

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## B) PERSONAL

**SUMARIO:** I. SELECCIÓN: 1. La inclusión de un opositor en la relación de admitidos provisional y definitivamente es un acto declaratorio de derechos, por lo que no cabe rechazarlo, por insuficiencia de la documentación aportada tras superar las pruebas. Necesidad de acudir al procedimiento de los artículos 109 y 110 LPA. Unidad de doctrina. 2. Requisitos para el ingreso en el Cuerpo General Administrativo de funcionarios procedentes del Cuerpo Auxiliar. 3. No es ilegal seleccionar mediante concurso a los aspirantes a una plaza de arquitecto municipal, por corresponder a la potestad organizatoria de la Administración la opción entre aquel sistema y el de oposición.—II. DERECHOS Y DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS: 1. Los funcionarios públicos están sometidos a una situación estatutaria que excluye la negociación colectiva. Tal principio, por su carácter básico, vincula a las Comunidades Autónomas. Ilegalidad del Convenio para la Administración Local de Euskadi. 2. Según reiterada jurisprudencia, el artículo 8.2 de la Ley de Presupuesto 42/1979 contiene una reserva de ley en cuanto a la modificación del grado inicial que impide sea tal concepto fijado por el Gobierno. 3. El régimen de dedicación exclusiva queda configurado como un conjunto de derechos y deberes funcionariales vinculado a determinados puestos de trabajo y caracterizado por la plenitud de dedicación y asistencia que comporta, y por la retribución complementaria que origina, siendo consustancial al mismo la obligación de cumplir una jornada laboral cualificada. 4. Obligación de la Administración de cumplir dentro del plazo fijado en la Ley 41/1979 el mandato legal de creación de las escalas o plazas y fijación de las plantillas del Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales. La petición en tal sentido no es una mera petición graciable.—III. INCOMPATIBILIDADES: 1. El régimen de incompatibilidades no tiene carácter represivo, por lo que no cabe invocar en su contra el derecho a la presunción de inocencia. Para que pueda invocarse desigualdad es necesario que se acredite el trato discriminatorio respecto de quienes se encuentran en idéntica situación. 2. Aunque dos actividades sean en abstracto compatibles, no cabe entender que la autorización de compatibilidad lleve consigo la dispensa del deber de residencia. Incompatibilidad, por este motivo, entre los puestos de Secretario de Administración Local y Habilitado de Clases Pasivas con destino en uno y otro concepto en diversos municipios. 3. Ilegalidad de limitaciones incluidas en la autorización de compatibilidad por infringir el principio de igualdad al no exigirse dicha limitación a otros funcionarios en igual situación.—IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Constituye interés general, a efectos de la suspensión en proceso de la Ley 62/1978 del acuerdo de imposición de la suspensión preventiva, el que esta medida cautelar pueda producirse «cuando existan indicios racionales manifiestos de la comisión de infracción y no aparezca acreditado que esa suspensión fue acordada con fines distintos de los meramente aseguradores de la resulta del expediente». 2. Existe perjuicio grave para el interés general a los efectos del artículo 7.4 Ley 62/1978 de suspender la resolución de suspensión preventiva de un funcionario «al enervar el control funcional que compete al Gobierno por disposición constitucional, prevista en sus artículos 97 y 103, y que de acceder a ello se podrían producir situaciones irreparables y contrarias a la justicia y los principios sobre los que descansan las relaciones de Derecho funcional». 3. La suspensión provisional o preventiva, «si bien es una medida que implica la existencia

de un procedimiento disciplinario, ni es consecuencia obligada de la iniciación de éste ni, caso de ser procedente, tiene que acordarse necesariamente en dicho momento, por lo que posee una entidad diferenciada de la decisión de incoar dicho procedimiento». Posibilidad de impugnación. Inexistencia de desviación de poder. 4. La ejecución de un acto sancionador antes de que adquiera firmeza es contraria al derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales que consagra el artículo 24.1 CE. 5. «El término insubordinación presupone una relación de carácter inmediato y personal que refleja rebeldía contra la persona a la que se está subordinado, siendo una conducta de mayor gravedad que la desobediencia.» Incurre en desobediencia el funcionario que de forma reiterada y continua incumple la orden de incorporación a un puesto de trabajo, pese a que posteriormente se declarase su ilegalidad, pues por el principio de obediencia establecido en el artículo 79 LF estaba obligado a efectuar la incorporación que se ordenaba, desde cuyo puesto podía mantener las reclamaciones y los recursos que entabló. 6. No es admisible la tesis según la cual para que exista falta muy grave de probidad moral se precisa no sólo dicha falta, sino que, además, a ello se llegue a través de una falta constitutiva de delito doloso. 7. El Derecho disciplinario es independientemente del penal por su finalidad, por lo que pueden coexistir distintos tipos de corrección en uno y en otro. La sanción impuesta en vía disciplinaria puede ser revisada en la jurisdiccional, tanto en cuanto a la calificación de la falta como respecto a la sanción correspondiente, habida cuenta de que el principio de proporcionalidad vincula igualmente a la Administración como a su control jurisdiccional.

## I. SELECCIÓN

1. La inclusión de un opositor en la relación de admitidos provisional y definitivamente es un acto declaratorio de derechos, por lo que no cabe rechazarlo, por insuficiencia de la documentación aportada tras superar las pruebas. Necesidad de acudir al procedimiento de los artículos 109 y 110 LPA. Unidad de doctrina.

«La cuestión planteada en el presente recurso queda reducida a resolver si es ajustada a derecho la decisión de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento demandada, por la que no dio lugar al nombramiento del recurrente para la plaza de Sargento de Bomberos para la que había sido propuesto por el Tribunal calificador de los ejercicios exigidos para el ingreso en la misma, sirviendo de base a la resolución administrativa que el recurrente no había acreditado la equivalencia del Título presentado —acceso a la Universidad para mayores de 25 años— con la titulación exigida de Enseñanzas Medias.

Sin entrar a pronunciarse sobre la equivalencia de dichas titulaciones, función reservada al Ministerio de Educación y Ciencia, es procedente estudiar la conducta seguida por la Administración en relación con la instancia presentada por el recurrente para ser admitido a las pruebas de acceso a la plaza de Sargento de Bomberos de la Corporación, y a este fin es de observar que en la solicitud hizo constar el recurrente como única titulación académica la de tener aprobadas las pruebas de aptitud para mayores de 25 años que permiten matricularse en la Universidad, siendo examinada dicha instancia por la Administración sin que le opusiera reparos e incluyéndolo en la lista provisional de admitidos, lista que tras la publicación de los aspirantes admitidos y excluidos se convirtió en definitiva, quedando como admitido único el recurrente, siendo interesante destacar que antes de figurar en las listas tenían que superar los aspirantes el reconocimiento médico y las pruebas físicas determinadas en la convocatoria, todo ello según la base 4.ª de la misma.

La Corporación examinó las instancias presentadas a efectos de admisión, pues en caso contrario no hubiera podido excluir a ningún solicitante, como

efectivamente hizo con dos de ellos, y que estimó equivalente el título aducido por el recurrente con el exigido en la convocatoria, sin que éste pudiera cumplir con la base 1.ª de la convocatoria, que exigía que en caso de equivalencia se acreditase mediante certificación expedida por el Consejo Nacional de Educación, porque este organismo no tiene atribuciones para extender certificaciones, según la prueba aportada en esta segunda instancia, debiendo valorarse la actuación administrativa en el sentido de que confirió dicho reconocimiento a la titulación efectuado por dos veces por la Corporación, una para su inclusión en las listas provisionales y otra para incluirlo en las definitivas, por lo que al recibir propuesta del Tribunal Calificador con el recurrente como aprobado por haber superado todas las pruebas, no le era lícito rechazarlo porque aquellos acuerdos declarativos de derechos sólo podrían ser anulados a través del cauce establecido en los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Sentado este criterio en Sentencia del Pleno de este Tribunal de 22 de febrero de 1984, es procedente mantenerlo por el principio de unidad de doctrina consagrado en el artículo 102 de la Ley reguladora de esta jurisdicción y, en consecuencia, estimar la apelación, declarando el derecho del recurrente al nombramiento como Sargento de Bomberos del Ayuntamiento demandado al ser el único aspirante propuesto por el Tribunal calificador.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 21 enero 1985.*)

## 2. *Requisitos para el ingreso en el Cuerpo General Administrativo de funcionarios procedentes del Cuerpo Auxiliar.*

«La pretensión planteada en la vía administrativa y objeto de desestimación en la anterior instancia de esta jurisdicción, se contrae a la integración del recurrente en el Cuerpo General Administrativo, procedente del Auxiliar, del que formaba parte como funcionario de carrera, y a este único tema decisorio ha de limitarse la apelación, pudiendo calificarse como auténtica cuestión nueva la atinente a la prolongación de la edad de jubilación a los setenta años propia del primero de los Cuerpos citados, pues en relación con ella ni existe acto administrativo objeto de impugnación, ni corresponde a este recurso el enjuiciamiento de la validez de la resolución administrativa que acordó su jubilación, al cumplir la edad de sesenta y cinco años, en el mencionado Cuerpo General Auxiliar al que pertenecía el interesado, que al parecer ha impugnado en recurso independiente dicha jubilación; y sin que, por otra parte, pueda ampararse la pretendida prolongación de la jubilación por edad en el artículo 27 de la Ley de Derechos Pasivos de Funcionarios Civiles del Estado —texto refundido aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966—, pues el precepto citado, en su apartado 1.2, confiere la opción para continuar en el servicio activo hasta la edad que marcaba la legislación anterior para la jubilación forzosa tan sólo para los ingresados, y ha de entenderse en concepto de funcionarios de carrera, con anterioridad a 1 de enero de 1965, siendo así que el apelante ingresó en el Cuerpo General Auxiliar el 1 de junio de 1972, ya que hasta esta fecha tenía la condición no discutida de funcionario contratado, por lo que esta primera pretensión ha de ser en todo caso rechazada.

La integración en el Cuerpo Administrativo trata de apoyarse en la aplicación al interesado de la Ley 70/1978, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, mas con independencia de que esta Ley se contrae al reconocimiento de trienios —artículo 1.º del Decreto de 25 de junio de 1982— y que su aplicación al recurrente no podía efectuarse en virtud de la suspensión temporal de que fue objeto por el Decreto-ley 12/1979, de 3 de agosto, y después por la Ley 28/1980, de 10 de junio, lo cierto es que aun admitiendo que fueran susceptibles de reconocimiento los servicios prestados entre el 30 de septiembre de 1965 y la citada fecha del 1 de junio de 1972, en que ingresó en el Cuerpo General Auxiliar en concepto de funcionario de carrera, tal Ley y el reconocimiento de servicios de ella eventualmente deri-

vado no suministran suficiente cobertura para la pretendida integración en el Cuerpo Administrativo, pues en función de las normas directamente aplicables, artículo 2.º del Decreto-ley 10/1964, de 3 de julio, y de la disposición transitoria de la Ley 106/1966, de 28 de diciembre, que extendió los beneficios de dicho artículo 2.º a los funcionarios que "sin derecho inicial a integrarse en el Cuerpo General Administrativo hubiesen alcanzado o puedan alcanzar en lo sucesivo algunas de las condiciones que en dicho precepto se establecen, siempre que hayan permanecido en servicio activo desde su ingreso en la Administración y continúen en el mismo hasta el momento en que les corresponda el ingreso en el Cuerpo General Administrativo", en función de esta específica normativa aplicable al caso y aun contando con la ininterrumpida situación de servicio activo que el último precepto extensivo reclama, lo in cuestionable es que no ha probado el apelante, como era menester, que se hallase o cumpliera algunas de las condiciones exigidas por el artículo 2.º del básico Decreto-ley 10/1964, que otorgó el beneficio de integración, a saber: encontrarse en posesión del título de Bachiller superior o equivalente antes del 1 de enero de 1965, haber ostentado en el Cuerpo de procedencia la categoría mínima de auxiliar mayor de tercera clase o cualquiera otra dotada con igual o superior sueldo presupuestario, o, en fin, haber ingresado por oposición libre en el Cuerpo o escala de auxiliares de que inmediatamente procedan, pues las dos primeras ni siquiera son alegadas por el interesado, y respecto a la última, del apartado c) del mencionado artículo 2.º, 1, del Decreto-ley 10/1964, consta que accedió al Cuerpo General Auxiliar mediante pruebas selectivas restringidas, por lo que al no concurrir ninguna de las condiciones-presupuestos requeridos por la norma, no es procedente y se halla bien denegada la pretendida integración en el Cuerpo General Administrativo.

No obstante lo antes expuesto, la pretensión implícita de que se le reconozcan los servicios prestados con anterioridad a su ingreso en el Cuerpo Auxiliar, en la etapa de 30 de septiembre de 1965 al 1 de junio de 1972, objeto de reclamación independiente y a los efectos que procedan de reconocimiento, en su caso, de trienios, podrá ser objeto de nueva solicitud por el interesado, según lo prevenido por el Decreto de 25 de junio de 1982, dictado en aplicación de referida Ley, conforme al artículo 4.º, 3, de tal Decreto en relación con las disposiciones transitorias 1.ª y 2.ª de la Ley 28/1980, de 10 de junio, declaración que se hace en rectificación de la expresión imprecisa del fallo de la Sentencia apelada, al decirse con éste, sin matización alguna, no haber lugar al reconocimiento de servicios entre el 30 de septiembre de 1965 y 1 de junio de 1972; procediendo, en lo demás, la confirmación de la Sentencia apelada con la desestimación del recurso de apelación frente a la misma interpuesto, a tenor del artículo 83 y demás preceptos concordantes de la Ley de esta Jurisdicción.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 23 abril 1985.*)

3. *No es ilegal seleccionar mediante concurso a los aspirantes a una plaza de arquitecto municipal, por corresponder a la potestad organizativa de la Administración la opción entre aquel sistema y el de oposición.*

«La causa de inadmisibilidad reproducida en esta instancia por las partes apelantes debe ser rechazada desde el momento en que no ha sido discutida la afirmación del Colegio Oficial de Arquitectos de Canarias sobre su interés en obtener la anulación del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Las Palmas por afectar directamente a los profesionales integrados en el Colegio, ya que la legitimación activa viene amparada en el artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en el artículo 5.8 de la Ley 2/74, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, legitimación que no queda excluida ni es incompatible con la reconocida en el artículo 9.1 de la misma Ley y estar acreditado el previo acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio de 21 de septiembre de 1983 de impugnar el del Pleno del Ayuntamiento de Las

Palmas de 28 de abril anterior y de convocar concurso de méritos para cubrir una plaza de Arquitecto Superior; los apelantes fundamentan la inadmisibilidad en el artículo 82, b), en relación con el 39.1, ambos de la Ley Jurisdiccional citada, incurriendo en el error de atribuir al acuerdo impugnado el carácter de disposición general, cuando por tratarse de la convocatoria de un concurso de méritos, aunque participe de ciertos aspectos normativos propios de las disposiciones generales, no pasa de ser un acto administrativo dirigido a una pluralidad indeterminada de destinatarios, de aplicación concreta y singular de normas legales y reglamentarias preestablecidas que, al carecer de voluntad de permanencia, no se integra en el ordenamiento jurídico.

El Colegio de Arquitectos impugnó el acuerdo del Ayuntamiento poniendo especial acento en el carácter preferente de las oposiciones sobre los concursos en materia de ingreso en la función pública, negando que en el caso de autos concurrieran circunstancias excepcionales que justificaran la elección del sistema del concurso de méritos; mas solicitada por la Corporación demandada y concedida por la Dirección General de Administración Territorial la autorización previa para la celebración de concurso conforme al artículo 96 del Real Decreto 3046/77, de 6 de octubre, en su primitiva redacción, antes de ser suprimida por la Ley 40/81 la necesidad de tal autorización, ha de ser rechazada esta afirmación del Colegio, puesto que su apreciación correspondía a la mencionada Dirección General y entra dentro de la potestad organizatoria de la Administración, y porque es sentir de la doctrina que así como para el ingreso en los Cuerpos Generales parece más apropiado el sistema de oposición, con el fin de acreditar un amplio conocimiento de materias comunes y diferenciadas que comprenden diversas disciplinas, los Cuerpos Especiales precisan imperativamente el conocimiento por el aspirante de la materia que corresponde a su actividad.

Haciéndose eco de este criterio, el Reglamento de Funcionarios de Administración Local de 30 de mayo de 1952, dentro del capítulo dedicado a los Técnicos, en su artículo 244.5, establece como mérito preferente haber desempeñado con laboriosidad y suficiencia plaza análoga en la misma o en otras Corporaciones Locales y la especialización en las funciones, y como esto es lo que ha hecho la Corporación demandada, cumpliendo los requisitos de libre concurrencia y publicidad al ser convocatoria de ámbito nacional anunciada en los Boletines Oficiales del Estado y de la Provincia, el hecho de que una persona tenga méritos reconocidos que permita prever que en el concurso convocado haya de ser seleccionada no implica, sin más, que las bases hayan sido redactadas con el exclusivo fin de favorecerla; la antigüedad del expediente, iniciado en junio de 1979, el ámbito nacional de la convocatoria y su publicidad, y el no circunscribir los méritos a los servicios prestados en la Corporación convocante, son datos que acreditan objetividad en la convocatoria e impiden afirmar que sus Bases adolezcan de la premeditación afirmada, constitutiva de desviación de poder, y en consecuencia no ha sido desvirtuada la presunción de legalidad en el actuar de la Corporación apelante.» (Sentencia de la Sala 5.ª, 29 mayo 1985.)

## II. DERECHOS Y DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS

1. *Los funcionarios públicos están sometidos a una situación estatutaria que excluye la negociación colectiva. Tal principio, por su carácter básico, vincula a las Comunidades Autónomas. Ilegalidad del Convenio para la Administración Local de Euskadi.*

*Considerandos de la sentencia apelada:*

«El objeto de impugnación a través del presente recurso contencioso-administrativo, un acuerdo del Ayuntamiento de Sestao, de fecha 26 de mayo

de 1981, por el que dicha Corporación estructuraba un convenio regulador de retribuciones y condiciones de trabajo que comprendía a todo el personal al servicio del Ayuntamiento, sin distinción entre funcionarios y trabajadores contratados, y había de regir para todo el año 1981.

La cuestión que se somete al estudio y decisión de esta Sala es muy concreta: consiste en resolver si tal acuerdo municipal constituye infracción de las leyes y afecta directamente a materia de la competencia del Estado, estando incurso, por tanto, en causa de anulación a tenor del artículo 8 del Real Decreto-ley de 16 de enero de 1981, vigente a la sazón, sustituido posteriormente por la Ley de 28 de octubre del mismo año.

En fecha 27 de julio del corriente año, el Tribunal Constitucional dictó sentencia en la que, sintéticamente, se exenta la siguiente doctrina: a) Es clara la distinción entre personal funcionario o asimilado sometido al régimen del Derecho Administrativo, contenido sustancialmente en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, en el Estatuto del Personal al servicio de los Organismos Autónomos de 23 de julio de 1971 y en el Texto articulado parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local de 6 de octubre de 1977, y entre personal laboral contratado temporalmente sujeto al régimen correspondiente al ordenamiento jurídico laboral; distinción que corrobora el artículo 1.3, a), del Estatuto de los Trabajadores. b) De ello se deduce que *los funcionarios públicos y asimilados de las Administraciones Públicas, entre ellos los de la Administración Local, están sometidos a las condiciones de empleo determinadas por la Ley y los Reglamentos, con exclusión del sistema de negociación colectiva, y esta situación estatutaria constituye una base que la Comunidad Autónoma del País Vasco ha de acatar en el ejercicio de sus competencias normativas en materia de la función pública.* c) El Decreto del Gobierno vasco de 15 de junio de 1981, al desconocer tal planteamiento legal, infringe las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos y vulnera la competencia atribuida al Estado en el artículo 10.4 del Estatuto vasco, que expresamente reconoce aquella competencia estatal, lo que conlleva su nulidad al adolecer de tal vicio de incompetencia. d) Tal declaración de nulidad abarca al "Segundo Convenio de la Administración Local de Euskadi para el año 1981", publicado en el "Boletín Oficial del País Vasco" de 28 de julio de 1981, puesto que su disposición transitoria única, 1, se remite a él, manteniendo relación de causa a efecto con aquél, por lo que decayendo su validez decae la del convenio.

Lo anteriormente expuesto y razonado comporta indefectiblemente la nulidad del acuerdo impugnado, incurso patentemente tanto en el artículo 8 del Real Decreto-ley como en la Ley sobre Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, antes citados, toda vez que, según el artículo 87 de la Ley Orgánica de 3 de octubre de 1979, que crea el Tribunal Constitucional, establece que *todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que resuelva en sus sentencias, que según el artículo 93 no son susceptibles de recurso alguno.*

#### *Considerandos del Tribunal Supremo:*

«Aun cuando se intente por el apelante difuminar el claro y preciso contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de julio de 1982, la doctrina sentada en la misma se alza como insalvable obstáculo para la pretensión de dicha parte, ya que de ningún modo resulta ajena ni indiferente a la situación creada por el acuerdo municipal en cuestión la afirmación por aquél, en interpretación de las normas constitucionales, del diferente régimen jurídico correspondiente a la función pública y al trabajo por cuenta ajena, de la inadecuación de la aplicación en materia de funcionarios de instituciones propias de la esfera laboral, y de los respectivos campos de competencias correspondientes al Estado y a la Comunidad Autónoma en materia de Régimen Local y Funcionarios, ni, por tanto, puede soslayarse la clara y terminante conclusión alcanzada por aquel Alto Tribunal en orden a la invalidez jurídica de la regulación por medio de convenio colectivo o fórmula análoga

del régimen funcional local, sin que, por otra parte, y conforme ya se ha juzgado en reiteradas Sentencias del Tribunal Supremo —entre otras, las de 18 de mayo y 16 de julio de 1982, 1 de marzo, 20 y 23 de abril, 22 de julio y 20 de octubre de 1983, y 7 de febrero, 13 de marzo, 30 de mayo y 7 y 28 de noviembre de 1984—, así como en las del Tribunal Constitucional de 2 de febrero y 29 de abril de 1981 y la ya citada de 27 de julio de 1982, quepa objetar la más mínima lesión o atentado a la autonomía de los Entes Territoriales proclamada por el artículo 137 de la Constitución porque, como ha declarado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias de 2 de febrero y 29 de abril de 1981, *la autonomía hace referencia a un poder limitado que alcanza su verdadero sentido en razón al principio de unidad y con respecto tan sólo a la gestión de los propios y respectivos intereses ejercida en el marco del Ordenamiento que confiere al Estado una posición de superioridad tanto en relación a las Comunidades Autónomas como a los Entes Locales, y permite afirmar la compatibilidad del principio de autonomía con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de competencias ejercido por la Administración del Estado sobre las otras Administraciones Públicas Territoriales cuando tal control se actúe en defensa de las competencias del Estado, para corregir invasiones de ámbitos ajenos o por razón de materia correspondiente a aquella Administración, consideraciones todas aplicables en el presente caso por cuanto que el régimen jurídico de los funcionarios al servicio de las Corporaciones Locales trasciende del marco de los intereses propios de cada Ente para residenciarse en la más amplia esfera de los intereses generales encomendados por la propia Constitución —artículo 149.1.18—, y frente a las que carecen de toda virtualidad los débiles argumentos con los que se intenta vestir aparentemente una exclusiva competencia de la comunidad autónoma indefendible con arreglo a la Constitución, una impropio desnaturalización, con reducción a la categoría de ejecución, de la real y auténtica regulación general de la función pública en el ámbito de la Corporación Local o una supuesta transferencia de la facultad de suspensión que el Real Decreto-ley de 16 de enero de 1981 no autoriza a afirmar en cuanto que, cabalmente, la propia norma se limita excluyentemente a las competencias asumidas a tenor del respectivo Estatuto de Autonomía.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 18 febrero 1985.)*

2. *Según reiterada jurisprudencia, el artículo 8.2 de la Ley de Presupuestos 42/1979 contiene una reserva de la ley en cuanto a la modificación del grado inicial que impide sea tal concepto fijado por el Gobierno.*

«Bastaría para rechazar la pretensión actora tener en cuenta que, al no tratarse aquí de someter a revisión el coeficiente fijado en su día a los integrantes del mismo, como impropio, sino de una asimilación al coeficiente 5 atribuido al Cuerpo General Técnico en virtud sustancialmente de la fijación del grado inicial, concepto retributivo surgido a raíz de la nueva estructura de las retribuciones básicas establecida por el Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, y regulado por las Leyes presupuestarias a partir de la Ley 42/1979 de los Presupuestos para 1980, siendo ello así, decimos, ha de reiterarse la jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en las Sentencias de 4 de marzo y 29 de abril de 1983, 25 de enero y 3 de febrero de 1984, según la cual el artículo 8.º, 2, de la referida Ley de Presupuestos 42/1979 contiene una reserva de Ley en cuanto a la modificación del grado inicial que impide sea tal concepto fijado por el Gobierno, así como éste modifique los coeficientes multiplicadores, por la directa repercusión de este concepto en el grado inicial de la carrera administrativa, lo que lleva a la desestimación del recurso, de conformidad a lo prevenido en el artículo 83.1 de la Ley de esta Jurisdicción.» (Sentencia de la Sala 5.ª, 12 marzo 1985.)

3. *El régimen de dedicación exclusiva queda configurado como un conjunto de derechos y deberes funcionariales vinculado a determinados puestos de trabajo y caracterizado por la plenitud de dedicación y asistencia que comporta, y por la retribución complementaria que origina, siendo consustancial al mismo la obligación de cumplir una jornada laboral cualificada.*

«Lo que se está impugnando es el horario de trabajo regulado por las disposiciones en cuestión, para los funcionarios con dedicación exclusiva como los recurrentes, sin declarar la nulidad de la Instrucción de 21 de diciembre, sino que a ellos no les afectan las normas sobre jornada de funcionarios con dedicación exclusiva, poniéndose de manifiesto la incongruencia de sus postulaciones, que tienden más a la inaplicación de las mismas para ellos que a su nulidad, sin citar infracción legal concreta; la normativa vigente hasta la fecha del recurso está contenida en las disposiciones citadas en los vistos, y así, en cuanto al horario de trabajo, tanto la Ley de Funcionarios de 1964, en su artículo 73, como el Decreto-ley 22/1977, en su disposición transitoria 14, facultan al Gobierno para regular la jornada de trabajo, concretándose ésta en 42 horas por la Ley de 4 de mayo de 1965, a los efectos de los complementos especiales, entre los que, según el artículo 99 de la Ley de Funcionarios, figura el de dedicación exclusiva; posteriormente, el Decreto de 13 de abril de 1972 dice "que el complemento de dedicación exclusiva remunerará a los funcionarios que desempeñen puestos de trabajo que por el contenido de su función impliquen prohibición de ejercer cualquier otra actividad lucrativa", añadiendo que "para que este complemento se pueda reconocer es imprescindible que la prohibición de ejercer otra actividad esté determinada por Ley", y "que los funcionarios que realicen una jornada inferior a la normal no tendrán derecho a este complemento"; el Real Decreto-ley de 1977 reconoce el citado complemento para los funcionarios que desempeñen funciones que impliquen tal condicionamiento; según esta normativa, la dedicación exclusiva no es, como pretenden los recurrentes, de carácter especial, y que lo que se remunera con su complemento es su incompatibilidad y no un horario de trabajo especial, sino que en todas ellas tal complemento está en relación con un horario máximo de trabajo para los funcionarios con dedicación exclusiva, compensando una equivalencia horario-retribución, sin congelación formal del rango normativo en la materia, que el artículo 73 de la Ley de Funcionarios remitió a la regulación reglamentaria, como lo confirma el Decreto de 27 de noviembre de 1967, artículo 23, permitiendo adaptaciones según departamentos y alteraciones en la distribución del horario de la jornada laboral, conceptos recogidos en la disposición transitoria 14 del Decreto-ley de 1977, siempre facultando al Consejo de Ministros para el establecimiento de la jornada de trabajo en los distintos servicios de la Administración retribuyendo la dedicación exclusiva y una mayor jornada de trabajo, criterio que sigue imperando en el acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de septiembre de 1979, al desarrollar la normativa del Decreto-ley 22/1977 en aplicación de la disposición transitoria 14, y que quedó especificada para el Ministerio de Economía y Hacienda en la circular de 10 de noviembre del mismo año, estableciendo un horario adicional de tarde para los funcionarios acogidos al régimen de dedicación exclusiva, que los recurrentes no impugnaron; queda configurado el régimen de dedicación exclusiva como un conjunto de derechos y deberes funcionariales vinculado a determinados puestos de trabajo y caracterizado por la plenitud de dedicación y asistencia que comporta, y por la retribución complementaria que origina, siendo consustancial al mismo la obligación de cumplir una jornada laboral cualificada.

Siguiendo las directrices legales citadas, se dictó el acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de enero de 1983, y la circular del mismo mes y año de la Subsecretaría del Ministerio de Economía con carácter provisional, lo mismo que la Instrucción de 21 de diciembre siguiente de la Subsecretaría del Estado, que son las disposiciones que se impugnan, mencionándose en la Expo-



sición de Motivos de esta última "que el acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de enero de 1983, el que —partiendo de una jornada ordinaria de 37 horas, 30 minutos, con dos horas más de lunes a viernes para la dedicación exclusiva", etc.— se adapta a la normativa vigente de horario de jornada laboral, para los funcionarios con dedicación exclusiva y el concepto legal de este régimen de determinados funcionarios, no infringiéndose ninguna de las normas citadas, por lo que procede desestimar los recursos íntegramente, ya que sus postulaciones están determinadas por la supuesta ilegalidad de las normas impugnadas, además de que inicialmente el recurso se supeditó al horario de jornada laboral, y toda postulación de remuneración de horas de trabajo excedentes de la jornada laboral como las que se reclaman en la demanda, además de constituir cuestiones nuevas no debatidas en período administrativo, debiendo ser objeto de recursos distintos, de los que no conocería esta Sala en primera instancia por razón de competencia.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 26 abril 1985.*)

*4. Obligación de la Administración de cumplir dentro del plazo fijado en la Ley 41/1979 el mandato legal de creación de las escalas o plazas y fijación de las plantillas del Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales. La petición en tal sentido no es una mera petición graciable.*

«En el presente recurso se impugna por los recurrentes, en su condición de personal del organismo autónomo Aeropuertos Nacionales, los actos presuntos desestimatorios de las peticiones formuladas por los mismos al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y a la Presidencia del Gobierno con fecha 24 de octubre de 1980 y que previa denuncia de la mora en 2 de febrero de 1981 motivan este proceso, consistentes en que por uno u otro organismo se diera inmediato cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición Final 1.ª de la Ley 41/1979, de 10 de diciembre, que estableció que "por el Gobierno, conforme a la legislación vigente en la materia y en el plazo máximo de seis meses, se procederá a la creación de las escalas o plazas y fijación de las plantillas correspondientes del organismo autónomo Aeropuertos Nacionales, regulándose la forma de integración o derechos de concurrencia restringida del personal que venga ejerciendo, en cualquier organismo adscrito a la Subsecretaría de Aviación Civil al crearse el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, similares funciones a las de las referidas escalas o plazas de forma análoga a la establecida por esta Ley para los cuerpos que en la misma se crean", a lo que opone en primer término el Defensor de la Administración la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 82, c), en relación con el 40, f), de la Ley Jurisdiccional, ambos al tachar los actos atacados de no impugnables en vía contencioso-administrativa, por ser mero ejercicio del derecho de petición regulado en la Ley 92/1960, de 22 de diciembre, invocando en favor de esta tesis lo dispuesto en el artículo 70.2 de la Ley de Procedimiento-Administrativo.

Imperativos procesales obligan al examen previo de la inadmisibilidad del recurso indicada, y al efecto se ha de decir que la petición de los recurrentes no encaja en las previsiones del citado artículo 70.2, puesto que no se trata de la solicitud de un acto graciable, ni de la promulgación de nuevas normas que permite incardinarlas en el ámbito jurídico del derecho de petición y oponer al silencio de la Administración, la doctrina de que se trata de una simple denegación tácita del ejercicio de la potestad reglamentaria que incumbe a aquélla y que en las Sentencias de este Tribunal de 18 de junio de 1979 y 15 de julio de 1982 se estima como supuesto no impugnabile en la vía jurisdiccional, sino que la pretensión de los reclamantes encuentra su respaldo jurídico en un título de tanto rango normativo como es una Ley que confiere a aquélla eficacia habilitante para su formulación y convierte a los recurrentes en titulares de una legítima expectativa de la reorganización de su situación administrativa, que las faculta para instar el cumplimiento de

lo establecido en la Ley y no llevado a efecto pese al transcurso del plazo señalado en ella y haberse abordado respecto de otros cuerpos afectos a los mismos servicios, y si a todo ello se añade que en los escritos mencionados de los hoy recurrentes se invocaba de modo expreso el artículo 38 de la Ley reguladora de la Jurisdicción y que el control de la legalidad de los actos administrativos goza de presunción jurídica de viabilidad, salvo que norma con rango de Ley lo excluya (Sentencia de 13 de octubre de 1976 y las que en ella se citan), se ha de concluir con la desestimación de la causa de inadmisibilidad que nos ocupa.

En realidad, la Administración demandada, fuera de la objeción procesal tratada, que por su naturaleza implicaba también argumentos de fondo sobre los que ha sido preciso hacer los juicios de valor consiguiente, no ha opuesto razones tendentes a desvirtuar la pretensión esgrimida en la demanda, de modo que si, como se dijo, ésta encuentra su apoyo en el propio texto de la Ley que no ha sido cumplido por la Administración en el plazo previsto, si es claro que los demandantes por su condición de empleados del organismo autónomo Aeropuertos Nacionales tienen un interés legítimo que les habilita para actuar en defensa de su derecho, si su solicitud ha sido reiteradamente desoída y si el artículo 24 de la Constitución prescribe la indefensión mediante la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, estos razonamientos conducen a la estimación parcial de la demanda, en el particular esencial de su suplico, relativo al cumplimiento de lo establecido en la Disposición Final 1.ª de la Ley 41/1979; pero, sin embargo, se han de rechazar las restantes peticiones, pues en cuanto al reconocimiento de la antigüedad en la fecha expresada por los recurrentes, no es posible su aceptación al carecerse de elementos de juicio precisos para su certero pronunciamiento sobre el tema, en relación con el resto del proceso administrativo de integración en las escalas, plazas y plantillas que pueden crearse conforme a la legislación vigente en la materia y, además, por ser extremo no planteado en la vía administrativa y respecto de la indemnización de perjuicios interesada, por cuanto que si bien cabe dejar para el trámite de ejecución de Sentencia la determinación de su cuantía sentándose las bases precisas para ello, lo que no cabe es remitir a dicho trámite la prueba de la realidad de esos perjuicios, que, por el contrario, ha de quedar declarada en la Sentencia según resulte de lo actuado y, como en el caso presente no se ha ofrecido la más mínima prueba tendente a acreditarlo, ello impide su estimación.» (Sentencia de la Sala 3.ª, 8 mayo 1985.)

### III. INCOMPATIBILIDADES

1. *El régimen de incompatibilidades no tiene carácter represivo, por lo que no cabe invocar en su contra el derecho a la presunción de inocencia. Para que pueda invocarse desigualdad es necesario que se acredite el trato discriminatorio respecto de quienes se encuentran en idéntica situación.*

«Se fundamenta la apelación interpuesta alegando que la Sentencia apelada ha incurrido en violación del artículo 24.2 de la Constitución, al igual que el acto administrativo recurrido, en cuanto éste parte de estimar que la compatibilidad e independencia profesional del funcionario o puede despertar recelos en los administrados, con lo que, según el recurrente, se falta a la presunción de inocencia que le es debida; pero, independientemente de la inadecuación de las expresiones vertidas en el expediente administrativo, que en lo no sujetas al Derecho quedan excluidas de enjuiciamiento, ha de estimarse que el régimen de incompatibilidades de los funcionarios públicos no tiene carácter represivo, pues sólo contiene medidas precautorias que no entrañan culpabilidad alguna en los afectados, a la que quepa oponer la presunción

de inocencia a que se refiere el artículo 24.2 de la Constitución; por lo que en cuanto la incompatibilidad ha sido declarada sin discriminaciones, no puede dar lugar a la infracción invocada.

El principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución significa, como tiene declarado muy reiteradamente la Jurisprudencia, que en supuestos de hechos iguales deben ser aplicadas las mismas consecuencias jurídicas, pero la igualdad en los supuestos de hecho es una cuestión de prueba, que ha de ser enjuiciada en cada caso, sin que quepa extender el principio a situaciones que carezcan del referido presupuesto de identidad, y el recurrente, Ingeniero Técnico Industrial, funcionario del Cuerpo de Titulados medios, Escala de Servicios Técnicos, del Servicio de Higiene y Seguridad del Trabajo, se considera discriminado en razón a lo decidido sobre incompatibilidades respecto a otros funcionarios del Estado, citando al efecto a Catedráticos, Letrados del Consejo de Estado, Técnicos de Administración Civil del Estado, Militares, Ingenieros y Peritos del Ministerio de Agricultura y de Organismos Autónomos dependientes del mismo; así como funcionarios del mismo Servicio de Seguridad e Higiene en el Trabajo con titulación de Médicos, Farmacéuticos y ATS; pero la mera enumeración de los funcionarios respecto a los que se plantea la discriminación pone de manifiesto que las situaciones son distintas, sin posible equiparación específica, y la comparación generalizada habría de comprender también otros funcionarios a los que la incompatibilidad afecta ampliamente; por otra parte, si bien en la apelación se invoca la situación equivalente resuelta mediante Sentencia de esta Sala de 5 de junio de 1984, se advierte que la compatibilidad así resuelta se refería a muy concretas actividades de un Perito Agrícola, apareciendo probado que a otros funcionarios con el mismo título y dependientes del mismo organismo les había sido concedida la compatibilidad; circunstancias todas que impiden la equiparación pretendida, y que concurren, con igual o mayor relieve, en los hechos resueltos por las demás Sentencias que el apelante invoca.» (*Auto de la Sala 3.ª, 24 abril 1985.*)

*2. Aunque dos actividades sean en abstracto compatibles, no cabe entender que la autorización de compatibilidad lleve consigo la dispensa del deber de residencia. Incompatibilidad, por este motivo, entre los puestos de Secretario de Administración Local y Habilitado de Clases Pasivas con destino en uno y otro concepto en diversos municipios.*

«La presente apelación se interpone frente a una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recurso que sólo produce el efecto devolutivo, por Ministerio de la Ley, y ante la cual el Abogado del Estado opone en primer lugar la inadmisibilidad de la apelación, por tratarse de cuestión de personal, que no lleva la separación de funcionario inamovible; mas tal alegación ha sido ya resuelta por Auto de esta Sala, en este asunto, de fecha 2 de julio de 1984, en el sentido de que esta Sentencia es apelable, lo que impide decidir nuevamente sobre el mismo punto; y, por tanto, ha de entrarse a decidir sobre el fondo, en el sentido de si es o no procedente confirmar las declaraciones sobre la incompatibilidad del recurrente en el desempeño de sus funciones como Secretario de Administración Local, 2.ª Categoría, en el Ayuntamiento de Campaspero (Valladolid) y el de habilitado de clases pasivas en la Pagaduría de Valladolid, capital.

Tal como se inició el expediente para llegar a la declaración de incompatibilidad en el ejercicio de los citados cargos, se basaba en los artículos 49 del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre; 82 y siguientes de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado aprobado por Decreto de 7 de febrero de 1964; 37 y siguientes del Reglamento de Funcionarios de Administración Local, y 28 del Reglamento de 12 de diciembre de 1958, regulador de la función de habilitado de clases pasivas: en conclusión, en la falta de residencia del señor S., que le exigía tanto para el desempeño de una función como

de la otra; y así se resolvió por el primer acuerdo ministerial al no existir posibilidad de residencia en las dos localidades en que ejerce sus funciones, pues las dos regulaciones le obligan a ello, según los preceptos citados, y si ambas han sido declaradas compatibles, no puede entenderse, por precepto legal expreso, que tal autorización lleve consigo la dispensa del deber de residencia, por lo que tal resolución es conforme al ordenamiento jurídico, pues la posibilidad real de cumplir con las obligaciones de ambos cometidos no autoriza al incumplimiento de una obligación esencial, cual es el deber de residencia.

Las demás fundamentaciones del acuerdo que resuelve la reposición y de la Sentencia son consecuencia de las alegaciones del actor, que pretende justificar el incumplimiento de ese deber con razones sobre su eficacia en el desempeño de sus obligaciones, que no son aceptables; el acudir únicamente por la tarde a la población en que desempeña el cargo de Secretario del Ayuntamiento le impide el cumplimiento ordinario de sus deberes, pues no sólo ha de resolver las consultas de los habitantes de la localidad cuando éstos regresan de sus faenas en el campo, como alega en su escrito, pues el Secretario del Ayuntamiento forma parte de la Corporación, y ha de cumplir sus deberes y funciones no sólo con esos labradores, sino con todos los habitantes de la localidad y con el Ayuntamiento en que está integrado; y la Ley 20/1982, de 9 de julio, que aquí se trata en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de esta jurisdicción, es posterior a la iniciación del expediente y acuerdos impugnados, pero, además, el que no resulte incompatibilidad de su artículo 2.º no impide que si se desprenda de su artículo 1.º-2, puesto que su doble actividad impide el cumplimiento estricto de uno de sus deberes de funcionario, el de residencia, como ya se ha expuesto anteriormente; por todo lo cual ha de ser desestimado el recurso de apelación y confirmada la Sentencia apelada, así como los acuerdos administrativos impugnados, ya que las obligaciones impuestas por las leyes han de ser exigidas mientras estén vigentes, y no se derogan más que por otra posterior, según el artículo 22 del Código Civil, principio de jerarquía normativa del 9.3 de la Constitución, que autoriza que sea la Ley la que establece el sistema de incompatibilidades de los funcionarios públicos en el artículo 103.3» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 9 mayo 1985.*)

### *3. Ilegalidad de limitaciones incluidas en la autorización de compatibilidad por infringir el principio de igualdad al no exigirse dicha limitación a otros funcionarios en igual situación.*

«Don Joaquín I. A., funcionario del Estado, del Cuerpo de Estadísticos Técnicos Diplomados, con destino en la Delegación Provincial de Logroño, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 20/1982, de 9 de junio, y Ordenes que la complementan, solicitó declaración de compatibilidad de su función principal con el ejercicio privado de la Abogacía y asesoramiento jurídico en el sector privado en Logroño y localidades de la provincia de Logroño, fuera de las jornadas de trabajo de 8 a 15, es decir, en horas de la tarde, de 16 a 20, compatibilidad que fue declarada por la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 10 de octubre de 1984, con las limitaciones de cumplir con el deber de asistencia a la oficina durante el horario establecido y las prohibiciones de no intervenir en asuntos que hayan de informarse o resolverse en el Departamento de Economía y Hacienda, y, finalmente, la prohibición del ejercicio de la citada actividad privada en las localidades distintas a la capitalidad de La Rioja, lugar de su destino, exclusiones las dos primeras que fueron aceptadas por el interesado, pero no así la últimamente citada, que establece una incompatibilidad que le discrimina con relación a otros funcionarios también con actividad principal en la misma Delegación del Instituto Nacional de Estadística de La Rioja, como don José Luis I. de G., Secretario Técnico de la Delegación del Instituto Nacional de Estadística de

Logroño, al que le fue concedida la petición de compatibilidad siempre que observe el horario de trabajo para ejercer en el sector privado, como segunda actividad, la de Agente Comercial Colegiado, por entender que no compromete la imparcialidad ni la independencia profesional del interesado ni perjudica los intereses generales como Diplomado del Instituto Nacional de Estadística, como Secretario Técnico de la Delegación de Logroño, recurso que fue resuelto por la Sentencia de fecha 21 de febrero de 1985, que estimó el recurso anulando el punto debatido que excluía de la compatibilidad el ejercicio de la Abogacía en localidades distintas a la del lugar de destino y residencia, Sentencia que debe ser confirmada por sus propios fundamentos, ya que las alegaciones de la parte apelante no destruyen la desigualdad en que la resolución impugnada sitúa al recurrente en relación al también Técnico Estadístico de la misma Delegación Provincial que le fue concedida la compatibilidad solicitada sin dicha limitación, de lo que resulta manifiesta discriminación por tratarse de dos supuestos de situaciones iguales con tratamientos distintos, desigual para el recurrente, que el artículo 14 de la Constitución española prohíbe la discriminación al no existir elemento diferenciador alguno, de relevancia jurídica, que objetiva y razonablemente justifique la desigualdad de trato recibido en orden a la cuestión que se examina en el presente proceso, pues la identidad del hecho no se rompe cuando el motivo que se introduce para diferenciar los dos supuestos carece de justificación objetiva y razonable, como en el presente caso son ejercer en el sector privado la profesión de Abogado y la de Agente Comercial Colegiado, respectivamente, en localidades distintas a la de la capitalidad de la provincia, imponer para el ejercicio privado de la Abogacía la limitación de efectuarla tan sólo en la localidad de residencia y no prohibir con esa misma limitación la de Agente Comercial Colegiado infringe el artículo 14 de la Constitución española, por no existir ningún elemento diferenciador de relevancia jurídica, ya que en ambos supuestos el ejercicio de sus respectivas funciones en el sector privado, como segunda actividad, no perjudican los intereses generales de la Administración ni el cumplimiento de sus obligaciones o deberes de funcionarios, ni tampoco su independencia, por lo que limitar el ejercicio privado de la Abogacía tan sólo en la localidad de residencia no tiene justificación razonable; por otra parte, es de señalar que el deber de residencia en la capitalidad de la provincia no se incumple por el hecho de dirigir profesionalmente procedimientos judiciales que se tramiten en los Juzgados de la provincia y los que requieran la presencia o asistencia personal del Letrado, es evidente que ya está cubierta la incompatibilidad por la incompatibilidad horaria y por razón de la materia, máxime cuando en el Cuerpo Técnico de la Administración al que pertenece no se exige la titulación de Abogado, sino la de Diplomado, que es lógico y racional suponer que exista menor justificación en cuanto a incompatibilidades que las que se puedan imponer a un Cuerpo de Letrados, por todo lo cual es de concluir reconociendo que la limitación que se impugna es contraria y viola el artículo 14 del Texto Constitucional.» (Sentencia de la Sala 3.ª, 14 mayo 1985.)

#### IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Constituye interés general, a efectos de la suspensión en proceso de la Ley 62/1978 del acuerdo de imposición de la suspensión preventiva, el que esta medida cautelar pueda producirse «cuando existan indicios racionales manifiestos de la comisión de una infracción y no aparezca acreditado que esa suspensión fue acordada con fines distintos de los meramente aseguradores de la resulta del expediente».*

«La suspensión preventiva de empleo y sueldo, común al procedimiento disciplinario sancionador de los funcionarios públicos (Ley de 7 de febrero de

1964 y Reglamento de Régimen Disciplinario de 1969), tiene un carácter instrumental y cautelar respecto al procedimiento iniciado, y constituye interés general el que esas medidas cautelares puedan producirse cuando existan indicios racionales manifiestos de la comisión de una infracción que dio lugar al expediente disciplinario y, por otro lado, no aparezca acreditado que esa suspensión fue acordada con fines distintos de los simplemente aseguradores de la resulta del expediente, implicando en estos casos la suspensión de esas medidas cautelares un perjuicio grave a ese interés general.» (*Auto de la Sala 3.ª, 15 enero 1985.*)

2. *Existe perjuicio grave para el interés general, a los efectos del artículo 7.4 Ley 62/1978, de suspender la resolución de suspensión preventiva de un funcionario «al enervar el control funcional que compete al Gobierno por disposición constitucional, prevista en sus artículos 97 y 103, y que de acceder a ello se podrían producir situaciones irreparables y contrarias a la justicia y los principios sobre los que descansan las relaciones de Derecho Funcionario».*

«La suspensión provisional acordada al amparo del artículo 48 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, y artículo 38.3 del Reglamento Disciplinario de 16 de agosto de 1969, lo ha sido con motivo de la instrucción de expediente disciplinario al recurrente, con ocasión de haber sido condenado por la Audiencia Provincial de Ciudad Real en Sentencia que fue recurrida en casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La suspensión provisional administrativa, ahora objeto de impugnación en los Autos principales por la vía de la Ley 62/1978, fue acordada como aneja a la instrucción del referido expediente disciplinario, por Resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 16 de abril de 1984.

Abstracción hecha de la idoneidad del procedimiento elegido por el recurrente, así como de la pertinencia de la acción ejercitada, lo cierto es que, en punto a la medida de suspensión propugnada de la resolución administrativa impugnada en los autos principales, que es lo que aquí, específicamente, en esta pieza separada, ha de ser objeto de análisis, es evidente que ha de conjugarse, por aplicación del artículo 7.4 de la Ley 62/1978, solamente en función de "que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general"; perjuicio grave para ese interés general y público del Estado que se derivaría, en este concreto supuesto, de la suspensión de la Resolución impugnada, al enervar el control funcional que compete al Gobierno por disposición constitucional, prevista en sus artículos 97 y 103, y que de acceder a ello se podrían producir situaciones irreparables y contrarias a la justicia y los principios sobre los que descansan las relaciones del Derecho funcional.» (*Auto de la Sala 3.ª, 17 enero 1985.*)

3. *La suspensión provisional o preventiva, «si bien es una medida que implica la existencia de un procedimiento disciplinario, ni es consecuencia obligada de la iniciación de éste, ni, caso de ser procedente, desobediencia.» Incurre en desobediencia el funcionario que de forma see una entidad diferenciada de la decisión de incoar dicho procedimiento». Posibilidad de impugnación. Inexistencia de desviación de poder.*

«Procedía la vía contencioso-administrativa, más aún, cuando de haber sido esto así no vincularía a los Organos Jurisdiccionales y, por ello, no cambiaría la conclusión a que se ha llegado, resulta que no es cierto, pues

en dicha notificación se le instrúa de su derecho a recurrir en reposición, sin hacer mención alguna de la impugnación jurisdiccional, y si se cita expresamente la Ley de 27 de diciembre de 1956 es para ajustar a su artículo 52 el plazo de interposición del recurso de reposición que se establecía en el artículo 377 de la Ley de Régimen Local, Texto Refundido de 1955.

Continuando el examen de la inadmisibilidad apreciada en primera instancia, y esta vez con relación a la suspensión preventiva del apelante en el ejercicio de su cargo, no puede en este caso estimarse correcto el criterio mantenido en la sentencia recurrida, pues no cabe considerar que dicha suspensión sea un acto de mero trámite, a la vista de su regulación en los artículos 116 y 125 a 128 del Reglamento de 1952 y del artículo 56 ya citado del Texto Refundido Parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local, como ya declaró esta Sala en su sentencia de 8 de febrero de 1980, por los efectos jurídicos inmediatos que produce dicha medida con respecto al funcionario, quedar reducidas sus retribuciones a los dos tercios del sueldo, artículo 127.4 del Reglamento mencionado, como se resolvió en el acuerdo recurrido, y aun cuando se condicione en todo caso su permanencia a la resolución definitiva del expediente, y en el presente supuesto se haya dejado sin efecto al poco tiempo de acordada, concretamente el día 4 de mayo del mismo año de 1982, lo que obliga a desechar para la pretensión de que se trata la inadmisibilidad examinada y a entrar, por ello, en el fondo de la cuestión planteada en el recurso de apelación, bien entendido que, como ya se anticipó, esta Sala no puede entrar a conocer de otro motivo de impugnación que la desviación de poder alegado, y procediendo de este modo no se advierte que, al acordar la suspensión, se hayan tenido en cuenta otros motivos de los que justifican el ejercicio de la potestad administrativa en este punto, abstracción hecha, por lo ya expuesto, del acierto en dicho ejercicio, ya que el apelante, como ya hizo en primera instancia, no ha combatido específicamente la medida de suspensión, y habiendo de basarse por ello en las razones que le llevan a estimar indebida la incoación del expediente disciplinario, como son haber sido el señor V. G. el que puso en conocimiento de la Corporación la sustracción de las arcas municipales de las quinientas mil que ha motivado la incoación del expediente, comprobada el 17 de marzo de 1982, reintegrar de su bolsillo dicha cantidad y, posteriormente, al día siguiente del de la adopción del acuerdo impugnado, hacer entrega de una suma de dinero de igual cuantía que le había dado el cura párroco de la localidad, quien le manifestó que la había recibido bajo secreto de confesión; todo esto, así como lo que se dice sobre la falta de consideración con que se le trata en el Ayuntamiento a partir de entonces, aun cuando se archivara el expediente, no prueba, al margen, como ha de reiterarse, de la corrección en sí de la medida, que se haya incurrido en la desviación de poder que se aduce, además de ser algunos de estos hechos posteriores a la adopción de aquélla, por lo que debe desestimarse esta pretensión, sin que la conclusión a que se llega vulnere, por otra parte, la doctrina jurisprudencial sobre el carácter indivisible de la inadmisibilidad con respecto al recurso, por lo expuesto anteriormente en cuanto a la realidad de dos pretensiones con objetos diversos, al existir dos actos diferenciados.

El presente recurso de apelación se interpone contra la sentencia dictada en un asunto que versa sobre cuestión de personal incluida en el apartado a) del número primero del artículo 94 de la Ley de esta jurisdicción y, por tanto, inapelable en principio, confiriéndola únicamente la apelabilidad el haberse fundado el recurso contencioso-administrativo en desviación de poder, al amparo del apartado a) del número segundo del mismo precepto, como reconoce la propia parte, lo que limita el ámbito de esta apelación a la comprobación de la existencia de dicha desviación de poder, según ha establecido reiteradamente la jurisprudencia; ahora bien, como la sentencia impugnada ha declarado inadmisibile el recurso contencioso-administrativo, sin entrar por ello a conocer de la desviación de poder, es obvio que ha de examinarse en primer lugar si procede dicha inadmisibilidad.

Para enjuiciar la inadmisibilidad apreciada en primera instancia, fundada

en que el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Torrente de 24 de marzo de 1982, confirmado en reposición por silencio administrativo, es de mero trámite no impugnabile jurisdiccionalmente por aplicación del artículo 82, c), de la Ley Procesal, en relación con su artículo 37.1, ha de tenerse en cuenta que dicho acuerdo en lo que se impugna tiene dos partes diferenciadas, además de otras no controvertidas, una por la que se incoa expediente disciplinario al apelante, como depositario de la Corporación Local, y otra en que se le declara suspenso preventivamente, lo que en realidad supone la existencia de dos actos, adoptados con unidad de tiempo y forma distintos, aunque conexos, ya que la suspensión preventiva, como la denomina el Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1952, declarado vigente interinamente en cuanto no se oponga al Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, a tenor de la disposición transitoria primera de este Texto Articulado, o suspensión provisional como se llama en éste, artículo 56.3, si bien es una medida que implica la existencia de un procedimiento disciplinario, ni es consecuencia obligada de la iniciación de éste ni, caso de ser procedente, tiene que acordarse necesariamente en dicho momento, por lo que posee una entidad diferenciada de la decisión de incoar de dicho procedimiento, implicando estas premisas que en el proceso decidido en primera instancia se hayan acumulado dos pretensiones, cada una con un objeto independiente aunque conectado entre sí, y pasando, una vez establecido lo que antecede, a examinar la inadmisibilidad opuesta con respecto al acuerdo de incoación del expediente contra el recurrente, es evidente, como se expresa la sentencia impugnada, que dicho acto es de trámite y no decide ni directa ni indirectamente el fondo del asunto, como se ha apreciado en otros supuestos análogos por la jurisprudencia, por lo que, conforme al artículo 37.1 de la Ley de esta jurisdicción ya citado, en relación con el artículo 82, c), de la misma, igualmente ya mencionado, la pretensión que aquí se examina es inadmisibile y, por ello, es correcto en este punto el pronunciamiento del Tribunal que ha fallado en primera instancia, sin que a ello se oponga, como se alega por la parte apelante, único razonamiento que, por otra parte, se enfrenta a dicha sentencia, que el Ayuntamiento al notificar el acuerdo de 25 de marzo de...» (Sentencia de la Sala 5ª, 28 enero 1985.)

4. *La ejecución de un acto sancionador antes de que adquiere firmeza es contraria al derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales que consagra el artículo 24.1 CE.*

«Resuelto por la Subsecretaría de Sanidad y Consumo en la fecha 2 de noviembre de 1984 el expediente seguido a la recurrente doña Francisca R. O. como responsable de una falta grave, con la suspensión de funciones por un periodo de un año, de acuerdo con lo estipulado en el apartado b) del artículo 16 del Reglamento de Régimen Disciplinario, el Subdirector General de Centros Sanitarios Asistenciales, en la fecha de 6 de noviembre —es decir, cuatro días después—, dicta a su vez acuerdo que quiere cumplir una triple finalidad: una, remitir o notificar a la expedientada la resolución recaída; otra, la advertencia de que contra la expresada resolución puede interponer el recurso de reposición previo al contencioso-administrativo en el plazo de un mes a contar desde el siguiente a aquel en que reciba la presente comunicación, y, por fin, la declaración de ejecutividad de dicho acuerdo, que "deberá comenzar a cumplir a partir del día 15 de noviembre actual"; particular este último que motiva el presente recurso contencioso-administrativo, que se formula al amparo de la Ley 62/78, de 26 de diciembre, al estimar que con ello se infringe el derecho fundamental a la tutela efectiva que tipifica y sanciona el párrafo 1.º del artículo 24 de la Constitución.

Partiendo de la obligada apreciación de estimar discrepante y contradic-



torio el acto recurrido por cuanto que es difícil concebir la ejecución del acto administrativo de que trae causa con el que ahora es objeto de estudio, con la advertencia de los recursos de que viene asistida la expedientada; cuando es difícil compaginar la incertidumbre natural de una resolución susceptible de apelación con la incidencia de su ejecutabilidad prematura, es lo cierto que, no obstante, el elemental, sencillo y primario planteamiento de la cuestión suscitada, la ausencia de verdadero expediente en que debieran ser expuestas, probadas y tramitadas las pretensiones y el reiterado reflejo del acto impugnado respecto de aquel de que dimana; todo lo cual permite a la Abogacía del Estado formular las pertinentes reservas en cuanto a la naturaleza jurídica del supuesto acto administrativo, tanto más cuando se había llegado a la conclusión última del apartamiento de la actora de su puesto de trabajo por la vía de hecho; pese a esa simplicidad anotada, existe como premisa básica un acto administrativo cual es el acuerdo de la Subdirección General de Centros Sanitarios Asistenciales y el recurso contra el mismo que se interpone por la expedientada, invocando para ello la infracción del derecho fundamental que ha quedado constatado, lo que ha obligado al Tribunal *a quo* conocer de él y esta Sala, en el trámite que se ha instado de apelación.

La ejecutividad inmediata que del acto administrativo impositivo de la sanción se hiciera a través del acuerdo que ahora se recurre es indudable que tiene su previsión legal en el número 1 del artículo 24 de la Constitución, al disponer que "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión", por cuanto que, abstracción hecha de un elemental principio bien conocido de que ha de entenderse este derecho que se pretende tutelar, tanto en las acciones que se interponen a través del proceso judicial como en aquellas otras actuaciones que se desarrollan en la vía administrativa, es lo cierto que, como afirma el Tribunal Constitucional en su sentencia de 6 de junio de 1984, el "derecho de tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal", y en este supuesto que nos ocupa resulta incuestionable, y se comparte así el criterio de la sentencia apelada coincidente con la doctrina de esta Sala, que la ejecutividad del acto subordinado a la firmeza del acuerdo ha quedado vulnerado, dando comienzo el cumplimiento de la sanción sin esperar el resultado de los recursos, bien por la efectiva interposición de los mismos o bien por el transcurso del tiempo sin haberse hecho valer la reserva de acciones en este sentido efectuada.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 20 febrero 1985.*)

5. *«El término insubordinación presupone una relación de carácter inmediato y personal que refleja rebeldía contra la persona a la que se está subordinado, siendo una conducta de mayor gravedad que la desobediencia». Incurre en desobediencia el funcionario que de forma reiterada y continua incumple la orden de incorporación a un puesto de trabajo, pese a que posteriormente se declarase su ilegalidad, pues por el principio de obediencia establecido en el artículo 79 LF estaba obligado a efectuar la incorporación que se ordenaba, desde cuyo puesto podía mantener las reclamaciones y los recursos que entabló.*

«La cuestión debatida en el presente recurso versa sobre si son ajustadas a Derecho las sanciones disciplinarias impuestas al recurrente por el entonces Ministerio de Sanidad y Seguridad Social y por el Consejo de Ministros, a propuesta de aquél, las que pormenorizadas serán objeto de estudio, aunque previamente ha de ser tratado con carácter preferente, por su propia naturaleza, el tema relativo a la nulidad del expediente disciplinario aducida por el recurrente.

La nulidad la refiere el interesado a partir de la prórroga del plazo probatorio decretado por la Secretaría de Estado paa la Salud, por entender que el periodo de prueba sólo puede ser prorrogado por un tiempo que no exceda de la mitad del plazo inicialmente establecido y siempre a instancia de los interesados; igualmente estima que una vez acordada la prórroga no se le notificó, lo que vulneró, en su opinión, lo dispuesto en los artículos 88 y 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 45 del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios públicos de 16 de agosto de 1969, y alega, asimismo, que una vez practicada la prueba, y antes de redactar la propuesta del instructor, sólo se le puso de manifiesto el expediente por un tiempo de tres horas, y no por el que determina el artículo 91 de la citada Ley de Procedimiento Administrativo, incurriéndose, en consecuencia, en la nulidad de pleno derecho de conformidad con el artículo 47-1-c) de la citada Ley de Procedimiento Administrativo.

Según el artículo 49 del citado Reglamento de 16 de agosto de 1969, el instructor del expediente podrá acordar la apertura de un período probatorio por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, y cuando sea necesaria la práctica de diligencias que hayan de tener lugar fuera de la Península, el jefe del Centro u Organismo que hubiera ordenado la incoación del expediente podrá prorrogar el plazo del período probatorio a juicio del instructor si lo estima necesario; por consiguiente, a tenor de lo dispuesto en este precepto de especial aplicación al régimen disciplinario, sin remisión a la Ley de Procedimiento Administrativo, por contener una regulación concreta y expresa sobre esta materia, la prórroga estuvo bien acordada tanto por el Organo que la autorizó como por el tiempo en que fue prorrogada, ya que abierto el periodo probatorio inicialmente por quince días, se prorrogó por otros quince al tener que prestar declaración, a instancia del expedientado, 25 testigos con 12 preguntas individuales, en la zona insular de las Canarias.

De la prórroga del plazo probatorio tuvo sobrado conocimiento el expedientado, porque solicitó intervenir en la misma en el día y hora previstos por el instructor dentro del período prorrogado, y en cuanto a la puesta de manifiesto del expediente por el instructor antes de que hiciera la propuesta de resolución, es una concesión graciable no prevista en el Reglamento citado, por lo que no puede acarrear la nulidad del expediente, así como tampoco la falta de audiencia en los términos del artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, porque este trámite tiene lugar en estos expedientes en el momento determinado en el artículo 52 del citado Reglamento, con la notificación de la propuesta de resolución a los interesados para que en el plazo de ocho días puedan alegar cuanto consideren conveniente a su defensa, como efectivamente así se hizo, no existiendo, por tanto, nulidad de pleno derecho del artículo 47-1-c) de la Ley de Procedimiento Administrativo, porque no se ha incumplido, no ya total y absolutamente el procedimiento, sino ni siquiera parcialmente, al haberse tramitado legal y correctamente, sin producir en ningún momento indefensión.

De todas las actuaciones practicadas en el expediente se desprende que el expedientado observa una conducta reiterativa y continuada de desobediencia al mandato de incorporarse al Negociado de Asuntos Administrativos de la Inspección para la Seguridad Social de la Delegación Territorial de Las Palmas, tanto cuando lo adscribió al mismo el delegado territorial como cuando se lo comunicó al subsecretario del Departamento e igualmente después de ser nombrado jefe de dicho Negociado por el subsecretario, si bien hay que enjuiciar su conducta atendiendo a que la desobediencia iba unida al planteamiento de reclamaciones y recursos contra dicha adscripción y nombramiento, que culminaron con el recurso contencioso-administrativo 651/80, seguido ante la Sala correspondiente de la Audiencia Territorial de Madrid, que en sentencia de 18 de marzo de 1983 estimó parcialmente la pretensión del recurrente, decidiendo que el puesto de trabajo en que hubiera debido ser integrado en la Delegación Territorial de Las Palmas del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, después de su reestructuración or-

gánica, era el de jefe de la Sección de Asuntos Generales, que fue la pretensión que de forma alternativa presentó el recurrente ante la Administración al oponerse a su adscripción al Negociado Administrativo antes referido y a su posterior nombramiento como jefe del mismo.

Estos antecedentes, que pueden explicar la conducta renuente del expedientado a hacerse cargo del puesto al que era adscrito, sin embargo no la justifican, pues por el principio de obediencia establecido en el artículo 79 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado estaba obligado a efectuar la incorporación que se le ordenaba, desde cuyo puesto podía mantener las reclamaciones y los recursos que entabló; por ello se estiman ajustadas a Derecho las sanciones impuestas de dos años de suspensión de funciones por cada una de las faltas graves apreciadas por la Administración, de desobediencia al delegado territorial y al subsecretario, tipificadas en el artículo 7.º, a), del Reglamento de 16 de agosto de 1969 y sancionadas a tenor de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Reglamento.

Sin embargo, no es correcto calificar como falta muy grave de insubordinación la desobediencia al subsecretario cuando nombra al recurrente jefe de dicho Negociado, pues el término insubordinación presupone una relación de carácter inmediato y personal que refleja rebeldía contra la persona a la que se está subordinado, siendo una conducta de mayor gravedad que la desobediencia, exigiendo la ley que tenga la característica de manifiesta para que pueda ser apreciada, y en el presente caso, atendiendo a las circunstancias antes expuestas, no se aprecia la concurrencia de la insubordinación al subsecretario cuando éste nombró al expedientado jefe del Negociado de Asuntos Administrativos de la Inspección para la Seguridad Social, al que ya estaba adscrito, pues la propia resolución recurrida, al constatar la sanción por este hecho, expresa que la conducta del expedientado consistió en "que volvió a desconocer la resolución de la Subsecretaría del Departamento por la que se le nombró para tal cargo", no desprendiéndose de este hecho, declarado probado por la Administración, la existencia de una situación de rebeldía, sino de desobediencia en la misma línea que las dos desobediencias anteriores, producida como ellas dentro de un incidente judicial en el que se debatía cuál era el puesto que por ley debía señalarse para que fuera ocupado por el expedientado, incidente judicial que terminó con la estimación de la pretensión de éste, recogida en la sentencia de 18 de marzo de 1983, antes aludida; desde este punto de vista, la conducta del expedientado frente al nombramiento hecho por la Subsecretaría del Departamento ministerial debe calificarse como otra falta grave de desobediencia tipificada en el apartado a) del artículo 7.º del Reglamento de Régimen Disciplinario, sancionable con dos años de suspensión de conformidad con el artículo 18 del propio Reglamento, en cuanto rompe los moldes de disciplina, obediencia y jerarquía que debió observar el expedientado, sin perjuicio de interponer los recursos que estimara pertinentes, por cuyo motivo es procedente declarar la nulidad de este acuerdo por no ser ajustado a Derecho.

Finalmente, la prestación de servicios por cuenta ajena en jornada oficialmente de dedicación exclusiva de mañana y tarde desde el 4 de marzo de 1978 al 12 de febrero de 1980, hecho que está acreditado por los Resultandos de hechos probados de la sentencia de la Magistratura de Trabajo, unida al expediente, sin que declarara dicha actividad a la Administración, impidiendo con esta conducta el cumplimiento estricto de los deberes que tiene como funcionario, ha sido correctamente calificada por la Administración como falta muy grave del apartado p) del artículo 7.º del Reglamento de Régimen Disciplinario, en relación con los artículos 82, 83 y, sobre todo, el 85 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, y debidamente sancionada atendiendo a las circunstancias concurrentes que, dentro de la gravedad, han sido paliadas por las atenuantes apreciadas por la Administración, que han justificado la proporcionalidad de la sanción de suspensión de funciones por cuatro años en vez de la separación establecida como primer grado de las faltas muy graves, procediendo en consecuencia confirmar este pronunciamiento del acuerdo recurrido.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 28 febrero 1985.*)

6. *No es admisible la tesis según la cual para que exista falta muy grave de probidad moral se precisa no sólo dicha falta, sino que, además, a ello se llegue a través de una falta constitutiva de delito doloso.*

«Contra el Acuerdo del Consejo de Ministros del día 5 de mayo de 1967, que en uso de las facultades que le confiere el apartado 2.º del artículo 91 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964, y resolviendo el expediente disciplinario instruido al funcionario del Cuerpo Especial Facultativo de Técnicos Comerciales del Estado don Antonio M. B., y de conformidad con el informe emitido por la Comisión Superior de Personal y propuesta formulada por la Subsecretaría de Comercio, que acordó la separación definitiva del servicio como autor de faltas muy graves de probidad moral o material previstas en el apartado a) del artículo 88 de la antes citada Ley, interpuso recurso contencioso-administrativo el señor M., solicitando con carácter alternativo se suspendiera la tramitación del recurso contencioso-administrativo hasta que recayera Sentencia firme en el proceso penal que se encuentra en tramitación contra el mismo y, caso de que no se acceda, se dicte Sentencia por la que se declare nulo y contrario a derecho el citado acuerdo revocando totalmente el mismo y ordenando la reposición en su cargo administrativo del recurrente, con todos los pronunciamientos favorables y abono de cuantas cantidades le hubieren correspondido durante el tiempo en que se ha mantenido su separación.

Por providencia de 21 de diciembre de 1968 se acordó, haciendo uso de la facultad establecida en el número 2.º del artículo 75 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, con suspensión del término para dictar Sentencia, interesar de la Audiencia Provincial de esta capital en su Sección 7.ª —hoy 3.ª—, y en relación con el Sumario número 521 de 1966, en el que aparece encartado el recurrente, al parecer a consecuencia de los hechos que son objeto del expediente administrativo disciplinario que dio lugar al presente recurso, remita certificación expresiva del estado en que la misma se encuentra, Sentencia dictada y si la misma es firme, sin que su resolución prejuzgue ni vincule a la jurisdicción administrativa disciplinaria, remitiéndose al efecto carta-orden a la Audiencia Provincial en diversas ocasiones, sin que hasta el momento conste que se haya dictado Sentencia en el proceso penal y cuál fuere la misma, lo que determinó que con fecha 6 de noviembre de 1984 se dictara providencia por esta Sala en la que se alzó la suspensión acordada y se señaló con citación de las partes para Sentencia el día 4 de marzo de 1985, providencia ésta que al no ser recurrida por las partes quedó firme.

A través del amplio y meticulosísimo expediente administrativo que al efecto se siguió quedó plenamente probado: 1.º Que don Antonio M. B., en su calidad de Comisario de Ferias y Exposiciones, recibió en 13 de abril de 1965 y en beneficio propio, por mediación de don Jesús P. G., la cantidad de 603.913,16 pesetas, que procedían de una factura cobrada en exceso por don Waldo P., utilizándose para la entrega al señor M. el mismo talón bancario que el señor P. había recibido de la Comisaría de Ferias en concepto de pago por sus servicios prestados en la feria de Trípoli. 2.º Que a través, asimismo, de don Jesús P., don Antonio M. exigió y obtuvo por razón de su cargo y para su propio beneficio las cantidades de 600.000 pesetas, en 1 de julio de 1965, y 500.000 pesetas, en 16 de octubre del mismo año, de fondos que pertenecían a la Comisaría de Ferias y que habían sido utilizados para abonar las facturas presentadas por don Waldo P. por trabajos realizados en las ferias de Casablanca y de Damasco. De la segunda de dichas cantidades, don Antonio M. sólo percibió 300.000 pesetas por exceso de facturación, las restantes 200.000 pesetas fueron aportadas por don Jesús P. en concepto de préstamo personal. 3.º Que a través de don Jesús P. y de don Fernando C., don Antonio M. obtuvo en su propio beneficio, y por razón de su cargo, la cantidad de 1.240.000 pesetas de la empresa constructora "Entrecanales y Tavora, S. A.", cantidad que procedía de un exceso en el coste efectivo de las obras realiza-

das por dicha empresa en la feria del Atlántico de Las Palmas de Gran Canaria. De dicha cantidad, don Antonio M. recibió 1.000.000 de pesetas en fecha 14 de julio de 1966 y 40.000 pesetas en fecha 27 de julio del mismo año, reteniendo las 200.000 pesetas restantes don Jesús P. en concepto de devolución del préstamo personal existente desde el 16 de octubre de 1965. 4.º Que don Antonio M. permitió que la entidad denominada COYDE, cuya existencia no aparece probada en el expediente y de la cual resulta ser socio o propietario don Agustín B., primo hermano de don Antonio M., se lucrara indebidamente con fondos de la Comisaría de Ferias, presentando factura por obras realizadas en la feria del Atlántico de Las Palmas de Gran Canaria, en las que se incluían conceptos que no corresponden a la realidad de las obras efectivamente ejecutadas.

Los hechos citados en el anterior Considerando y que el Instructor en su día consideró como probados, sin que a través del expediente administrativo y este recurso se haya desvirtuado tal afirmación, constituyen la falta de probidad moral o material que como falta muy grave establece el párrafo a) del artículo 88 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964; si, independientemente de ello, tales actos son o constituyen uno o varios delitos dolosos, es ésta cuestión que a la Jurisdicción Penal Ordinaria corresponde resolver, pero con absoluta independencia de la naturaleza delictiva queda fuera de duda que dicha falta de probidad moral o material constituye falta muy grave prevista en el precepto citado, no siendo admisible la tesis mantenida por el recurrente cuando se afirma que para que la falta muy grave exista se precisa no sólo dicha falta de probidad moral o material, sino que, además, a ello se llegue a través de una conducta constitutiva de delito doloso, ya que la redacción del precepto es clara; constituye la infracción o bien la falta de probidad moral o material o bien cualquier conducta constitutiva de delito doloso; la conjunción copulativa que une a ambas partes de la frase significa que es falta grave lo uno y lo otro y la comisión de tales faltas muy graves en el desempeño de su cometido, la sanción procedente es la de separación del servicio, de acuerdo con el artículo 91.1.a) y 91.2 de la Ley de Funcionarios, que es la que se acordó por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro correspondiente, previa audiencia de la Comisión Superior de Personal.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 13 marzo 1985.*)

*7. El Derecho disciplinario es independientemente del penal por su finalidad, por lo que pueden coexistir distintos tipos de corrección en uno y en otro. La sanción impuesta en vía disciplinaria puede ser revisada en la jurisdiccional, tanto en cuanto a la calificación de la falta como respecto a la sanción correspondiente, habida cuenta de que el principio de proporcionalidad vincula igualmente a la Administración como a su control jurisdiccional.*

«Son elementos fácticos debidamente comprobados en las actuaciones y que es conveniente resaltar que el único cargo que se hace al recurrente es el de haber sido condenado como autor penalmente responsable de un delito monetario, calificación que fue sustituida por la Comisión Superior de Personal por la de falta de probidad y que como tal fue sancionado por Acuerdo del Consejo de Ministros con la separación del servicio; constando en autos que por la evasión de capitales en cuantía de 60.311.000 pesetas, en la que el inculcado participó entregando cantidades y cheques a las personas que las trasladaron al extranjero, fuera del ejercicio de su cargo, y sin percibir retribución alguna, fue sancionado por la Jurisdicción penal con la pena de multa de 36.000.000 de pesetas, o veinte días de arresto sustitutorio, apreciándose como atenuantes muy calificadas la colaboración que prestó a la Administración de Justicia, hasta el punto de que la determinación cuantita-

tiva del delito hubiera resultado sumamente difícil de no haberse producido tal colaboración, así como la repatriación del capital que abarcó la total salida efectuada.

El Derecho disciplinario, como ha reconocido reiteradamente la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo, es independiente del penal por su finalidad, por lo que pueden coexistir distintos tipos de corrección en uno y en otro, siendo también doctrina jurisprudencial —Sentencias, entre otras, de 14 de febrero de 1984 y las que en ella se citan— que la sanción impuesta en vía disciplinaria puede ser revisada en la jurisdiccional, tanto en cuanto a la calificación de la falta como respecto a la sanción correspondiente, habida cuenta de que el principio de proporcionalidad vincula igualmente a la Administración como a su control jurisdiccional; y dada la naturaleza de los hechos, los antecedentes del inculpado, que no se produjeron en el ejercicio de sus funciones, la propia resolución penal con una pena mínima de multa sustituible por veinte días de arresto, sin accesoría alguna, y apreciando la ausencia de ánimo de lucro en el inculpado, así como la trascendente colaboración prestada a la Administración de Justicia, gracias a la cual pudo determinarse cuantitativamente el capital evadido, así como su total repatriación, este Tribunal estima que no es proporcionada la sanción de separación del servicio, siendo más ajustada a Derecho la de suspensión de funciones por seis años.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 19 abril 1985.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

# CRONICA ADMINISTRATIVA

