

## CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

### B) PERSONAL

**SUMARIO:** I. SELECCIÓN: El Tribunal no se halla vinculado para determinar la idoneidad física para el desempeño de funciones públicas a un informe concreto, sino que puede, tras examinar todos los informes obrantes en autos, resolver según las reglas de la sana crítica.—II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: 1. Ilegalidad de convocatoria por una Comunidad Autónoma de Concurso de méritos para la provisión de una plaza de Jefe de sección por admitirse tanto al personal de plantilla como al contratado, pues «aun en la hipótesis de que los contratados pudieran acceder a una Jefatura de Sección y que el órgano correspondiente lo autorizase, siempre sería necesario que con anterioridad a la realización de una convocatoria se hubiera acreditado a través de un concurso que resultara desierto la inexistencia de funcionarios de carrera que pudieran proveer aquélla y que no se prefiera hacer uso de la facultad establecida en el artículo 61 LF para conferir una comisión de servicio». 2. Personal contratado. Carácter excepcional. No puede concursar con funcionarios de carrera para cubrir Jefaturas. 3. El acceso a puestos de Jefatura debe reservarse a funcionarios de carrera, «no siendo admisible que en concurrencia con éstas se dé oportunidad también al personal contratado».—III. DERECHOS: 1. Legalidad del RD 1227/84, que estructura la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local. No le afectan la falta del informe del Ministro de la Presidencia, del Ministro de Economía y Hacienda y del Colegio Nacional de Secretarios, Intervenientes y Depositarios. 2. El respeto de los derechos adquiridos de los funcionarios supone la conservación global de las retribuciones, no la actualización de determinadas situaciones económicas singulares. 3. Personal contratado. Desviación de poder del acuerdo municipal de extinción de contrato de arrendamiento de servicios, «toda vez que sin que nada conste que haga dudar la probidad y aptitud profesional del Perito-Aparejador que como tal venía prestando sus servicios al Ayuntamiento, se prescinde de sus servicios por acuerdo que, en la misma fecha de su adopción, decide encomendar tales servicios a otro Perito-Aparejador, de cuya mayor idoneidad para el servicio nada se dice y que es hijo del contratista adjudicatario de las obras de pavimentación de diversas calles de la localidad». 4. Ilegalidad de acto administrativo que da por terminada una huelga en virtud de acuerdo con sindicatos distintos de los convocantes de dicha huelga, en cuanto ello supone un «olvido de que tal derecho en la forma que se regula en el artículo 28.2 CE es inherente de aquellos trabajadores que lo actualizaron y no puede, para bien o para mal, excluirse como grupo inexistente, porque con tal conducta se desconoce no la correcta o incorrecta procedencia de las pretensiones que se tratan de alcanzar con la huelga, sino el derecho mismo a la huelga».—IV. INCOMPATIBILIDADES: 1. «No hace falta que exista dedicación exclusiva de un funcionario para justificar la declaración de incompatibilidad.» Con las incompatibilidades con la actividad privada se persigue «no sólo eliminar situaciones reales de pérdida de la debida independencia y neutralidad en la función, sino también evitar peligros de que ello pudiera producirse». 2. No cabe admitir la existencia de trato discriminatorio al declarar incompatible a un funcionario si no se acredita la declaración de compatibilidad de otro funcionario que se halle en idéntica situación.—V. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. El hecho simple de la mera incoación de un expediente disciplinario no motiva en sí conculcación de un derecho fundamental. 2. A efecto de apelación en materia de personal son equipara-

*bles a la separación de empleados públicos inamovibles todos los actos que «afectan al nacimiento, subsistencia o rotura de la relación funcional». 3. No cabe apreciar la falta de insubordinación de un funcionario determinante de la separación del servicio en base a los argumentos vertidos en escrito de recurso de reposición para demostrar la derivación de poder del acto dictado por autoridad de la que dependía. 4. Nulidad de acuerdo municipal sancionador de un funcionario por las críticas dirigidas a la actuación del Ayuntamiento en el área de la que depende en su condición de miembro de un partido político.*

## I. SELECCIÓN

*El Tribunal no se halla vinculado para determinar la idoneidad física para el desempeño de funciones públicas a un informe concreto, sino que puede, tras examinar todos los informes obrantes en autos, resolver según las reglas de la sana crítica.*

«El recurso de apelación contra la sentencia de la Sala de esta jurisdicción en Pamplona de 23 de febrero de 1985, interpuesta por la Administración General del Estado, la fundamenta su defensor en que tratándose de una cuestión de hecho, la decisiva para la resolución que se adopte, cual es la aptitud de la recurrente en primera instancia para desempeñar la plaza de lavandera en las instituciones de la Seguridad Social, el informe médico del servicio de la Seguridad Social, que entendió la falta de esa aptitud por la sordera que padece la interesada, debe prevalecer sobre los otros que han sido emitidos desde áreas exteriores al Instituto Nacional de la Salud.

Este planteamiento no puede aceptarse; todos los informes obrantes tanto en el expediente como en el proceso jurisdiccional son pruebas periciales, ninguna vinculante, ni para la Administración ni para los Tribunales, lo que llevaría a la inutilidad de las reclamaciones y recursos y a la imposibilidad de cumplir el artículo 106.1 de la Constitución, cuando de estas cuestiones apreciables mediante informes técnicos se trata; estos informes han de apreciarse, como ordena el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable en estos procesos, según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados los Tribunales a sujetarse al dictamen de los peritos; y así lo ha cumplido correcta y acertadamente la sentencia apelada, después de entrar la cuestión, para llegar a la conclusión de que la recurrente no padece sordera total, sino que mantiene restos auditivos y puede alcanzar una suficiente normalidad con la ayuda de prótesis adecuada o audífonos, que permitan oír el ruido de las máquinas, salvándose así el problema de la seguridad; audición que ha tenido constatación en aspectos tan importantes como haber cursado estudios en centros de enseñanza normales, obteniendo el título de Graduado Escolar, titulación incluso superior a la exigida para el puesto de trabajo de que se trata, habiendo estudiado también con aprovechamiento cursos de formación profesional de primer grado en el Centro de Estudios Politécnico de Pamplona, así como asignatura de dibujo artístico y de pintura en la Escuela de Artes y Oficios de la misma ciudad; estos acertados razonamientos de la sentencia apelada, que se aceptan íntegramente, llevan a la desestimación del recurso de apelación y confirmación de la sentencia recurrida.

El informe del especialista en Medicina Preventiva y Salud Pública, que obra en los autos de primera instancia y que fue el mismo que emitió el informe base para el acuerdo recurrido, confirma que no se realizó prueba alguna con prótesis auditiva, que las pruebas se realizaron sólo con la voz del médico, y sin que la examinada estuviese dispuesta en situación para percibir los posibles sonidos, y si lo fundamental para la declaración de falta de aptitud es la no percepción del ruido de las máquinas lavadoras, tampoco

se realizó ninguna prueba en tal sentido, y se decidió sin prueba alguna de audiometría ni consulta del otorrinolaringólogo, lo que priva a este informe de prevalencia alguna sobre los demás emitidos, entre los que figuran los del SEREM y el prestado en autos por el Jefe del Servicio de Otorrinolaringología de la Residencia Sanitaria Virgen del Camino; y si el especialista de Medicina Preventiva sospechaba un comienzo precoz de la sordera que podría justificar una sospecha de sordomudez con aprendizaje especializado, precisamente es contraria a la calificación de incapacidad para el trabajo, cuando ha sido capaz de efectuar ese aprendizaje, y la presunción de que continuará mejorando en el mismo.

Por lo expuesto ha de ser desestimado el recurso de apelación interpuesto por la Administración General del Estado y confirmar la sentencia apelada, aunque no puede aceptarse la tesis de la apelada de la existencia de evidente temeridad, si no mala fe, al interponer la apelación, ya que se trata de una cuestión con diferentes informes periciales, contradictorios, que excluye esa pretendida temeridad.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 14 febrero 1986.*)

## II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

1. *Ilegalidad de convocatoria por una Comunidad Autónoma de Concurso de méritos para la provisión de una plaza de Jefe de sección por admitirse tanto al personal de plantilla como al contratado, pues «aun en la hipótesis de que los contratados pudieran acceder a una Jefatura de Sección y que el órgano correspondiente lo autorizase, siempre sería necesario que con anterioridad a la realización de una convocatoria se hubiera acreditado a través de un concurso que resultara desierto la inexistencia de funcionarios de carrera que pudieran proveer aquélla y que no se prefiera hacer uso de la facultad establecida en el artículo 61 LF para conferir una comisión de servicio».*

«En cuanto al fondo, igualmente reproduce la apelante lo por ella alegado al contestar la demanda sobre la legalidad de la Orden de convocatoria citada, porque se dice que encuentra su cobertura en la Ley del Parlamento de Cataluña de 4 de junio de 1981 de Medidas urgentes sobre la Función Pública, cuya constitucionalidad no cabe discutir después de la sentencia del Tribunal Constitucional que se invoca, aunque no puede prescindirse, para lo que después se dirá, de que la parcial transcripción que de la misma hace la parte ello es así siempre que la Generalidad "respete la legislación básica del Estado", al establecer "con rango que estime adecuado los principios de su propia especialidad", condición ésta esencial y decisiva para la resolución del presente recurso y que *no resulta cumplida por la Orden impugnada, pues, como acertadamente explican las consideraciones de la sentencia apelada que hemos aceptado, no coincidía con la legislación estatal reguladora de la materia de provisión de vacantes al autorizar para el acceso a Jefaturas de Sección al personal contratado, a la que debía en todo caso atenderse.*

En efecto, conviene partir, incluso, del texto mismo de la cuestionada Ley autonómica, pues, según éste, la misma se respaldaba en la competencia que el artículo 10.1.1 del Estatuto de Cataluña confiere al Ente autonómico para establecer el régimen estatutario de sus funcionarios, que su Parlamento ha de ejercer "en el marco de las bases de la legislación estatal, de acuerdo con el artículo 149.1.18 de la legislación (*sic*) española", y en cumplimiento acatamiento a esta condición y lineamiento básico, el número 3.º del artículo 5 de la propia Ley dispuso que *los cargos de Jefe de Sección y de Negociado deben proveerse mediante concurso de méritos "entre el personal del nivel que legalmente corresponde", y al no precisarse cuál fuera éste, por ese respeto obli-*

*gado a la legislación del Estado, había de estarse en las normas de aplicación de aquélla a lo establecido en ésta, es decir, a la que estuviera vigente al promulgarse tal Ley, lo mismo que había de serlo en el evento de que por el legislador autonómico o por cualquier disposición reglamentaria o de desarrollo de la Ley invocada se dispusiera de forma contraria, puesto que de otro modo lo que así se regulase no se legitimaría al erradicarse del marco de la legislación básica estatal.*

Así, pues, al determinar qué personas podían ser invitadas a acceder a los referidos cargos es donde se aprecia una disconformidad de la Orden de convocatoria no sólo respecto de esa normativa del Estado, sino también con la cuestionada Ley de 4 de junio de 1981, en cuanto a ésta porque va dicho que su normativa se autocondicionaba por la no conculcación de aquélla, en explícito y reconocido acatamiento a las prescripciones del Estatuto y de la Constitución que citaba, y, en relación con dicha legislación estatal, porque prescindía de las normas básicas contenidas en ésta y aplicables al caso, en particular las del artículo 6 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que concretan —como también la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley de 30 de marzo de 1977— *el concepto y consiguiente "status" del personal contratado, modalidad configurada en el sentido de que la contratación es posible no en atención al puesto que se ha de desempeñar, sino en consideración exclusiva a las causas y misión que justifiquen su recluta, excepcionalmente prevista para la "realización de trabajos específicos, concretos y de carácter extraordinario o de urgencia", o a "la colaboración temporal en las tareas de la respectiva dependencia administrativa, en consideración del volumen de la gestión encomendada al Ministro, Centro o Dependencia", por cierto —y ello resulta particularmente significativo en este caso— "cuando por exigencias o circunstancias especiales de la función no puedan atenderse adecuadamente por los funcionarios de carrera de que disponga el Organismo".*

Este último condicionamiento es tan esencial que obliga a considerar que, *aun en la hipótesis de que los contratados pudieran acceder a una Jefatura de Sección y que el Organismo correspondiente lo autorizase, siempre sería necesario que, con anterioridad a la realización de una convocatoria en los términos de la enjuiciada, se hubiera acreditado, a través de un concurso que resultara desierto, la inexistencia de funcionarios de carrera que pudieran proveer aquélla y que no se prefiriera hacer uso de la facultad establecida en el artículo 61 de la Ley de Funcionarios para conferir una comisión de servicio, porque lo que cabía hacer, a espaldas de la legislación estatal vigente, era convocar directamente al personal que hubiera sido contratado para una de las concretas y distintas finalidades legitimantes de su contratación para ocupar un cargo carente de las condiciones de no permanencia, improrrogabilidad y no renovabilidad, caracterizantes de aquéllos, que resultan exigidas por la disposición adicional citada, infringiéndose así, por otra parte, el Decreto de 28 de abril de 1966, sobre provisión de puestos de trabajo, en la forma en que también lo entiende la sentencia recurrida, cuyas consideraciones al respecto damos por reproducidas; todo ello aun en el caso de que cualquiera otra disposición de origen autonómico asimilase a estos efectos a los contratados a los funcionarios de carrera, dado un elemental principio de jerarquía normativa consagrado por los artículos de los textos a que también aquélla se refiere.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 23 enero 1986.)*

## *2. Personal contratado. Carácter excepcional. No puede concursar con funcionarios de carrera para cubrir Jefaturas.*

«Plantea de nuevo la representación procesal de la Generalidad de Cataluña el motivo de inadmisibilidad del recurso interpuesto por la Administración del Estado, que la sentencia recurrida acertadamente rechazó, porque no se puede argüir, en casos como el presente, que dicha accionante carece del interés directo a que se refiere el apartado 1, a), del artículo 28 de la Ley Regu-

ladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando existe un precepto específicamente aplicable a la Administración estatal, como el del artículo 2 de la Ley de 5 de octubre de 1981, por el que se la legitima expresamente para recurrir ante los Tribunales de aquella las disposiciones generales y actos emanados de la Administración de las Comunidades Autónomas y Entidades sujetas a la tutela de éstas, cuando estén en contradicción con otras dictadas por Organos del Estado, legitimación también distinta e independiente de la que éstos tienen para acceder a un recurso de inconstitucionalidad cuando lo que se impugna es una Ley emanada del Parlamento autonómico en el ejercicio de su competencia propia, pero es que, además, como en este caso se trata de dilucidar si, efectivamente, la Orden combatida se acomoda o no a la legislación del Estado —que es el motivo por el que aquella especial legitimación se otorga—, la interrogante incide en el fondo del proceso, por lo que, según reiterada doctrina de este Alto Tribunal, *no es posible decidir sobre la inadmisibilidad alegada con el carácter previo generalmente requerido, puesto que citado motivo se funda en la ilegitimación de la Administración del Estado.*

Al abordar el fondo del debate, también reproduce la apelante cuantas razones adujo en primera instancia, igualmente desvirtuadas y rechazadas por la sentencia combatida, siendo de advertir, ante todo, al revisarla que aquí no se trata de discutir —ni discutirse puede— la constitucionalidad de la Ley de 4 de junio de 1981, después de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de febrero de 1982, aunque no puede prescindirse de que, como en ella se declara, la competencia que tienen los Entes autonómicos para legislar y ejecutar debe ejercerse "en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca", lo que evidentemente ha de ser exigible también a cualquiera otra disposición de menor rango producida por el Organo autonómico, por lo que el problema se concreta a decidir si la convocatoria efectuada para cubrir el cargo de Jefe de Negociado en el Servicio Territorial de Comercio de Gerona, que aquí se impugna, respetaba o no esa legislación estatal prevalente, cuestión ya resuelta en un caso análogo por la sentencia de esta Sala de 23 de enero de 1986, al examinar en concreto el artículo 5 de citada Ley, que en su número 3.º dispuso que *los cargos de Jefe de Sección y de Negociado deben proveerse mediante concurso de méritos "entre el personal del nivel que legalmente corresponde", y al no concretar cuál fuera éste, por aquel respeto obligado a la legislación del Estado, a lo previsto en ésta tenía que estarse para que tal convocatoria fuese consecuente con la misma e incluso con la propia Ley autonómica.*

Es precisamente en este punto en el que se detecta en la Orden de convocatoria una disconformidad en ambas vertientes, pues, en cuanto a la referida Ley de 4 de junio de 1981, su normativa se autocondicionaba por un absoluto respeto a la legislación básica estatal, en explícito y reconocido acatamiento a las prescripciones del Estatuto y de la Constitución, que citaba, y, en cuanto a expresada legislación del Estado, porque prescindió de sus normas básicas aplicables al caso, en particular las contenidas en el artículo 6 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que concretan —como también la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley de 30 de marzo de 1977— *el concepto y consiguiente "status" del personal contratado, modalidad configurada en el sentido de que la contratación es posible no en atención al puesto que se ha de desempeñar, sino en consideración exclusiva a las causas y misión que justifiquen su recluta, por hallarse ésta excepcionalmente prevista para la "realización de trabajos específicos, concretos y de carácter extraordinario o de urgencia" o a la "colaboración temporal en las tareas de la respectiva dependencia administrativa, en consideración del volumen de la gestión encomendada al Ministro, Centro o Dependencia", por cierto —y esto resulta particularmente significativo en este caso— "cuando por exigencias o circunstancias especiales de la función no puedan atenderse adecuadamente por los funcionarios de carrera de que disponga el Organismo", y es de tener muy en cuenta que, como declara la propia sentencia del Tribunal Constitucional que*

la apelante invoca, "el carácter básico que, sin duda, tiene el principio de excepcionalidad de la contratación administrativa consagrado en el artículo 6 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado impide utilizar este procedimiento como vía normal de provisión de puestos en la función pública".

Se advierte en esta ocasión que, en contra de este así proclamado carácter de excepcionalidad, se produce el artículo 1 del Decreto de la Generalidad de 25 de junio de 1981 —en aplicación del cual se produjo la convocatoria impugnada—, disponiendo que el régimen "general" de contratación del personal sometido al Derecho Administrativo "revestirá la forma de contratos administrativos transitorios, que se regularán a tenor de lo que se dispone en los artículos siguientes, sin perjuicio de la contratación excepcional, en aquellos casos en que sea necesario, por los procedimientos establecidos en la legislación estatal, de aplicación supletoria", *convirtiendo de este modo en general lo considerado rigurosamente excepcional por la legislación básica del Estado y por la sentencia del Tribunal Constitucional referida, y cuya aplicación preferente se convierte, además, en meramente supletoria, lo que evidencia la desconformidad jurídica de la convocatoria, que declara la sentencia recurrida*, con base en los preceptos legales que la misma cita, que aquí damos por reproducidos, como justificación —con cuanto precedentemente se razona— de la procedencia de que dicha resolución jurisdiccional se confirme.» (Sentencia de la Sala 4.º, 14 febrero 1986.)

3. *El acceso a puestos de Jefatura debe reservarse a funcionarios de carrera, «no siendo admisible que en concurrencia con éstas se dé oportunidad también al personal contratado».*

«En este pleito se debate la adecuación a derecho de la Orden de la Consejería de Economía y Finanzas de la Generalidad de Cataluña de 7 de mayo de 1982, por la que se convocaba concurso de méritos para la provisión de la plaza de Jefe de Servicio de Mercado Financiero de la Dirección General de Política Financiera, permitiendo acceder al mismo tanto a funcionarios de cuerpos de nivel superior como al personal contratado que ocupe plazas reservadas a titulados universitarios.

En esta instancia insiste el representante de la Generalidad en la falta de legitimación de la Administración del Estado para impugnar la convocatoria de que se trata. Pero la excepción invocada debe rechazarse porque la Ley de 5 de octubre de 1981 establece con toda claridad que "La Administración del Estado estará legitimada para recurrir, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las disposiciones generales y actos emanados de la Administración de las Comunidades Autónomas y entidades sujetas a su tutela" (art. 2). Norma ésta que está pensada para permitir al Estado defender el círculo de su competencia. Del mismo modo que la legitimación que dicha Ley atribuye a las Comunidades Autónomas encuentra su fundamento —y así se dice expresamente en ella— para proteger "el ámbito de su autonomía" (art. 3). Y es el caso que lo que aquí se cuestiona, en definitiva, no es otra cosa que la adecuación de la Generalidad de Cataluña a lo previsto en la Ley básica estatal de la Función Pública, con lo que es patente que el Estado, al impugnar la convocatoria de que se trata, no hace otra cosa que actuar en defensa de la competencia estatal.

Por lo que hace al fondo del asunto, es claro que *el acceso a puestos de Jefatura debe reservarse a funcionarios, no siendo admisible que, en concurrencia con éstos, se dé esa oportunidad también al personal contratado, como hace la convocatoria impugnada. Para ello basta con estar a lo prevenido en el artículo 6 de la Ley de Funcionarios, que es la básica estatal en la materia, donde el reclutamiento de ese personal contratado se limita a supuestos de excepcionalidad, temporalidad o imposibilidad de cubrir la función con personal de carrera. Lo que, por cierto, obligaría en último término a convocar un*

*concurso previo entre funcionarios y, sólo de quedar desierto, permitiría cubrir una Jefatura con personal contratado. Y es que, en definitiva, el acceso a plazas de Jefatura puede decirse que forma parte del contenido propio de la carrera funcionarial, contenido que se vería menoscabado si se permitiera con carácter general al personal contratado tomar parte en los concursos de acceso a dichos puestos, todo lo cual, además, se confirma por lo dispuesto en los artículos 56 y 58 de la Ley Básica de Funcionarios, invocados en la sentencia impugnada.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 4 marzo 1986.)*

### III. DERECHOS

1. *Legalidad del RD 1227/84, que estructura la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local. No le afectan la falta del informe del Ministro de la Presidencia, del Ministro de Economía y Hacienda y del Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Depositarios.*

«El artículo 12 de la Ley de 16 de agosto de 1983, sobre organización de la Administración Central, previene que la creación, modificación o supresión desde Secretarías de Estado a Subdirectores Generales y asimilados se realizará a iniciativa del Departamento interesado y a propuesta del Ministerio de la Presidencia. En la demanda se denuncia la falta de esta aprobación, sobre cuyo particular ha de realizarse una interpretación sistemática de la Ley de Procedimiento Administrativo y la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. El artículo 13.7 de la Ley de 26 de julio de 1957 señala que corresponde al Ministro de la Presidencia proponer las disposiciones que se refieren a estructura orgánica o al personal de la Administración. A su vez, el artículo 130.2 de la Ley de 17 de julio de 1958 establece que se entenderá concedida la aprobación de la Presidencia del Gobierno si transcurren ocho días desde que se haya recibido el proyecto en la Presidencia sin que haya formulado objeción alguna. En el expediente aparece comunicación de la Presidencia al Ministerio de Administración Territorial de 23 de abril de 1984, en la que se dice se remite copia del proyecto al Ministerio de Economía y Hacienda, lo que supone que se ha observado lo previsto por la Ley.

Además, la sentencia de 7 de mayo de 1971 interpreta estos requisitos de un modo flexible, al entender que remitido el proyecto e incluido en el orden del día del Consejo de Ministros que lo aprobó, se entiende cumplido el trámite.

La Ley de 12 de mayo de 1960, creadora de la MUNPAL, como órgano gestor de la Seguridad Social de los Funcionarios Locales, y el Estatuto de 9 de diciembre de 1975 configuraron su estructura orgánica; el Real Decreto-ley 3/1981, de 16 de enero, autorizó al Gobierno para modificar la legislación local en materia de Seguridad Social; fruto de esta autorización, el Real Decreto 1264/81, de 5 de junio, creó con carácter transitorio una Comisión Gestora que asumió las funciones del Consejo de Administración y Comisión Permanente de la MUNPAL, para que propusiera al Gobierno la integración de los funcionarios locales en la Seguridad Social, acomodándola a la del Estado. Esta autorización se consignó, asimismo, en la Disposición Adicional 1.ª de la vigente Ley 40/81, de 28 de octubre. En aplicación de estas habilitaciones se dictó el Real Decreto impugnado, que modificó la estructura de la MUNPAL.

La técnica utilizada ha sido la de la deslegalización: una ley delegante ha permitido a la Administración dictar normas de rango reglamentario en materias reguladas anteriormente por ley formal. Este instrumento legislativo es posible mientras no recaiga sobre una materia reservada a la ley por la Constitución, que no existe en este caso. El problema que se discute es la naturaleza del Reglamento dictado de esta forma: si se trata de un Reglamento ejecutivo o independiente, ya que el primero necesitaría el dictamen

del Consejo de Estado, según la Ley Orgánica de 22 de abril de 1980. Hay que señalar que si toda deslegalización equivale a una utilización de Reglamento ejecutivo, sería poco operativa al faltar el presupuesto básico de ella, que es la simplificación del proceso normativo del Estado, y desnaturalizaría un tanto la intervención del Alto Organismo Consultivo, cuya misión es vigilar que los reglamentos se ajusten a las leyes que desarrollan. Por eso, la sentencia de 17 de noviembre de 1975, aunque hable de la habilitación de la potestad reglamentaria como actividad complementaria de la legal, no precisa la clase de Reglamento que pueda ser, pues en la citada sentencia se admite que podía hacerse por Reglamento independiente. Las soluciones, en consecuencia, dependerán de la forma en que se haya efectuado la deslegalización. En el presente supuesto, los términos de la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 40/1981 son: "Se autoriza al Gobierno para modificar la legislación actualmente vigente sobre la materia" (sistema de Previsión Social de los Funcionarios de la Administración Local). Es una amplia deslegalización para que pueda regularse por Reglamento todo este sector, pudiendo hacerlo de un modo innovativo.

Se invoca como motivo de nulidad la falta de audiencia de los Colegios Nacionales de Secretarios, Interventores y Depositarios, según el artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el Reglamento de los mismos. El artículo 130.4 concibe el informe de las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición como un trámite que reiterada jurisprudencia —sentencias de 29 de diciembre de 1964, 14 de diciembre de 1972, 17 de octubre de 1973, etc.— ha declarado que es discrecional y no preceptivo, sin que sea preciso motivar las razones por las que prescinde de él. Por otra parte, el Reglamento de 26 de octubre de 1982, del Cuerpo Nacional, en su artículo 34.6, establece que debe informar preceptivamente las disposiciones sobre las condiciones generales sobre organización y funciones de los tres Cuerpos, pero no los relativos a la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local, que no se refieren a estos extremos.

La modificación de estructura de la MUNPAL, efectuada por el Real Decreto 1227/84, ha consistido en que en su Consejo General se altera la representación de los Colegios Nacionales por otra forma de designación por medio de representaciones de los funcionarios asegurados. El artículo 13 dispone que los representantes de las entidades locales, de los funcionarios asegurados y de los beneficiarios serán designados a propuesta, respectivamente, de la Federación Española de Municipios y Provincias y de las entidades sindicales u organizaciones representativas con mayor implantación entre el personal de las Corporaciones Locales. El recurso, fundamentándose en que la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 40/81 previene el absoluto respeto de los derechos adquiridos por los mutualistas y los funcionarios, estima que el derecho de representación en el órgano gestor es un derecho adquirido por un colectivo de funcionarios. Plantea, pues, dos problemas: desaparición o no de la representación de los Cuerpos Nacionales y naturaleza de este derecho. Respecto de la primera, el Colegio es una de las organizaciones afectadas que designará a sus representantes en el Consejo General y, por lo tanto, incluido en el artículo 13 del Real Decreto 1227/84, ya que los funcionarios a que se refiere son todos de la Administración Local. En técnica jurídica, lo que hace este artículo es admitir, junto a la representación corporativa antes existente, otra designada por las centrales sindicales, pero sin excluir a la de los Colegios. Respecto de la segunda, el derecho de unos Cuerpos Nacionales a participar en órganos de la Administración como representantes de intereses de los mismos difícilmente puede ser un derecho adquirido de estos colectivos, dada la interpretación de esta clase de derechos en nuestro ordenamiento. La Constitución no los menciona, y los señalados en el Código Civil, artículo 4.3 y Disposiciones Transitorias, se refieren a situaciones jurídicas individuales de consolidación de un derecho según la legislación anterior, que incluso puede no ser respetada cuando la ley, salvo las sancionadoras o restric-



tivas, según el artículo 9.3 de la Constitución, sea retroactiva o no los respete. Por ello este tipo de representaciones institucionales no encaja fácilmente en la figura discutida de los derechos adquiridos frente a la potestad organizatoria de la Administración, y la Disposición Adicional 1.ª de la Ley 40/81 se refiere al respeto a las prestaciones de la Seguridad Social que los funcionarios locales obtenían.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 24 enero 1986.*)

*2. El respeto de los derechos adquiridos de los funcionarios supone la conservación global de las retribuciones, no la actualización de determinadas situaciones económicas singulares.*

«La Asociación Sindical de Funcionarios de Entidades de la Seguridad Social (en adelante denominada abreviadamente ASFESS) impugna en el presente recurso la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 4 de julio de 1983, por la que se fijan las retribuciones del personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social, aduciendo en primer lugar que dicha Orden ha incurrido en infracciones de carácter formal, como son la falta de intervención del Consejo de Administración del Instituto Nacional de Previsión y de su Junta de Personal, preceptivas según el artículo 3.º del Estatuto de dicho Organismo, aprobado por Orden de 28 de abril de 1978, por suponer la Orden impugnada una modificación de ésta en cuanto a la regulación de los derechos económicos del personal del Instituto Nacional de Previsión, infracciones cuya existencia ha de rechazarse, pues, como se estableció en la sentencia de esta Sala de 21 de octubre pasado, que resolvió la impugnación de esta misma Orden de 1983 por un grupo de funcionarios afectados, según reconoce la propia Entidad recurrente, dicho Instituto desapareció, siendo sustituido por otros Organismos, en virtud del Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, por lo que no puede sostenerse la necesidad de que actúen los Organos de un Ente que ya no existe. Igualmente debe rechazarse el argumento de la imposibilidad de que la Orden de 1983 pueda modificar el Estatuto de 1978, dada la superior jerarquía de éste por su carácter de norma básica estatutaria, ya que se trata en ambos casos de disposiciones aprobadas por Orden ministerial, por lo que no se infringe el principio de jerarquía normativa y, además, porque, en definitiva, la cuestión se reconduce, dada la desaparición del Instituto y la integración de su personal en otros Organismos de nueva creación, al examen de la posible vulneración por la Orden recurrida de lo dispuesto en la disposición adicional 1, 4.ª, del Real Decreto-ley 36/1978, que suprimió aquél, en que se establecía la integración que acaba de expresarse con respeto, entre otros, de "los derechos económicos adquiridos", vulneración que constituye el motivo de impugnación sustantivo del recurso, y ello con relación a los extremos de la Orden de 1983 que se refieren a los artículos 62.7 y 63 del Estatuto de 1978, que será enjuiciado a continuación.

En los artículos 62.7 y 63 del Estatuto del Instituto Nacional de Previsión se establecían, respectivamente, los derechos a continuar en el disfrute de un complemento por razón de diploma quienes lo tuvieran reconocido, hasta el cese en el desempeño de las funciones a que se refiere el diploma, y a la percepción de la totalidad de las retribuciones correspondientes a determinados cargos superiores o intermedios, por quienes los hubieran ostentado después de cesar en ellos, siempre que cumplieran las condiciones que se prevenían. Estos derechos han sido afectados por la Orden recurrida, en cuanto que, por un lado, se derogan los artículos mencionados, con efectos de 1 de enero de 1983, en la disposición derogatoria única de aquélla, y, por otro, en sus disposiciones transitorias primera y segunda, respectivamente, se mantiene el derecho en cuestión, mientras se desempeñan las funciones a que se refieren los diplomas y cuando se hubiera consolidado el derecho, y, con respecto a los incluidos en el artículo 63, a quienes no hubieran cesado en el cargo, que consolidarán el derecho reconocido en aquél cuando, reuniendo los requisitos establecidos, cesen antes del 1 de enero de 1984; fijándose, en todos los casos,

la cuantía de estos derechos económicos, en la reconocida el 31 de diciembre de 1982, previéndose además su absorción por los incrementos retributivos posteriores, con exclusión de los aumentos correspondientes a los premios de constancia. Este motivo de impugnación tampoco puede ser apreciado, pues, como se dijo en la sentencia de 21 de octubre de 1985 antes citada, aparte de que la Orden tenga carácter provisional, como se establece en su preámbulo, circunscribiéndose al año de 1983, en correlato con el Real Decreto-ley 3/1983, de 20 de abril, en que se funda, que igualmente tiene carácter provisional, fundamentalmente se opone a la viabilidad del motivo de impugnación alegado, que el contenido del carácter económico de los derechos adquiridos, como lo ha declarado esta Sala en anteriores ocasiones, se limita a la conservación de las retribuciones consolidadas percibidas hasta el momento de que se trate, sin que pueda aducirse frente a la *potestas variandi*, con el límite que acaba de establecerse, el mantenimiento indefinido e incluso su actualización, como viene a pretender el colectivo recurrente, de determinadas situaciones, implicando lo contrario la petrificación de la relación funcional en un momento dado, "impidiendo su desenvolvimiento a lo largo del tiempo, e ignorar la mutabilidad de las circunstancias que condicionan la actuación de la Administración", no infringiéndose en el presente caso los derechos adquiridos de los miembros de la Asociación demandante, concebidos tal como se ha expresado en la Orden recurrida.

Finalmente queda por examinar el argumento de "ASFESS" sobre el desconocimiento por la Orden impugnada de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución, al dar efectos retroactivos a su contenido, no sólo en cuanto afecta a situaciones anteriores, como anteriormente se ha invocado, sino también porque, siendo su fecha de 4 de julio de 1983 y publicada en el "Boletín Oficial del Estado" el día 12 de dicho mes, tiene efectos económicos desde el 1 de enero de ese año, conforme a su disposición final; mas, tal como se declaraba en la sentencia de 21 de octubre de 1985, repetidamente mencionada, no puede sostenerse este argumento, porque si bien el precepto constitucional invocado proclama la irretroactividad de las disposiciones "restrictivas de los derechos individuales", esto ha de entenderse referido en todo, o en parte, a los derechos fundamentales del Título I de la Constitución, como ha establecido el Tribunal Constitucional en sentencia 6/1983, de 4 de febrero, resolutoria de una cuestión de inconstitucionalidad, y entre dichos derechos no se encuentran los alegados por la Asociación actora.

Como consecuencia de todo lo expuesto, ha de ser desestimado el recurso enjuiciado, siendo irrelevante a los efectos que se pretende la referencia hecha en la demanda a la aprobación posterior de unos convenios con determinado personal, perteneciente, entre otros, a uno de los Organismos que ha sustituido al Instituto Nacional de Previsión, tanto por su fecha como por la inexistencia de razones que avalen su cita en relación con el caso debatido; sin que haya motivo legal para la expresa imposición de costas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 4 febrero 1986.*)

3. *Personal contratado. Desviación de poder del acuerdo municipal de extinción de contrato de arrendamiento de servicios, «toda vez que sin que nada conste que haga dudar la probidad y aptitud profesional del Perito-Aparejador que como tal venía prestando sus servicios al Ayuntamiento, se prescinde de sus servicios por acuerdo que, en la misma fecha de su adopción, decide encomendar tales servicios a otro Perito-Aparejador, de cuya mayor idoneidad para el servicio nada se dice y que es hijo del contratista adjudicatario de las obras de pavimentación de diversas calles de la localidad».*

«Basándose la sentencia objeto del recurso de apelación que se enjuicia, para declarar la nulidad del acuerdo del Ayuntamiento de La Algaba (Sevilla),

de 5 de noviembre de 1975, presuntivamente confirmado por silencio administrativo, que decidió prescindir de los servicios profesionales que en dicho Ayuntamiento venía prestando como Perito-Aparejador don Diego T. L., en haber incurrido los precitados acuerdos en desviación de poder, el ámbito de la apelación que nos ocupa se construye a dilucidar si los acuerdos impugnados han incidido, o no, en tal infracción del ordenamiento jurídico, sin que pueda extenderse a una revisión total de la sentencia apelada.

El concepto de desviación de poder, recogido en el artículo 83.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, viene siendo precisado por la jurisprudencia de este Alto Tribunal en el sentido de suponer la existencia de un acto que, si bien se ajusta a la legalidad intrínseca, no responde en su motivación interna al sentido teleológico que debe presidir el actuar administrativo, orientado a la promoción del interés público y sujeto a ineludibles imperativos de moralidad, implicando, como dice el mencionado artículo 83, el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico; esta discordancia entre el ordenamiento jurídico y la actividad administrativa al perseguir ésta fines distintos de los objetivos de aquél, si bien las más de las veces resulta difícil de calibrar en cuanto supone adentrarse en motivaciones internas, en el supuesto que nos ocupa aflora del actuar administrativo que recoge el acuerdo plenario del Ayuntamiento de La Algaba de 5 de noviembre de 1975, que la sentencia apelada anula, toda vez que sin que nada conste que haga dudar de la probidad y aptitud profesional del Perito-Aparejador don Diego T. L., que como tal venía prestando sus servicios en el Ayuntamiento de La Algaba, se prescinde de sus servicios por acuerdo que, en la misma fecha de su adopción, decide encomendar tales servicios a otro Perito-Aparejador, de cuya mayor idoneidad para el servicio nada se dice y que, según pone de manifiesto la sentencia apelada, es hijo del contratista adjudicatario de las obras de pavimentación de diversas calles en la localidad de La Algaba, cuya dirección técnica venía encomendada al señor T. L., circunstancias que llevan al ánimo del Tribunal de instancia a la convicción moral, que esta Sala asume, de que intereses extraños al bien común, que es el que debe constituir la finalidad de toda actividad administrativa, han inspirado los acuerdos del Ayuntamiento de La Algaba que decidieron prescindir de los servicios que en el mismo prestaba como Perito-Aparejador el señor T. L., incurriendo por tanto tales acuerdos en desviación de poder, recordando la sentencia de esta Sala de 7 de octubre de 1971 que la teoría de la desviación de poder se basa en que la ley, de donde arranca la facultad de decisión de la autoridad administrativa, tiene un fin determinado que cumplir, y si el acto en que se concreta su actuación no lo cumple, la decisión administrativa no expresará la voluntad de la ley al desvincularse de su espíritu, por lo que faltará el obligado ligamen entre la idea de poder y la de fin de servicio, y, en consecuencia, el acto de la Administración, aun cuando tenga apariencia legal, deja de satisfacer la objetividad jurídica que motivó el nacimiento de la norma positiva; que la desviación de poder supone que el acto administrativo, aun cuando pueda estar revestido de legalidad intrínseca, nació con vicio de nulidad por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público y sujeta a ineludibles imperativos que obligan a la Administración a proceder con moralidad, y no de un modo arbitrario con finalidad distinta de la determinada por el ordenamiento jurídico.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 11 febrero 1986.*)

4. *Ilegalidad de acto administrativo que da por terminada una huelga en virtud de acuerdo con sindicatos distintos de los convocantes de dicha huelga, en cuanto ello supone un «olvido de que tal derecho en la forma que se regula en el artículo 28.2 CE es inherente de aquellos trabajadores que lo actualizaron y no puede, para bien o para mal, excluirse como grupo inexistente, porque con tal conducta se desconoce no la correcta o incorrecta procedencia de las pretensiones que se tratan de alcanzar con la huelga, sino el derecho mismo a la huelga».*

«Se impugna la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que, estimando el recurso interpuesto al amparo de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, contra la Orden de la Dirección General de Correos de 15 de marzo de 1985 que dio por terminada la huelga convocada por el Sindicato Unico de Correos, Telégrafos y Caja Postal de Ahorros de CNT, ya que, prescindiendo de dicho sindicato, conceptuó solucionado el conflicto por acuerdo con los sindicatos UGT, CCOO, CSIF y Sindicato Libre, con la consecuencia derivada de la impugnación y declararse lesivo al derecho fundamental de huelga; ahora bien, se invoca, reproduciéndose en esta apelación las causas de inadmisibilidad alegadas en la instancia, y así en primer lugar contemplaremos la alegación efectuada al amparo del artículo 82, c), en relación con el 1.º de la Ley Jurisdiccional, al estimarse que el recurso es inviable en cuanto se combate un acto no susceptible de impugnación, calificándole como mero acto de notificación y requerimiento, calificación no admisible, porque tal acto no tiene la valoración que se asigna, pues implica una expresión o manifestación resolutive en cuanto que se da como extinguida una situación derivada del ejercicio de huelga, al margen de quien actualizó y motivó, en un momento determinado, ese mismo derecho, y, sin ser parte en la relación de concordia, se dio por extinguida la situación de pre-huelga con la conminación de perjuicios para los remisos, lo que supone un acto no de trámite, sino definitivo, que en formación, exteriorización y consecuencias afecta al legítimo derecho de huelga.

Como derivación de lo consignado, la desestimación de tal causa de inadmisibilidad queda plenamente acreditada, corriendo igual suerte la segunda causa, que se articula al amparo del artículo 82, c), de la Ley Jurisdiccional, en cuanto se afirma "haberse interpuesto ante un Tribunal carente de competencia para resolver, por corresponder el asunto a otro órgano de la Jurisdicción contenciosa de conformidad con las reglas de competencia señaladas en el artículo 10.1, b), de la Ley, por tratarse de una cuestión *de personal*", lo nugatorio de tal argumentación está en el olvido de que lo que se está ejercitando es uno de los derechos fundamentales de mayor trascendencia que integran el palmarés de los correspondientes a la clase trabajadora, en cuya valoración podrán o no concurrir circunstancias determinantes de transgresión, pero lo que no puede es conceptuarse la concreta pretensión deducida como una cuestión de personal, ya que, además, no se ha suscitado la cuestión de la competencia del órgano porque el problema planteado necesariamente ha de terminar con una conclusión positiva o negativa respecto, repetimos, al derecho de huelga.

La exclusión de los óbices formales invocados y cuanto se ha expuesto, en unión a los razonamientos que se contienen en la sentencia apelada, cuyos argumentos hemos aceptado, revelan la improcedente actuación de proceder de la Administración, que prescinde del órgano convocante para, al margen del ejercicio del derecho de huelga que pueda ejercitarse por un grupo de trabajadores, se pretende proponer por la vía de acuerdo con otros grupos representados por otros sindicatos que no han sido convocantes en la huelga, con olvido de que tal derecho, en la forma que se regula en el artículo 28.2 de la Constitución, es inherente de aquellos trabajadores que lo actualizaron

y no puede, para bien o para mal, excluirse como grupo inexistente, porque con tal conducta se desconoce no la correcta o incorrecta procedencia de las pretensiones que se tratan de alcanzar con la huelga, sino que lo que se cuestiona, y esto es más grave, es el derecho mismo a la huelga, marginándoseles con la intervención de otros sindicatos no participantes y, por tanto, con una participación de relativo interés en las cuestiones suscitadas y que se esgrimen como motivadoras de la huelga, por lo que procede la confirmación de la sentencia apelada.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 21 febrero 1986.*)

#### IV. INCOMPATIBILIDADES

1. *«No hace falta que exista dedicación exclusiva de un funcionario para justificar la declaración de incompatibilidad.» Con las incompatibilidades con la actividad privada se persigue «no sólo eliminar situaciones reales de pérdida de la debida independencia y neutralidad en la función, sino también evitar peligros de que ello pudiera producirse».*

«Podría limitarse la fundamentación de nuestro fallo a una simple remisión a la de la sentencia del Tribunal *a quo*, puesto que la misma es completa, y nada nuevo ha podido esgrimir el apelante que en aquélla no haya sido tratado y resuelto acertadamente. Sin embargo, aun a riesgo de repetición, se dará respuesta aquí a los principales argumentos expuestos en el escrito de alegaciones del apelante.

Nuestra primera respuesta se refiere a que *no hace falta que exista una dedicación exclusiva del funcionario para justificar la declaración de incompatibilidad pronunciada por el Ayuntamiento sevillano en los acuerdos de que se trata, ya que, aun sin la exigencia de exclusividad, puede y debe decretarse tal incompatibilidad cuando, como aquí sucede, el ejercicio privado profesional del recurrente colisiona, por interferencia, con las obligaciones de su cargo oficial* (la dirección de una obra que ha de ser informada, para el otorgamiento de la pertinente licencia, por la Dependencia u Oficina técnica arquitectónica a que debe estar adscrito), *sin que sea preciso que sea él el que precisamente tenga que evacuar el informe por existir más personal en tal misión, incluso algunos con titulación superior, al perseguirse con estas incompatibilidades no sólo eliminar situaciones reales de pérdida de la debida independencia y neutralidad en la función, sino también evitar peligros de que ello pueda producirse*, o alejar simples sospechas, porque, como preceptúa el artículo 82 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964, el desempeño de la función pública será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad cuando esto "impida" o "menoscabe" el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario; precepto éste que ha sido de aplicación en la Administración Local por remisión del artículo 328 de la Ley de Régimen Local, de 24 de junio de 1955, y del artículo 37 del Reglamento de Funcionarios de las Corporaciones Locales, de 30 de mayo de 1952.

*Se trata con estas limitaciones, eminentemente preventivas, de reforzar la credibilidad en las personas que desempeñan funciones públicas, lo que permite, en sus actuaciones, establecer la presunción de su objetividad e imparcialidad, decisiva en tantos supuestos en los que hay que pronunciarse partiendo de un conjunto de dictámenes o informes contradictorios, según refleja la jurisprudencia en múltiples casos.* De paso, todo esto contribuye a preservar la moralidad administrativa, de cuyo control ya se encargó el Consejo de Estado francés, como han puesto de relieve diversos tratadistas, pues aunque se haya dicho que el derecho es "el *minimum ético*", materias como la que nos ocupa merecen incluírlas en ese mínimo insoslayable.

Frente a estos imperativos resulta intrascendente el hecho de que el actor

haya podido dirigir con anterioridad la dirección de la construcción del edificio en el que ahora se va a realizar la obra de reforma que ha provocado la presente controversia, puesto que la misma no debe resolverse por una regla cuantitativa del más y del menos, sino por la del deber ser, que, además, responde a lo querido en el ordenamiento, máxime cuando la lenidad del Ayuntamiento de Sevilla en anteriores ocasiones no debe convertirse en fundamento legitimador de actuaciones continuadas indebidas.

No vale tampoco el argumento de que dicha Corporación se haya negado al otorgamiento de la licencia que ha dado origen a este proceso, por incompatibilidad del actor, sin instruir un previo expediente, puesto que éste es necesario no para decretar la incompatibilidad, sino, al contrario, para que el funcionario pueda desarrollar otra profesión "que no perjudique el servicio que el funcionario tenga a su cargo", según dispone el artículo 83, 1.º, de la repetida Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964.

A mayor abundamiento, si en los momentos en los que se promulgaron los preceptos legales citados el sentido de los mismos justificaba el pronunciamiento contenido en los acuerdos municipales que nos ocupan, con mucha más razón queda justificado éste en los momentos actuales, en los que se están dictando leyes y disposiciones específicas, cada vez más restrictivas, en materia de compatibilidades del estamento funcional, entre otros motivos con el propósito de evitar la acumulación de funciones en unos, a costa del desempleo de los demás.

Por todo lo expuesto procede desestimar el presente recurso de apelación y confirmar, por consiguiente, la sentencia recurrida, por conforme a Derecho, con aceptación de sus considerandos. Sin que proceda una especial imposición de costas, por ausencia de temeridad y de mala fe en la conducta procesal de los litigantes.» (*Sentencia de la Sala 4.ª, 25 noviembre 1985.*)

*2. No cabe admitir la existencia de trato discriminatorio al declarar incompatible a un funcionario si no se acredita la declaración de compatibilidad de otro funcionario que se halle en idéntica situación.*

«Teniendo el proceso de la Ley 62/78 como ámbito y campo de actuación la tutela de los derechos y libertades fundamentales en cuanto se estime que hayan sido infringidos o vulnerados, queda fuera de este elemental planteamiento propio el examen de las cuestiones de legalidad o control de las mismas en lo que a los actos y disposiciones administrativas se refiere; es decir, que dentro de este proceso de especial configuración sólo puede cuestionarse y decidir si el acto administrativo impugnado ha vulnerado o no alguno de los derechos consagrados en el texto constitucional, y de esta forma estructurado el debate procesal, permanecen ajenas a él cuestiones como las suscitadas en torno a la libre expresión y difusión de pensamiento, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de resolución —apartado A del artículo 20—, y el de la llamada libertad de cátedra —apartado C del mismo artículo—, por cuanto a su amparo se especula y valora sobre situaciones acertadamente razonadas en la sentencia apelada que conducen a la interpretación de Leyes como la de la Reforma Universitaria, de 25 de agosto de 1983, y la de 26 de diciembre de 1984, en el particular concreto de las incompatibilidades, y, por tanto, a la declaración de que la resolución combatida tendrá que haberse planteado ajustándose no al procedimiento especial de los derechos fundamentales, sino a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que sólo cumple señalar si se ha producido esa supuesta perturbación del derecho de igualdad, tal y como viene previsto en el artículo 14 de la Constitución y tal como viene siendo interpretado por la doctrina de esta Sala y la del Tribunal Constitucional.

Si el principio de igualdad al entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca

y sólo podrá aducirse la quiebra cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos y que debe interpretarse entre iguales, es decir, entre aquellos que tienen circunstancias de todo tipo iguales, es claro que en el caso que se contempla no cabe la posibilidad de tener por admitido un planteamiento del dilema que la supuesta vulneración del principio de igualdad puede generar, por cuanto que si conocemos el término que nos ofrece la situación académica del recurrente, falta el otro, que es rigurosamente necesario para hacer posible el proceso discriminatorio comparativo, es decir, falta el conocimiento o la existencia de quienes en la misma situación académica o en aquellas circunstancias que hayan obtenido esa compatibilidad, de ahí que sea correcta la tesis de la sentencia porque no se trata de saber si los profesores de los Colegios Universitarios de Castellón, o los de la Escuela Social de Valencia, han recibido la misma conminación cuando el proceso se formalizó, sino si estos profesores han recibido la conminación autorizando la compatibilidad, que es lo que daría lugar de manera inequívoca a la discriminación denunciada, por cuanto que la otra situación puede concretamente estar pendiente de su curso o entrañar una simple demora o irregularidad administrativa; sólo el conocimiento de la compatibilidad a favor de unos profesores provocaría ese choque capaz de ser amparado y protegido.

Que ciertamente no es argumentable la supuesta desviación de poder por cuanto que, compartidas las consideraciones de la sentencia apelada, se recoge también la doctrina contenida en las sentencias de este Tribunal, entre otras las de 24 de enero de 1971 y 7 de octubre de 1975, expresivas de que para que pueda estimarse la desviación de poder es necesario, como la doctrina tiene establecido, que se acredite o que, cuando menos, se señalen datos y hechos o elementos de comprobación externa capaces de crear, mediante un juicio comparativo entre el fin específico y el interés público a que se dirige el precepto o preceptos concretos a que se aplican y el fin que sea perseguido con los actos impugnados, la concreción de que el órgano administrativo a que se atribuye tal vicio se aparte del cauce jurídico que estaba obligado a seguir, ateniendo al espíritu y finalidad de la norma aplicada.

En cuanto a la llamada libertad de creación de centros docentes a que se refiere el número 6 del artículo 27 de la Constitución española, su no aplicación se ve razonada con singular acierto en la sentencia recurrida, pero en cualquier caso difícilmente, dice la sentencia, se puede colegir la situación administrativa del recurrente con la limitación inexistente a este principio de libertad, que tampoco tiene su planteamiento encaje en el proceso que ha sido seguido, porque de él deben quedar fuera, como dice el Ministerio Fiscal, las alegaciones referentes a violaciones de normas positivas, de derechos constitucionales reconocidos en artículos distintos a los mencionados e incluso aquellas que, invocando un derecho fundamental, carecen de la consistencia jurídica necesaria.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 10 febrero 1986.*)

## V. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *El hecho simple de la mera incoación de un expediente disciplinario no motiva en sí conculcación alguna de un derecho fundamental.*

«Se interpone recurso de apelación contra la sentencia que denegó la concurrencia de causa o motivo determinante de infracción alguna de derecho fundamental susceptible de protección jurisdiccional, al amparo del procedimiento previsto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, por el hecho de haberse decretado por el Director General de Policía, en 22 de enero de 1985, la incoación de expediente disciplinario contra el funcionario recurrente, con

objeto de depurar las supuestas acusaciones por él mismo vertidas contra el referido Director y aparecidas en un artículo publicado en el diario "El País" de 17 de febrero de 1985, consecuencia que viene establecida en la sentencia apelada, porque, en definitiva, de lo que se trata es de establecer en el orden reglamentario, en razón a la cualidad ostentada por la persona que se conceptúa como posible sujeto imputable de una presunta infracción susceptible de afectar a la peculiar actividad desempeñada que le asigna la cualidad de funcionario del Cuerpo General de Policía, porque de lo que se trata es simplemente de valorar una posible conducta sin que en sí encierre acto alguno de naturaleza resolutoria, sino que implícitamente es el acto de iniciación encaminado, a través de los trámites adecuados y con las garantías establecidas, a la concreción de una conducta que se estima puede incidir en transgresión del orden disciplinario motivador de una sanción, y es necesario tener presente que la actuación del órgano se manifiesta de acuerdo y en la forma que es objeto de previsión por los artículos 67 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo.

La consecuencia establecida en cuanto al alcance bivalente que se deduce de la propia sentencia apelada da lugar a que, de un lado, se llega a la conclusión de que el hecho simple de mera incoación de un expediente disciplinario no motiva en sí conculcación alguna de derecho fundamental, porque el sencillo acuerdo de incoación de un expediente, esto es, ni la adopción de medida alguna complementaria, podrá suponer una situación no grata para la persona afectada, pero es una secuela natural derivada de su condición peculiar que le imprime carácter, en cuanto sujeto pasivo afectado por consecuencias reglamentarias a las que está sometido, y, de otro, porque ese acto al que hemos calificado de simple, sencillo, en sí es una actuación inicial de un procedimiento que no encierra transgresión, entre otros, de los derechos que se estima como conculcados, cual el de "presunción de inocencia", porque no se afecta ese derecho, en cuanto que la supeditación al expediente es una consecuencia obligada, como hemos apuntado, de la cualidad inherente a la persona en función de su *status* en la sociedad, consecuencia que nos conduce, sin necesidad de reiterar argumentación, a la confirmación de la sentencia apelada.» (Sentencia de la Sala 3.ª, 1 febrero 1986.)

## 2. *A efecto de apelación en materia de personal son equiparables a la separación de empleados públicos inamovibles todos los actos que «afectan al nacimiento, subsistencia o rotura de la relación funcional».*

«Con carácter preferente ha de examinarse la alegación que formula el representante de la Administración sobre la improcedencia del recurso de apelación, que fundamenta en que se trata de cuestión de personal, supuesto exceptuado de dicho recurso por el artículo 94.1.a) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, estimando que, en todo caso, por no referirse a la separación de empleado público inamovible, la apelación debe limitarse a examinar la alegación de desviación de poder, que es procedente rechazar de acuerdo con el amplio criterio interpretativo que la jurisprudencia ha reconocido al concepto de separación de empleado público inamovible, especialmente desde la vigencia de la Constitución, al que equipara todos los que afectan al nacimiento, subsistencia o rotura de la relación funcional, entre ellos, en la sentencia de 7 de octubre de 1984, el de integración en la plantilla de una Corporación municipal como funcionario de carrera de un funcionario de empleo en régimen de contratado, similar al cuestionado en este recurso, en el que se impugna la Orden del Ministerio de Asuntos Exteriores de 2 de mayo de 1981, que nombró Secretarios de Embajada de Tercera a los relacionados en la propuesta del Tribunal examinador de concurso-oposición convocado por Orden de 30 de julio de 1980, en la que no se incluía al recurrente, funcionario de empleo eventual durante muchos años en el Servicio Exterior,



por no haber alcanzado la puntuación mínima exigida.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 18 marzo 1986.*)

3. *No cabe apreciar la falta de insubordinación de un funcionario determinante de la separación del servicio en base a los argumentos vertidos en escrito de recurso de reposición para demostrar la desviación de poder del acto dictado por autoridad de la que dependía.*

«La sanción impuesta al recurrente por los acuerdos impugnados, que constituye la materia del recurso, es la de separación definitiva del servicio, del apartado f) del artículo 54, por manifiesta insubordinación individual, señalada en el apartado c) del artículo 52 del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, que articuló parcialmente la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local, y basada en las frases contenidas en su escrito de recurso de reposición de 5 de agosto y otro de 7 de octubre, ambos del año 1980, por entender que se dirige a la autoridad municipal en forma no ya incorrecta e irreverente, falta de todo respeto, sino por menosprecio y hasta de modo ofensivo, con verdadera insubordinación, enfrentando su propio criterio al de sus superiores, y haber acudido a su puesto de trabajo el día 20 de noviembre estando suspendido provisionalmente; los demás hechos que se mencionan en el expediente disciplinario no han servido de base a la sanción, ni se califican en el acuerdo recurrido como merecedores de ninguna otra sanción de menor gravedad que la impuesta, por lo que al no ser objeto del acto recurrido tampoco pueden serlo del recurso jurisdiccional.

Las manifestaciones que contienen los escritos a que se refiere el acuerdo para imponer la sanción están dirigidas a la alegación y prueba de que la sanción se ha impuesto con desviación de poder, una de las causas reguladas en la Ley para declarar la nulidad de las resoluciones administrativas, como dispone el artículo 83, números 2 y 3, de la Ley de esta jurisdicción; por lo que el alegar que las causas de señalar la jornada de mañana y tarde como de trabajo y asistencia en el Ayuntamiento, variando la hasta entonces existente, sólo matinal, no está fundada en el mejor servicio, sino en otras causas, y que si el acto se ajusta a la legalidad extrínseca, aparentemente, no responde en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa, son manifestaciones en ejercicio de un derecho de defensa que nunca pueden ser insubordinación, como tampoco lo es el enfrentar su propio criterio al de sus superiores, pues este enfrentamiento se da en todos los recursos de los funcionarios contra las decisiones de la Corporación o de los Organismos a quienes corresponde la regulación de las actividades administrativas, y precisamente esta jurisdicción existe para decidir estos enfrentamientos por sistemas jurídicos y en amparo de los derechos de todos; la corrección mayor o menor y el respeto debido a las autoridades municipales no son, en casos como el presente, una manera de insubordinación: pudieran dar lugar a otras calificaciones con sanciones de menor gravedad, pero que no han sido calificadas en los actos impugnados, por lo que están fuera del presente recurso y de su resolución; el otro hecho imputado, el haber acudido a su puesto de trabajo el día 20 de noviembre, cuando estaba suspendido provisionalmente, pudiera dar lugar a desobediencia, pero siempre que se le hubiera notificado y advertido tal situación y su obligación de abstenerse de ocupar su puesto de trabajo, y probada la intención de desobedecer el acuerdo tomado en el expediente; pero nada de esto consta en lo actuado, por lo que la sanción de separación definitiva del servicio ha de ser anulada, al ser contraria al ordenamiento jurídico.

Las consecuencias de esa nulidad son la carencia de efectos frente al recurrente de la sanción que le ha sido impuesta y, por tanto, el ser reintegrado a su cargo en el Ayuntamiento de Corcubión, siempre que su situación administrativa lo permita, y a las retribuciones y haberes dejados de percibir du-

rante el tiempo en que estuvo provisionalmente suspendido (la diferencia) y mientras duró la separación, con la misma limitación de su situación administrativa, sin que proceda hacer ninguna reserva de acciones, como solicita en la demanda.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 24 marzo 1986.*)

**4. Nulidad de acuerdo municipal sancionador de un funcionario por las críticas dirigidas a la actuación del Ayuntamiento en el área de la que depende en su condición de miembro de un partido político.**

«Se invocan en esencia los mismos argumentos que se expusieron en las anteriores instancias, tendentes a desvirtuar la pretensión deducida por el rerurrente encaminada a la restauración de los derechos fundamentales que se invocan como transgredidos, con la resolución que, adoptada por la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Granada, en sesión celebrada el 3 de enero de 1985, estima afectan al de "libertad de expresión" y "protección jurisdiccional", como consecuencia de las declaraciones realizadas por el expedientado, llevadas a efecto a un periódico de la localidad, respecto de la supresión de ciertos servicios sanitarios y la centralización de los restantes en área determinada de la población, en el seno de una reunión política habida con miembros del partido CDS y periodistas de un diario y publicada el 28 de junio de 1984, concurriendo a la misma en la doble cualidad de Médico-Funcionario municipal de la Casa de Socorro suprimida y Secretario al frente del Área de Sanidad Provincial del partido CDS, debiendo especificarse que la doble sanción impuesta de quince días de suspensión de funciones obedece a la calificación jurídica del doble supuesto que se le imputa como motivadores del expediente disciplinario, en el que como cargos y primer y segundo Resultandos del acuerdo combatido, como se le acusa de las manifestaciones vertidas en el referido diario que a continuación se exponen, y que se estiman encuadradas en los apartados *a)* y *b)* del artículo 7.º del Reglamento de Régimen Disciplinario de Funcionarios Civiles del Estado, en relación con el apartado *d)* del artículo 54 del mismo Reglamento, aprobado por Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, así: 1.º) Que "... la clausura de la Casa de Socorro de la calle de Lepanto es una operación calculada desde hace tiempo, contraria al aprovechamiento de los recursos existentes y contraria a la política sanitaria practicada por la anterior Corporación, que también presidía Antonio J.". 2.º) "... ¿Cómo no dudar de su competencia —se refiere al Teniente de Alcalde, Delegado de Servicios Sociales y Sanidad— cuando va a concentrar en un radio de un kilómetro prácticamente toda la asistencia sanitaria en lugar de ir hacia una asistencia descentralizada?", señalándose en otro lugar: "... Julio O. no ha tenido reparos en enumerar un decálogo, en su opinión, de diez falsedades que ha dicho el señor M. a los medios informativos", y que "... el Delegado carece de cualificación para el cargo que desempeña, como lo prueba la forma en que se llevó el desguace de un aparato de radiodiagnóstico estropeado, cuyo tubo de rayos es posible que esté radiando en algún lugar de la provincia, si no está bien enterrado...".

Constituyen los expuestos elementos básicos de la premisa menor conducente a la conclusión resolutoria sancionadora, cuyo resultado se ha conceptualizado como transgresiones de los derechos fundamentales de "libertad de expresión" y, como secuela, de falta de "protección jurisdiccional" en cuanto se han omitido trámites en el expediente instruido, y especialmente la no aceptación de la prueba propuesta, acreditativa de que su actuación en la entrevista, independientemente de su actitud expectativa, participó en su cualidad política como Secretario al frente del Área de Sanidad Provincial del partido CDS, haciendo una exposición de censura en una esfera que, en la doble cualidad ostentada, le incumbe, y en esa actuación, si se procede a un análisis de las expresiones que constituyen los cargos imputados, no pueden en puridad ser conceptualizados como expresiones que excedan los límites de la crítica a una forma de proceder discrepante en cuanto al tratamiento

de la sanidad, con unos costos que obligan a una meditación en sus rendimientos cuando, además, es el enfermo, como ser humano, el más afectado, crítica que necesariamente se ha de dirigir a combatir las afirmaciones expuestas por un posible rival político.

Y es evidente, como se analiza en la sentencia apelada, que el "derecho de expresión" tiene los límites naturales y normales que se tienen establecidos en la misma Constitución y por el Tribunal Constitucional, como fiel intérprete de la misma; ahora bien, no se puede, en el supuesto concreto, desconocer cómo la actuación sancionadora se centra en la cualidad funcionarial y en su dependencia a la Corporación municipal, exponiéndose y justificándose cómo la crítica, y en definitiva el derecho a la libre expresión exteriorizada, pugna por exceso con las obligaciones de dependencia y jerarquía, con exclusión de la otra cualidad, así como del carácter político de que se encontraba impregnada la entrevista celebrada, como se ha comprobado a través de la prueba practicada en autos, así como de la imposibilidad de concreción de los términos realmente expuestos por cada partícipe en la reunión celebrada, así como la rectificación aclaratoria, no publicada en el periódico por su cierre, en la que reiteraba y justificaba su participación como miembro del CDS; todo lo cual nos conduce a la conclusión de desestimar el recurso interpuesto confirmando la resolución apelada.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 26 marzo 1986.*)

Rafael ENTRENA CUESTA



# **CRONICA ADMINISTRATIVA**

