

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## B) PERSONAL

**SUMARIO:** I. SELECCIÓN: 1. Ante el silencio de las bases y por aplicación de los criterios de analogía, es procedente suspender a un opositor puntuado con cero en uno de los temas.—II. DERECHOS Y OBLIGACIONES: 1. Constituye infracción manifiesta del principio general básico que anuda la retribución funcionarial al presupuesto de la prestación del servicio la atribución de haberes a funcionarios que no prestaron los servicios propios de su empleo durante el período de tiempo al que está referida dicha retribución. 2. Derecho de los arquitectos contratados a percibir honorarios por los encargos realizados al margen de las funciones que le estaban asignadas como contratado. 3. No constituye desviación de poder, sino uso de facultades organizativas, la confección del organigrama de un Ayuntamiento con ocasión de la fijación de retribuciones y niveles de personal. 4. Retribuciones. Con arreglo a las normas propias de la integración jurídica de las lagunas de la ley, conjugadas con los criterios de hermenéutica que abonan una interpretación sistemática del Ordenamiento concebido como un todo unitario, no puede mantenerse que los arquitectos contratados administrativamente por la Administración e integrados en su personal deban percibir honorarios profesionales como si del ejercicio libre de la profesión se tratara por la realización de determinados trabajos técnicos para el municipio al que sirven. Incompatibilidad entre retribuciones y honorarios. 5. Los trabajos de los ingenieros de Caminos, Canales y Puertos contratados permanentemente por la Administración no han de ser visados por su Colegio Profesional, cuando se realicen para la Administración en que están integrados. Pero no quedan excluidos los trabajos realizados para otros organismos. 6. Dado el carácter administrativo del contrato entre un Ayuntamiento y su asesor jurídico, una vez vencido el plazo por el que se estipuló, o su prórroga, la Administración puede denunciarlo, sin necesidad de incoar expediente sancionador. 7. Pensión extraordinaria. Actualización improcedente a tenor de las leyes de presupuestos para 1983 y 1984. 8. Ante las centenares de sentencias sobre la interpretación del artículo 2 del R. D.-ley 6/78, de 14 de abril, en el sentido de que el tiempo reconocido para la determinación del porcentaje sobre el sueldo regulador, fijando las pensiones de retiro en el 90 por 100 cuando el tiempo reconocido por trienios excede de veinte años, ha de entenderse existe notoria temeridad al formular oposición al recurso jurisdiccional, por lo que han de imponerse las costas a la Administración.—III. INCOMPATIBILIDADES: 1. Derecho a compatibilizar el cargo de Jefe del Servicio de Coordinación con las Haciendas Territoriales de Guipúzcoa con el ejercicio de la abogacía. Sin que sea obstáculo para ello la potencial interferencia o interconexión entre las obligaciones públicas y las derivadas del ejercicio de la profesión libre de abogado, ya que, en caso de aceptarse este argumento, también es potencial la posibilidad de prevaricación o cohecho por cualquier funcionario, y ello no es bastante para privarle del ejercicio de un cargo o de una función. Tampoco es obstáculo el hecho de que el interesado sea vocal del Tribunal Económico-Administrativo, puesto que no ha sido buscado expresamente por aquél y, además, pidió su cese en el mismo; por lo que si dicha incompatibilidad existe es por causas que le son ajenas.—IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Si bien los funcionarios interinos y eventuales no gozan del derecho a la inamovilidad, exclusiva de los funcionarios de carrera, ello no empece que si la Administración aprecia en

*el actuar de tales funcionarios irregularidades de conducta y basa en ésta la remoción de su condición de funcionario de empleo, debe seguir el oportuno expediente para el esclarecimiento de tales conductas, para no producir indefensión al funcionario ni desmerecerle en el público concepto y en su condición funcional.*

## I. SELECCIÓN

*1. Ante el silencio de las bases y por aplicación de los criterios de analogía, es procedente suspender a un opositor puntuado con cero en uno de los temas.*

«Las inadmisibilidades alegadas por el recurrente en apelación fueron resueltas correctamente por la sentencia recurrida y deben rechazarse por los mismos fundamentos; asimismo, debe rechazarse la alegación que hace para impugnar la tesis del quinto Considerando de la sentencia, basada en que el escrito del señor E. pidiendo la anulación de la oposición no se formuló como recurso de alzada, al que se refiere el artículo 122 de la Ley de Procedimiento Administrativo, cuando lo cierto es que como tal lo tuvo el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Albacete de 1 de diciembre de 1983, en su primer Considerando, añadiéndose en las notificaciones que contra este acuerdo podrá interponer recurso contencioso-administrativo.

Para resolver la cuestión fundamental de fondo del recurso, es preciso constatar como hecho cierto que el Tribunal de la Oposición reconoce en el acta única del resultado de los ejercicios, obrante en el expediente, "que el último de los opositores mencionado —el señor G. M., hoy recurrente— no desarrolló uno de los seis temas, por cuya razón se otorgó cero puntos en el tema no expuesto"; hecho que ratifica en el acta del día 2 de noviembre, en el número 2, a), añadiendo "que el Presidente del Tribunal se lo advirtió al opositor cuando faltaba algo menos de un minuto del tiempo total concedido"; pero en este recurso no se trata de si el Tribunal puede puntuar con cero puntos la falta de exposición de un tema, sino de interpretar las bases sexta y séptima de la convocatoria, razón por la que carece de eficacia la aplicación de la base novena, como hizo el Tribunal, pues no se trata de resolver sobre una "incidencia", sino de algo más trascendental como la interpretación de unas bases de oposición, en un punto en el que hay fundamental discrepancia: si puede el Tribunal dar por aprobado a un opositor que no desarrolla uno de los seis temas exigidos, y así, en autos de primera instancia obran fotocopias de resoluciones conteniendo bases contradictorias como son las de oposiciones a Secretarios Judiciales y las de Judicatura, pues mientras que en las primeras el Tribunal tiene facultad para aprobar a quien no contestó a un tema, en las segundas es motivo de eliminación del opositor; ambas bases fueron redactadas por el mismo Organismo, el Consejo General del Poder Judicial; en el mismo sentido que las bases de la Judicatura se ha pronunciado la convocatoria de oposiciones a Secretarios y Depositarios de Administración Local del Instituto de Estudios de Administración Local de 17 de marzo de 1984.

La convocatoria no dice nada respecto de este extremo; es necesario interpretar las bases sexta y séptima de la misma aplicando las normas generales del artículo 3.º del Código Civil, en relación con el 4.º, que regula la aplicación de los criterios de analogía cuando en las disposiciones se haya omitido regular un extremo esencial, si la omisión no es querida por quien dispone, como en el caso que nos ocupa, tomando como bases análogas las de oposiciones a Secretarios Interventores y Depositarios de Administración Lo-

cal, por emanar del Ministerio común de Administración Territorial, en las que, como ya se ha dicho, se exige para superar la prueba oral "no ser calificado con cero puntos en ninguno de los temas del ejercicio oral"; admitir lo contrario nos conduciría al absurdo de que un opositor que prepara sólo la mitad de las materias exigidas, aunque no respondiese a tres temas, podría obtener puntuación máxima en los otros tres y aprobar el ejercicio.» (Sentencia de la Sala 5.ª, 21 junio 1985.)

## II. DERECHOS Y OBLIGACIONES

1. *Constituye infracción manifiesta del principio general básico que anuda la retribución funcional al presupuesto de la prestación del servicio la atribución de haberes a funcionarios que no prestaron los servicios propios de su empleo durante el período de tiempo al que está referida dicha retribución.*

«La tesis de incompetencia del Gobernador Civil de la provincia para suspender acuerdos municipales por razón de infracción manifiesta de Ley se afirma por la Sala de primera instancia con base en la atribución legal de competencias dispuesta a favor de la Comunidad Autónoma por el Estatuto de Autonomía aprobado por la Ley Orgánica de 18 de diciembre de 1979; mas si bien es cierto que el artículo 10 de dicho Estatuto declara, en su apartado 4, la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre Régimen Local y Estatuto de los Funcionarios del País Vasco y de su Administración Local, no lo es menos que tal atribución se confiere con la limitación implícita en la expresión "sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.1.18.ª de la Constitución", en méritos de la cual, y por su sentencia de 27 de julio de 1982, el Tribunal Constitucional confirmó explícitamente "la competencia del Estado para la determinación de las bases en materia de las condiciones de empleo del personal al servicio de las Corporaciones Locales" y anuló íntegramente el Decreto de la Presidencia del Gobierno vasco de 15 de julio de 1981 sobre esta materia; ante lo cual, y puesto que, por un lado, el acto suspendido por el Gobernador Civil en este caso concierne indudablemente a las condiciones de empleo de funcionarios contratados —cuales son las económicas o retributivas—, y, por otra parte, la normativa vigente a la sazón —Real Decreto 2488/78, de 25 de agosto, y artículo 362 de la Ley de Régimen Local, luego derogado por el Real Decreto 3183/1981, de 29 de diciembre, dictado en cumplimiento de la Disposición Derogatoria de la Ley 40/1981, de 28 de octubre— mantenía viva la facultad gubernativa de suspensión y el procedimiento correspondiente para su actuación, resulta forzoso concluir afirmativamente sobre la competencia del Gobernador Civil para suspender el acuerdo municipal con apoyo en su ilegalidad manifiesta y, consecuentemente, revocar la Sentencia apelada para entrar a conocer y juzgar en el fondo acerca de la procedencia o improcedencia por razones jurídico-materiales de la suspensión gubernativa y de la conformidad o disconformidad con el Ordenamiento Jurídico de dicha actuación.

*La atribución de haberes a funcionarios que, según consta sin objeción ni reparo alguno, no prestaron los servicios propios de su empleo durante el período de tiempo al que está referida dicha remuneración, constituye una patente e innegable infracción del régimen jurídico aplicable y la evidente violación del principio general básico que anuda la retribución funcional al presupuesto de la prestación del servicio, por lo que, y en cuanto tal desconocimiento trasciende al ámbito propio de las condiciones básicas de empleo del personal, introduciendo, además, un factor de claro privilegio o favor en modo alguno justificado y netamente en pugna con la propia esencia y naturaleza de la relación de servicio, procede estimar ajustada a Derecho la sus-*

pensión gubernativa, así como, y en consecuencia, invalidar jurisdiccionalmente el acuerdo municipal suspendido.» (*Sentencia de la Sala 4.ª, 18 abril 1985.*)

2. *Derecho de los arquitectos contratados a percibir honorarios por los encargos realizados al margen de las funciones que le estaban asignadas como contrato.*

«Según tiene declarado esta Sala, en Sentencia de 12 de diciembre del pasado año, referida a un asunto similar al presente y debatido entre las mismas partes, los honorarios cuyo devengo se discute se refieren a *encargos realizados al arquitecto recurrente al margen de las funciones que le estaban asignadas como contratado*, y al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.º y 9.º de la Ley 108/1963, por lo que no cabe aceptar las objeciones de incompatibilidad aducidas por el Ayuntamiento demandado como causa de nulidad de los encargos, según se reconoce expresamente en la sentencia apelada.

Menos aún puede ser acogida la excepción de falta de legitimación activa en que se basa exclusivamente el Tribunal "a quo" para desestimar el recurso, por no haber sido interpuesto por el Colegio Profesional correspondiente, pues es evidente, y así lo tiene declarado esta Sala, entre otras, en la Sentencia que ha quedado citada, que la gestión de cobro de honorarios atribuida a los Colegios Profesionales de arquitectos por sus respectivos Estatutos constituye una relación de mandato que en manera alguna excluye, frente a terceros, la legitimación del representado para la defensa directa de sus propios intereses.

De lo expuesto se deduce: 1.º) que el arquitecto demandante y apelante está perfectamente legitimado para reclamar directamente sus honorarios, aunque en el pleito no actúe ni se haya personado el Colegio Profesional al que pertenece, y 2.º) que los honorarios reclamados corresponden a trabajos contratados y recibidos por el Ayuntamiento, por lo que su abono es obligado, en la cuantía que resulte de una correcta aplicación de las tarifas vigentes y aplicables.» (*Sentencia de la Sala 4.ª, 22 abril 1985.*)

3. *No constituye desviación de poder, sino uso de facultades organizativas, la confección del organismo de un Ayuntamiento con ocasión de la fijación de retribuciones y niveles de personal.*

«Los recurrentes, entre otros motivos, acusan al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Las Palmas de 23 de diciembre de 1982 de haber incurrido en desviación de poder al aprobar los niveles retributivos asignados a determinados puestos de trabajo de nueva creación, y piden, además de la nulidad del referido Acuerdo, se fijen las retribuciones y niveles atendándose a la categoría de preeminencia que ostentan en la Corporación, argumentando al efecto, sustancialmente, que estando limitados tanto el Decreto 211/82 como la Orden de 25 de febrero de dicho año a lo retributivo, se aprovecha su aplicación para introducir en el organigrama organizativo del funcionariado de la Corporación una reclasificación de puestos de trabajo que las mentadas normas no autorizan, con lo que queda vulnerado el designio de las mismas, que son aplicadas no para la equivalencia de retribuciones entre el funcionariado de las Corporaciones Locales y el de la Administración del Estado, sino para alcanzar la finalidad de una promoción interna de otros funcionarios inspiradores del Acuerdo a través del cual se autoclasifican, alcanzando niveles máximos de retribuciones y sólo por motivos políticos; y afirman que al asignarse a los recurrentes el mismo nivel retributivo que a sus subordinados se hace patente la desviación de poder cometida, consagrando una ruptura de la jerarquía que ostentan desde que accedieron por concurso a las Jefaturas del Servicio de Ingeniería y Arquitectura de la Corporación y un des-

conocimiento de los derechos que tienen adquiridos en categoría y competencia.

El artículo 94 de la Ley de esta Jurisdicción sólo nos autoriza entender, por la vía de esta apelación, del motivo de desviación de poder invocado, porque como cuestión de personal que es en los otros particulares a que se extiende, la cuestión de la sentencia de instancia debe ser tenida como firme; mas si se tiene en cuenta que cuando el Acuerdo combatido crea otras Jefaturas de Servicios —respetando las que los recurrentes ostentan, si bien cercenándoles de tareas que se integran en las nuevas Jefaturas—, al propio tiempo que no se les rebaja de categoría y nivel en el Grupo de Técnicos de Administración Especial, no se hace otra cosa, por lo que a los recurrentes respecta, que establecer el organigrama burocrático imprescindible para una correcta aplicación de las exigencias del nuevo régimen retributivo, no puede afirmarse sin más que so pretexto de aplicar las nuevas retribuciones y en la sola aplicación de las normas de esta clase se ha introducido una reorganización en la burocracia de la Corporación, dado que ésta no necesita un nuevo régimen de retribuciones para introducirla, y puede hacerla sin necesidad de él, pues tiene el apoyo legal suficiente para hacerlo a fin de planificar y jerarquizar sus servicios y sus servidores, de tal manera que hay que concluir que en el caso de autos no se descubre un uso indebido de facultades administrativas en busca de una finalidad reprobable, sino una correcta aplicación del anexo 6.º de la Orden de 25 de febrero de 1982, ya citada, con todas las consecuencias que el mismo comporta y de cuya legalidad se pronunció esta Sala en su sentencia de 26 de octubre de 1984.

Siendo cierto que la Corporación constituyó un Grupo de trabajo para confeccionar su organigrama con el que clasificar su funcionariado y readaptar sus remuneraciones, también lo es que la Corporación hizo suyas las conclusiones o resultados a que se llegaron, por lo que el Acuerdo combatido es de la misma y no del Grupo citado; y si en el Acuerdo lo que se hace es una clasificación de puestos de trabajo de acuerdo con cuanto se dispone en la Orden de 25 de febrero de 1982, hay que alejar toda idea de politización en la que fundar una desviación de poder dirigida a perjudicar a los recurrentes, pues a ellos se atribuye el mismo nivel que tenían, a la par que se jerarquizan otros puestos de trabajo a igual nivel; mas ello no es desviación de poder, sino uso de facultades organizativas en la amplitud que quedó descrita en la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 1984, ya citada, lo que impone no acoger el motivo de impugnación que se examina de desviación de poder, con obligada desestimación del recurso de apelación interpuesto, sin que quepa apreciar motivos a los que anudar una condena en costas.» (Sentencia de la Sala 5.ª, 5 junio 1985.)

4. *Retribuciones. Con arreglo a las normas propias de la integración jurídica de las lagunas de la ley, conjugadas con los criterios de hermenéutica que abonan una interpretación sistemática del Ordenamiento concebido como un todo unitario, no puede mantenerse que los arquitectos contratados administrativamente por la Administración e integrados en su personal deban percibir honorarios profesionales como si del ejercicio libre de la profesión se tratara por la realización de determinados trabajos técnicos para el municipio al que sirven. Incompatibilidad entre retribuciones y honorarios.*

«Abstracción hecha de la cuestión de la legitimación del Colegio Profesional recurrente para accionar en materia de honorarios, con la pretensión —tan personal y propia del colegiado— de obtener una declaración afirmativa del derecho de determinados arquitectos —por cierto, ausentes de este

proceso e inactivos en la defensa y postulación de ese su personalísimo derecho— a percibir remuneración en concepto de honorarios por el ejercicio de su profesión en relación con ciertos trabajos realizados para el municipio con el que contrataron la prestación de sus servicios, mediante una relación jurídica generadora de vínculos o nexos de carácter administrativo y determinantes de la integración de aquéllos en la estructura orgánica del personal al servicio de la Corporación Local, la realidad es que el debate de fondo —y probablemente en ello estriba primordialmente la avocación por la Corporación Profesional del protagonismo en una controversia en la que el primario interés legitimador corresponde innegablemente a los colegiados— concierne a la muy polémica y actual discusión suscitada en torno a la situación —sobre todo en cuanto al aspecto retributivo— del personal técnico —arquitectos e ingenieros— al servicio de las Corporaciones Locales en razón al ámbito funcional de éste y a la dual actividad de dichos técnicos como profesionales libres.

*En el caso concreto presente, el contrato formalizado entre la Corporación municipal y el respectivo arquitecto refleja claramente, según resulta de su tenor, una relación cuyo contenido propio no es otro que la prestación por el técnico de su trabajo al municipio, con integración del mismo en la organización del ente local, mediante la retribución establecida en términos típicos del régimen administrativo al que se sujeta la situación creada y para la realización por el contratado de los trabajos correspondientes a su titulación técnica y la actividad propia de la competencia municipal, lo que, en buena lógica y de acuerdo con el Ordenamiento positivo vigente, ha de traducirse necesariamente en la figura de "personal contratado" a que se refiere el artículo 25 del Texto Articulado parcial de la Ley 41/1975, aprobado por el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, ordenándose jurídicamente, toda vez que por imperativo legal el régimen propio de dicha relación es el administrativo, conforme a los principios y reglas típicamente peculiares de este ámbito, es decir, y a falta del desarrollo reglamentario de aquella norma aún no llevado a cabo, en línea y coherentemente con la regulación general en materia de personal y de la contratación administrativa.*

*Con arreglo a las normas propias de la integración jurídica de las lagunas de la ley, conjugadas con los criterios de hermenéutica que abonan una interpretación sistemática del Ordenamiento concebido como un todo unitario, no puede mantenerse la tesis propugnada por el recurrente de que los arquitectos contratados por la Corporación demandada en los términos que constan en los contratos suscritos devenguen y deban percibir honorarios profesionales, como si del ejercicio libre de la profesión se tratara, por la realización de determinados trabajos técnicos para el municipio al que aquéllos sirven en virtud del referido contrato, ya que a ello obsta eficazmente en este caso tanto el mismo tenor contractual —conforme al cual, y lejos de manifestarse salvedad o excepción alguna de trabajo o actuación del técnico contratado para excluirlo y remitirlo al ámbito del ejercicio profesional libre, lo que se contrata es la actividad, servicio o trabajo del técnico genérica y omnicomprendensivamente enunciada y aun significativamente apostillada con esa dedicación plena y exclusiva y esa exclusión del ejercicio libre de la profesión que expresamente se establecen—, como la virtualidad del principio jurídico "pacta sunt servanda" —de innegable y plena aplicabilidad a los contratos administrativos—, como, en fin, los propios principios informadores de las normas reguladoras del personal al servicio de la Administración —claramente orientadas a la incompatibilización de retribuciones y honorarios—, sin que a la anterior conclusión pueda oponerse eficazmente ni el argumento de que los técnicos contratados carecen de la condición de funcionarios y, consecuentemente, debe aplicárseles por exclusión el régimen de honorarios previsto en el Decreto de 17 de junio de 1977 —pues bien clara está la inserción legal de los contratados en el personal de la Administración sometido a régimen administrativo al par que la sumisión convencional al tenor contractual libre y voluntariamente consentido por el propio técnico contratante—, ni la*

invocación a una hipotética intervención colegial en el ámbito de la voluntad del colegiado y de su libertad para contratar sus servicios —pues, sin duda, la legitimación y justificación de una tal intervención en la esfera subjetiva requeriría, por su propia naturaleza y trascendencia, un fundamento de mucha mayor entidad y virtualidad del ahora invocado.» (*Sentencia de la Sala 4.ª, 5 junio 1985.*)

5. *Los trabajos de los ingenieros de Caminos, Canales y Puertos contratados permanentemente por la Administración no han de ser visados por su Colegio Profesional, cuando se realicen para la Administración en que están integrados. Pero no quedan excluidos los trabajos realizados para otros Organismos.*

*Considerandos de la sentencia apelada:*

«Al margen de que la percepción de honorarios fuese lícita o no en 1969, la cuestión que aquí se debate es el sometimiento de tales honorarios al visado colegial, sometimiento rechazado por la Diputación y afirmado por el Ministerio. Tal cuestión venía regulada, en la fecha de autos, por el Decreto 2819/67, de 23 de noviembre, cuya interpretación, como la Resolución impugnada reconoce, es el "tema capital y único" del presente pleito.

Dicho Decreto contempla en sus primeros artículos tres situaciones claramente diferenciadas: con el artículo primero se refiere a los trabajos que, en libre ejercicio de su profesión, realicen los ingenieros por encargo de una Administración Pública; en el artículo segundo se trata de los trabajos para empresas privadas, y, finalmente, *en su artículo tercero expresamente excluye del "régimen de visado de honorarios el trabajo realizado por aquellos ingenieros que sean contratados de forma más o menos permanente para prestar a la Administración Pública servicios que no sean la realización concreta de un proyecto o encargo especial, sino el ejercicio de su actividad profesional para llevar a cabo trabajos propios de su especialidad"*.

*El artículo 3 del Decreto se refiere, como es obvio, a ingenieros contratados y, lógicamente, la exclusión del visado que para los mismos establece debe, "a fortiori", extenderse a los ingenieros-funcionarios de carrera, quienes están ligados, de modo permanente, a la Administración a través de una relación mucho más intensa que los meros contratados.*

La Resolución ministerial impugnada afirma, entre sus razonamientos, que "parece claro que en el caso de que la redacción de proyectos técnicos fuese la ocupación y el deber del ingeniero como consecuencia de su relación de servicios con la Administración, los mismos no deberían ser visados, en tanto que no habría percepción dineraria distinta del sueldo". Tal afirmación es exacta, pero con la salvedad de que su condicionamiento final ("en tanto no haya percepción dineraria distinta del sueldo") no es admisible, pues *lo que regula el Decreto de autos no es la existencia o inexistencia de los honorarios, sino el visado de los mismos por los Colegios, visado que excluye en los casos de relación no ocasional, sino permanente, de servicios con la Administración.*

No cabe duda de que *el cargo de Ingeniero Director de la Sección de Vías y Obras de una Diputación lleva consigo, como ejercicio y deber propio de la función, la redacción de proyectos de obras, y ello tanto si su contrapartida dineraria se fija sólo a través de las remuneraciones ordinarias (como sucede desde 1973) cuanto si se permite, además, el cobro de honorarios (como sucedía con anterioridad).* De hecho, y así consta en el expediente, la Diputación de Gerona "ordenó" a uno de sus funcionarios ingenieros la redacción del proyecto. No cabe duda, por tanto, que se cumplía —y se sobrepasaba— el presupuesto de hecho del artículo 3 del Decreto 2819/67, esto es, el permanente "ejercicio de la actividad profesional para llevar a cabo trabajos propios

de su especialidad", y, por tanto, la exigencia del visado colegial, a los efectos de honorarios, era improcedente.

Tal conclusión está de acuerdo, además, con la finalidad misma del visado colegial de honorarios y la defensa de los intereses colectivos encomendados a la Administración. Ciertamente es que las propias Leyes reconocen que hay un interés público en la existencia del visado colegial de honorarios, si bien tal interés se identifica precisamente con el interés patrimonial de los ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y su Colegio. Pero la Administración no puede tampoco olvidar el interés público, tanto o más defendible, de proceder a la construcción urgente de un puente destruido por las inundaciones de abril de 1969 en Gerona, construcción cuyo proyecto se redactó en el mes siguiente y fue rechazado por el Ministerio de Obras Públicas a causa, tan sólo, de no constarle al Departamento ministerial si el ingeniero autor del proyecto había o no cobrado sus honorarios y el cobro había sido visado por el Colegio Oficial correspondiente, derivándose de tal rechazo una polémica (que, lógicamente, nada tiene que ver con la necesidad de construir el puente destruido) que ha durado más de una década, sin que en las actuaciones conste si el puente llegó a construirse o no.

Como el mismo Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos afirmaba en su dictamen de 27 de marzo de 1974, incorporado al expediente, "de conformidad con el artículo 55 del Reglamento de Régimen Interior del Colegio, aprobado por Orden de 21 de mayo de 1959, *únicamente están exentos de la intervención del Colegio aquellos trabajos profesionales realizados por los funcionarios públicos en el ejercicio del deber de su cargo*", circunstancia ésta que, como hemos dicho, se daba plenamente en el supuesto de autos.

*Ella es en todo congruente con la finalidad del visado colegial de honorarios, y aun con la misma naturaleza de la intervención colegial en la actuación de sus miembros: cuando éstos unen a tal condición la de funcionario público, el ejercicio de sus funciones públicas y las vicisitudes de su relación funcional no entran en la órbita de interés que el Colegio Profesional representa y debe defender; como afirman numerosas sentencias del Tribunal Supremo y recientemente ha reiterado la de 21 de junio de 1982, "los intereses que los Colegios profesionales representan son los de sus asociados en el ejercicio libre de su profesión, pero no los atinentes a los servicios prestados por aquéllos a los organismos oficiales con el carácter de funcionarios de los mismos".*

Por último, que la interpretación que ahora efectuamos del Decreto 2819/1967, de 23 de noviembre, es, asimismo, conforme con la que viene realizando el Tribunal Supremo, como muestra la sentencia de 15 de abril de 1978, en la que textualmente puede leerse que "el visado, acto colegial exigido según la regulación específica de distintos colegios profesionales como previo a la presentación, ante la Administración Pública, de los proyectos elaborados por los colegiados, no alcanza a los profesionales incorporados a la Administración Pública por una relación funcional o por una relación contractual, respecto a aquellos trabajos que, precisamente por virtud de aquella relación, tienen el deber de realizar por encargo de la propia Administración, según reconoce el Decreto 2819/67, de 23 de noviembre".

Por lo expuesto, es preciso acceder a la pretensión de la Diputación de Gerona, y declarar la improcedencia de los requerimientos que la Administración Central le hizo a través de las Resoluciones combatidas, por ser contrarios a Derecho.

No se aprecia temeridad o mala fe que justifiquen la condena en costas.»

#### *Considerandos del Tribunal Supremo:*

«Es tan exhaustivo el examen que de la cuestión suscitada se hace por la sentencia recurrida que han de claudicar los sucintos razonamientos que utiliza la Administración apelante para justificar la pretensión revocatoria que deduce frente a aquélla, porque éstos son simple reproducción de los que



fueron acertadamente rebatidos por el Tribunal *a quo*, ciñéndose a la legislación aplicable en la fecha en que el cuestionado proyecto de obras se confeccionó por el ingeniero de Caminos, Canales y Puertos adscrito como funcionario a la Diputación Provincial de Gerona, cuya condición de tal excluía el requisito del visado de dicho proyecto, que es exigido por el Decreto de 23 de noviembre de 1967, puesto que de la literalidad de su artículo primero es deducible que aquél se requiere para los trabajos que en el libre ejercicio de su profesión realicen los ingenieros para la Administración Pública de forma esporádica u ocasional, sin tener el carácter de funcionarios adscritos al concreto Órgano administrativo comitente, y de ahí que el artículo 3 excluya de dicho requisito los trabajos de dichos profesionales que sean contratados de forma más o menos permanente para prestar a la Administración Pública servicios que no sean la realización concreta de un proyecto o encargo especial, carácter de contratado permanente que no cabe negar a quien ostenta de un modo continuado el cargo de ingeniero del servicio correspondiente de la Diputación, abstracción hecha de la remuneración que por este concepto perciba y de la que independientemente devengue en el de honorarios por el encargo —permitida, como compatible con el sueldo, en la fecha en que el proyecto se confeccionó—, en cuanto aquel Decreto propiamente no regula el tema de la percepción de honorarios, sino el de si es o no necesario que repetidos proyectos se visen.

No ofrece duda que trabajos como el cuestionado se encargaban al ingeniero del expresado órgano provincial por razón de su cargo y, en tal sentido, hay que recordar lo previsto en el artículo 55 del Reglamento de Régimen Interior del Colegio, que, como se explica en el dictamen que este mismo emitió en 27 de marzo de 1974 y obra al folio 60 del expediente, declara únicamente exentos de la intervención del Colegio a aquellos trabajos profesionales realizados por los funcionarios públicos en el ejercicio del deber de sus cargos, de tal modo que no deben, por el contrario, quedar excluidos los efectuados por dichos funcionarios para Organismos distintos de aquel en que se encuentren encuadrados.

En atención a la función tuitiva y de control que compete al respectivo Colegio Profesional y a la finalidad perseguida con la exigencia del visado, en algunas ocasiones ha tenido oportunidad este Alto Tribunal de resolver supuestos semejantes, como los que fueron objeto de las sentencias que se citan en el escrito de alegaciones de la Diputación apelada y, más recientemente, en las que, en lo esencial, transcribe el Tribunal *a quo*, de 15 de abril de 1978 y 21 de junio de 1982, que vienen a concretar lo que en ambos aspectos incumbe al órgano colegial, y siendo con base en ellas y en otras consideraciones, ciertamente incontestables, por lo que la sentencia combatida anuló el acto administrativo impugnado en este proceso, resulta, por tanto, procedente la confirmación de aquélla.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 18 junio 1985.)

6. *Dado el carácter administrativo del contrato entre un Ayuntamiento y su asesor jurídico, una vez vencido el plazo por el que se estipuló, o su prórroga, la Administración puede denunciarlo, sin necesidad de incoar expediente sancionador.*

«El recurrente entró a prestar sus servicios con fecha 10 de julio de 1979 como asesor jurídico por el plazo de seis meses, prorrogables, en el Ayuntamiento de Lezo; vencido el plazo se procede a una nueva contratación por el plazo de un año para prestar servicios como técnico de Administración General en calidad de asesor jurídico del Ayuntamiento, haciéndose expresa referencia a que asistirá a las sesiones de Pleno y Permanente en calidad de secretario en funciones, y mediante prórrogas sucesivas continuó prestando sus servicios hasta que, por acuerdo impugnado de 25 de enero de 1983, denunció el convenio el Ayuntamiento por expiración del plazo del año por el

que venía prorrogándose, interponiendo contra el Acuerdo de referencia demanda ante la Magistratura de Trabajo por despido injustificado, la que resolvió en 9 de mayo de 1983, en sentencia firme, que el contrato que ligaba a la actora con el Ayuntamiento era de naturaleza administrativa y que el hecho de que el contrato inicial se prorrogase no le priva de la calificación de su contenido y de los preceptos legales a cuyo amparo se celebró, ya que, de acuerdo con el artículo 25 del R. D. 3046/1977, de 6 de octubre, que aprobó el Texto Articulado de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local, las Corporaciones locales, dentro de los créditos disponibles, podrán contratar personal para funciones administrativas o técnicas concretas y con carácter temporal que, sin estar sujetos a la legislación laboral, tampoco tendrán su condición de funcionarios, sentencia ésta dictada de conformidad con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en 10 de octubre de 1977 y la más reciente de 9 de marzo de 1983, por lo que en su día la Magistratura de Trabajo estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la parte demandada, Ayuntamiento de la Universidad de Lezo, por lo que hay que concluir en relación con este extremo en afirmar la naturaleza administrativa de este contrato, cuya cobertura también se encuentra en la Orden del Ministerio del Interior de 29 de marzo de 1979, que en aclaración del artículo 11 del Real Decreto de 26 de enero de 1979 establece la posibilidad de contratación de personal para cubrir la vacante o sustituir la que hubiera causado baja en aplicación del artículo 25-1 del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre.

Pese a que el Ayuntamiento de la Universidad de Lezo, en sesión ordinaria del Pleno celebrado el día 25 de enero de 1983, adoptó el acuerdo de rescisión del contrato de prestación de servicios de la recurrente, es lo cierto que, de acuerdo con la misma acta, lo que se pretende es la denuncia del convenio por expiración del plazo de un año, no pudiendo prevalecer sobre la intención de los contratos las expresiones jurídicas más o menos acertadas, toda vez que era manifiesta la postura del Ayuntamiento de evitar la creación de la plaza de asesor jurídico, por lo que para no acceder a las prórrogas del contrato no era necesario expediente sancionador, ya que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1982, no es aceptable el argumento del demandante apelante que las razones de extinción del contrato deban ser justificadas por la Corporación contratante, pues teniendo en cuenta que se está en presencia de unas prestaciones individuales pactadas y no de un estatus de funcionario con arreglo al Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, de 30 de mayo de 1952, artículo 8.º, el Ayuntamiento apelado se ha limitado a no autorizar la prórroga reclamada y cambiar estas prestaciones individuales por la creación en plantilla de un asesor jurídico, por lo que procede la desestimación de esta apelación.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 23 septiembre 1985.*)

#### 7. *Pensión extraordinaria. Actualización improcedente a tenor de las leyes de presupuestos para 1983 y 1984.*

«A la actora se le concedió pensión extraordinaria como consecuencia del fallecimiento de su esposo en acto de servicio por Acuerdo de la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar de 8 de julio de 1969, actualizada por la Sala de Gobierno en Acuerdo de 15 de noviembre de 1977, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 9/1977, solicitando en escrito de 20 de diciembre de 1983 la actualización de su pensión extraordinaria al amparo de lo dispuesto en la Ley 23 de diciembre de 1961, número 82/1961, que en su artículo 1.º establece que todas las pensiones de clases pasivas, cualquiera que sea la fecha en que fueren causadas o se causen en lo sucesivo, se revisarán o determinarán tomando como regulador el sueldo asignado o que en el futuro se asigne en los Presupuestos Generales del Estado a igual empleo, categoría o clase que el que sirvió para la clasificación del causante

del haber pasivo, más los incrementos legales autorizados o que se autoricen en cada caso para formar parte del regulador.

El Real Decreto-ley 3/1983, de 20 de abril, sobre incremento de haberes y pensiones durante este ejercicio, estableció en su artículo 8.8.c) que se mantienen en las cuantías alcanzadas en 1982 las pensiones concedidas al amparo de la Ley 9/1977, de 4 de enero, artículos 1.º y 2.º, que son justamente a las que se refiere la recurrente. Posteriormente, la Ley de Presupuestos Generales del Estado número 44/1983, de 28 de diciembre, dedica su artículo 12 a "normas limitativas del crecimiento de pensiones", y en el apartado 2.º de este precepto se establece: "se mantienen en las cuantías alcanzadas en 1982, tanto en su declaración inicial como en su actualización; c) Ley 9/1977, de 4 de enero, a que se refieren los artículos 1 y 2 de la misma". Por tanto, la pensión concedida queda plenamente afectada por las limitaciones establecidas en las Leyes anteriores, y el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar, que así lo entendió, se considera ajustado a Derecho y, como consecuencia de ello, procede desestimar el recurso interpuesto.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 14 junio 1985.*)

8. *Ante las centenares de sentencias sobre la interpretación del artículo 2 del R. Decreto-ley 6/78, de 14 de abril, en el sentido de que el tiempo reconocido para la determinación del porcentaje sobre el sueldo regulador, fijando las pensiones de retiro en el 90 por 100 cuando el tiempo reconocido por trienios excede de veinte años, ha de entenderse existe notoria temeridad al formular oposición al recurso jurisdiccional, por lo que han de imponerse las costas a la Administración.*

«La única cuestión de este proceso se refiere a la interpretación del artículo 2.º del Real Decreto-ley 6/78, que se ha venido haciendo de modo unívoco y reiterado en el sentido de que el tiempo reconocido para trienios es el mismo a tener en cuenta para la determinación del porcentaje sobre el regulador; hasta el punto de que el Ministro de Defensa dictó la Orden 34/1983, de 14 de abril, acomodando su criterio al de esta Sala, y de que en numerosos casos se haya producido al allanamiento de la Administración, cuando en el presente caso las resoluciones eran de fecha anterior a la citada Orden; por tanto, y sin más razonamientos, procede estimar el recurso, para que se fije la pensión de retiro del actor en el 90 por 100 del haber regulador, manteniendo las demás declaraciones y datos de las resoluciones impugnadas, de conformidad con los artículos 82 y 84 de la Ley de esta Jurisdicción.

Ante los centenares de sentencias de esta Sala sobre la interpretación del artículo 2.º del Real Decreto-ley 6/78, la Orden 34/83, de 14 de abril, las numerosas resoluciones del Consejo Supremo de Justicia Militar, fijando las pensiones de retiro en el 90 por 100 cuando el tiempo reconocido para trienios excede de veinte años, ha de entenderse existe notoria temeridad al formular oposición al recurso jurisdiccional que se resuelve, por lo que han de imponerse las costas a la Administración, de conformidad con el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 17 junio 1985.*)

## III. INCOMPATIBILIDADES

*Derecho a compatibilizar el cargo de Jefe de Servicio de Coordinación con las Haciendas Territoriales de Guipúzcoa con el ejercicio de la Abogacía. Sin que sea obstáculo para ello la potencial interferencia o interconexión entre las obligaciones públicas y las derivadas del ejercicio de la profesión libre de abogado, ya que, en caso de aceptarse este argumento, también es potencial la posibilidad de prevaricación o cohecho por cualquier funcionario, y ello no es bastante para privarle del ejercicio de un cargo o de una función. Tampoco es obstáculo el hecho de que el interesado sea vocal del Tribunal Económico-Administrativo, puesto que no ha sido buscado expresamente por aquél y, además, pidió su cese en el mismo, por lo que si dicha incompatibilidad existe es por causas que le son ajenas.*

«Las generalidades que se contienen en el escrito de apelación del abogado del Estado no son suficientes para desvirtuar los razonamientos de la Sentencia apelada, al no invocarse en la apelación ni un solo precepto, no ya de rango constitucional, sino ni siquiera legal o reglamentario, infringido o desconocido por la mencionada sentencia, sin que sea suficiente para estimar el recurso la potencial "interferencia o interconexión entre las obligaciones públicas del entonces recurrente y las derivadas del ejercicio de la profesión libre de abogado", ya que, en caso de aceptarse este argumento, también es potencial la posibilidad de una prevaricación o de un cohecho por cualquier funcionario, y ello no es bastante para privarle del ejercicio de un cargo o de una función.

Además, la pretendida interferencia o conexión entre el ejercicio de la profesión de abogado por el recurrente y su desempeño del cargo de Vocal del Tribunal Económico-Administrativo de Navarra no ha sido buscado por propósito por éste, quien expresamente pidió su cese como Vocal, mediante escrito dirigido al Inspector General del Ministerio de Hacienda con fecha 8 de mayo de 1984 —aportado como documento 2 de los acompañados a su escrito de demanda—, por lo que si dicha incompatibilidad existe es por causas ajenas al recurrente; aparte de lo cual, la Sentencia apelada expresamente impide al recurrente el ejercicio de la profesión de abogado en Navarra mientras permanezca como Vocal del Tribunal Provincial, por lo que desaparece la pretendida incompatibilidad, no querida en ningún caso por quien solicitó expresamente su cese; tampoco se acepta la pretendida incompatibilidad del ejercicio de la profesión con el puesto de Jefe del Servicio de Coordinación de las Haciendas Territoriales de Guipúzcoa, vista la misión que desempeña, como alegó el recurrente y no desvirtuó el apelante, que es meramente de informe de las determinadas solicitudes de Corporaciones locales, por lo que no se alcanza a comprender la pretendida interferencia o conexión alegada por el apelante, cuyo recurso de apelación debe ser desestimado.

Tampoco puede imputarse al apelante el no haber acreditado la existencia de compatibilidades concretas, ya que su petición de prueba, que la Sala Territorial declaró pertinente, tendía precisamente a acreditar que otros cargos análogos habían sido compatibilizados con el ejercicio privado de la Abogacía, solicitando expresamente la precisión de cuáles eran esos cargos, frente a lo cual la Administración se limitó a contestar que se había declarado la compatibilidad total de algo más del 48 por 100 de las solicitudes y la parcial de un 16 por 100 y la incompatibilidad de las restantes, pero sin certificar cuáles eran esos cargos desempeñados por los autorizados, "no siendo posible a la Inspección General certificante obtener la relación nomi-

nal con expresión de puestos de trabajo de los interesados”, siendo así que la petición de prueba se hizo a la Subsecretaría del Ministerio, por lo que no puede imputarse al actor ni negligencia en la petición ni falta de prueba de lo afirmado, ya que es la Administración quien debe de certificar o, en su caso, recabar la certificación que se pidió, sin que esta falta de expresión de datos concretos pueda ser utilizada en contra de quien puso de su parte todos los medios posibles para justificar su afirmación, que tampoco resulta desvirtuada por una prueba en contrario.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 25 junio 1985.*)

#### IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

*Si bien los funcionarios interinos y eventuales no gozan del derecho a la inamovilidad, exclusiva de los funcionarios de carrera, ello no empece que si la Administración aprecia en el actuar de tales funcionarios irregularidades de conducta y basa en ésta la remoción de su condición de funcionario de empleo, debe seguir el oportuno expediente para el esclarecimiento de tales conductas, para no producir indefensión al funcionario ni desmerecerle en el público concepto y en su condición funcional.*

«La apelación del abogado del Estado plantea, en síntesis, la cuestión de si a los funcionarios de empleo interinos se les puede aplicar la potestad administrativa de libre remoción, prevista en el artículo 102 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, sin necesidad de expediente alguno, en el supuesto, como el ahora contemplado, en que la Administración invoca para el cese irregularidades de conducta en la actuación de aquéllos, aun sin concretar los hechos constitutivos de la supuesta irregularidad, cuestión controvertida a la que la sentencia apelada ha dado respuesta acorde con la tesis del funcionario interino recurrente, en sentido de exigir en tal específico supuesto expediente esclarecedor de las irregularidades de conducta imputadas.

La relación funcional de empleo, comprensiva de las modalidades de interino y eventuales, puede cesar por libre remoción de la Administración en tanto desaparezcan a juicio de la misma, y aquí es donde se produce aquélla con discrecionalidad máxima, las razones de necesidad o urgencia que justificaron tal nombramiento (art. 104.1 de la citada Ley, texto articulado de 7 de febrero de 1964), pues no gozan dichos funcionarios de empleo del derecho de inamovilidad, exclusivo de los funcionarios de carrera, tal como previene el artículo 105 de la mencionada Ley, e incluso debe cesar dicha relación de empleo cuando acontezca la provisión por los medios legales de la plaza ocupada por aquéllos, ya que tal revocación obligada viene impuesta por el apartado 2 del citado artículo 104. Ahora bien, ello no empece a que si la Administración aprecia en el actuar de tales funcionarios irregularidades de conducta y basa en éstas la remoción de su condición de funcionario de empleo, como es aquí lo ocurrido, pues en la motivación explícita del acto luce la alusión a tales irregularidades aun sin precisar los hechos concretos; si ello es así, debe la Administración seguir el oportuno expediente para el esclarecimiento de tales conductas, para no producir indefensión al funcionario ni desmerecerle en el público concepto y en su condición funcional, y tan sólo debidamente constatadas las circunstancias de la imputada irregularidad de conducta, con audiencia del interesado, podrá adoptar la decisión que proceda para que resulte ajustada a Derecho, salvaguardando de tal modo los principios plasmados en el artículo 24.2 y en el artículo 105.c) del texto constitucional.

La imputación de irregularidades de conducta a funcionarios, aun cuando éstos sean de empleo, para hacer cesar su relación, sin el previo expediente, quiebra los anteriores principios, y hace que la Administración no utilice objetivamente sus potestades, en concordancia con la finalidad perseguida; por otra parte, la necesidad de expediente disciplinario para depurar conductas funcionariales es común a los funcionarios de carrera y a los de empleo, tal como se desprende de lo dispuesto en la Disposición Adicional primera, 1.ª, del Reglamento de Régimen Disciplinario —Decreto de 16 de agosto de 1969—, al establecer, con remisión al artículo 105 de la Ley articulada, que "a los funcionarios de empleo les serán de aplicación cuantas disposiciones se contienen en este Reglamento y sean adecuadas a la naturaleza de su condición", por lo que tampoco desde esta perspectiva puede justificarse la ausencia del previo expediente, que la sentencia apelada entiende como procedente y que debe ratificarse en esta segunda instancia, con la consiguiente confirmación de aquélla, de conformidad al artículo 83 y demás preceptos de la Ley Jurisdiccional.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 11 julio 1985.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

# **CRONICA ADMINISTRATIVA**

