérica de funcionarios públicos, no se puede pretender un específico derecho de igualdad, porque éste no puede resultar infringido al ser distintas las funciones de cada Cuerpo, ser distinta la responsabilidad o facultades de decisión y demás circunstancias que no es preciso enumerar, pero que hacen que no pueda pretenderse la misma solución ante situaciones tan dispares como las enunciadas.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 7 de junio de 1984.*)

*5. Incompatibilidades. Igualdad ante la ley. No puede predicarse de funcionarios pertenecientes a distintos cuerpos.*

Se plantea en la apelación cuestión referida a la aplicación del principio de igualdad ante la Ley, que es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, según el artículo 1.º de la Constitución: corresponde a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud según disponen los artículos 9.2 y 53.1; sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de cualquier condición o circunstancia personal o social, como establece el artículo 14; y todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación, según el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aplicable conforme a lo dispuesto por el artículo 10.2 de la misma Constitución; declaraciones concluyentes y fundamentales de nuestro Derecho que han llevado a sentar doctrina jurisprudencial sobre la exigencia e ineludible efectividad del referido derecho; pero la trascendencia de éste exige sea delimitado, pues si es exigible reconocer el mismo derecho a los iguales ese principio no equipara en sus derechos a los desiguales, y como expresa el artículo 29 de la referida Declaración Universal de Derechos Humanos, toda persona, además de derechos, tiene también deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad, y tanto en el ejercicio de sus derechos como en el disfrute de sus libertades está sujeta a limitaciones establecidas por la Ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general; todo lo cual lleva a estimar, como se ha declarado en varias sentencias de esta Sala, que se lesiona el derecho

fundamental de igualdad cuando se agravia comparativamente a unos funcionarios respecto a otros de la misma clase, denegando derechos que hayan sido reconocidos a quienes están sujetos a la misma función o reglamentación; pero esa doctrina jurisprudencial no puede ser entendida ni extendida hasta declarar que todos los funcionarios son iguales entre sí, cuando tienen según el grupo a que pertenezcan distintas funciones, obligaciones y derechos, siendo la igualdad exigible en lo homogéneo pero no puede aplicarse a lo heterogéneo; como, en sentido inverso, no puede estimarse que las obligaciones e incompatibilidades exigibles a algunos funcionarios hayan de ser extendidas necesariamente a todos.

Este procedimiento especial, regulado por la Ley 62/1978, de 26 diciembre, tiene como ámbito de aplicación la protección jurisdiccional de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 y 29 de la Constitución, según establece la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 2/79, de 3 octubre, en relación con el artículo 53.2 de la Constitución; y por consecuencia, sólo puede ser enjuiciada en el mismo la lesión de alguno de tales derechos fundamentales, que puede estar relacionada con la aplicación de otros preceptos, pero no faculta el enjuiciamiento de la legalidad intrínseca de los actos administrativos conforme al ordenamiento jurídico, pues falta para ello el respaldo legal necesario y la competencia jurisdiccional atribuida a otras Salas de este Tribunal, lo que determina que lo resuelto en este procedimiento no puede estimarse cosa juzgada respecto a las cuestiones ajenas al mismo.

El funcionario recurrente pertenece al Cuerpo de Aparejadores de Hacienda Pública, y el Subsecretario de Economía y Hacienda ha declarado, respecto al mismo, que el ejercicio libre de la profesión del interesado es compatible con su actividad principal en el Departamento, pero para la realización de proyectos y demás trabajos convenientes a su titulación profesional que no correspondan a su puesto de trabajo, requerirá en cada caso autorización de compatibilidad, y en ningún caso puede reconocerse la compatibilidad al interesado para trabajos de dirección de obras, y tampoco puede reconocerse para otros trabajos que puedan suponer coincidencia de horario, aunque sea esporádica, con su actividad al servicio de la Administración; e invoca el recurrente su derecho constitucional de igualdad ante la Ley, considerándose agraviado por lo resuelto, al mismo efecto de ejercicio libre de la profesión por la Administración Pública, respecto a un funcionario del Cuerpo Técnico autorizado para el ejercicio de la profesión de Abogado, un Arquitecto al Servicio de la Hacienda Pública destinado en comisión de servicios al Ministerio de Justicia; Ingeniero Agrónomo dependiente del Ministerio de Agricultura y destinado en el IRYDA, así como respecto a Arquitectos Superiores y Aparejadores o Arquitectos Técnicos dependientes del Ministerio de Educación y Ciencia; pero las personas comparadas tienen una vinculación con la Administración Pública distinta a la del recurrente, especialmente en razón al Ministerio del que dependen, y aun en los casos en que hay analogía e incluso identidad de títulos profesionales, la disparidad de funciones en concurrencia con la señalada diferenciación de dependencia no permiten apreciar la situación de igualdad que determina la efectividad del derecho constitucional invocado, conforme para situación análoga ha sido resuelto ya por muy reciente S. de esta Sala de 7 de junio de este mismo año 1984.

Lo razonado en su conjunto determina la improcedencia de lo resuelto por la sentencia apelada y, en consecuencia, ha de prosperar la apelación interpuesta contra ella, con revocación de la sentencia apelada, imponiendo las costas del procedimiento con primera instancia a la parte demandante, conforme dispone el artículo 10 de la citada Ley 62/1978.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 12 junio 1984.*)

## VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Los principios de orden penal han de informar sustancialmente la potestad disciplinaria de la Administración. Aplicación de los principios de interpretación restrictiva y de aplicación de la norma más favorable y de la garantía penal de la prescripción.*

«Aunque sea independiente la potestad disciplinaria de la Administración de la Jurisdicción Criminal, tal y como se ha encargado de resaltar la doctrina de este Supremo Tribunal —SS., entre otras, de 27-12-34, 9-6-41, 30-10-45, 15-2-46, 6-11-47 y 3-7-50—, ello no obsta para que la primera nos muestre un fondo intrínsecamente penal propio de la segunda, motivo por el que los principios de este orden han de informar sustancialmente la manera de actuar de aquélla, circunstancia ésta que es la que explica que también dentro del Derecho administrativo disciplinario tengan plena vigencia aquellos principios rectores en que se recomienda una interpretación rigurosa de la norma en forma restrictiva —S. 3-7-61— y se determina la aplicación de la Ley más favorable —art. 9.3 de la Constitución vigente, art. 24 del C. P. y disposición transitoria 3.ª, párr. 2.º, y art. 2.3 del C. Civ.—, siendo de añadir que el principio de garantía penal, también informante del orden administrativo en cuanto sancionador, requiere aplicar a éste el instituto de la prescripción, tanto para excluir la hipótesis incoherente al sistema de una indefinida posibilidad persecutoria de las infracciones como para evitar el trato peyorativo al infractor de normas administrativas respecto del que el Derecho penal confiere al infractor de normas de tal índole.

Esto sentado, como la parte recurrente apelante impugna esencial y fundamentalmente la sentencia apelada, por habersele aplicado en cuanto a las faltas sancionadas con la separación definitiva del servicio el plazo de prescripción del artículo 51.2 del Texto articulado parcial de la Ley 41/1975, que señala para las faltas muy graves el de seis años, cuando ha debido hacerse del artículo 107.2 del Reglamento de 30 mayo 1952, bajo cuya vigencia se señalan cometidas, y que determina que las mismas prescribirán al año de haber sido conocidas o de haber tomado posesión una nueva Corporación o su Presidente, siempre que, en todo caso, no hayan transcurrido más de cinco años desde la fecha en que fueron cometidas, aunque este precepto se presenta en principio como más favorable en lo sustancial, no por ello, aplicando el mismo, puede afirmarse deba acogerse el instituto prescriptivo, habida cuenta: el Decreto Municipal acordando la incoación del expediente y nombrado instructor, es de fecha 2 febrero 1978, habiéndose conocido las irregularidades cometidas por el encartado por la Autoridad municipal el día 30 enero anterior como consecuencia de la información reservada ordenada practicar al Negociado del que formaba parte, y ya que aquellas irregularidades detectadas con relación al recurrente tuvieron lugar el 31 octubre 1973, 6 mayo 1974, 13 septiembre 1975, 2 junio 1976 y 4 mayo y 4 octubre 1977, por lo que no habían transcurrido los cinco años precisos para dar ocasión a que pudiera apreciarse la prescripción.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 14 mayo 1984.*)

2. *Inexistencia de falta de probidad al no acreditarse de manera cierta e indubitada, una especial malicia en el desempeño de las funciones propias del cargo que tuviere como designio ganar ventajas a toda costa, ni una deliberada omisión encaminada a ocasionar un perjuicio directo al patrimonio municipal.*

«El dato de que un Subgerente de un Patronato Municipal de Educación Especial, a la vez Funcionario administrativo de la Corporación, en el desempeño de sus tareas procediese a darse de alta en la Seguridad Social como empleado del Patronato y en unión de otros desde que tomó posesión del cargo y no se diese de baja al cesar en el empleo, ocasionando con ello un descubierto en las cotizaciones que da lugar a un procedimiento de apremio contra la Corporación Municipal, no constituye hecho suficiente para apoyar en él una imputación de falta de probidad con la sanción de separación definitiva del servicio como funcionario municipal calificada como falta muy grave, prevista y sancionada en el artículo 53.c) del mentado Decreto 3046/77, como atentado que la actuación del inculpado puede suponer a la dignidad del funcionario o de la Administración, que es la calificación que acuerda la sentencia apelada con base a un cierto grado de negligencia en la gestión que se encomendó al funcionario en los Organos del Patronato; y es que aparte de toda discrepancia existente entre si era correcta la afiliación a la Seguridad Social, o si esta afiliación era compatible con el régimen de previsión propia de la MUNICIPAL, es lo cierto que no consta en el expediente de manera cierta e indubitada una especial malicia en el desempeño de las funciones propias del cargo que tuviera el designio de ganar una ventaja a toda costa, ni una deliberada omisión encaminada a ocasionar un perjuicio directo al patrimonio municipal, pues siempre entraba en las facultades de gestión que el propio interesado personalmente se diese de alta en la Seguridad Social como ocupante de un puesto de trabajo del Patronato, en el que se cesa, al parecer, con una despreocupación por sus intereses digna del reproche que la Sentencia apelada le acuerda, pero nada más, pues una calificación de falta de probidad en su actuación en el Patronato que le lleve a más de una suspensión temporal de empleo y sueldo, como la Sentencia apelada dispone, se reputa excesiva, por lo que se hace inevitable la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra ella.

El funcionario sancionado consiente la sentencia de instancia no apelándola, no obstante lo cual en su escrito de alegaciones ante esta Sala aduce, reproduciéndolo, como motivo de nulidad absoluta, aplicable de oficio, la falta de competencia de la Corporación Municipal para sancionarle no por actos de servicios prestado en su calidad de funcionario municipal de Auxiliar de Mercados, sino por su actuación como funcionario o empleado del Patronato, vicio de nulidad absoluta que no descubrimos por cuanto el Patronato, aparte de funcionarios propios suyos sin el menor vínculo con la Administración del Ayuntamiento, como forma de gestión directa de Servicios que es, tiene un especial vínculo con la Corporación, como se descubre de la lectura de su peculiar reglamentación, en virtud del cual los propios funcionarios locales están simplemente adscritos al Patronato, sin perderse con ello las facultades disciplinarias de la Corporación, la que conserva su competencia sobre su funcionario como si prestase un servicio más, por lo que no es atendible lo propuesto por el sancionado, al menos por no descubrirse una nulidad absoluta apreciable en esta instancia y de oficio.» (Sentencia de la Sala 5.ª, 20 junio 1984.)

3. *En el proceso especial de la Ley 62/78 lo que se persigue es proteger rápidamente los derechos fundamentales. Por ello son susceptibles de impugnación actos trámite y que no agotan la vía administrativa. No es la calificación sino los efectos del acto lo que debe determinar su impugnabilidad. Procedencia del recurso contra la suspensión de empleo y sueldo acordada al iniciarse un expediente disciplinario.*

«Para declarar la inadmisibilidad del presente recurso, la Sentencia apelada emplea dos argumentos, el primero de ellos que el acto que fue impugnado era un acto trámite, ya que el Alcalde de Madrid se limitó a dictar un Decreto por el que se dispuso la iniciación de un expediente disciplinario al entonces recurrente y hoy apelante, quien fue dejado en suspenso de empleo y sueldo como medida preventiva, continuando posteriormente la tramitación del expediente, en el que se formuló ya el pertinente pliego de cargos; el segundo de los argumentos es que, si bien el recurrente y hoy apelante fue suspendido de empleo y sueldo, esa medida ya no producía efecto, al haber sido suspendida la ejecución del acto administrativo mediante Auto de la Sala Territorial; por lo tanto son dos las cuestiones que se plantean en este recurso, la primera de ellas si los derechos y libertades fundamentales de la persona constitucionalmente protegidos pueden ser violados por un acto trámite y este acto puede ser impugnado mediante el procedimiento especial de la Ley de 26 diciembre 1978 o es preciso esperar a que se dicte el acto definitivo y entonces impugnarlo ante la Jurisdicción por el procedimiento especial de la Ley antes mencionada o por el ordinario; la segunda cuestión es que, admitiendo que el acto trámite de iniciación del expediente disciplinario contra el actor y apelante no fuera susceptible de recurso por este procedimiento especial, si la Sala Territorial debió de resolver acerca de la adecuación o inadecuación a derecho de la medida de suspensión preventiva de empleo y sueldo acordada por el Ayuntamiento de Madrid, puesto que en primer lugar dicha medida significa una privación de los derechos sindicales del actor, constitucionalmente protegidos, y en segundo lugar por no ser válido el argumento de la Sentencia apelada, ya que la suspensión de la ejecución acordada por la Sala sólo duraba lo que duraba la tramitación del procedimiento judicial, recobrando el acto su ejecutividad con todas sus consecuencias una vez concluido éste.

Como ya dicho esta Sala en su S. de 29 julio 1983, en este proceso especial regulado por la Ley de 26 diciembre 1978 no puede aplicarse en bloque las normas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, por hallarnos ante unos procesos con una finalidad determinada, cual es la de defender unos derechos fundamentales de la persona proclamados en la Constitución, y por ello se permite acudir ante la Jurisdicción frente a actos no impugnables en los procesos contenciosos o normales, como ocurre en los actos que no agoten la vía administrativa, al ser susceptibles de recursos de reposición o alzada; es decir, que lo que persigue este proceso especial es proteger rápidamente los derechos fundamentales de la persona, y estos derechos lo mismo se infringen mediante actos definitivos que por los de trámite, por lo que bastará con que los actos de la Administración estén sometidos a derecho administrativo y afecten al ejercicio de esos derechos para que puedan ser impugnados en este proceso especial por establecerlo así el artículo 6 de la Ley de 1978, que hay que interpretar en el sentido antes dicho, ya que no es la calificación, sino los efectos, lo que deben determinar si el acto es o no recurrible, y los derechos fundamentales pueden ser afectados... se reitera, tanto por los actos definitivos como por los de tramitación y en todo caso, un acto trámite, puede producir consecuencias que afecten a los derechos fundamentales, ya que puede negar o impedir al administrado el ejercicio de unos derechos fundamentales y causar una lesión de mayor intensidad que el acto que finalice el procedimiento, con lo que el adminis-

trado quedaría indefenso y sin obtener el derecho —también fundamental y protegido por el art. 24 de la Constitución— de obtener una tutela judicial real y efectiva; por lo tanto, hay que rechazar este argumento de la Sentencia apelada y entender que el acto impugnado, dictado por el Ayuntamiento de Madrid, era susceptible de impugnación en este procedimiento especial, lo que obliga a esta Sala a examinar si está o no ajustado a derecho, por infringir un derecho fundamental.

El principio de libertad sindical proclamado en el artículo 28 de la Constitución se halla desarrollado por el Real Decreto de 17 junio 1977, cuyo artículo 5 establece las normas para el ejercicio del derecho de asociación sindical de los Funcionarios Públicos, lo que complementa la Resolución de la Dirección General de Administración Local de 29 enero 1981, que regula el ejercicio del derecho de representación colectiva y de reunión de los Funcionarios de las Corporaciones Locales, en cuya Resolución se determinan las condiciones y facultades de los órganos representativos sindicales para plantear cuestiones y negociar con los órganos correspondientes de las Corporaciones Locales el régimen de prestación de servicios; por ello, si bien no puede olvidarse que el actor y apelante es funcionario público, tampoco puede prescindirse de que, precisamente por serlo, ostenta la cualidad de Delegado Sindical en el Ayuntamiento de Madrid de una Asociación Sindical que obtuvo en las correspondientes elecciones, libres y democráticas, un número de 11 Delegados de un total de 81; por ello, incoado expediente disciplinario para depurar su posible responsabilidad como Funcionario Municipal, debe de examinarse si la medida preventiva de suspensión de empleo y sueldo priva al recurrente de ejercer sus derechos sindicales constitucionalmente protegidos.

El apartado 3 del artículo 56 del Real Decreto de 6 octubre 1977 concede al órgano de la Administración competente para acordar la incoación del expediente la misma competencia para acordar o alzar la suspensión provisional del encartado, para cuyas situaciones el artículo 116 del Reglamento de Funcionarios Locales de 30 mayo 1952 determina que esta suspensión se hará "de forma motivada, siempre que la presunta gravedad de los hechos lo aconseje o cuando la permanencia en el cargo constituya un obstáculo notorio para la instrucción del expediente", circunstancias omitidas en el Decreto por el que se suspendió preventivamente de empleo y sueldo al recurrente, que se limita a decir que se acuerda la suspensión del actor y apelante por la presunta gravedad de los hechos imputados, esto es, transcribiendo el precepto que autoriza la suspensión, pero sin que ello pueda aceptarse como "resolución motivada"; el propio Reglamento de Funcionarios Locales, en su artículo 38, párrafo 3, concreta que la suspensión provisional se acordará con los efectos señalados en la Ley de Funcionarios Civiles, y ésta, en su artículo 47, precisa que el Funcionario declarado en situación de suspenso quedará privado temporalmente del ejercicio de sus funciones y de los derechos y prerrogativas anejas a su condición de Funcionario (con lo que, en parte, coincide con lo dispuesto en el art. 125 del Reglamento de Funcionarios Locales, según cuyo párrafo segundo, el suspenso preventivamente quedará privado de su capacidad para el desempeño del cargo mientras se halle en tal situación).

La medida preventiva de suspensión de empleo y sueldo es una medida extrema —o efecto— que debe de guardar proporción con la infracción —causa— y por lo tanto precisamente por su gravedad debe de reservarse para los casos en los que definitivamente proceda (lo que deberá razonarse mediante resoluciones motivada), sin convertirla en norma general de todos los expedientes disciplinarios, sobre todo cuando, como ocurre en el presente caso, con la medida de suspensión preventiva no sólo se suspende al funcionario de la percepción de su sueldo, sino también de su calidad de funcionario, de la que deriva o es aneja la de Delegado Sindical para lo que fue elegido por los restantes funcionarios del Ayuntamiento de Madrid; por ello, debe de llegarse a la conclusión de que, así como el Acuerdo, en cuanto

decide iniciar expediente disciplinario al actor y apelante, es ajustado a derecho al no infringir ningún derecho constitucionalmente protegido (sino que tiende a precisar si incurrió o no en responsabilidad), en cambio la medida de suspensión preventiva de empleo y sueldo sí infringe el derecho fundamental que protege el artículo 28 de la Constitución al privar al apelante de las funciones propias de los Delegados Sindicales al impedirle toda relación con quienes le eligieron y la de que, como Delegado Sindical, puede tener con los órganos municipales, y por lo tanto, de todo aquello para lo que fue elegido en elección libre y democrática, por lo que debe ser anulado.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 26 junio 1984.*)

#### 4. Necesidad de relación entre infracción y sanción. Ponderación por el Tribunal. Inexistencia de afán de lucro.

«El Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat impugna la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona de 8 de marzo de 1982 en cuanto modifica la sanción disciplinaria de separación definitiva del servicio impuesta al Ingeniero Técnico don Enrique de M. G., perito Municipal de dicho Ayuntamiento, sustituyéndola por la de separación de funciones, solicitando sea revocada dicha sentencia y mantenida la separación acordada por la Corporación; así enmarcada la pretensión del apelante, quedan fuera de debate los demás pronunciamientos de la sentencia apelada, incluso la calificación jurídica de falta muy grave de los hechos enjuiciados, puesto que el sancionado ha consentido la sentencia personándose en este trámite en concepto de apelado, lo que impide se tengan en cuenta las razones expuestas en su escrito de alegaciones que a su juicio deben llevar a declarar no sancionable su conducta o al menos la imposición de sanción más favorable que la determinada por la sentencia apelada.

En apoyo de su pretensión la parte apelante argumenta que los fundamentos de la sentencia para aminorar la sanción no responden a la realidad, que son muy graves los perjuicios causados puesto que significaron devolver fianzas por cuantía de 2.135.109 pesetas y que este Alto Tribunal ha reconocido en las sentencias que cita la procedencia de la separación del servicio de funcionarios que incurrieron en supuestos de «notorísima» menor gravedad y que como los actos objeto de sanción se hallan dentro de las faltas muy graves que indica el artículo 52 del Decreto 3046/1977 de 6 de octubre, han de ser corregidas con las sanciones de suspensión de funciones o separación definitiva del servicio, siendo facultad discrecional de la Corporación elegir cuál de estas sanciones ha de ser aplicada, no pudiendo los Tribunales sustituir la sanción administrativa por otra sanción de entre las que la ley faculta a la Administración para escoger.

Respondiendo a los argumentos que implican valoración de la prueba, esta Sala, después de examinar lo actuado —y lo omitido— en el expediente administrativo tanto respecto de los antecedentes documentales como de las declaraciones de los testigos y expedientado, asume las conclusiones del Tribunal de primera instancia y, apreciando la prueba conforme a las reglas de la sana crítica estima en conciencia acreditado que tanto los superiores en la relación de servicio del perito municipal, como la Comisión de Obras del Ayuntamiento conocían que la expedición de dichos certificados no respondían a la realidad, siendo significativa la falta de audiencia en el expediente del Ingeniero Jefe del Servicio, del Ingeniero Adjunto y de los componentes de la referida comisión; que tales certificaciones no fueron motivadas por afán de lucro y que los 2.135.109 pesetas en que el Ayuntamiento cuantifica los perjuicios afianzaba la realización de otras obras además de las aceras y calzada, como agua, alcantarillado, alumbrado y conexiones a servicios que por su naturaleza ha de presumirse fueron realizados,

por lo que ha de estimarse que los hechos imputados y probados acreditan la existencia de una práctica viciosa, subsumible en los preceptos invocados que si bien no puede excusar la responsabilidad del expedientado por no ser aplicable a su falta el deber de obediencia sólo exigible cuando recae sobre actos lícitos y permitidos, ni degrada la calificación de falta muy grave, sí excluye en cambio la imposición de la máxima sanción —separación definitiva del servicio— porque de lo contrario supondría desconocer la relación necesaria entre infracción y sanción rompiendo la proporcionalidad que ha de existir entre una y otra.

Sobre no poder ser aceptada la afirmación de la existencia de sentencia de este Tribunal que imponen la separación a funcionarios por faltas de menor gravedad que la enjuiciada que exigiría el examen pormenorizado de todas las circunstancias concurrentes en cada caso concreto ha de señalarse que los casos que se citan tratan bien de malversaciones o defraudaciones cometidas por funcionarios en beneficio económico propio, o de incumplimiento malicioso de la obligación funcional no obstante el reiterado requerimiento de sus superiores.

La sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 1984 y la que cita de 5 de noviembre de 1983 establecen que al enjuiciarse el actuar de la Administración, en el ejercicio de las facultades revisoras de esta Jurisdicción, el Tribunal ha de resolver sobre la conformidad a derecho de la separación definitiva del servicio impuesta por aquélla y pronunciarse en su caso, atendidas las circunstancias y grado de imputabilidad del inculpado, sobre si la sanción que corresponde imponer es la separación definitiva del servicio o la de suspensión, atendiendo al principio de proporcionalidad; como el recurso ha quedado limitado, según se pone de relieve en el primer considerando de esta resolución a si el Tribunal de Instancia podía o no revisar la sanción y separación definitiva acordada por la Corporación y que no ha sido objeto de impugnación si al optar por la suspensión de funciones debió el Tribunal *a quo* limitarse a precisar que era la sanción que había de imponer la Corporación al funcionario expedientado, dejando a la misma su fijación dentro de los límites que señalan las normas, ha de ser desestimado el recurso y mantener íntegramente el pronunciamiento de la sentencia apelada.» (*Sentencia de la Sala 5.º, 2 julio 1984.*)

##### 5. *La apreciación de eximente incompleta por la jurisdicción penal vinculada a las demás jurisdicciones.*

Considerandos de la sentencia apelada:

«Precisadas en el pliego de cargos las razones que condujeron a la imposición de la sanción que ahora se impugna en el marco de este proceso jurisdiccional, este Tribunal tiene que recordar —en virtud de la prueba practicada al amparo de la facultad consignada en el artículo 75 de la Ley Reguladora— que los hechos que se imputan al Sr. H. M., ofrecían caracteres de delito que, juzgados por la Jurisdicción Penal, terminaron con sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de febrero de 1983 que condenó al funcionario-accionante, como autor criminalmente responsable de un delito de desacato, con la concurrencia de la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio a la pena de veinte mil pesetas de multa, con arresto sustitutorio de dieciséis días en caso de impago, y al pago de las costas procesales, en base a la determinación de hechos probados, los que, a continuación, literalmente se transcriben «el día ocho de junio de 1979, a raíz de un accidente de tráfico que había tenido con otro vehículo, al regresar al cuartelillo, en estado de gran excitación patológica, con falta de evolución y sufrimiento de las células nerviosas, motivado por una baja de glucemia inferior a los límites normales que le produjo un estado de stress que, si bien no anuló sus

facultades de conocer y de querer sí las limitó de modo notable, empuñó el revólver reglamentario marca "Llama" de que era portador, al tiempo que decía "dejarme que salga a la calle y empuñe esta arma", así como "que iba a acabar con todos los caciques", siendo requerido por su superior jerárquico, el sargento de la Policía Municipal don Francisco C., a que le entregara el arma, a lo que no sólo se negó el acusado, sino que apuntó con la misma en forma de abanico al Sargento que en aquellos momentos estaba desempeñando el puesto de Jefe accidental de la plantilla, y a los también Policías Municipales Rafael C. A. y Julián A. F., al tiempo que decía que no la guardaba ni tampoco la entregaba, y asimismo retrocedía el martillo percutor en posición de disparo, hasta que finalmente por medio de consejos se le pudo desarmar. El arma se encontraba descargada.

Fijados en esta forma los hechos ciertos y probados en el expediente sancionador, en forma idéntica al descrito resultando probatorio de la referida sentencia penal, su vinculatoriedad es parte en el orden jurídico-administrativo (sentencia de 13 de marzo de 1973) en cuanto se pronuncia en contemplación de los mismos aspectos fácticos contemplados en la resolución administrativa impugnada sobre la producción y participación en los mismos, del funcionario sancionado; razón y circunstancias que nos veda entrar en el examen de la cuestión propuesta, en recta interpretación del artículo 4,2 de la Ley Jurisdiccional.

Descritos jurídicamente los hechos impugnados en la norma contenida en el artículo 52, en sus apartados b) y c) del Decreto de 6 de octubre de 1977 "falta de probidad moral o material y cualquier conducta constitutiva de delito doloso" y "manifiesta insubordinación individual", como falta muy grave; la sanción correspondiente a la naturaleza de la infracción viene determinada en el artículo 54, número 4 del referido Decreto con la "suspensión de funciones", "destitución del cargo" o "separación definitiva del servicio", puede y debe ser corregida en esta vía jurisdiccional, en el ejercicio de la función revisora por otra más benigna, en atención al principio de la proporcionalidad entre la gravedad de la infracción y la sanción, y singularmente por la aplicación análoga, en vía administrativa de la semi-eximente apreciada por el Tribunal de lo Penal (artículo 9,1 del Código Penal, en relación con el 8.1 del citado texto punitivo) por la suspensión de funciones por un período de tres años, en aplicación de la normativa supletoria que para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, se remite el artículo 23,2 del citado Decreto 3046/1977, ponderados objetivamente por el Tribunal el expediente personal del sancionado.

Considerandos del Tribunal Supremo:

Por sus propios fundamentos procede confirmar la Sentencia apelada que ponderando con evidente acierto los diversos elementos de prueba obrantes en autos, de los que se desprende con toda claridad la circunstancia eximente incompleta de trastorno mental transitorio que declaró probado la Sentencia pronunciada en la Jurisdicción criminal, corrigió en vía jurisdiccional, en ejercicio de su función revisora, y en atención al principio de proporcionalidad entre la gravedad de la infracción y la sanción impuesta, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, anuló la de separación del servicio decretada disciplinariamente, por la de tres años de suspensión, con unos razonamientos que no han sido desvirtuados por la recurrente.» (Sentencia de la Sala 5.ª, 18 julio 1984.)

6. *Tipicidad. Prohibición en materia sancionadora de interpretaciones extensivas, analógicas o inductivas. Falta grave de acto atentatorio al decoro y dignidad del funcionario y de la Administración.*

«Referido el presente recurso jurisdiccional a examinar la legalidad del

acuerdo del pleno del Ayuntamiento de La Garriga (Barcelona), de fecha 30 de junio de 1981, en el que se acordaba destituir del cargo y separar definitivamente del servicio al Policía Municipal aquí recurrente, por haber cometido la falta muy grave de falta de probidad moral, tipificada en el artículo 52, b) del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, se hace preciso resaltar, ante la gravedad de la sanción impuesta, constitutiva de la extinción de la relación de servicio, que los principios de la tipicidad de la infracción y de la legalidad de la pena, básicos presupuestos para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración, requieren no ya sólo la necesidad de que el acto u omisión castigados se hallen claramente definidos como infracción en el ordenamiento jurídico, sino también la perfecta adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud y de la imputabilidad, con la añadidura, lógica consecuencia de lo anterior, de que, en esta materia, ha de rechazarse, como reiteradamente ha sostenido esta Sala cualquier tipo de interpretación extensiva, analógica o inductiva e igualmente la posibilidad de sancionar un supuesto diferente del que la norma contempla, o la imposición de correcciones sin la cumplida prueba de los hechos que se imputen.

Los cargos contenidos en el pliego formulado por el instructor del expediente disciplinario, al que se refiere esta litis, se concretan en dos: encontrarse el expedientado en estado de embriaguez en locales públicos de La Garriga y proferir insultos muy graves a la persona de la Señora Alcaldesa-Presidente del Ayuntamiento, sin que, en tal expediente, obren otras diligencias de prueba que sendos informes practicados por el Cabo-Jefe de la Policía Municipal, de los que aparece que el sancionado-recurrente, agente de la propia Policía Municipal, se encontraba de baja para el servicio desde hacía varios meses, y que por tal baja tuvo algún tipo de discrepancia con la Corporación, encontrándose el día en que ocurrieron los hechos enjuiciados muy excitado tras una entrevista con el Secretario del Ayuntamiento, no efectuando la comida del mediodía, sino que ingirió varios cubalibres, sin que fuera dado a la bebida, y, en uno de los establecimientos en que continuó en estado de excitación, y al parecer embriagado, hizo comentarios insultantes respecto a la Alcaldesa, si bien, consta igualmente en tales informes que, al ser invitado por el regente del establecimiento a ausentarse, así lo hizo sin más comentarios y pidiéndole que le perdonase por su actuación, de todo lo cual se infiere que la embriaguez fue ocasional e imprudente, que el contenido de los comentarios insultantes no ha quedado plenamente acreditado, al no haber prestado declaración ninguna de las, al parecer, muy escasas personas presentes y que el recurrente ni vestía el uniforme, ni se hallaba en activo, sino de baja prolongada, motivos que obligan a la estimación parcial del recurso, por considerarse cometida, únicamente, una falta grave de acto atentatorio al decoro y dignidad del funcionario y de la Administración, prevista en el apartado h) del artículo 7.º del Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto 2088/1969, de 16 de agosto, aplicable a los funcionarios locales, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta del Texto Articulado Parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local, aprobado por Real Decreto 3046/1977 de 6 de octubre, que debe ser corregida con la sanción disciplinaria de suspensión de funciones por tiempo de un año, conforme a los apartados 1 y 3 del artículo 54 del Texto Articulado citado, en relación con el artículo 18 del Reglamento de Régimen Disciplinario igualmente referido.» (Sala 5.ª, 5 diciembre 1984.)

RAFAEL ENTRENA CUESTA



# CRONICA ADMINISTRATIVA

