

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## B) PERSONAL

**SUMARIO:** I. SELECCIÓN: 1. *La no discriminación lingüística que deriva de los artículos 14 y 23.2 CE no resulta contradicha por la Ley de 18 de abril de 1983 en cuanto al carácter oficial del catalán en la enseñanza y el conocimiento de la lengua catalana por los profesores, pues ello no implica que necesariamente la hayan de conocer todos ellos. El artículo 3.d) del RD 229/81, sobre acceso del profesorado en el ámbito de las Comunidades Autónomas, confirma esta interpretación al disponer que las pruebas de idioma no tendrán carácter eliminatorio, disposición que impide establecer no sólo pruebas eliminatorias, sino también que de no superarse las pruebas en un plazo determinado no se podrá obtener la plaza con carácter definitivo.* 2. *El error de hecho, como motivo para la revocación del nombramiento de un funcionario que superaba la edad establecida por las bases, no puede suponer una alteración fundamental del contenido del acto, ni cabe apreciarlo cuando suponga un juicio valorativo o una operación de calificación jurídica.* 3. *Interpretación del requisito de no exceder de determinada edad a efectos de participar en pruebas selectivas.* 4. *Imprudencia de apreciar error de hecho en el nombramiento de un funcionario a efectos de su revisión de oficio siempre que ello implique una valoración jurídica.* 5. *Derecho al nombramiento en virtud de concurso libre de méritos de concursante, propuesto por el Tribunal, pariente en segundo grado de afinidad con Diputado.*—II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: 1. *Provisión de puestos de trabajo en las Corporaciones locales. Facultades discrecionales. Jefaturas de sección. Predominio del criterio de eficacia sobre el de titulación.*—III. DERECHOS: 1. *Para que exista el derecho a pensión es necesario que el interesado tenga la nacionalidad española no en el momento en que se vaya a decidir sobre su petición, sino cuando había de producirse el nacimiento del derecho.* 2. *Derecho al sueldo. Reserva de Ley para la modificación de grado.* 3. *Procedencia de la suspensión de acuerdo de la Diputación Provincial sobre fijación de sueldos en virtud de convenio colectivo al incidir en la competencia del Estado.*—IV. INCOMPATIBILIDADES: 1. *Según reiterada jurisprudencia, los Arquitectos municipales son incompatibles para el ejercicio libre de su profesión en todos aquellos supuestos en que pueda producirse lo que se llama «áreas de coincidencia».* 2. *Cuando se impugna la declaración de incompatibilidad conforme a la Ley 62/78, no se trata de valorar la legalidad de la compatibilidad, sino de examinar si ante situaciones iguales se han producido tratamientos distintos.* 3. *Cuando en casos idénticos a Letrados de la AFSS no se les ha concedido la misma compatibilidad condicionada, ello supone una infracción del principio de igualdad.*—V. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. *El Derecho disciplinario tiene un significado eminentemente ético, en cuanto que su objetivo primordial, más que el restablecimiento del orden social quebrantado, es la salvaguarda del prestigio y dignidad corporativa; de ahí que puedan existir distintos tipos de corrección en el orden penal y administrativo. La sanción impuesta puede ser revisada en vía contencioso-administrativa tanto en cuanto a la calificación de la falta como respecto a la sanción impuesta en base al principio de proporcionalidad administrativa.* 2. *La vinculación de los hechos probados en vía jurisdiccional penal sólo opera respecto del órgano administrativo disciplinario cuando éste funda exclusivamente la sanción en ser punible penalmente el hecho imputado cuando aquélla declara que el funcio-*

nario no tuvo intervención o no existieron los hechos imputados. Proporcionalidad entre hechos y sanción. 3. Según doctrina jurisprudencial de carácter general, el enjuiciamiento de un acto administrativo resolutorio de un expediente sancionador ha de partir del análisis del hecho, de su naturaleza y de su alcance para determinar si el ilícito administrativo es o no subsumible en alguno de los supuestos-tipo de infracción previstos en la Ley. Ausencia de facultades discrecionales de la Administración. 4. Falta muy grave de probidad. Predominio de la valoración ética de la conducta sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico. 5. Inexistencia de quiebra del principio «non bis in idem». Responsabilidad tridimensional —civil, penal y administrativa— de los funcionarios. 6. Faltas. Tipicidad. Prohibición de interpretaciones extensivas o análogas.

## I. SELECCIÓN

1. *La no discriminación lingüística que deriva de los artículos 14 y 23.2 CE no resulta contradicha por la Ley de 18 de abril de 1983 en cuanto al carácter oficial del catalán en la enseñanza y el conocimiento de la lengua catalana por los profesores, pues ello no implica que necesariamente la hayan de conocer todos ellos. El artículo 3.d) del RD 229/1981, sobre acceso del profesorado en el ámbito de las Comunidades Autónomas, confirma esta interpretación al disponer que las pruebas de idioma no tendrán carácter eliminatorio, disposición que impide establecer no sólo pruebas eliminatorias, sino también que de no superarse las pruebas en un plazo determinado no se podrá obtener la plaza con carácter definitivo.*

«La recurrente pide la nulidad de determinados puntos de las Ordenes recurridas de la Generalidad de Cataluña, Departamento de Enseñanza, convocando plazas de profesorado, por hacer referencia al conocimiento de la lengua catalana alegando la vulneración del derecho fundamental a la igualdad de todos los españoles según los artículos 14 y 23.2 del texto constitucional, ya que las Ordenes impugnadas de 1 de julio y 5 de agosto de 1983 de la Consejería de Enseñanza de la Generalidad convocaron la provisión de unas plazas de profesores de la Escuela de Idiomas de Barcelona y otras de ingreso en las Bases de dichas convocatorias pruebas de conocimiento de la lengua catalana de carácter discriminatorio para quienes no la conocen, alegándose por la parte apelada que las expresadas convocatorias están ajustadas a Derecho por ser desarrollo de la cooficialidad de ambas lenguas castellana y catalana en Cataluña conforme al artículo 3 de la Constitución, y de acuerdo con los artículos 14, 18 y 19 de la Ley de 18 de abril de 1983, de normalización lingüística de Cataluña.

Las bases impugnadas de las convocatorias hacen referencia a la "comunicación oral y la comprensión escrita de la lengua catalana", que se acreditará mediante una prueba de conversación y de traducción de texto catalán. prueba a realizar después de la puntuación final, sin que los opositores aprobados puedan obtener un destino definitivo en Cataluña, mientras no superen la prueba, concediéndose un plazo de diez meses para poder acreditar el conocimiento que se exige de la lengua catalana, siendo estos puntos de las Bases de la convocatoria los impugnados por la apelante.

El Real Decreto 229/81, de 5 de febrero, regula el procedimiento de acceso de los funcionarios del Ministerio de Educación en relación con las Comunidades Autónomas y establece en su artículo 3-d que las convocatorias establecerán las pruebas o requisitos que se estimen necesarios por razón del idioma y cultura específicos para ser nombrados en plazas determinadas.

pruebas que no tendrán carácter eliminatorio para acceder al Cuerpo correspondiente en las condiciones que se determinen en la convocatoria, norma que según la parte apelada ha de aplicarse a tenor de la cooficialidad de lenguas sancionada en el artículo 3.2 de la Constitución y del Estatuto de Cataluña, desarrollada en los artículos 14, 18 y 22 de la Ley de 18 de abril de 1983, que los derechos fundamentales que se alegan infringidos, o sea la igualdad tanto en su proclamación genérica del artículo 14, como en su específica aplicación al acceso a la función pública del artículo 23.2, han de interpretarse sin restricción alguna por razón del idioma, por lo que la cooficialidad con lenguas distintas al castellano, no puede hacer decaer el derecho fundamental a la igualdad, sin que pueda prevalecer según el artículo 14 constitucional ninguna discriminación, por razón de cualquier condición o circunstancia personal o social, siendo de tener en cuenta que, según el artículo 10.2 constitucional, las normas relativas a derechos fundamentales se interpretarán conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España, y según el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 14 de noviembre de 1950, ratificado por España y publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de 10 de octubre de 1979, el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, etc., nacimiento o cualquier otra situación; y también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, ratificado por España y publicado en el "Boletín Oficial del Estado" de 30 de abril de 1977, dispone en su artículo 25, en relación con el 24 que todos los ciudadanos gozarán sin ninguna distinción, entre ellas la del idioma, del derecho y oportunidad de tener acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país, y según el artículo 26 todas las personas son iguales ante la ley, prohibiéndose cualquier discriminación entre otros motivos, por el del idioma.

La no discriminación lingüística a que se hace referencia según la interpretación del artículo 14 y 23.2 indicada, no resulta contradicha por lo dispuesto en la Ley de 18 de abril de 1983, en cuanto al carácter oficial del catalán en la enseñanza (art. 14) y al conocimiento de la lengua catalana por los profesores (art. 18), pues ello no implica que necesariamente la hayan de conocer todos ellos; y finalmente el artículo 3-d del Real Decreto 229/81 sobre acceso del profesorado en el ámbito de las Comunidades Autónomas en orden a las pruebas de idioma y cultura confirma la interpretación anterior al disponer que "estas pruebas no tendrán carácter eliminatorio para acceder al Cuerpo correspondiente en las condiciones que se determinen en las respectivas convocatorias", disposición que impide establecer no sólo pruebas eliminatorias, como ya fue resuelto por esta Sala en sus Sentencias de 25 de enero y 3 de mayo de 1984, sino también cuando las pruebas, sean *a posteriori* si al no superarlas en un plazo determinado acarrear la consecuencia de no poder obtener la plaza con carácter definitivo después de haber aprobado las pruebas técnicas.

Por las razones expuestas procede la estimación de la apelación, con revocación de la sentencia apelada, y declaración de nulidad de los puntos impugnados de las Bases de las Ordenes de la Consejería de Enseñanza de la Generalidad y del Acuerdo de 21 de octubre de 1983 desestimatorio de la reposición con la preceptiva imposición de las costas a la parte apelada, por aplicación del artículo 10.3 de la Ley 62/1978, por la que se tramita el proceso.» (Sentencia de la Sala 5.ª, 1 octubre 1984.)

2. *El error de hecho, como motivo para la revocación del nombramiento de un funcionario que superaba la edad establecida por las bases, no puede suponer una alteración fundamental del contenido del acto, ni cabe apreciarlo cuando suponga un juicio valorativo o una operación de calificación jurídica.*

«La cuestión planteada en este recurso de apelación por la representación del Ayuntamiento de Madrid es la de si podía revocarse de oficio, como se hizo, por dicha Corporación, el 4 de octubre de 1978, el nombramiento de la señora G.-H. G. como funcionaria de carrera para la plaza de Celadora Receptora de Vestuario del Servicio de Instalaciones Deportivas Municipales, nombramiento efectuado como consecuencia de haber superado dicha señora, parte apelada en este recurso y no comparecida en él, las pruebas selectivas de carácter restringido que fueron convocadas al amparo del Real Decreto 1409/1977, de 2 de junio, habiéndose decretado la revocación con fundamento en que la apelada pasaba de 65 años, estableciéndose en esta edad, conforme al artículo 38 del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, por el que se articula parcialmente la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local, la de jubilación de los funcionarios del Subgrupo de Administración Especial, al que pertenecía, y que por ello no reunía las condiciones y requisitos que establecía la legislación en vigor, exigencia impuesta en la base tercera de la convocatoria, siendo patente, como se declara en la sentencia apelada, que se ha infringido al proceder de este modo el artículo 369 de la Ley de Régimen Local, que prohíbe la revocación de los acuerdos de las Corporaciones Locales cuando, como aquí ocurre, sean declaratorios de derechos subjetivos, y no se den los supuestos de exclusión de tal prohibición que establece dicho precepto, pues ni la revocación se ha producido como consecuencia de un recurso de reposición, lo que no se discute, ni tampoco obedece a una rectificación de error material de hecho, como pretende la parte apelante, basando en ello sus alegaciones, que cita igualmente al respecto el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues ya la jurisprudencia ha establecido, sentencias, entre otras, de 8 de julio de 1982, 17 de octubre y 29 de noviembre de 1983, que el error de hecho no puede suponer una alteración fundamental del contenido del acto, como se ha producido en este caso en que se le ha dejado sin efecto, ni tampoco, aunque ello resulte ya innecesario, cabe apreciar tal error cuando implique un juicio valorativo o una operación de calificación jurídica, que es lo que realmente se ha producido en el supuesto examinado, pues el incumplimiento de los requisitos exigidos en la convocatoria se ha apreciado a través de un examen de la normativa que se estimó aplicable, dada la remisión genérica a ella de la base correspondiente de dicha convocatoria, por lo que es plenamente acertada la tesis del Tribunal que ha fallado en primera instancia, en cuanto la Corporación no tenía otro camino en este caso, si estimaba que el acuerdo dejado sin efecto vulneraba de algún modo el Ordenamiento Jurídico, que según los cauces marcados en los artículos 109 ó 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de aplicación al caso, en virtud del artículo 76.1 del Texto Articulado de la Ley Especial para el Municipio de Madrid, aprobado por el Decreto 1674/1963, y del carácter supletorio general de la Ley primeramente citada, conforme al número cuarto de su artículo primero, por lo que, al no haberlo hecho así, ha incurrido en el apartado c) del número primero del artículo 47 de la Ley misma, lo que obliga a que sea desestimado el recurso enjuiciado; sin que haya motivo para la expresa imposición de costas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 15 octubre 1984.*)

### 3. Interpretación del requisito de no exceder de determinada edad a efectos de participar en pruebas selectivas.

«En el presente recurso extraordinario de revisión, formulado al amparo del artículo 102, 1, b), de la Ley de esta Jurisdicción, se plantea la contradicción existente, según la recurrente, entre la sentencia impugnada, dictada por la Sala de esta Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Oviedo, el 14 de abril de 1983, y la de 23 de enero de 1964 pronunciada por el mismo Tribunal, y no existiendo tacha alguna a la admisión del recurso, dándose la contradicción alegada entre ambas resoluciones en cuanto en la sentencia recurrida se declara que el requisito establecido en la convocatoria para cubrir en propiedad por concurso-oposición la plaza de Sargento Jefe de la Policía Municipal del Ayuntamiento de Corvera, concretamente en el apartado b) de la Base segunda, que los aspirantes habían de tener cumplidos 18 años y no exceder de 30 al momento de terminación del plazo de instancias, ha de entenderse en el sentido de quedar excluidos aquellos que hubieran cumplido ya los 30 años, mientras que en la sentencia que se opone, con respecto a un concurso-oposición para la plaza de Agente Notificador de otro Ayuntamiento de Asturias, en el que se exigía "ser mayor de 21 años, sin exceder de 45", se estableció que la exclusión alcanzaba únicamente a los que tuvieran cumplidos los 46 años, reduciéndose por lo expuesto la contradicción al diverso modo de interpretar la frase "exceder de una determinada edad", que, si en un caso suponía haber cumplido dicha edad, en el otro abarcaba también el período transcurrido entre ella y la siguiente en años completos, ha de resolverse cuál de ellos es el criterio acertado, como ha establecido la jurisprudencia, debiéndose apreciar como tal el sentado en la sentencia impugnada, es decir, que la recurrente, al haber cumplido 30 años el 12 de enero de 1982, no tenía el requisito exigido en la convocatoria, por haber finalizado el plazo para la presentación de instancias el 29 de enero de dicho año, y ello porque, pese a lo expuesto en la sentencia opuesta referida a un sentido usual de la frase controvertida, dicha acepción, gratificante para muchas personas a partir de cierta edad, no corresponde a la estricta, ya que, según el Diccionario de la Real Academia, "exceder", significa, "ser una persona o cosa más grande o aventajada que otra con la que se compara en alguna línea», interpretación gramatical a la que ha de añadirse, como se dice por el Tribunal que ha dictado la sentencia recurrida, la de la propia Corporación al aprobar las bases de la convocatoria de que se trata, en la sesión de su Pleno de 17 de octubre de 1981, en la que se parte de que el tope inicial de edad sea el de 30 años, el cronológico de computar la edad por años cumplidos desde el nacimiento, el criterio seguido para la determinación de la mayoría de edad y de la requerida para la emancipación, que supone exceder de la minoría o de la edad de 16 años el del cumplimiento de los años correspondientes, artículos 315 y 317, así como el que se deduce del empleo de la frase en preceptos del Ordenamiento Local, como se expone en la sentencia, parangonando los artículos 33.1.b) y 38.2 del Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local, en cuanto en el primero de ellos se impone como requisito para la admisión a las pruebas previas al ingreso en la Administración Local, no exceder de la edad "en que falte menos de diez años para la jubilación forzosa por edad", habiendo de entenderse que dicho exceso se produce cuando se cumplan 60 años respecto de 70, ó 55 con referencia a 65, edades, las superiores utilizadas como término de comparación, correspondientes a las de jubilación fijadas en el segundo de los artículos; siendo normal en contra de lo que se alega, el empleo de la frase "no exceder de ... tal edad", en la normativa jurídica española, no ya en el artículo citado del Texto Refundido, sino en otros, como en el artículo 99.4, que regula precisamente el ingreso como Guardia de la Policía Municipal, reproducido en este extremo en la convocatoria, en los artículos 190, 213, 232 y 244 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local, también mencionados por el Tribunal a quo, a los que se puede añadir el 350 del Texto Refundido de la Ley de

Régimen Local de 1955, etc.; existiendo motivo suficiente para pensar que la recurrente no estaba ajena a tal interpretación, aunque esto sea innecesario para la conclusión a que se ha llegado, cuando presentó una certificación de nacimiento que fijaba éste en el 12 de febrero de 1952, así como una fotocopia del permiso de conducir vehículos de motor coincidente en esto con la certificación, afirmándose en la fecha mencionada en su entrevista con el Alcalde de Corvera ante el Secretario del Ayuntamiento, como consta en el acta extendida por éste el 16 de julio de 1982, habiéndose aclarado posteriormente que el verdadero día del nacimiento de la recurrente fue el 12 de enero del mismo año, es decir, un mes antes, sin que esto sea objeto de discusión, siendo irrelevante por otra parte a efectos de este recurso, si la disparidad apreciada fue debida a un error, o a otros motivos.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 22 octubre 1984.*)

*4. Improcedencia de apreciar error de hecho en el nombramiento de un funcionario a efectos de su revisión de oficio siempre que ello implique una valoración jurídica.*

*Considerandos de la sentencia apelada:*

«El examen de la cuestión debatida en este procedimiento exige la exposición previa de los siguientes hechos: 1.º) Que el actor EUSEBIO R. V. ha venido prestando servicios para el Ayuntamiento de Madrid en calidad de Contratado administrativo y, como consecuencia de esta circunstancia tomó parte en un concurso-oposición restringido convocado al amparo del Decreto-Ley de 2 de junio de 1977, obteniendo la calificación de aprobado; 2.º) Que la Comisión Municipal de Gobierno de Madrid, por acuerdo de 4 de octubre de 1978, anuló el nombramiento y toma de posesión del recurrente dado que superaba los 65 años, edad de jubilación forzosa establecida para los funcionarios de Administración Especial; 3.º) Que el demandante interpuso el correspondiente recurso de reposición el día 17 de noviembre de 1978; 4.º) Que la convocatoria del mencionado concurso-oposición que se realizó el día 7 de diciembre de 1977, siendo nombrado el recurrente —quien nació el 14 de agosto de 1905— el 27 de julio de 1978.

Una reiterada jurisprudencia ha reconocido que los Tribunales Contencioso-Administrativos en el ejercicio de su función revisora deben examinar con preferencia a cualquier otra cuestión, si la Administración ha observado las normas que marcan el procedimiento administrativo y que constituyen garantía de acierto de la resolución y salvaguardia de los derechos administrativos y que al ser una cuestión de orden público obliga a la Sala a examinarla de oficio aunque no haya sido alegada por las partes y con carácter preferente a la cuestión de fondo planteada.

El principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos condiciona a la Administración que los haya dictado a ejercitar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa su anulación previa declaración de lesividad —artículo 56 de la Ley Jurisdiccional—; únicamente en los casos en que por adolecer del acto administrativo de nulidad absoluta conforme a los apartados a), b) o c) del artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, o de anulabilidad por manifiesta infracción de ley, la Administración que dictó el acto puede revocarlo por sí misma, previo dictamen favorable del Consejo de Estado —artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Aunque surgieron dudas sobre si las Autoridades y Corporaciones Locales podían acudir al procedimiento revisorio de oficio que señalan los artículos 109 y 110 citados dados los términos explícitos del artículo 369 de la Ley de Régimen Local, tanto la doctrina como la Jurisprudencia lo han estimado posible por aplicación supletoria conforme al artículo 1.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, aplicación que recoge expresamente el artículo 76.1 de la Ley de Régimen Especial para el Municipio de Madrid aprobado

por Decreto 1674/63, de 11 de julio, siempre que lo acuerde el Ayuntamiento Pleno y previo dictamen favorable del Consejo de Estado.

El Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid de 27 de julio de 1978 nombrando funcionario en propiedad al hoy recurrente es un acto declarativo de Derecho y, por tanto, no puede ser revocado más que por los procedimientos señalados en los Considerandos anteriores y no habiéndolo hecho así, puesto que la anulación del referido acuerdo fue acordada por la misma Comisión Municipal de Gobierno el 4 de octubre de 1978, modificando de oficio un acto anterior por otro de contrario imperio sin seguir el cauce de los artículos 109 ó 110 ya citados, dicho Acuerdo de 4 de octubre de 1978 está incurso en la causa de nulidad absoluta o de pleno derecho del apartado c) del artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo y por tanto es obligado declararlo así y reponer al actor en la situación jurídica individualizada que le fue concedida el 27 de julio de 1978.

Aunque los artículos 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 369 de la Ley de Régimen Local supuesto aquí enjuiciado no puede ser estimado como tal, puesto que lleva consigo la anulación del acto de nombramiento de funcionario, mientras que la esencia del error material radica en la subsistencia del acto una vez corregido el error, sin transformar ni cuestionar la eficacia del acto, Sentencia de 18 de mayo de 1967.»

#### *Considerandos del Tribunal Supremo:*

«La parte apelante, insistiendo en los razonamientos de primera instancia, sostiene que la sentencia no es ajustada a derecho, por cuanto a don Eusebio R. V. no se le puede dispensar del cumplimiento de un precepto normativo que señala un requisito de edad y que comprobado el error material de hecho se rectificó de oficio, de acuerdo con los artículos 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 369 de la Ley de Régimen Local, pero es lo cierto que la sentencia apelada en sus acertados Considerandos que se han dado aquí por reproducidos y siguiendo la línea marcada en las Sentencias de 8 de julio de 1982, reiterada posteriormente por la de 17 de octubre y 22 de diciembre de 1983, han rechazado el concepto de error material o de hecho negando la existencia de éste siempre que su apreciación implique un juicio valorativo, exija una operación de calificación jurídica o cuando la rectificación aparente representa realmente una alteración fundamental del sentido del acto y esto es cabalmente lo que acontece con el acuerdo recurrido, significándose asimismo que ya esta Sala en su Sentencia de 15 de octubre de 1984 resolvió el recurso interpuesto por doña Angeles G. H. G., que se encontraba en la misma situación en virtud de las pruebas señaladas de carácter restrictivo que fueron convocadas por el Ayuntamiento de Madrid al amparo del Real Decreto 1409/1977, de 2 de junio, resolviéndose en el sentido de desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia dictada por la Sala Segunda de esta Jurisdicción de la Audiencia Territorial de Madrid, sobre revocación del nombramiento como funcionaria de dicha señora, que se llevó igualmente a cabo por acuerdo de la Administración de 4 de octubre de 1978. Por ello y de acuerdo con el principio de unidad de doctrina debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 31 octubre 1984.*)

#### *5. Derecho al nombramiento en virtud de concurso libre de méritos de concursante, propuesto por el Tribunal, pariente en segundo grado de afinidad con Diputado.*

«La presente apelación interpuesta por la Excma. Diputación Foral de Navarra y D. José Manuel C. L., versa sobre la sentencia de la Sala de esta jurisdicción de la Audiencia de Pamplona que anuló los acuerdos de la citada

Corporación que no accedieron a nombrar al propuesto por el Tribunal calificador y Organo de Gobierno del Hospital de Navarra, para la plaza de jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología de dicho Hospital, en virtud de convocatoria en concurso libre de méritos, sentencia basada en la no aplicación del artículo 36-4 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, en este supuesto, mientras la Corporación sostiene su aplicación, y la improcedencia de nombrar al propuesto por su parentesco por afinidad en segundo grado con un Diputado de carácter electivo.

El artículo 36 citado no dispone de modo taxativo y necesario la imposibilidad de ser nombrado funcionario de la Corporación, a todas aquellas personas en quienes concurra el parentesco expresado, sino que excluye expresamente de tal imposibilidad o prohibición cuando el nombramiento se verifique por oposición; y en cuanto a los que haya de hacerse por concurso, la Dirección General de Administración Local determinará la calificación y alcance de esta incapacidad, lo que significa que no en todo caso se dará, sino tan sólo cuando así se determine por norma complementaria, que en el caso del régimen foral de Navarra no corresponderá a ese órgano central, sino al de la Comunidad autónoma que tenga atribuida esa competencia; pero ni se ha dictado tal norma, puesto que la única existente en la Corporación no se refiere a incapacidades ni incompatibilidades, ni por la Dirección General expresada, lo que hace inaplicable la subsidiariedad de la regulación central, lo que impide pueda aceptarse el fundamento de los acuerdos revocados por la sentencia apelada; puesto que esa extensión y alcance de esta incapacidad, ha de ser determinada por disposición de carácter general, atendidas las clases de los funcionarios y de los puestos para los que se convoca el concurso, y la influencia que puede tener ese parentesco señalado en la norma reglamentaria.

Como dice el apelado, no hay ningún precepto legal que sirva de base a esa disposición reglamentaria así interpretada, cuya regulación, por lo menos en su fundamento debió ser por Ley, y el Reglamento su desarrollo; y ese mismo Reglamento en su artículo 21 ordena que se deben hacer los nombramientos ateniéndose a la propuesta del Organismo calificador, lo mismo que el artículo 323-1 de la Ley de Régimen Local, que añade, salvo que exista manifiesta infracción de las bases de la convocatoria, en las que no se establece esta prohibición de concurrir al concurso a quienes sean parientes de los Diputados en los grados expresados, y don Guillermo L. G. fue admitido al concurso por la Excm. Diputación apelante, a pesar de ser público y notorio su parentesco con Diputado Foral, por lo que siendo conocido este hecho y admitido al concurso, la interpretación es que no era aplicable la prohibición, que en ese momento debió hacerse patente, puesto que no ha sido causa surgida o conocida con posterioridad, y no después de apreciados los méritos por el órgano competente para ello, al no derivarse la causa de no efectuar la designación de la infracción manifiesta de las bases de la convocatoria, sino de una pretendida prohibición reglamentaria, cuya existencia no resulta de las disposiciones aplicables.

Por lo expuesto, han de ser desestimados los recursos de apelación, interpuestos contra la sentencia de que se trata y, en consecuencia, confirmar ésta en su decisión contenida en el fallo.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 14 noviembre 1984.*)

## II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

1. *Provisión de puestos de trabajo en las Corporaciones Locales. Facultades discrecionales. Jefaturas de sección. Predominio del criterio de eficacia sobre el de titulación.*

«La normativa aplicable al caso debatido, singularmente los artículos 87 y 88 del Decreto 3046/77, bases del organigrama burocrático de las Adminis-



traciones Locales enseña que, salvo los que pertenezcan a los Cuerpos Nacionales, el resto de su funcionariado de Carrera se articula en dos Grupos para los que el puesto de trabajo y su ocupación no está predeterminado, por lo que las facultades organizativas de las Corporaciones en orden a planificar y jerarquizar su burocracia son muy amplias, dentro de ciertas limitaciones, siendo por vía reglamentaria la forma en que queda regulada la adscripción y sus efectos de los dichos funcionarios a los distintos puestos de trabajo de sus plantillas, todo con el designio de lograr una óptima movilidad de su personal en razón a que en estas Administraciones lo decisivo es el puesto de trabajo organizado de modo que se alcance una productividad creciente, una racionalización de tareas y una reducción del gasto por una mejor organización del trabajo de acuerdo con las especificidades de cada Corporación; y desde este punto de partida, decisivo, hay que contrastar el párrafo final del apartado 3.º del Anexo 6.º de la Orden de 25 de febrero de 1982, que aquí se impugna, por disponer, y en su consecuencia posibilitar, que el desempeño de las Jefaturas de Sección encuadradas en el Grupo de Técnicos de Administración Especial puedan estar a cargo de personal titulado de grado medio, indistintamente, con personal titulado de grado superior, extensiva dicha previsión a las adjuntías de las dichas Jefaturas de Sección.

Recordando que la Jefatura de Sección no es más que la cúspide de un puesto burocrático de mando sobre el resto de personal adscrito a la misma y a sus respectivos puestos de trabajo, las amplias facultades discrecionales organizativas que en la materia ostentan las Corporaciones Locales habilitan para jerarquizar su personal atendiendo más a un criterio de eficacia, de rendimiento y producto del trabajo, que a un criterio de nivel educativo de titulación, que en el seno interno de la Administración es en buena medida indiferente para un grupo de funcionarios que no está constituido por Cuerpos que de antemano predeterminen la Jerarquía burocrática, la que, así, viene apoyada en la tarea de canalizar el trabajo y actividades de las diferentes unidades administrativas de la Sección, en una capacitación adquirida; y tanto más si no existe precepto específico que imponga la adscripción de la Jefatura del colectivo de Funcionarios a quien ostente nivel superior de titulación, sino a quienes ostenten los requisitos determinados por la propia Administración para desempeñar una tarea.

La anterior conclusión no queda desvirtuada por lo que en la demanda se aduce al respecto, consistente, en síntesis, en que así se otorga la Jefatura de una Sección a persona que no está en posesión de titulación superior, en tanto que el Anexo 6.º describe el puesto tipo de Sección como servicio que tiene a su cargo funciones de estudio, asesoramiento y propuestas de carácter superior, así como la directa realización de actividades para las que capacita específicamente un título superior; mas ello es confundir a la propia Sección con su Jefatura y presumir que ésta corresponde a quien dentro de ella ostente mayor nivel de titulación facultativa, como si esto fuera determinante de Jerarquía dentro de ella; y ya se ha dicho que no existe precepto específico que en el particular reduzca las amplias facultades organizativas de la Administración: en tanto que la Administración no se autolimita disponiendo la adscripción de las Jefaturas con carácter exclusivo en favor de determinada titulación, la regla general impuesta por la variedad y especificidades de las Corporaciones Locales es la adscripción indistinta de sus funcionarios dentro de cada Grupo, pues por no existir Cuerpos no existe necesariamente un correlativo y obligado paralelismo entre la titulación exigida para el acceso a la Administración Local y la que se estima suficiente para el desempeño de una tarea, que es prestada a la Administración y no a particulares, como si de una profesión liberal se tratase necesitada además de colegiación profesional, por lo que es obligada la desestimación del recurso en el particular del motivo de impugnación que se examina.

La Orden combatida en su conjunto y en el particular que se acaba de examinar es desarrollo del artículo 10 de la Ley 40/1981, y del Decreto 211/82, para asegurar que las retribuciones de las Corporaciones Locales a su perso-

nal se muevan dentro de unos límites máximos y mínimos fijados por la Administración del Estado, como punto básico que es, y si describe a la Jefatura de la Sección como puesto tipo que depende directamente de la Jefatura de Servicio, ante la que es responsable internamente, lo hace con carácter instrumental por lo que de determinante del régimen retributivo tiene, pues no en vano el análisis y descripción del puesto de trabajo conduce a que las retribuciones se expliquen no sólo y exclusivamente en las titulaciones exigidas, sino en las tareas efectivamente prestadas y en la medida de su rendimiento, como corresponde a una concepción moderna de la función pública; y siendo esto así es incuestionable que tanto la Ley como el Decreto citados le prestan la cobertura necesaria para legitimar su contenido organizativo, debiendo concluirse que la Orden no se excede de la cobertura legal que le asiste de manera expresa, aparte de que por no incidir directamente en esferas privadas imponiendo una relación especial de sujeción, también los artículos 143 y 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, habilita al Ministerio de quien la orden procede, con lo que no se puede afirmar que la misma procede de Órgano incompetente al amparo del artículo 97 de la Constitución, con lo que se rechaza este motivo de impugnación, como también corre igual suerte el articulado sobre la falta de informe del Secretario General Técnico, en la inexistencia de memoria, de estudios y de justificación de la oportunidad y acierto de la Orden, ya que en la ampliación de expediente que se interesó se descubre que en lo esencial y en lo fundamental el expediente es completo sin poderse por ello, en rigor, detectarse vulneración del artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que conduzca a la nulidad de la Orden.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 26 octubre 1984.*)

### III. DERECHOS

1. *Para que exista el derecho a pensión es necesario que el interesado tenga la nacionalidad española no en el momento en que se vaya a decidir sobre su petición, sino cuando había de producirse el nacimiento del derecho.*

«La cuestión que tiene que resolverse en esta sentencia es si la pérdida de la nacionalidad española por el recurrente en 10 de septiembre de 1940 al adquirir la mejicana por naturalización, y su recuperación el 22 de junio de 1979, sin venir a residir a España, y después de cumplidos los setenta años el 9 de febrero de 1978, fecha en la que podía nacer su derecho a pensión pasiva, produce la pérdida, o no adquisición del derecho a esta pensión, ya que el poder otorgado por el interesado, don Elías C. A. en la ciudad de Méjico en 10 de julio de 1978, lo fue para tratar lo relativo a su jubilación y pensión que pudiese corresponderle en la Secretaría del Ayuntamiento de Elgueta; tanto el acuerdo municipal, como la sentencia apelada, entienden que para tener derecho a la pensión pasiva es precisa la condición de español, en el momento en que pueda nacer tal derecho, mientras el recurrente entiende que al haber recuperado posteriormente su nacionalidad española, puede percibir la pensión pasiva que le corresponda al serle de aplicación la amnistía.

Es requisito esencial, como la sentencia y el acuerdo deciden que el interesado tenga la nacionalidad española, no en el momento en que se vaya a decidir su petición, sino cuando habría de producirse el nacimiento del derecho, según las disposiciones sobre jubilación citadas por las resoluciones y sentencia; las alegaciones del recurrente no se basan en un solo precepto legal que pueda amparar su pretensión las disposiciones sobre adquisición y pérdida de la nacionalidad española, contenidas en los artículos 20 a 26 del Código Civil, en las distintas redacciones y modificaciones que han sufrido desde que se produjo la pérdida de la nacionalidad española por el recurrente.

te y su recuperación, y aun la posterior de la Ley 51/1982, de 13 de julio, no permiten aceptar sus pretensiones; la recuperación de la nacionalidad española, de cuya pérdida por el interesado en 10 de septiembre de 1940 no se suscita cuestión, sólo puede producir y produce efectos, desde el momento en que se produce, que por lo que en el presente caso, los acuerdos y sentencia recurridos son conformes a Derecho; la aplicación de la amnistía no es más que un medio para conseguir esa declaración de jubilado y pensión pasiva, y el recurrente alega que tiene por finalidad el olvido de cualquier legado discriminatorio del pasado en la plena convivencia entre los españoles como dice en el preámbulo del Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio; y el recurrente ni era español cuando se otorgó la amnistía ni residía ni reside en España, por lo que no se da esa convivencia entre españoles, fundamento de la amnistía; y al no haber alegaciones fundadas que lleven a la conclusión de la adecuación a derecho de la pretensión del actor, y sí de la conformidad al ordenamiento jurídico de la resolución municipal y sentencia apelada, ha de ser confirmada ésta, desestimando la apelación contra ella interpuesta.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 26 septiembre 1984.*)

## 2. *Derecho al sueldo. Reserva de Ley para la modificación de grado.*

«Se pretende por los recurrentes, Veterinarios Titulares, Funcionarios Técnicos del Estado, adscritos al Ministerio de Sanidad y Consumo y al servicio de la Sanidad Local, la modificación del coeficiente multiplicador 4 que les fue asignado a efectos retributivos, elevándose a 5 dicho coeficiente, lo que postulan no sólo en razón del nivel de titulación exigido para el ingreso en el Cuerpo, funciones que desarrollan y especial preparación técnica exigida, sino, además, y aun prescindiendo de lo anterior, porque la elevación del coeficiente que tienen asignado las plazas que desempeñan, es una exigencia del principio de igualdad ante la Ley que la Constitución Española, en su artículo 1 define como uno de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y consagra en su artículo 14, con expresa alusión al Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de septiembre de 1979 que elevó a 5 el coeficiente multiplicador del Cuerpo Técnico de la Administración Civil del Estado; a cuya pretensión se opone el Abogado del Estado alegando en primer lugar la inadmisibilidad del recurso formulado o su desestimación.

En relación al motivo de inadmisibilidad opuesto por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, y cuyo examen es prioritario, ha de rechazarse la incompetencia de jurisdicción alegada, ya que lo que se somete a revisión en este proceso es la desestimación por silencio administrativo del Consejo de Ministros de la petición por los actores formulada, lo que obviamente es de la competencia de esta Sala, y si quiere amparar la excepción opuesta en que la petición formulada, modificación del coeficiente, no podía ser resuelta por el Consejo de Ministros sino que corresponde a las Cortes Generales, ello está tan íntimamente ligado al fondo del proceso que ha de ser resuelto al tiempo de este último, y por ende causa de desestimación y no de inadmisibilidad.

Sobre la cuestión de fondo planteada en este recurso ya ha tenido oportunidad esta Sala de pronunciarse al conocer de otros supuestos de incremento del coeficiente multiplicador, declarando, entre otras, en Sentencias de 29 de noviembre de 1982, 4 de marzo de 1983 y 22 de marzo de 1984, y que aquí en obligada salvaguardia del principio de unidad de doctrina hemos de reiterar, que en la Ley 42/1979, de 29 de diciembre, por la que se aprobaron los Presupuestos Generales del Estado para el año 1980, concretamente en su artículo 8.2, párrafo 1.º, para dicho año, y provisionalmente, se establecieron los grados iniciales aplicables a cada Cuerpo, Escala o plaza en función de los coeficientes derivados de la Ley 31/1965, de 4 de mayo, en relación, a su vez, con los índices de proporcionalidad fijados en el Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, facultando el propio artículo 8.2, 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, propuestas de Ley en las que se modifique el grado asignado; por lo que, a la vista de este artículo, correspondiendo dentro del índice de proporcionalidad 10 al coeficiente 4 el grado inicial 1, y al coeficiente 5 el grado inicial 3, resulta evidente que la modificación del coeficiente que se reclama al implicar la del grado, no corresponde al Consejo de Ministros sino a las Cortes Generales, ya que de otro modo se eludiría la aplicación de este artículo cuya vigencia se ha mantenido en las sucesivas leyes posteriores reguladoras de los Presupuestos Generales del Estado, artículo 6.3 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre; artículo 4.3 de la Ley 44/1981, de 26 de diciembre; artículo 2.3 de la Ley 9/1983, de 13 de julio, y artículo 3.3 de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 16 octubre 1984.*)

### 3. *Procedencia de la suspensión de acuerdo de la Diputación Provincial sobre fijación de sueldos en virtud de convenio colectivo al incidir en la competencia del Estado.*

«En esta apelación, por el efecto devolutivo que la misma produce, y por tratarse de un tema exclusivamente jurídico, que engloba por entero el objeto de la litis, el debate se mantiene en los mismos términos, y con igual amplitud, que lo ha sido en la primera instancia jurisdiccional: la legalidad de la resolución del Gobernador Civil de Cádiz, al suspender los efectos del acuerdo plenario de la Diputación Provincial de la citada provincia, de 31 de julio de 1981, sobre mejoras socioeconómicas para el funcionario de esta Corporación, recogiendo convenio celebrado con el mismo.

Basta, para la estimación del presente recurso de apelación, promovido por la representación procesal de la Administración General del Estado, frente a la Sentencia de la Sala de la Jurisdicción, de la Audiencia Territorial de Sevilla, de 11 de diciembre de 1981, con referirnos a las Sentencias dictadas con anterioridad por nosotros, entre otras, las de 18 de mayo y 16 julio 1982, 1 marzo, 20 y 23 abril, 22 julio y 20 octubre 1983, 7 febrero y 3 marzo 1984, así como las del Tribunal Constitucional de 2 de febrero y 29 abril 1981, en las que se sienta la doctrina, perfectamente aplicable al supuesto de autos, de que *la autonomía reconocida a los Municipios en el artículo 140 de la Constitución hay que compaginarla, en materia de la función pública, con la reserva formulada a favor del Estado en el propio texto constitucional, en su artículo 144-1-18 (y en el art. 103-3), y, con mayor motivo, respecto de las Diputaciones Provinciales, ya que éstas se conciben como agrupación de los municipios de su respectiva circunscripción, "para el cumplimiento de las actividades del Estado"* (art. 141-1 de nuestra Ley Fundamental).

Si se dan las condiciones necesarias para ello, como en el presente caso sucede, y como se ha venido a decir en muchas de las sentencias antes citadas, los representantes del poder estatal pueden seguir utilizando los resortes previstos en la Ley de Régimen Local (art. 365, en relación con el 362), mediante el procedimiento especial regulado en el artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción, con las reformas introducidas, y ya vigentes en la fecha de adopción del acuerdo del Gobernador Civil, por el Real Decreto-ley 3/1981, de 16 de enero, posteriormente modificado por la Ley 40/1981, si bien ésta no es aplicable en la presente ocasión por no haber sido aún promulgada en ese momento.

Si hemos dado por supuesto que en este caso se dan las condiciones para el legítimo ejercicio por el Gobernador Civil gaditano de las facultades que han dado origen al acuerdo de suspensión que nos ocupa, ha sido porque *lo aprobado por el Pleno de la repetida Diputación Provincial constituye una infracción de ley, al incidir en competencias reservadas al Estado en el citado artículo 149-1-18, por referirse a materias que forman parte de las bases del régimen estatutario del funcionariado de la tan repetida Diputación Provincial, como son las relativas a jornadas de trabajo, horas extras, licencias,*

*premios y ayudas, en su traducción económica.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 7 noviembre 1984.)*

#### IV. INCOMPATIBILIDADES

1. *Según reiterada jurisprudencia, los Arquitectos municipales son incompatibles para el ejercicio libre de su profesión en todos aquellos supuestos en que pueda producirse lo que se llama «áreas de coincidencia».*

*Considerandos de la sentencia apelada:*

Se impugna mediante este recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. José V. S., en nombre y representación de D. Javier S. Q., el Acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Bilbao de 30 de abril de 1980 que desestimó expresamente el recurso de reposición contra otro del mismo órgano de 20 de febrero de 1980, por el que se declaró incompatible la condición de Arquitecto Técnico al servicio del Ayuntamiento, del actor, con la realización de determinados trabajos en el término municipal, propios de su titulación profesional.

«El acto impugnado tiene como origen el visado que para la realización de tres obras solicitó D. Javier S. Q., del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Vizcaya, dando lugar, la resolución del citado expediente, a la declaración de incompatibilidad del actor respecto a: Obras de Parque Público en la Manzana 231 del Ensanche de Begoña y aprovechamiento de aparcamiento bajo rasante que han de realizarse en Bilbao-Santuchu; 18 viviendas, oficinas y locales comerciales que han de realizarse en Bilbao, Manzana 315 del Plan Parcial de Begoña. Se observa, por tanto, que la resolución combatida es congruente con la causa originaria del expediente, pues la incompatibilidad que establece lo es para unas obras concretas y específicas; está fuera de lugar, en consecuencia, todos los planteamientos tendentes a demostrar que con la resolución recurrida se establece una incompatibilidad de orden general, pues no se atienen al tenor de la resolución recurrida.

Así circunscrita la cuestión debatida los problemas que el recurso plantea son: a) dilucidar si concurre para las obras que el actor iba a realizar la incompatibilidad declarada; b) si es conforme a Derecho la declaración de incompatibilidad cuando recae sobre un funcionario que no está sujeto al régimen de dedicación exclusiva; c) si la resolución impugnada incurre en desviación de poder, y d) si es procedente la indemnización de daños y perjuicios solicitada por el actor.

No ofrece dudas que la materia de las incompatibilidades se encuentra recogida, para los funcionarios de la Administración Local, en el Real Decreto 3046 de 6 de octubre de 1977 en su artículo 49, donde se proclama que *son incompatibles todas aquellas actividades que comprometan la imparcialidad o independencia del funcionario, que impidan o menoscaban el estricto cumplimiento de sus deberes o que pugnen con los intereses del servicio, del prestigio del funcionario o de cuerpo, grupo, subgrupo o clase, a que pertenezca;* con remisión a la regulación de los Funcionarios Civiles; artículos 82 y 83 de la Ley.

La transcripción del precepto anterior permite resolver la cuestión procesal que propone el actor al entender que es improcedente la admisión del Colegio de Arquitectos como coadyuvante en este litigio. A estos efectos es preciso hacer notar que la providencia en que se tuvo por parte coadyuvante al Colegio de Arquitectos fue notificada oportunamente al actor que no propuso, contra ella, en su día, el recurso que hubiese estimado pertinente, por lo que *no es procedente plantear en conclusiones cuestiones nuevas;* pero en todo caso, es notorio, que el Colegio de Arquitectos viene manteniendo en materia de incompatibilidades, una postura que si en el plano ético es elogiable,

en el ámbito procesal, y en este concreto proceso, es susceptible de defensa ya que perjudicaría los intereses del grupo a quien representa el actor, velar por el cumplimiento de las incompatibilidades de los miembros de su Colegio y despreocuparse de las que eventualmente puedan concurrir en quienes en el plano técnico son sus subordinados.

Si una de las funciones del Aparejador, a tenor del Decreto de 16 de julio de 1935 es, de un lado, "inspeccionar con la debida asiduidad las proporciones y medidas de la obra", y, de otra parte, como funcionario de la Corporación, tiene como misión la redacción de Planes Parciales, Estudios de Detalle, remodelaciones urbanas, proposición de directrices generales de planteamiento, etcétera, es evidente que su intervención en la obra concreta que contemplamos compromete su independencia y es susceptible de contraposición con los intereses del servicio, redundando todo ello en desprestigio del Cuerpo a que pertenece, por lo que es procedente la declaración de incompatibilidad combatida.

El régimen de dedicación exclusiva comporta una incompatibilidad con todas las actividades privadas, del mismo orden profesional, que lleve a cabo el funcionario, pero ello no implica que la incompatibilidad sólo puede aplicarse a los funcionarios sujetos a este régimen especial; por el contrario, *es la permisión de las actividades extrafuncionariales, la que exige* —para los funcionarios no sujetos al régimen de dedicación exclusiva— *contemplar si en cada supuesto concreto concurre alguna de las causas que harían procedente la incompatibilidad*; que es precisamente lo que sucede en el supuesto que enjuiciamos.

De todo lo hasta aquí razonado se deduce que la declaración de incompatibilidad combatida se ajusta al ordenamiento jurídico y no pretende otras finalidades distintas a las que éste establece, por lo que *la desviación de poder alegada debe ser rechazada, así como la pretendida indemnización de daños y perjuicios solicitada al desestimarse la pretensión principal que le sirva de fundamento.*

No desvirtúa la conclusión desestimatoria que pronunciamos, la circunstancia de que en otros supuestos, bajo otras circunstancias y a personas distintas, el Ayuntamiento de Bilbao haya declarado la compatibilidad, ya que los diferentes presupuestos personales, reales y circunstanciales, que en cada caso concurren, impiden la apreciación del quebrantamiento del principio de igualdad, cuya estimación descansa, precisamente, en una identidad sustancial de los presupuestos fácticos en cada caso contemplados.»

#### *Considerandos del Tribunal Supremo:*

«Es ya reiterada la Jurisprudencia en la que se proclama —Sentencias, entre otras, como más recientes, de 4 de enero, 4 de junio y 22 de julio de 1983— que, con arreglo a los artículos 49 y Disposición Transitoria 1.ª del Texto articulado parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local aprobado por Decreto 3046/1977, de 6 de octubre (que en su Tabla anexa de preceptos que quedan derogados incluye el artículo 328 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955), y 37-1 del Reglamento de Funcionarios de las Corporaciones Locales de 30 de mayo de 1952 —que disponen *serán aplicables a los funcionarios de la Administración Local las incompatibilidades que rijan para los funcionarios civiles del Estado*— y a lo preceptuado en los artículos 82 y 83-2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964, ha de estimarse que *los Arquitectos Municipales (tanto los superiores como los técnicos) son incompatibles para el ejercicio libre de su profesión, dentro del término de sus respectivos Ayuntamientos, en todos aquellos supuestos en que pueda producirse lo que se denomina "áreas de coincidencia", que dan lugar a la posibilidad de que los medios y facultades concedidos al funcionario por razón de su cargo puedan ser utilizados en provecho particular, en perjuicio del interés público y, por lo menos, del prestigio que por su objetividad, imparcialidad e independencia debe rodear al funcionario, sin que sea preciso la prueba de que se haya producido, bastando con esa coinciden-*

cia y posibilidad —Sentencias, entre otras, de 20 de junio de 1975 y 19 de noviembre de 1980.

Las alegaciones formuladas por D. Javier S. Q., en el recurso de apelación por él interpuesto, no desvirtúan los anteriores razonamientos ni los que se contienen en los considerandos de la sentencia recurrida —aceptados en su integridad por esta Sala—, por lo que procede desestimar el mencionado recurso y confirmar en todas sus partes la sentencia apelada; sin que, a tenor de lo prevenido en el artículo 113 de la Ley reguladora de la Jurisdicción sea de apreciar temeridad o mala fe para imposición de las costas causadas en esta segunda instancia.» (*Sentencia de la Sala 4.ª, 9 mayo 1984.*)

*2. Cuando se impugna la declaración de incompatibilidad conforme a la Ley 62/78 no se trata de valorar la legalidad de la compatibilidad, sino de examinar si ante situaciones iguales se han producido tratamientos distintos.*

«Promovido recurso contencioso-administrativo al amparo de la Ley 62/78 sobre Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona, contra la Resolución del Subsecretario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 3 de febrero de 1983 por la que acuerda denegar la compatibilidad solicitada por el Letrado de AISS Carlos G. M., adscrito al Instituto Nacional de Empleo en la Oficina de Benavente —Zamora—, y la actividad declarada de Abogado en ejercicio, cumple matizar previamente la esencia y naturaleza del proceso elegido y de la acción que en el mismo se intenta hacer valer para salvaguardar el principio fundamental de igualdad, y de conformidad con la tesis mantenida ya en Sentencias de esta Sala de 6 y 15 de junio, ha de declararse, que si la tesis del 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 incompatibilidades en caso declaradas o consentidas y el alcance que las mismas han de merecer, la respuesta habría de ser obligadamente negativa por cuanto que la cuestión que se debate en este proceso no es ésa, toda vez que no se trata de valorar la legalidad o no de la compatibilidad o incompatibilidad que en cada caso venga declarada, sino de hallar si ante situaciones iguales 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, negativa que llevaría como consecuencia el que no se pudiera prestar contenido al derecho fundamental de igualdad que se trata de salvaguardar en la ardua y dilatada polémica de la compatibilidad, 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 si el planteamiento posiblemente no sea correcto por no responder a estas especiales características puesto que se insiste en valorar la declaración de incompatibilidad y si ésta es o no adecuada a la declaración de actividades, lo cierto es que en el proceso surge ese tratamiento de desigualdad; esa posición discriminatoria base y fundamento del artículo 14 de la Constitución, con el precedente que se aporta del también Letrado de AISS con destino en la Dirección General del MOPU de Zamora, ello sin olvidar aquellos otros que ya se han producido en esta Sala a partir de la Sentencia que se cita de 2 de febrero de 1984 en el mismo sentido, razones todas que obligan a una declaración en principio consecuente con la de la sentencia apelada estimatoria en cuanto a vulneración del principio de igualdad en que hubiera incurrido la Resolución del Subsecretario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social objeto de este recurso.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 26 septiembre 1984.*)

3. *Cuando en casos idénticos a Letrados de la AISS no se les ha concedido la misma compatibilidad condicionada, ello supone una infracción del principio de igualdad.*

«Se plantea en el presente recurso de apelación, tramitado en el proceso especial interpuesto al amparo de las normas contenidas en la Sección Segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, la misma cuestión que ya ha sido resuelta reiteradamente por esta Sala, a título de ejemplo en las Sentencias de 2 de febrero y 4 de mayo del corriente año, y que se refiere a la impugnación de una resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que no autorizaba la compatibilidad del ejercicio del puesto de Letrado de la AISS, en el presente supuesto, de un funcionario con destino en la Dirección Provincial del indicado Ministerio en Navarra, en el servicio de representación y defensa en juicio del fondo de Garantía Salarial, con la actividad privada, por cuenta propia, de Abogado en ejercicio, resolución que impugnaba en base a una presunta vulneración, entre otros, del artículo 14 de la Constitución, fue parcialmente estimada en la sentencia que ahora es apelada, al declararse en la misma, que la incompatibilidad debe solamente comprender la personación en juicio durante la jornada laboral —que era para el hoy apelado desde las 8 a las 15 horas—, la actuación en el área laboral y de la Seguridad Social y la intervención en asuntos en los que el Estado sea parte, declaración que debe ser confirmada, toda vez que, la resolución objeto de este proceso, y tal como ya se declaró en la precitada Sentencia de 4 de mayo último, supone una evidente vulneración del mencionado artículo de la Constitución, por cuanto de la numerosa prueba que en aquella sentencia se alude, y de la que ahora aparece reflejada en las presentes actuaciones, resulta que la Administración ha venido declarando compatible el ejercicio privado de la Abogacía y la función de Letrado de la AISS, sin otras condiciones, prácticamente, que las de cumplir las limitaciones establecidas para dicho ejercicio privado en la sentencia ahora apelada, a numerosos Letrados de la AISS —51 según se establece en la Sentencia de 2 de febrero de 1984—, con lo que se acredita suficientemente por la propia Administración, que dicho ejercicio privado no vulnera la Ley de Incompatibilidades de 9 de junio de 1982, ni, por consiguiente, impide o menoscaba el estricto cumplimiento de los deberes que dichos Letrados tienen como funcionarios, declaración de compatibilidad en los aludidos supuestos acreditados en diferentes procesos contencioso-administrativos, que obliga a declarar, que cuando en casos idénticos a Letrados de la AISS no se les ha concedido la misma compatibilidad condicionada que en aquellos otros supuestos anteriormente aludidos, ello supone una vulneración del artículo 14 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad, y que correctamente aplicado, exige la absoluta prohibición de un trato diferente a quienes se encuentren en la misma situación.» (Sentencia de la Sala 3.ª, 23 octubre 1984.)

## V. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *El Derecho disciplinario tiene un significado eminentemente ético, en cuanto que su objetivo primordial, más que el restablecimiento del orden social quebrantado, es la salvaguarda del prestigio y dignidad corporativos; de ahí que puedan existir distintos tipos de corrección en el orden penal y administrativo. La sanción impuesta puede ser revisada en vía contencioso-administrativa tanto en cuanto a la calificación de la*



*falta como respecto a la sanción impuesta en base al principio de proporcionalidad administrativa.*

«Son elementos fácticos, debidamente comprobados en las actuaciones, tanto administrativas como penales, y que es conveniente resaltar para el mejor enjuiciamiento del presente recurso, que don Miguel G. S., funcionario de la Escala de Clasificación y Reparto de la plantilla de la Subdelegación Provincial de Comunicaciones de Albacete, sin antecedentes penales ni disciplinarios, el día 16 de marzo de 1979, hallándose realizando su cometido habitual, se apoderó de un paquete de correspondencia ordinaria en tránsito, abriéndolo y apropiándose de su contenido consistente en una chaqueta y un chaleco sin mangas, confeccionado en lana fina, que no fueron recuperados y que se valoraron pericialmente en 3.400 pesetas, por cuyos hechos fue sancionado penalmente por la Sala Segunda de este Tribunal Supremo, resolviendo recurso de casación, considerándolo autor de un delito de infidelidad en la custodia de documentos y de una falta de hurto, sin circunstancias modificativas, a la pena de tres meses de arresto mayor y multa de veinte mil pesetas e inhabilitación especial para cargo público en la Administración de Correos o cualquier otro que implique custodia de efectos o caudales públicos durante seis años y un día por el delito; y a la de diez días de arresto mayor por la falta.

En el expediente disciplinario incoado al efecto, el Instructor en su propuesta de resolución propuso la sanción de suspensión de funciones durante seis años y un día, y el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones, y previo informe de la Comisión Superior de Personal, considerando que los hechos relatados configuran una falta disciplinaria de carácter muy grave prevista en los incisos *a)* y *b)* del Reglamento Disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado, en concordancia con el artículo 88.a) de la Ley articulada, que afecta a la probidad moral y material del funcionario y al principio de inviolabilidad de la correspondencia, consagrado en los artículos 28 del Reglamento de los Servicios de Correos y 14.3 de la Ordenanza Postal, comprendiendo además, una conducta constitutiva de delito doloso, habida cuenta de las circunstancias concurrentes y lo establecido en el artículo 20 del Reglamento en relación con la previsión contenida en los artículos 16 y 17 del mismo y 91.1.a) de la Ley articulada, le impuso la sanción de separación del servicio.

El Derecho disciplinario, como ha reconocido la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo —Sentencia de 2 de marzo de 1984, por citar sólo la más reciente— tiene un significado eminentemente ético, en cuanto que su objetivo primordial más que el restablecimiento del orden social quebrantado, es la salvaguardia del prestigio y dignidad corporativos, de ahí que puedan coexistir distintos tipos de corrección en el orden penal y en el disciplinario, y, dentro de este último, también es doctrina jurisprudencial —Sentencia de 14 de febrero de 1984 y las que en ella se citan— que la sanción impuesta pueda ser revisada en vía jurisdiccional contencioso-administrativa, tanto en cuanto a la calificación de la falta como respecto a la sanción impuesta, habida cuenta que el principio de proporcionalidad vincula igualmente a la Administración que al control jurisdiccional de la misma; y dada la naturaleza de los hechos, los antecedentes del inculpado, la propia resolución penal causando la sentencia de dicha jurisdicción para rebajar la sanción, y la propuesta de resolución del instructor del expediente administrativo, que ya conocía la sanción penal, este Tribunal estima que no es proporcionada la separación del servicio impuesta por el Consejo de Ministros, siendo más ajustada a derecho la suspensión de funciones por seis años.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 28 septiembre 1984.*)

2. *La vinculación de los hechos probados en vía jurisdiccional penal sólo opera respecto del órgano administrativo disciplinario cuando éste funda exclusivamente la sanción en ser punible penalmente el hecho imputado o cuando aquélla declara que el funcionario no tuvo intervención o no existieron los hechos imputados. Proporcionalidad entre hechos y sanción.*

«El Ayuntamiento de Mollet del Vallés impugna en apelación la sentencia dictada en primera instancia, apoyándose en los tres motivos siguientes: 1.º Que los hechos acreditados en el expediente son constitutivos de una falta muy grave tipificada en el artículo 52 del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre. 2.º Que contra lo sostenido en dicha sentencia los hechos considerados probados por la jurisdicción penal no vinculan al órgano administrativo, y 3.º Que aun en el caso de existir error en la calificación apreciada como falta muy grave por la autoridad administrativa, el Tribunal debió haber remitido el expediente a la autoridad actuante para que impusiera la sanción que estimara más adecuada dentro de las correspondientes a la nueva calificación.

Es requisito esencial en todo expediente disciplinario la prueba plena de los hechos que sirven de premisa a la sanción; en el instruido con ocasión de los que se enjuician, y no obstante afirmarse que un gran núcleo de personas lo presenciaron, es lo cierto que únicamente declara un testigo presencial, el Conserje del colegio, quien testifica que sólo vio coger al niño por los pelos y meterlo en su casa, y que "mujeres empezaron a gritar y manifestar que estaban pegando al niño", extremo este último que a pesar de ser negado por el inculpado no ha sido objeto de prueba ni intentado identificar a dichas mujeres; el menor no fue oído en el expediente y aunque el padre relata la versión de su hijo, ésta presenta inexactitudes importantes que degradan la credibilidad cual es que fue pegado en el patio del colegio; en las actuaciones tramitadas por el Juzgado de Paz y que obran en los autos debidamente autenticadas consta la declaración del menor, mas sus términos contradicen la realidad de los hechos en cuanto a quienes lo presenciaron y la fecha en que fue asistido en la Clínica, puesto que el parte médico acredita que fue presentado en ella la tarde siguiente de ocurrir los hechos, por todo lo cual esta Sala no puede estimar desvirtuada la afirmación de la sentencia apelada en cuanto a los hechos que estima probados y su calificación jurídica de falta grave, rechazando que pudieran causar grave escándalo y alteración del orden público que no puede presumirse y menos cuando por estar el inculpado en aquellas fechas suspendido de empleo y sueldo ha de afirmarse que no vestía uniforme.

La vinculación de los hechos declarados probados en vía jurisdiccional penal sólo opera respecto al órgano administrativo disciplinario cuando éste funda exclusivamente la sanción en ser punible penalmente el hecho imputado o cuando aquélla declara que el funcionario no tuvo intervención o no existieron los hechos imputados; mas cuando la sentencia penal es absolutoria por falta de pruebas a los actos que se atribuyen al funcionario afectan también a la relación de servicio o atentan a su decoro o dignidad, tales pronunciamientos jurisdiccionales no vinculan a la Administración, como es el caso que aquí se examina, en que el Juzgado de Distrito de Granollers absolvió al funcionario de la falta de lesiones de que era acusado por carencia de pruebas, y de aquí que no pueda aceptarse a efectos puramente doctrinales la afirmación que hace la sentencia apelada sobre tal extremo en el 5.º de los Considerandos que salvo en ese particular es asumido, al igual que los demás por esta Sala, si bien esta falta de aceptación no puede tener las consecuencias que pretende la parte apelante porque no varía la calificación jurídica de los hechos al estimar acertada la declaración de la existencia de malos tratos de palabra y de obra en los que ha de comprenderse a efectos

disciplinarios una herida superficial en la mucosa del labio superior que requirió una sola cura tónica.

Reconociendo la facultad de la Administración de optar entre las distintas sanciones que señala la Ley para las faltas graves, cuando el conocimiento del actuar de aquélla se residencia en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa los Tribunales pueden y deben valorar si en el caso concreto que se enjuicia ha sido aplicada correctamente esta facultad por la Administración, atendiendo al principio de proporcionalidad entre la falta y sanción que debe presidir toda corrección disciplinaria y por lo mismo, cuando la sentencia de instancia determina la sanción al conocer de un recurso ha de ser mantenida en tanto no se acredite que no ha aplicado dicho principio.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 28 septiembre 1984.*)

3. *Según doctrina jurisprudencial de carácter general, el enjuiciamiento de un acto administrativo resolutorio de un expediente sancionador ha de partir del análisis del hecho, de su naturaleza y de su alcance para determinar si el ilícito administrativo es o no subsumible en alguno de los supuestos-tipo de infracción previstos en la Ley. Ausencia de facultades discrecionales de la Administración.*

«Es doctrina jurisprudencial de carácter general la que establece que el enjuiciamiento en concreto de un acto administrativo resolutorio de un expediente sancionador, ha de partir del análisis del hecho, de su naturaleza y de su alcance, para determinar y ver si el ilícito administrativo perseguido es o no subsumible en alguno de los supuestos-tipos de infracción previstos en la Ley, en este caso el Estatuto Personal del Instituto Español de Emigración, puesto que la calificación de unos hechos o de una conducta como infracción administrativa no es facultad discrecional de la Administración, sino propiamente actividad jurídica de aplicación de normas que exige, como presupuesto objetivo, el encuadramiento o subsunción de la falta incriminada en el tipo predeterminado legalmente; y es por ello por lo que la jurisdicción contencioso-administrativa ha tenido siempre facultades para examinar y valorar la existencia, acreditamiento y alcance y significación de las faltas administrativas para, en su caso, confirmar o anular los actos sanción, según que los mismos se ajusten o aparten de lo dispuesto en el Ordenamiento jurídico.

En este litigio el actor, más que rebatir los hechos que se le imputan implícitamente los está reconociendo, ya que no otra cosa es el que en este recurso esté postulando la inaplicabilidad del apartado j) del artículo 93.4 del Estatuto de Personal y la aplicabilidad por contrario, del apartado k) del propio artículo que dice ser el que tipifica su conducta afirmando, además, que en el peor de los casos es cómplice de un delito doloso; extraño medio de defensa que intenta apoyar distinguiendo entre su actuación como funcionario del Instituto Español de Emigración, y la actividad en el expediente sancionada que dice haber sido desarrollada al margen y con total independencia de su cualidad de funcionario, distinción que no puede ser admitida por este Tribunal, ya que en el expediente administrativo está plenamente acreditado que toda la actividad desarrollada para favorecer los fines de la Agencia E. fue llevada a cabo aprovechándose de su condición de funcionario del Instituto, incluso de un viaje oficial en comisión de servicio a Holanda, a la que habría de llegarse también por la jurisdicción penal en los hechos que declaró probados en la sentencia dictada, y al ser así es evidente que la calificación de tales hechos como constitutivos de la falta muy grave del apartado j) del número 4 del artículo 93 de desmerecimiento notorio en el concepto público que ha redundado en desprestigio del Organismo, resultando plenamente correcta y adecuada la sanción a la misma impuesta de separación del servicio.

La Audiencia Provincial de Madrid, al conocer el sumario por estos mismos hechos seguido para depurar las responsabilidades penales que de ellos se derivaran, en Sentencia de 5 de octubre de 1982, calificándolos como constitutivos de un delito de estafa continuada de los artículos 528.1 y 529.1 del vigente Código Penal condenó al aquí recurrente a la pena de 6 meses y 1 día de presidio menor; Sentencia que fue casada por la Sala Segunda de este Alto Tribunal por Sentencia de 12 de junio de 1984, en la que manteniendo la calificación del delito imponía al acusado Luis P. de A. la pena de seis años y un día de prisión mayor.

Por lo que razonado queda procede la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de los Acuerdos impugnados; sin que sean de apreciar circunstancias determinantes para, a tenor de lo establecido en el artículo 131 de la Ley rectora de esta jurisdicción, hacer una expresa declaración sobre las costas en este litigio causadas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 8 octubre 1984.*)

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

«El tema objeto de debate en el presente recurso contencioso-administrativo viene limitado a determinar la legalidad del Acuerdo del Consejo de Ministros adoptado en sesión celebrada en 14 de mayo de 1982 que al desestimar el recurso de reposición interpuesto contra resolución del propio Consejo de 13 de noviembre de 1981, vino a confirmar la sanción disciplinaria de separación de servicio impuesta a don Tomás G. L., funcionario del Cuerpo Ejecutivo Postal y de Telecomunicación, con destino en la Subdelegación de Comunicaciones de Zamora, incurso en falta de carácter muy grave que afecta a la probidad del funcionario prevista en el inciso a) del artículo 88 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 y en el artículo 6 de su Reglamento Disciplinario de 16 de agosto de 1969 y vulnera el principio de la inviolabilidad de la correspondencia previsto en el artículo 14.3 de la Ordenanza Postal.

Para la correcta decisión de este litigio es obligado punto de partida la consideración del significado eminentemente ético del derecho disciplinario, en cuanto que su objetivo primordial más que el restablecimiento del orden social quebrantado, es la salvaguardia del prestigio y dignidad corporativos y garantizar la correcta y normal actuación de los funcionarios en la doble vertiente del eficiente funcionamiento del servicio que les está encomendado, y de que su actividad como tales se desarrolle siempre en el marco que les fija la Ley; y por ello, en el derecho sancionador disciplinario predomina la valoración ética de la conducta subjetiva del funcionario sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico determinado que con su actuación haya podido causar, aspecto este último que tradicionalmente queda reservado a la jurisdicción penal, y de ahí que no repugne la coexistencia de ambos tipos de corrección.

Es doctrina jurisprudencial general la que establece que el enjuiciamiento en concreto de un acto o resolución administrativa resolutorio de un expediente sancionador ha de partir del análisis del hecho, de su naturaleza y alcance, para determinar si el ilícito administrativo impugnado es o no subsumible en alguno de los supuestos-tipo previstos en la Ley, en este singular caso, la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado y su Reglamento de Régimen Disciplinario, ya que la calificación de una infracción administrativa no es facultad discrecional de la autoridad sancionadora, sino propiamente actividad jurídica de aplicación de normas preestablecidas que exige, como presupuesto objetivo, en encuadramiento o subsunción de la falta inculpada en el tipo predeterminado legalmente; y es por ello por lo que siempre a esta jurisdicción contenciosa se le viene atribuyendo facultades para examinar y valorar, la existencia, acreditamiento y significación de las

faltas administrativas para, en su caso, confirmar o anular el acto-sanción adecuada dentro de los términos previstos en el artículo 20 del Reglamento disciplinario citado.

De lo actuado en el expediente administrativo y en este proceso aparece acreditado que el actor, funcionario del Cuerpo Ejecutivo Postal y de Comunicaciones, figurando al frente de las expediciones ambulantes Zamora-Orense y Zamora-Medina del Campo, como encargado de manipular la correspondencia asegurada por su condición de Administrador de las citadas expediciones, en fechas comprendidas entre 2 de agosto de 1979 y 29 de agosto de 1980, en 6 ocasiones distintas, y una vez en marcha el tren, violentó seis pliegos de valores declarados sustrayendo de los mismos parte de los billetes de bancos extranjeros que contenían —escudos, marcos, francos franceses y suizos— que al cambio oficial importaron 267.576 pesetas de las que se apropió, hechos expresamente reconocidos por el recurrente; y si bien es cierto que ya en tramitación el expediente administrativo devolvió en moneda nacional dicha cantidad que fue reintegrada a los interesados, dichos reiterados hechos fueron justamente calificados por el Instructor nombrado, por la Inspección General de la Dirección General de Correos y Telecomunicaciones, por la Comisión Superior de Personal de la Presidencia del Gobierno, por el Ministro de Transportes y Comunicaciones y por el Consejo de Ministros, como constitutivos de una falta muy grave de probidad tipificada en el artículo 88.a) de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, artículo 6.a) de su Reglamento Disciplinario que vulneraba el principio de la inviolabilidad de la correspondencia consagrado en el artículo 14.3 de la Ordenanza Postal aprobada por Decreto de 19 de mayo de 1960, imponiéndole el último de los organismos citado la sanción de separación del servicio, de conformidad a lo previsto en los artículos 91.1.a) y 16.a) de la Ley y Reglamento disciplinario citado, y por ende, de conformidad con el Ordenamiento jurídico, y por ello, sin que puedan admitirse las alegaciones del recurrente tendentes a modificar su responsabilidad, porque aparte de que resulta intrascendente a los efectos de los ilícitos administrativos que se enjuician que se apropiase de las divisas extranjeras a que se ha hecho referencia para satisfacer fines propios o para pagar deudas contraídas por su madre, el trastorno mental transitorio alegado y que trata de justificar con los informes médicos que obran en el expediente no puede ser aceptado, ya que independientemente de que los hechos los realizó a lo largo de un año, de dichos informes no puede deducirse que estuviese privado de la facultad de actuar correctamente, sino que contrariamente se afirma que siempre tuvo sentido de la realidad; y en informe médico a su instancia practicado en estos autos se sienta la rotunda conclusión que el sancionado no presenta signos de padecer ningún tipo de enfermedad mental, por todo lo cual resulta procedente la desestimación del recurso interpuesto de conformidad a lo prevenido en el artículo 83.1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, por reputarse la sanción impuesta justa y proporcionada a las faltas cometidas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 24 octubre 1984.*)

##### 5. *Inexistencia de quiebra del principio «non bis in idem». Responsabilidad tridimensional —civil, penal y administrativa— de los funcionarios.*

«Se combate la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de La Coruña, en procedimiento de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona —Ley 62/1978, de 26 de diciembre—, al impugnar el acuerdo de la Dirección General de la Guardia Civil, de 23 de diciembre de 1982, que, independientemente de la condena establecida en Sentencia de fecha 6 de septiembre de 1982, por los hechos ocurridos el 10 de marzo de 1981 —detención en unión de otro compañero y un paisano, de un camión con alijo de tabaco rubio en el término de Rábade (Lugo), trasladando

el cargamento a "El Ferrol", en donde al observar la presencia de Fuerzas de la Policía Nacional, abandonaron el cargamento— a la pena de once meses de prisión militar, con el efecto especial de pérdida para el servicio y antigüedad por igual período de condena, se le impuso en la resolución combatida la sanción administrativa, corporativa, que es objeto de discusión, consistente en la baja en la Agrupación de Tráfico que, como especialidad prestaba el guardia civil afectado, con designación de destino en Logroño, como lugar que no cuenta con demarcación de costas ni fronteras, estimándose que tal acuerdo resolutivo comporta una doble conculcación de los Derechos Fundamentales objeto de previsión en la Constitución: artículo 25 en cuanto estima que por un mismo hecho sufre doble sanción con quebranto del principio *non bis in idem*, y, del artículo 19, en cuanto se impone, privándole del derecho de elección, un lugar de residencia; argumentos a los que adiciona el de estimar que la sentencia apelada ha incidido en incongruencia al no analizar la argumentación de la legalidad de la sanción que repudia.

Es necesario como cuestión esencial, básica, tener presente, de un lado, la singularidad del supuesto contemplado tal como se proyecta en la oposición por el Ministerio Fiscal y Abogado del Estado, y, de otro, el alcance y razón teleológica que inspira la Ley 62/1978, como expresión directa, inmediata, encaminada a la protección de los Derechos Fundamentales de la Persona como "valores" esenciales e inherentes al "ser humano", y, por consiguiente, al margen del obligado y necesario examen en el ámbito jurisdiccional correspondiente de aquellos actos cuya legalidad se dubita, que deben ser depurados, con carácter previo, como se refleja en la sentencia que se recurre, cuya incongruencia se acusa, pero que analiza y pondera con criterio de evidente lógica jurídica, la dualidad de "valores" que se acusan como infringidos, porque es preciso tener en cuenta que lo que en esencia protege y ampara la Constitución es la *summa* del contenido "axiológico" que es inherente y conatural al hombre, sin que pueda el procedimiento especial, encaminado a la restauración perentoria de tales Derechos entrar, descendiendo y con invasión del actuar competencial propio del órgano jurisdiccional, a examinar la legalidad pura de un acto que corresponde a un ámbito propio, máxime en una materia que afecta al orden jurídico-administrativo militar, que por su *status*, al igual que el de los funcionarios públicos o profesionales está afectado en su actuar, con una tridimensional responsabilidad que le son exigibles como figuras típicas de encuadramiento legal autónomo e independiente entre sí, que no suponen transgresión del esencial principio *non bis in idem* por la diferente gradación y estimación que, en el orden axiológico, se reputa que un hecho ha podido ofender en el orden social a que corresponde, y así, son compatibles la responsabilidad civil, la penal, y la administrativa o corporativa.» (*Sentencia de la Sala 3.ª*, 7 noviembre 1984.)

#### 6. Faltas. Tipicidad. Prohibición de interpretaciones extensivas o analógicas.

*Considerandos de la sentencia apelada:*

«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 tiempo 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 Cubas-Libres, 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.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 5 diciembre 1984.*)

Rafael ENTRENA CUESTA





# CRONICA ADMINISTRATIVA

