

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. CUERPO DE FUNCIONARIOS: El precepto del R. D. 849/85, por el que se adscribe el Cuerpo Superior de Letrados del Estado orgánicamente al Ministerio de Justicia, no vulnera los derechos fundamentales de los miembros del antiguo Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado.—II. SELECCIÓN: 1. A efectos de selección de personal, con arreglo a las normas básicas en la materia ha de otorgarse prioridad al sistema de interinidad sobre el de contratación. 2. Imprudencia de exigir certificación negativa de antecedentes penales para ser admitido a pruebas selectivas. Sólo cabe exigir certificación de no estar cumpliendo penas de inhabilitación.—III. PROVISIÓN PUESTOS DE TRABAJO: 1. Carácter excepcional del personal contratado. Aun en la hipótesis de que los contratados pudieran acceder a una jefatura, siempre sería necesario que previamente se acreditase —como consecuencia de resultar plazas desiertas en concurso anterior debidamente convocado— la inexistencia de funcionarios de carrera que pudieran incumplirlas. 2. Provisión de puestos de trabajo. Sometimiento a las normas básicas. Prioridad del personal de carrera sobre el contratado. 3. Provisión de puestos de trabajo. Organismos autónomos. Previamente a la convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso de nuevos funcionarios es obligatorio celebrar concurso de traslado para que puedan optar a dichos puestos de trabajo los que ya lo son.—IV. DERECHOS: 1. Derecho de huelga. Funcionarios locales. Servicios mínimos. 2. Derecho de huelga. Personal médico de la Seguridad Social. Servicios mínimos. 3. Profesores Educación Física. La circular de 28 de noviembre de 1984 no infringe el principio de igualdad. Horario. 4. Pensión de viudedad. Convivencia marital. Causante que tramitaba la anulación del matrimonio canónico. Interpretación Ley 30/1981. 5. Pensiones. Inutilidad física. Necesidad de establecer la relación de causa entre el hecho causante y la lesión.—V. INCOMPATIBILIDADES: 1. Supuesto de declaración de incompatibilidad que no vulnera el principio de igualdad. Funcionario del Banco de España y locutor comentarista de Radio Nacional. 2. Incompatibilidades. El régimen de incompatibilidades entre lo público y lo privado sólo tiende a evitar el ejercicio de actividades que comprometan la imparcialidad e independencia del funcionario, impidan o menoscaben el estricto cumplimiento de sus deberes, o pugnen con los intereses del servicio, o el propio prestigio del funcionario o el cuerpo a que pertenezca. No existe incompatibilidad ni aun dentro de los propios términos territoriales cuando la actividad privada no roce para nada la pública del funcionario. Arquitectos técnicos.—VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Separación de servicio. Aspirante en prácticas. Ertzaina. Omisión de garantías. 2. Funcionarios locales. Integración en la Escala Técnico-Administrativa a extinguir. Requisitos. Revisión. Decreto 89/75. 3. Procedimiento disciplinario. Subsanación de acuerdos anulados jurisdiccionalmente por haber sido adoptados sin el «quorum» exigido. No puede discutirse en ejecución de sentencia. 4. Nulidad de acuerdo de separación del servicio de funcionario interino por supuestas irregularidades en la actuación de aquél no comprobadas en el expediente administrativo pertinente pese a las facultades discrecionales de la Administración para declarar extinguida la relación de servicio. 5. Infracciones cometidas por Recaudador municipal. Resolución de contrato. Procedencia. 6. Según reiterada jurisprudencia, la ejecutividad de los actos administrativos sancionadores antes de su firmeza vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. El privilegio de la decisión ejecutiva ha de inter-

pretarse restrictivamente por exigencias del principio de igualdad de las partes del proceso. 7. Comisión de Servicio del funcionario que solicitó el uso del «Azor». Violación del principio de legalidad al encubrir una sanción sin expediente disciplinario. Infracción del principio de igualdad.

I. CUERPO DE FUNCIONARIOS

El precepto del R. D. 849/85, por el que se adscribe el Cuerpo Superior de Letrados del Estado orgánicamente al Ministerio de Justicia, no vulnera los derechos fundamentales de los miembros del antiguo Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado.

«En el presente recurso seguido por la vía especial establecida por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona reconocidos por la Constitución, se denuncia por el demandante, en su condición de funcionario perteneciente al Cuerpo Superior de Letrados del Estado, como procedente del extinguido de Letrados del Consejo de Estado, en cuyo organismo presta sus servicios, la violación de aquellos derechos consagrados en su artículo 23.2, en relación con los artículos 14, 16, 18, 20 y 24 del texto constitucional todos, cometida por los artículos que se detallan de las disposiciones generales siguientes: del Real Decreto 1449/1985, de 1 de agosto, publicado en el "Boletín Oficial del Estado" del día 16, por el que se modifica la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia: a) el artículo 9.º.2.1, que dispone "en particular corresponden a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado las siguientes funciones: la dirección y coordinación de los Letrados a que se refiere el artículo 3.º del Real Decreto 849/1985, de 5 de junio"; b) el artículo 9.º.1, expresivo de que "la Dirección General de Servicio Jurídico del Estado es el órgano a quien corresponde la dirección y coordinación de los servicios de asistencia jurídica, tanto consultiva como contenciosa, bajo la superior dirección del titular del Departamento"; c) El artículo 1.º.1.14, que atribuye al Ministerio de Justicia la ordenación, dirección y ejecución de la política del Gobierno en cuanto afecta a "la dirección de los asuntos contenciosos de cualquier naturaleza en que tenga interés el Estado y la atención a las que en el orden jurídico recaben otros Departamentos", y d) el artículo 4.º.2.3, en el que se dice que "en particular corresponden a la Dirección General de Servicios las siguientes funciones: la gestión y administración del personal destinado en el Departamento y de los cuerpos y escalas adscritos al mismo en la medida que señalan las disposiciones vigentes sobre Función Pública" del Real Decreto 849/1985, de 5 de junio, publicado en el "Boletín Oficial del Estado" del día 10 por el que se desarrolló la disposición adicional 9.º de la Ley 30/1984, de 2 de agosto; el artículo 3.º.1, que dispone "los puestos de trabajo de asistencia jurídica del Estado, tanto consultiva como contenciosa, que se adscriben con carácter exclusivo al Cuerpo Superior de Letrados del Estado, son los determinados en el anexo al presente Real Decreto", donde se asignan al Consejo de Estado 35 puestos de trabajo: del Real Decreto 850/1985, de 5 de junio, publicado en el "Boletín Oficial del Estado" el día 10, sobre organización de los Servicios Jurídicos del Estado: a) el artículo 1.º.1, que establece "en el Ministerio de Justicia, se crea la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, a la que corresponde, bajo la superior dirección del titular del Departamento, la dirección y coordinación de los servicios de asistencia jurídica, tanto consultiva como contenciosa, a que se refiere el presente Real Decreto", y b) el artículo 1.º.2, en el que dispone "quedan, asimismo, sometidos a dicha dirección y coordinación las actuaciones de los Letrados a que se refiere el artículo 3.º del Real Decre-

to 849/1985, de 5 de junio"; en base a estos antecedentes, termina el demandante suplicando que se "dicte sentencia en que se reconozca el derecho del recurrente a ejercer la función de Letrado del Consejo de Estado sin la sujeción administrativa ilegítima que consagran las normas impugnadas, y en su virtud anule parcialmente, en cuanto afecta los derechos fundamentales invocados del recurrente, el artículo 9.º.2.1 del Real Decreto 1449/1985 y concordantes del bloque normativo expuesto en este escrito de demanda".

A tal pretensión opone, en primer término, el defensor de la Administración la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 82.b), en relación con el 28.1.b) de la Ley Jurisdiccional, por carecer el actor de legitimación para impugnar las disposiciones generales que ataca como supuestamente violadoras de derechos fundamentales; mas, sin embargo, la especial finalidad del procedimiento emprendido y la naturaleza de los derechos presuntamente vulnerados han llevado a la Jurisprudencia de esta Sala, con apoyo en la del Tribunal Constitucional, no sólo a admitir la vía procesal emprendida para impugnar disposiciones generales a las que se impute infracción de derechos fundamentales y en cuanto a ese punto concreto, sino también, y como necesidad imperiosa para la efectividad de la tutela judicial en estos casos, a entender suficientemente legitimante el interés legítimo mencionado en el artículo 162.1.b) de la Constitución, como bastante para interponer el recurso de amparo, del que las presentes actuaciones son el antecedente preciso, que, por tanto, deben promover los poseedores de aquel interés, y en tal sentido cabe citar la sentencia de 24 de febrero de 1984 y los autos de 21 de noviembre y 3 de diciembre del mismo año, y en razón a lo cual procede desestimar la inadmisibilidad aludida.

Para centrar el debate en sus justos términos, dentro del ámbito que permite el tipo de proceso seguido, se ha de prescindir por completo de toda consideración en torno a la velada tacha de inconstitucionalidad que se lanza respecto de la Disposición adicional 9.ª.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, para la reforma de la función pública, así como de todo lo que en la prolija demanda se expone acerca de la supuesta violación institucional del Consejo de Estado y de la cita que al efecto se hace de los artículos 107, 81, 88 y 9.3 de la Constitución, y también se estima oportuno consignar que la acción ejercitada en este proceso no es una acción preventiva de daño tenido, sino únicamente de restablecimiento de un derecho fundamental proclamado por aquélla, que halla sido violado.

El demandante, que ingresó en el antiguo Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado, continúa destinado y prestando sus funciones en ese órgano consultivo y respecto de los Letrados del Estado que se encuentren desempeñando sus servicios en tal organismo, dispone el artículo 8.º del citado Real Decreto 849/1985, que estructura el Cuerpo Superior de Letrados del Estado, que "sin perjuicio de la dependencia orgánica establecida en el artículo 2.º de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, las competencias respecto de los Letrados del Estado que presten sus servicios en el Consejo de Estado se ejercerán por el mismo, de acuerdo con las disposiciones de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, y Reglamento orgánico aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, disposiciones que regirán las actuaciones de dichos Letrados", de modo que, en resumen, el acto supuestamente perturbador del cúmulo de derechos fundamentales invocados es la adscripción del Cuerpo Superior de Letrados del Estado al Ministerio de Justicia, como funcionarios especializados de los Servicios Jurídicos del Estado, integrado en aquél con el nivel orgánico de Dirección General y, como tal, bajo las directrices del titular del Departamento en lo relativo a su dependencia administrativa, pero no funcional respecto de los Letrados que presten sus servicios en el Consejo de Estado, como se advierte claramente de lo sentado y del examen de las funciones asignadas a esa Dirección General en el artículo 9 del Real Decreto 1449/1985 mencionado, y es evidente que ese hecho de la adscripción administrativa del recurrente al Departamento de Justicia, por mucha amplitud y generosidad que se prodigue a la inteligencia e interpretación de los derechos funda-

mentales, no es capaz de violar el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, que es el esencialmente denunciado (art. 23.2); ni mucho menos el principio de igualdad (art. 14); ni la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16); ni la intimidad personal, propia imagen, inviolabilidad de domicilio y el secreto de las comunicaciones (artículo 18); ni la libertad de expresión, creación literaria, libertad de cátedra y derecho a información veraz (art. 20); ni, por último, la presunción de inocencia (art. 24), que forman la serie invocada por el actor; es decir, que lo ocurrido no ha sido más que el desarrollo reglamentario mediante los tres Reales Decretos señalados, de la Disposición adicional 9.ª de la referida Ley 30/1984, que les sirve de norma habilitante, y eso no supone, según se ha visto, violación de los derechos fundamentales, pues, como se indica en la sentencia de esta Sala de 25 de septiembre de 1984, lo contrario imposibilitaría a la Administración a introducir modificación alguna en la función pública.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 7 junio 1986.*)

II. SELECCIÓN

1. *A efectos de selección del personal, con arreglo a las normas básicas en la materia, ha de otorgarse prioridad al sistema de interinidad sobre el de contratación.*

«La representación de la Generalidad de Cataluña impugna la sentencia de la Sala 2.ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona, cuyo fallo se recoge en el antecedente de hecho segundo de ésta, alegando —además de la rectificación que de la doctrina sentada por dicha sentencia hace la de la misma Sala de Instancia de 2 de abril de 1984, dictada, según se dice, para un caso similar—, la calidad de las plazas a contratar, que no son de Jefatura y si, tan sólo, de colaborador técnico, y la distinción entre la contratación administrativa de carácter excepcional y la que se realiza transitoriamente en forma equiparable a la interinidad, figura que ya conoce y admite la legislación estatal.

Dada la indudable constitucionalidad de la Ley de la Generalidad de Cataluña de 4 de junio de 1981, tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de febrero de 1982, no ofrece duda su aplicabilidad, pero la hermenéutica de sus normas debe realizarse dentro de los límites establecidos por la citada sentencia del Tribunal Constitucional, que son los siguientes: a) "El carácter básico que sin duda tiene el principio de excepcionalidad de la contratación administrativa consagrado en el artículo 6.º de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, impide utilizar este procedimiento como vía normal de provisión de puestos en la función pública, lo diga así o no la norma particular que, en este caso, se limita a establecer que la contratación ha de llevarse a cabo de acuerdo con los principios de objetividad y concurso público, frente a los cuales nada hay que objetar"; y b) "La habilitación que la disposición adicional cuarta, que analizamos, hace en favor del Consejo Ejecutivo de la Generalidad es constitucionalmente legítima en la medida en que se entiende que la opción entre la contratación administrativa y otras vías de provisión no es una opción libre, sino realizada de acuerdo con la legislación básica del Estado y que ésta no es, en cuanto básica, legislación de aplicación supletoria". Ha de acudirse, por tanto, a la mencionada normativa básica, no constituida tan sólo por el mencionado artículo 6.º del texto de 7 de febrero de 1964, sino también por la adicional segunda del Real Decreto-ley de 30 de marzo de 1977, a cuya disposición hace específica referencia la final tercera del Real Decreto de 15 de septiembre de 1978, dictado para establecer el régimen del personal afectado por transferencias de funciones y servicios a los Entes Preautonómicos, concretando que el régimen del personal, que, en su caso, se contrae por cada Ente Preautonómico con sometimiento al Dere-

cho Administrativo, se acomodará a lo establecido en la disposición adicional segunda, uno, del Real Decreto-ley de 30 de mayo de 1977, y, aunque es cierto que ésta no es tan restrictiva como el citado artículo 6.º del texto de 1964, limita también las posibilidades de contratación funcional a trabajos específicos y concretos y a colaboraciones temporales a tareas administrativas de carácter urgente, señalando que estos últimos contratos no serán prorrogables ni renovados, ni su duración podrá ser en caso alguno superior a un año.

A la vista de este planteamiento y de la aseveración que la citada sentencia del Tribunal Constitucional hace del carácter preferente de la interinidad sobre la contratación, se está en la necesidad de desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Generalidad de Cataluña, habida cuenta la imposibilidad de subsumir la convocatoria realizada en ninguno de los supuestos de contratación señalados, dado que no se trata de realizar trabajos específicos y concretos, ni de colaboraciones administrativas urgentes temporalmente limitadas a un periodo inferior al anual, puesto que se va a la cobertura indefinida de puestos de naturaleza estable; y a esta resolución desestimatoria no es obstáculo la sentencia de la Sala de Instancia de 2 de abril de 1984, citada en las alegaciones de segunda instancia, por cuanto no consta que el caso por ella examinado sea idéntico al resuelto por la sentencia impugnada, aparte de que, aun en el supuesto de que tal caso se diera, la doctrina en ella establecida resultaría errónea, al no permitir la legalidad básica del Estado una contratación funcional como la apetecida.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 7 marzo 1986.)

2. *Improcedencia de exigir certificación negativa de antecedentes penales para ser admitido a pruebas selectivas. Sólo cabe exigir certificación de no estar cumpliendo penas de inhabilitación.*

«No cabe aceptar, en términos generales, que la exigencia en los concursos de certificación negativa de antecedentes penales determine infracción del derecho fundamental de igualdad garantizado por el artículo 14 de la Constitución, pues existen situaciones jurídico-penales resultantes de condena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público, oficio o profesión que en tiempo aún de cumplimiento producen incapacidad para el concursante, supuesta la imposibilidad de confundir lo que es extinción de la responsabilidad penal por cumplimiento con lo que es cancelación del antecedente penal operante preventivo de nueva delincuencia, a través de las situaciones agravatorias correspondientes a la reiteración y reincidencia. De donde se infiere que es lícito a la Administración prevenirse contra posibles repeticiones del concurso, por adjudicación de la plaza a quien todavía cumpliera condena de inhabilitación, pero sin extremas el contenido de la certificación precautoriamente exigida hasta el punto de acreditar que nunca delinquirió o que se halla rehabilitado por cancelación de sus antecedentes penales, ya que la interpretación restrictiva pertinente a la materia limita la exigencia en cuestión a no hallarse el concursante cumpliendo la pena de inhabilitación de referencia.

En derivación de la anterior doctrina, y ante la improcedencia del contenido general con que se exigió la certificación, dos caminos quedaban a la Corporación demandada para actuar su reconocimiento de la necesidad y ajuste a Derecho de la pretensión jurisdiccional deducida por el representante de la Administración General del Estado: uno, de carácter procesal, consistente en el *allanamiento* previsto en artículo 89 de la Ley Jurisdiccional; y otro, de *indole extraprocesal*, o sea, mediante la satisfacción marginal al proceso de las pretensiones de la demanda en la forma establecida por el artículo 90 de dicha Ley de lo Contencioso-Administrativo, asumiendo en ambos casos la Corporación los riesgos e indemnizaciones a terceros concursantes como consecuencia de la anulación *a posteriori* del concurso si el adjudica-

tario de la plaza estuviera cumpliendo condena de inhabilitación. Sin que ningún precepto legal obligue a anteponer uno u otro de dichos dos modos de terminación del proceso, con la consiguiente viabilidad de la satisfacción extraprocésal elegida en el caso por la Corporación y corroborada en sus concretas circunstancias por el principio de economía actuante y compatible, incluso, con el carácter extraprocésal de la institución aquí tratada.

En su virtud, cumplidos en el caso cuantos requisitos se señalan en el artículo 90 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, debe ser confirmado el auto recurrido con desestimación del recurso que lo impugna. Sin que sean de apreciar temeridad o mala fe determinantes de expresa imposición de costas en ambas instancias.» (*Auto de la Sala 4.ª, 28 abril 1986.*)

III. PROVISIÓN PUESTOS DE TRABAJO

1. *Carácter excepcional del personal contratado. Aun en la hipótesis de que los contratados pudieran acceder a una Jefatura, siempre sería necesario que previamente se acreditase —como consecuencia de resultar plazas desiertas en concurso anterior debidamente convocado— la inexistencia de funcionarios de carrera que pudieran incumplirlas.*

«Por lo que se refiere a la problemática jurídica planteada, la sentencia citada de 23 de enero de 1986 ofrece un amplio estudio que le permite, en lo esencial, aceptar los razonamientos y conclusiones que ofrece la sentencia apelada y, en consecuencia, anular, por no ajustada al ordenamiento jurídico, la orden convocatoria de 16 de marzo de 1982 de la Generalidad de Cataluña para la provisión de plaza de Jefatura del Servicio del Grupo de Puertos de Barcelona y Tarragona, al permitir concurrir al "concurso" al personal contratado. A tal efecto debe resaltarse la *disconformidad de la orden de convocatoria no sólo respecto a la normativa básica del Estado* (art. 149.1.18 de la Constitución, art. 6 y concordantes de la Ley de Funcionarios y disposición adicional 2 del RD-ley 22/77, etc.), *sino también con la Ley autonómica de 4-6-81, dado que ésta se autocondicionaba al explicitar su respeto a lo previsto en la legislación básica del Estado por prescripción constitucional; y es claro que la norma contenida en la convocatoria impugnada se aparta notoriamente del régimen jurídico aplicable al "status" del personal contratado, como modalidad configurada en el sentido de que la contratación se prevé en consideración a las causas y misión que justifiquen su selección, excepcionalmente prevista para la realización de trabajos específicos, concretos y de carácter extraordinarios o de urgencia "o" a "la colaboración temporal en las tareas de las respectivas dependencias administrativas, en consideración al volumen de la gestión..." y 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 requisito-presupuesto es tan esencial que impone considerar que, aun en la hipótesis de que los contratados pudieran acceder a una Jefatura y que el órgano competente lo autorizase, siempre sería necesario que previamente se acreditase —como consecuencia de resultar plazas desiertas en concurso anterior legalmente convocado— la inexistencia de funcionarios de carrera que pudieran cubrirla y que no se prefiriese hacer uso de la facultad establecida en el artículo 61 de la Ley de Funcionarios (comisión de servicio). En todo caso, no podía convocarse directamente al personal contratado para acceder, en plano de igualdad, a un concurso de méritos para cubrir plazas de Jefatura de plantilla con desnaturalización del carácter legalmente atribuido a los funcionarios contratados e infracción de los criterios legales sobre provisión de puesto de trabajo en la forma entendida por la sentencia apelada, y todo ello relacionado con lo dispuesto en el artículo 6, en conexión con los números 2 y 3 del artículo 4 del RD de 22 de junio de 1983 y

Disposición adicional 2.ª del RD-ley 22/77, y que hoy corroboran los artículos 11, 16, 20, 22, 25 y adicional 4.ª, 1 y 2, de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984 (Ley 30/84), con el alcance que le atribuye la norma contenida en el artículo 1.3, en relación con el artículo 149.1.18 de la Constitución, y sentencia del TC de 8 de febrero de 1982, "al declarar que la habilitación que la Disposición adicional 4.ª hace a favor del Consejo Ejecutivo de la Generalidad es constitucionalmente legítimo en la medida en que se entienda que *la opción entre la contratación administrativa u otras vías de provisión no es una opción libre, sino realizada de acuerdo con la legislación básica del Estado, y que ésta no es, en cuanto básica, legislación de aplicación supletoria*".» [Sentencia de la Sala 4.ª, 21 febrero 1986. En igual sentido, entre otras, las sentencias 24 febrero (1622), 7 marzo (1769), 8 marzo (2307), 26 febrero (2174) y 11 abril 1986 (2636).]

2. *Provisión de puestos de trabajo. Sometimiento a las normas básicas. Prioridad del personal de carrera sobre el contratado.*

«En primer lugar procede confirmar las razones con que el Tribunal *a quo* rechaza la causa de inadmisibilidad invocada por la Generalidad de Cataluña aduciendo la falta de legitimación de la Administración del Estado por no afectar a los intereses de éste el caso recurrido, porque *tal legitimación es explícitamente concedida en el artículo 2.º de la Ley de 5 de octubre de 1981 y porque, a mayor abundamiento, es patente el interés del Estado por mantener las bases del régimen estatutario de los funcionarios respecto al cual el artículo 149.1.18 de la Constitución le confiere competencia exclusiva*.

En la sentencia de 8 de febrero de 1982 el Tribunal Constitucional desestimó el recurso interpuesto por el Gobierno contra la Ley de la Generalidad de Cataluña de 4 de junio de 1981, relativa a medidas urgentes sobre la función pública, declarando que no es contraria a la Constitución española en cuanto sus preceptos, y en especial el contenido de la Disposición adicional cuarta, sean interpretados dentro de los límites y en el sentido que se les atribuye en los fundamentos de la propia sentencia, entre los que a efectos de esta litis cabe destacar que *el respeto a la legislación básica del Estado impuesto en el precitado artículo 149.1.18 constituye un límite que hace ilegítimas las normas comunitarias que lo superen, como serían las que establecieran vías de acceso a la función pública no adecuadas a los principios básicos de la legislación estatal o aún utilizaran las existentes de forma contraria a ellos; significándose, asimismo, en la repetida resolución, "el carácter básico que, sin duda, tiene el principio de excepcionalidad de la contratación administrativa, consagrado en el artículo 6.º de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que impide utilizar este procedimiento como vía normal de provisión de puestos en la función pública"*, afirmación que se reitera al aseverar más tarde que la contratación administrativa no puede ser considerada como medio normal de designación de los funcionarios de la Generalidad, que ha de entenderse condicionada por los principios básicos de la legislación estatal, que en este aspecto no es supletoria de la comunitaria y no permite acudir a la contratación, sino a la interinidad, para el nombramiento de quienes provisionalmente hayan de ocupar vacantes que, de modo definitivo, sólo pueden ser cubiertas por funcionarios de carrera.

De lo expuesto se infiere que *este deber de sujeción a la legislación básica del Estado, también formulado en el artículo 10.1.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, ciertamente obsta a la posibilidad de convocar un concurso para la provisión de la plaza de Tesorero Territorial de Barcelona de la Dirección General de Presupuestos y Tesoro del Departamento de Economía y Finanzas de la Generalidad, con amparo en la referencia del artículo 5.º de la precitada Ley de 4 de junio de 1981, al apartado 1 del artículo 1 de la misma, admitiendo en paridad de condiciones al personal contratado y al de carrera, porque ello pugnaría con los principios básicos al respecto formulados prin-*

cialmente en los artículos 6.º, 23.1, 60 y 105 de la mencionada Ley de 7 de febrero de 1964, y en el 11.1 del Decreto de 28 de abril de 1966; sin que quepa sostener la tesis contraria con apoyo en el Real Decreto de 22 de junio de 1983, puesto que, si bien en él se autoriza la solicitud de las plazas a que se refiere el artículo 4.º al personal en régimen de contratación administrativa de colaboración temporal, en el artículo 6.º se establece la *prioridad de los funcionarios de carrera*; corroborando el criterio expuesto, desde un punto de vista interpretativo, la Ley de Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984, fundamentalmente su artículo 20 en relación con el 1.3 y su Disposición adicional cuarta.» (*Sentencia de la Sala 4.ª, 24 febrero 1986.*)

3. *Provisión de puestos de trabajo. Organismos autónomos. Previamente a la convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso de nuevos funcionarios, es obligatorio celebrar concurso de traslado para que puedan optar a dichos puestos de trabajo los que ya lo son.*

«Los Estatutos de Personal de los Cuerpos Generales de la Administración del Consejo Superior de Investigaciones Científicas establecen en su artículo 3.º como fines de la Asociación, entre otros, la defensa de los intereses profesionales de sus asociados, disponiendo el artículo 6.º que será regida por una Junta Directiva que representará a la Asociación, hallándose incorporada al expediente administrativo la certificación correspondiente al nombramiento por la Asamblea General, en sesión celebrada el 24 de mayo de 1979, de Presidente de la Asociación en favor de don Juan Antonio R. O., y otra de la Junta Directiva de 21 de noviembre siguiente, que concedió al Presidente facultades para actuar en nombre de la misma en cuantos recursos hubieren de promoverse contra actos o disposiciones que afecten a sus afiliados, sin necesidad de acuerdo específico para cada caso concreto, con validez durante un año, vigente, por tanto, cuando se promueve la reclamación administrativa, resultando por ello improcedente negar personalidad a la Asociación y legitimación a su Presidente para formular reclamación administrativa, máxime cuando las mismas no habían sido puestas en tela de juicio por el propio Organismo Autónomo y se hace con infracción del artículo 54 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que impone a la Administración la obligación de poner en conocimiento de los interesados la falta de los requisitos necesarios en las actuaciones practicadas por los mismos, concediéndoles un plazo de diez días para subsanarlos.

La Sala de Instancia concedió a la parte recurrente, en providencia de 25 de junio de 1981, un plazo de diez días para que su comparecencia en el proceso jurisdiccional se hiciera en forma, que fue cumplimentada mediante escrito formulado por Procurador, asistido por Abogado, actuando el primero las facultades conferidas en poder otorgado por el Presidente de la Asociación referida, que a su vez ejercía las otorgadas por la Junta Directiva en sesión celebrada el 15 de julio de 1981, todo ello dentro del plazo concedido por la Sala, por lo que hay que entender subsanado cualquier posible defecto de la personación inicial, por lo que también es desestimable el motivo de inadmisibilidad del recurso alegado con dicho fundamento, todo lo cual determina la procedencia de revocar la sentencia recurrida y resolver sobre el fondo de la cuestión debatida.

El Estatuto de personal al servicio de los Organismos Autónomos aprobado por Decreto de 23 de julio de 1971, al igual que la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, el Reglamento del Cuerpo General Subalterno de 22 de julio de 1967 y, en la actualidad, la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984, distinguen claramente entre selección para el ingreso en los Cuerpos de Funcionarios y de Organismos Autónomos y la provisión de puestos de trabajo vacantes entre los que ya son funcionarios, realizándose éste normalmente mediante concursos de traslados, reservándose las plazas que queden vacan-

tes en los mismos para su provisión por los funcionarios de nuevo ingreso que hayan superado las correspondientes pruebas de selección, de acuerdo con las peticiones de los interesados y según el orden obtenido en dichas pruebas, según establecen tanto el artículo 60 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado como el artículo 11 del Reglamento del Cuerpo General Subalterno de la Administración Civil del Estado, evitando así que plazas vacantes que no han sido objeto de previo concurso de traslados se adjudiquen a los de nuevo ingreso con preterición de los que ya son funcionarios.

La Asociación recurrente y la propia Administración, más preocupadas por la cita de normas legales supuestamente aplicables, no plantean con la debida claridad los presupuestos de hecho del debate litigioso, pues el propio recurrente, en el primero de los escritos incorporados al expediente administrativo, alegación III, se refiere a la normativa aplicable para la selección de personal de los Organismos Autónomos, confusión que se acrecienta cuando en el IV de los fundamentos de derecho de la demanda, párrafo tercero, menciona el artículo 8.3 del Estatuto de personal al servicio de los Organismos Autónomos, precepto que establece la normativa aplicable para la admisión a las pruebas selectivas; pero, sin embargo, teniendo en cuenta que en la súplica de los diversos escritos formulados en vía administrativa y en el de demanda, que vincula al juzgador, lo que se solicita es la nulidad de la convocatoria de pruebas selectivas y la previa celebración de un concurso de traslados, unido al hecho de que en aquella se incluyen plazas determinadas, concretamente tres en Madrid y una en Barcelona, hay que concluir que la controversia queda reducida a si previamente a la convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso de nuevos funcionarios es obligatorio celebrar concurso de traslado para que puedan optar a dichos puestos de trabajo los que ya lo son, pretensión que, de acuerdo con las normas legales antes citadas, debe ser estimada, anulando las resoluciones administrativas que mantuvieron criterio distinto.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 13 mayo 1986.*)

IV. DERECHOS

1. *Derecho de huelga. Funcionarios locales. Servicios mínimos.*

«Las cuestiones que plantea el recurso se enmarcan en la convocatoria "realizada por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, de HUELGA GENERAL de veinticuatro horas para el día 20 de junio del año en curso (1985), en contra de la Reforma de la Seguridad Social del Gobierno y por la defensa y mejora de las pensiones" (folio 1 del expediente administrativo), "consiguiendo la devolución al Gobierno del proyecto de ley correspondiente" (folio 3). De este hecho básico arrancan otros que deben quedar inicialmente precisados: a) el 10 de junio de 1985 tuvo entrada en el Ayuntamiento de Valencia la comunicación del Secretario General de la Sección Sindical de Comisiones Obreras, de la Corporación, convocando a todos los trabajadores de la misma a dicha huelga general; b) el 17 de junio de 1985, el Pleno del Comité de Personal del Ayuntamiento comunicó al Alcalde los acuerdos adoptados en sesión celebrada tres días antes, entre ellos la convocatoria a la huelga general a todos los funcionarios y la designación del Comité de Huelga. Esta comunicación se unió al expediente iniciado como consecuencia de la anteriormente reseñada; c) el 17 de junio de 1985, el Alcalde dictó el Decreto objeto de las pretensiones del recurso. Sin perjuicio de su ulterior análisis pormenorizado, debe destacarse ya: primero, que en su exposición se indica que "se hace necesario fijar unos servicios mínimos, *al margen de aquellos que cada Area pueda fijar*" (el subrayado es de la Sala); segundo, que en la parte dispositiva establece que "se entenderán como servicios mínimos indispensables el de aquellos funcionarios de carrera e interinos que ostenten puestos de trabajo comprendidos entre el nivel 24 y 30 del Com-

plemento de Destino"; d) con la misma fecha —17 de junio de 1985—, la Alcaldía dictó 25 decretos —objeto también del recurso— especificando, en las correspondientes Areas, los servicios que se reputaban esenciales y que, en consecuencia, no serían afectados por la huelga, y facultando al Director o Jefe de Servicio para determinar, con criterio estricto, el personal necesario para atender aquellos servicios (folios 8 al 57 del expediente administrativo); e) estos últimos decretos fueron notificados al Comité de Huelga el 20 de junio de 1985, salvo uno —el correspondiente al Area de protocolo— que lo fue el día anterior (folios 59 al 160); f) consta, asimismo, en el expediente (folio 58) una diligencia del Secretario General por la que se da traslado a los distintos afectados por los decretos, pero no consta su ulterior tramitación por éstos; g) en la fase de alegaciones de la primera instancia se ha acreditado documentalmente —sin impugnación contraria— el ámbito de competencias de cada uno de los servicios afectados por el Decreto primero de la Alcaldía, el número de personas adscritas a ellos —como funcionarios, en propiedad e interinos, y como trabajadores ligados por contrato laboral; aquéllos según niveles y todos según las Areas— y el de las que quedaron obligadas a atender los esenciales; h) en la fase probatoria, también de la primera instancia, ha quedado acreditado, mediante certificaciones de la Secretaría General del Ayuntamiento de Valencia, que, del personal al servicio del mismo, un 98,72 por 100 son funcionarios, de carrera o interinos, y un 1,28 por 100 está vinculado por contrato laboral; que (s. e. u. o.) 157 funcionarios están comprendidos entre los niveles 24 y 30 del Complemento de Destino; han quedado determinados, también, los servicios que permanecen inactivos los sábados, domingos y festivos y el número de funcionarios que atienden en estos días los servicios que no se interrumpen; i) finalmente, en la misma fase probatoria, ha quedado de manifiesto que, en los Servicios Jurídicos, Protección Ciudadana y Medio Ambiente y Oficina Municipal del Plan, quedaron obligados a trabajar *todos* los funcionarios —o trabajadores— de la plantilla y, aproximadamente, *la mitad* de los adscritos a los servicios de Gestión de residuos sólidos, Limpieza y Comenrarios, Gestión urbanística, Arquitectura, Transportes y Circulación, Depositaria, Centro Informático y Oficina de Protocolo.

En este cuadro se plantean las cuestiones del recurso que conviene enunciar: a) incompetencia del Ayuntamiento para establecer los servicios esenciales durante la huelga: en cuanto a los funcionarios, por cuanto se trata de tema reservado a Ley Orgánica, aún no promulgada, y en cuanto a los trabajadores, porque la competencia se ha transferido a la Consejería de Trabajo de la Generalidad; b) los servicios cuyo mantenimiento se ordena durante la huelga están determinados para asegurar su prestación normal y no en función de bienes o intereses constitucionalmente protegidos; c) además, se deja al arbitrio de los Directores o Jefes de Servicio la designación de personas y sectores a cubrir, con lo cual se infringe el artículo 51 de las normas reguladoras de la relación entre la Corporación y sus trabajadores, que prevé la fijación de servicios mínimos mediante la intervención del Comité de Huelga; d) no se han seguido criterios objetivos para determinar tales servicios, ni se han motivado suficientemente las decisiones adoptadas al respecto; e) respecto de los funcionarios, al atender sólo al nivel de los mismos —en cuanto al complemento de destino— y no a las funciones que efectivamente desempeñan, se ha cercenado gravemente su posible ejercicio del derecho a la huelga prescindiendo del único criterio limitativo constitucionalmente admisible; f) el Decreto de servicios esenciales ha sido notificado al Comité el mismo día de la huelga, con lo que se incide en una práctica inadmisibles, recusada por la jurisprudencia.

Ante todo, ha de quedar de relieve que la huelga convocada por el Sindicato recurrente no es de carácter reivindicativo frente al Ayuntamiento de Valencia, puesto que las pretensiones de convocantes y huelguistas no podían ser satisfechas por la Corporación, sino más bien una huelga solidaria frente a determinadas acciones del Gobierno y, eventualmente, de las

Cámaras Legislativas; rasgo identificador que es preciso retener en orden a la posición que, ante la convocatoria, correspondía a la entidad municipal demandada.

También hay que destacar que la huelga de funcionarios, admitida por la jurisprudencia como lícita, no queda regulada por el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, ni por ningún otro texto legal (que, indiscutiblemente, habría de revestir el rango de Ley Orgánica). Ahora bien, tratándose de un derecho fundamental —en este caso, de los funcionarios—, es evidente que tal carencia normativa no puede significar, en modo alguno, obstáculo para su ejercicio. Hay suficiente base en el artículo 28.2 de la Constitución y en la doctrina, tanto de este Tribunal como del Constitucional, para establecer los principios y los límites inherentes a tal ejercicio. Al cual ha de aplicarse, con las especificaciones que postula la relación funcionarial, el marco general de aquel Decreto-ley, según las derogaciones y directrices interpretativas señaladas en la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. Ciñendo este planteamiento al problema central del recurso, a saber, el correcto o inadecuado señalamiento de los servicios esenciales que habían de mantenerse durante la jornada única de huelga, no hay inconveniente alguno en considerar aplicable a la de funcionarios el criterio jurisprudencial que reputa "servicios esenciales de la comunidad" los que satisfacen bienes e intereses igualmente esenciales, es decir, "los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos" —sentencias de esta Sala de 11 de julio de 1980 y del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981—. Tampoco existe objeción seria que oponer a que la exigencia de adoptar garantías adecuadas para el mantenimiento se aplique a las huelgas de funcionarios.

Con ello, procede ya el examen de las cuestiones específicas reseñadas en el Fundamento "dos". La primera concierne a la discutida competencia de la Alcaldía de Valencia para designar los funcionarios y trabajadores que habrían de mantener durante la huelga los servicios esenciales. Indudablemente, el Alcalde no sólo tenía competencia para hacerlo, sino que en la coyuntura no había otra autoridad gubernativa que la tuviera. En efecto, sabido es que, según la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, no es inconstitucional ni vulnera el contenido esencial del derecho a la huelga que sea la autoridad gubernativa quien ostente la potestad para concretar las medidas —servicios y garantías— que aseguren el mantenimiento (Fundamentos jurídicos 18 y 19). Pues bien, dado que, según el contenido de la convocatoria, el Ayuntamiento no ostenta la posición de empresa, la que sin duda le corresponde es la de autoridad, aun cuando no fuera sino por ser responsable de los servicios que han de ser mantenidos. De ahí que tampoco pueda entrar aquí en juego la transferencia del sector a Generalidad de la Comunidad Autónoma. Ni siquiera puede apreciarse la infracción del artículo 51 de la norma municipal reguladora de las relaciones con sus empleados y trabajadores; lo que, por otra parte, sería escasamente útil a la presente discusión, como se verá enseguida. No hay, pues, confusión entre autoridad y parte interesada: en esta convocatoria el Ayuntamiento de Valencia, sencillamente, no es parte.

No resulta, sin embargo, correcto, en términos generales, que la autoridad gubernativa competente, el Alcalde, delegue en los Directores y Jefes de Áreas o servicios la facultad de designar, libremente, los que deben ser mantenidos y las personas que deben atenderlos. Quizá, en alguna ocasión, las circunstancias, y sobre todo las urgencias, obliguen a escoger este método operativo; pero deben razonarse adecuadamente, y también debe establecerse algún modo de corregir y fiscalizar eventuales excesos en el proceder del delegado. Nada de esto aparece ni en el expediente ni en autos. Tampoco parece facilitar el control que los Tribunales pueden ejercer *siempre* sobre las determinaciones de la autoridad gubernativa, la comunicación por parte de ésta al Comité de Huelga, de las adoptadas *in casu* el mismo día señalado para la huelga. No obstante, el carácter de amparo que reviste en procedi-

miento sumarial de la Ley 62/1978 aconseja prescindir de un análisis más pormenorizado de las citadas anomalías, ya que existen problemas más graves y, singularmente, más sustanciales.

Por lo pronto, resulta claramente atentatorio al ejercicio del derecho de huelga el Decreto de 17 de junio de 1985, en el que, sin atender a los servicios que efectivamente prestan, y mucho menos a la incidencia de ellos en bienes, derechos e intereses constitucionalmente protegidos frente a la cesación en el trabajo, obliga a continuar en el trabajo *a priori* a todos los funcionarios comprendidos en determinados niveles, sin posibilidad de participar en la huelga, y vulnera claramente el derecho fundamental de aquéllos.

Establecida, como antes se indicó, la referencia fundamental a lo que ha de reputarse el núcleo de los servicios esenciales de la comunidad, la concreción de este concepto jurídico indeterminado, o estándar valorativo, debe configurarse en cada caso, por los Tribunales, atendiendo, entre otros factores, a la incidencia de la huelga, a las características del sector o empresa afectada, a las causas de la cesación en el trabajo y, singularmente, a la duración de la huelga. La que aquí se ha producido tenía fijada una duración de veinticuatro horas, sin que se contemplara siquiera su prórroga como mera posibilidad. Por ello, no hay otro criterio razonable para señalar los servicios esenciales, que durante la jornada debían ser mantenidos, que el apuntado y razonado, tanto en la demanda como en el recurso de apelación: son esenciales, dentro de los generales prestados por una Corporación de base territorial, aquellos que continúan durante sábados, domingos y festivos y en la medida, con el alcance y por los funcionarios y trabajadores que en esos días los atienden. Cuando exceda de tales límites perjudica indebidamente al ejercicio del derecho a la huelga. Los supuestos que quedaron probados en autos y expuestos en el Fundamento "uno", apartado h), de esta sentencia indican dos cosas, rechazables ambas cuando se trata de compaginar un derecho fundamental con otro, constitucionalmente protegido, de la comunidad: primera, que en los Decretos impugnados no ha habido, en realidad, criterio alguno para procurar la armonía de ambos derechos en conflicto, lo cual es ya, de suyo, fundamento bastante para otorgar el amparo pedido, puesto que la racionalidad, proporcionalidad y oportunidad en el ejercicio de potestades gubernativas son, a la vez, premisas de su legalidad; segunda, que la manifestación concreta de la potestad ha producido resultados tan absurdos como el mantenimiento íntegro de los servicios jurídicos y la mitad de protocolo y depositaria, sin la menor referencia a las actividades que imprescindiblemente hubieran de realizarse en una jornada de interrupción en el trabajo, denunciada con diez días de antelación.

Por estas razones ha de estimarse el recurso de apelación, en el sentido de que el contenido de los Decretos impugnados, si no nulos, si son ilegales por ser manifiestamente atentatorios al derecho de huelga. Esto supone una estimación total de las pretensiones formuladas en primera instancia, al ser alternativa y no, por tanto, principal la pretensión de nulidad por incompetencia de la Alcaldía. Lo que, por imperativo del artículo 10.3 de la Ley 62/1978, determina que hayan de imponerse al Ayuntamiento de Valencia las costas de primera instancia.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 10 mayo 1986.*)

2. Derecho de huelga. Personal médico de la Seguridad Social. Servicios mínimos.

«En su escrito preparando el presente recurso de apelación, el Sindicato apelante reitera, sustancialmente, los mismos argumentos ya expuestos en su escrito de demanda, para combatir los acuerdos del Gobierno Civil de Vizcaya, que establecieron los servicios mínimos del personal médico con objeto de la huelga convocada para los días 20, 21 y 22 de marzo de 1985, debiendo de destacarse que en el mencionado escrito preparatorio de la apelación no se invoca ni un solo artículo de la Constitución que resulte infringido, en

este caso, por la sentencia apelada, limitándose a razonar el indicado apelante, en su opinión, los servicios mínimos fijados por el acuerdo del Gobierno Civil, que la sentencia declaró conforme con la Constitución, rebasaban los que debían ser calificados como tales.

Que, como cuestión previa, debe de hacerse una puntualización, y ésta es que, como ha dicho el Tribunal Constitucional en su sentencia de 8 de abril de 1981, siendo el derecho de huelga un derecho individual, es derecho de cada uno de los trabajadores sumarse o no a la huelga declarada. Por lo tanto, deben de rechazarse todos los puntos de la propuesta hecha por el Sindicato Médico, quien incluye para realizar los servicios mínimos a aquellos médicos que no se sumaron a la huelga, con exclusión de los que sí lo hicieron, con lo cual, y pese a sus afirmaciones en contrario, se obligaba a trabajar a los Médicos no huelguistas, atendiendo enfermos que podían corresponder a los huelguistas, y desconociendo, además, un derecho que la Constitución reconoce, que es el derecho individual a sumarse o no a la huelga, el que resultaría afectado si se aceptara la tesis del apelante, según el cual, en casos de huelga, el empleador tiene que recurrir en primer lugar a los empleados no huelguistas, y cuando así no fuera posible cubrir los servicios mínimos acudir a los huelguistas, tesis que debe ser rechazada, pues en la prestación de tales servicios mínimos deben de participar tanto los huelguistas como los que no se sumaron a la cesación del trabajo.

Para impugnar los criterios establecidos en la sentencia apelada, el Sindicato recurrente no acude a criterios objetivos, tales como pueden ser los cuantitativos, estableciendo una comparación entre el número total de trabajadores en huelga y los que han sido incorporados a los servicios mínimos, limitándose a exponer una serie de consideraciones subjetivas, por estimar que los servicios mínimos fijados exceden de los que pueden calificarse como tales. Frente a estas opiniones no amparadas en norma constitucional concreta, esta Sala, en reiteradas sentencias, ha acudido a criterios de proporcionalidad cuantitativa, y ha estimado ajustada a derecho la proporcionalidad de 14.000 trabajadores como integrantes de los servicios mínimos, frente a una plantilla total de 72.000 —sentencia de 11 de julio de 1980—, o de 1.183 frente a una plantilla total de 6.108 —sentencia de 31 de marzo de 1982—, estimando en otros casos desproporcionados unos servicios mínimos del 58 por 100 de la plantilla total —sentencia de 14 de mayo de 1982—. En el presente caso no es posible establecer una proporcionalidad exacta entre la plantilla total de Médicos y los servicios mínimos establecidos, ya que, así como se conoce exactamente la plantilla del Hospital de Cruces, que es de 621 Médicos, en cambio se ignora el número exacto de los servicios mínimos establecidos, al no coincidir las denominaciones de los distintos servicios en la estadística facilitada por el Hospital de Cruces, a efectos de determinar su plantilla, con la dotación de servicios mínimos de los distintos departamentos o servicios establecida por el Gobierno Civil, y al no haber sido esta cuestión objeto de un examen concreto por parte del apelante, pero, en todo caso, no resultan rebasados los criterios de proporcionalidad que esta Sala ha admitido para otros casos de huelga.

De cualquier modo, no pueden trasladarse, en bloque, a los servicios mínimos en materia de Medicina. Los criterios de proporcionalidad numérica establecidos para otros supuestos por las sentencias de esta Sala antes citadas, que afectaban a huelgas convocadas por RENFE y por la Cía. Sevillana de Electricidad, ya que, como reconocen el Gobierno Civil y el Sindicato apelante, existen una serie de servicios que no pueden verse afectados, en absoluto, por la huelga, como son los que se prestan en la Unidad Coronaria y en la de Cuidados Intensivos, al igual que ocurre con la Anestesia y la Reanimación, cuyo funcionamiento ha de mantenerse a toda costa, lo que también puede afirmarse en los servicios de urgencia, sobre todo cuando, como ocurrió en el caso debatido, la huelga se convocó para los días 20, 21 y 22 del mes de marzo, que eran, respectivamente, miércoles, jueves y viernes, y que, por lo tanto, iban seguidos del correspondiente puente sábado-domingo,

por lo que los posibles efectos de la huelga se unirían a la disminución de los servicios que normalmente se producen los días festivos. Todas estas razones no son siquiera mencionadas por el Sindicato apelante, quien se limita a exponer razones puramente subjetivas, para impugnar los mínimos establecidos por el Gobierno Civil de Vizcaya, quien lo hizo teniendo como guía la circular remitida por INSALUD para casos como el examinado, pretendiendo sustituir tales directrices y acuerdo por los criterios establecidos en su propuesta, que, como se dice, parte del criterio de atribuir los servicios mínimos a quienes no se sumaron a la huelga, prescindiendo de los que sí lo hicieron, lo que, como antes se dijo, debe de ser rechazado, por privar al derecho de huelga de su carácter de derecho individual, ejercitable o no, para sustituirlo por la obligación o de sumarse a la huelga o, en caso de no hacerlo, dejar a quienes lo hicieron al margen de lo que el legislador estableció, que es que, junto a ese derecho individual, existe otro de la Sociedad a tener atendidos aquellos servicios esenciales, de los que tal vez la salud —y, en su caso, la vida— sea el más importante.

No es aceptable tampoco la tesis del apelante de que los servicios mínimos establecidos para los días de huelga fuera superior a los que se mantuvieron durante la Semana Santa del pasado año 1985, ya que la certificación expedida por el Hospital de Cruces pone de relieve que en los días de Jueves y Viernes Santo prestaron sus servicios 51 Facultativos del *Staff* y 33 Médicos Internos Residentes, lo que hace un total de 84, y el Sábado Santo prestaron sus servicios, de ocho a quince horas, un tercio de Facultativos —esto es, un tercio de los 621—, y el resto de la jornada, esto es, a partir de las tres de la tarde, los mismos Facultativos que lo hicieron los días de Jueves y Viernes Santo, al igual que ocurrió el Domingo y el Lunes de Pascua, sin que sea necesario entrar a examinar más detenidamente los servicios que se mantuvieron el sábado 16 de febrero de 1985, dado que la certificación del Hospital de Cruces está evidenciando la inexactitud de las afirmaciones del Sindicato apelante.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 14 mayo 1986.*)

3. *Profesores Educación Física. La circular de 28 de noviembre de 1984 no infringe el principio de igualdad. Horario.*

«Aduce el Abogado del Estado la inadmisibilidad de este recurso, con cita de los apartados *b)* y *c)* del artículo 82 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, en relación con los 28.1.*b)* de la misma y 6.º de la Ley 62/1978, respectivamente, por entender que se impugna una disposición de carácter general, no susceptible por ello de ser recurrida por el cauce especial previsto en la Ley últimamente citada, a la vez que los recurrentes —por la misma razón de la índole o naturaleza de lo impugnado— carecen de legitimación activa. Ambas causas o motivos de inadmisibilidad pueden solventarse de un modo prácticamente conjunto, y en sentido desestimatorio, porque parece claro que los derechos y libertades fundamentales pueden ser vulnerados no solamente merced a la adopción de "actos" de la Administración, sino, del mismo modo, a virtud de "disposiciones" de la propia Administración, cuando las mismas son de tal índole —como acaece en el caso presente— que por sí mismas vienen ya a incidir de un modo efectivo sobre la persona o personas afectadas, posibilidad reconocida por el Tribunal Constitucional al sustanciar y decidir recursos de amparo en los que esa cuestión se puso de relieve, lo que, como ya se apuntó precedentemente, permite afirmar tanto que el acuerdo es impugnabile en esta vía especial como que quienes claman contra el mismo se hallan en posesión de la precisa legitimación activa, todos ellos personal docente al que la Orden Circular, o Instrucción recurrida, impone determinado horario en el desempeño de las funciones que le son propias, a la par que da prioridades en la provisión de destinos.

Ha de correr la misma suerte desestimatoria la pretensión, también formulada por la Abogacía del Estado, sobre inadmisibilidad del recurso, so pretext-

to de haberse interpuesto fuera de plazo, sin respeto de lo establecido en el artículo 8.1 de la Ley 62/1978, lo que abocaría a la positiva aplicación de lo previsto en el artículo 82.f) de la Ley de la Jurisdicción. Y ello porque en manera alguna hay constancia, en el expediente o actuaciones administrativas recibidas, ni en este proceso contencioso-administrativo, mediante la adecuada prueba documental, o por reconocimiento o admisión de la parte recurrente, de que las disposiciones impugnadas hayan sido objeto de notificación alguna, careciéndose, igualmente, de constancia de su publicación o inserción en el "Boletín Oficial del Estado" ni en otro alguno, por lo que ante la ausencia de este dato, del que imprescindiblemente hay que partir para alcanzar la conclusión que sobre el particular aduce la Abogacía del Estado, forzoso es entender que se acudió al Tribunal en plazo hábil.

En el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se limita la parte a impugnar la Orden Circular, o Instrucción, de 28 de noviembre de 1984, y en el escrito de demanda, manteniendo tal impugnación, la hace extensiva a la Resolución de 13 de diciembre del mismo año, interpretativa o consecuencia de la primera, y con el fin de clarificar la solución de este recurso, conviene dejar sentado que respecto de la segunda de tales disposiciones, esto es, la de 13 de diciembre de 1984, no cabe hacer pronunciamiento estimatorio alguno, porque, como apunta la propia parte recurrente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Oviedo, en sentencia de 15 de abril de 1985, decretó la anulación de aquella resolución, por infringir el principio de igualdad, sentencia que —añadimos— fue confirmada por la de esta Sala 3.ª del Tribunal Supremo en la suya de 25 de mayo del mismo año.

Algo similar sucede en cuanto a la impugnancia de la Orden Circular de 28 de noviembre de 1984, ya que la misma ha sido objeto de otra impugnación, por la misma vía prevista en la Ley 62/1978, por personas situadas parejamente a las que aquí recurren, también con invocación de los artículos 9.º, 14 y 23.2 de nuestra Constitución, proceso al que puso término nuestra sentencia de 12 de noviembre de 1985, en la que, con amplios razonamientos, se alcanza la conclusión de que el recurso ha de ser desestimado, y así se hizo, pudiendo tan sólo expresar ahora que prácticamente toda la argumentación de la parte recurrente va enderezada a destacar que se trata de una disposición nada respetuosa con una normativa de superior rango, que cita pormenorizadamente, y que nos abstenemos de comentar o analizar, porque, como es evidente, en este especial proceso lo que puede traerse a decisión y consideración no es el posible desajuste de un acto o de una disposición con uno o más preceptos a los que aquéllos deban acomodarse, sino, más limitadamente —aunque con toda seguridad con alcance incluso superior—, si lo que se produjo es o no una violación o quebranto de derechos fundamentales, punto acerca del cual la parte recurrente se limita a una invocación sumamente superficial de los artículos 9.º, 14 y 23.2 de la Constitución española, a lo que hay que responder, para desestimar sus pretensiones, que ni mediante el establecimiento de unos horarios de docencia, que posiblemente no coincidan con los de otros estamentos o Centros, así como tampoco con el señalamiento de determinadas normas en cuanto a posibles designaciones y traslados, se vulneran los derechos fijados en aquellos preceptos constitucionales, ya que el artículo 9.º de la Constitución, por la generalidad y amplitud de los principios que viene a consagrar, requiere —a los efectos que en este proceso se pretenden— una denuncia concreta de que aquí se carece, sin que, de otro lado, y por lo que afecta al artículo 14 del mismo texto fundamental, la desigualdad pueda surgir al darse tratamiento dispar a lo que diferente es, y, finalmente, no cabe que se cercenen las potestades administrativas en orden a disciplinar posibles traslados de funcionarios que con aquélla están vinculados, sosteniendo que las garantías que el artículo 23.2 precisa sobre acceso a la función pública alcanzan a aquel aspecto y vienen a ser impeditivas de que se regule de determinado modo la provisión de plazas, confiriendo

prioridades o negándolas en atención a hallarse o no en posesión de ciertos títulos.

Por último, aducido por la parte recurrente que la Administración incurrió en desviación de poder, al que se refiere el artículo 83 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, hay que decir que tal instituto, de por sí y en exclusividad, no puede dar lugar a la estimación de un recurso deducido en demanda de protección de libertades y derechos fundamentales, a menos que se vincule al quebranto de los mismos, lo que no acaece en el supuesto de autos, como ya se analizó, y de lo que se infiere la esterilidad de esa argumentación.» [Sentencia de la Sala 3.ª, 16 mayo 1986. En igual sentido, la de 20 mayo 1986 (Ar. 2392).]

4. *Pensión de viudedad. Convivencia marital. Causante que tramitaba la anulación de matrimonio canónico. Interpretación Ley 30/1981.*

«La Ley 30/1981, de 7 de julio, admitió el divorcio como causa de disolución matrimonial en la nueva redacción de los artículos 85 y siguientes del Código Civil, estableciendo con carácter provisional, en la Disposición adicional 10, las normas que en dicho supuesto regirá la materia de pensiones y Seguridad Social, disponiendo en el apartado 3.º, en cuanto a las primeras, que la distribución de la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento entre quien sea o haya sido cónyuge legítimo se hará en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieren determinado la separación o divorcio, derecho que el número 2.º de la misma proposición adicional amplía a los que no hubieren podido contraer matrimonio por impedirlo la legislación hasta entonces vigente, siempre que además de éste concurren también los requisitos de haber vivido como tal y que el fallecimiento de uno de ellos se hubiere producido con anterioridad a la vigencia de esta Ley, normativa inaplicable a la pretensión ejercitada por la recurrente, puesto que: a) si, como se alega, las creencias religiosas del causante de la pensión le impedían solicitar el divorcio de su cónyuge, razón por la que formuló ante los Tribunales eclesiásticos solicitud de nulidad de matrimonio con base en la falta de libertad interna en el otorgamiento del consentimiento matrimonial, resulta manifiestamente inviable pretender el reconocimiento de un derecho que exige unos presupuestos no permitidos por la legislación que regula el procedimiento seguido por el causante, en la que es principio básico la indisolubilidad del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges y la imposibilidad, por tanto, de que al causante le sobrevivieran dos o más personas que sean o hayan sido cónyuges legítimos del mismo, pues si se deniega la nulidad del matrimonio solamente el celebrado es válido, y si se estima el único vínculo matrimonial es el que pueda contraerse después de declarar la nulidad del anteriormente celebrado; b) afirma también la recurrente que el causante de la pensión no podía solicitar el divorcio por no concurrir ninguna de las causas previstas en el artículo 86 del Código Civil, que supone la propia confesión de la inviabilidad de su pretensión, pues si no concurre causa de divorcio no puede disolverse el matrimonio ni, por tanto, contraer otro, no siendo aplicable el supuesto excepcional previsto en el apartado 2.º, que se refiere a todos aquellos en que sí concurría causa de divorcio, no habiendo podido disolver el matrimonio y contraerlo con la conviviente por fallecimiento de uno de los cónyuges antes de la vigencia de dicha Ley, presupuestos que, obviamente, no se dan en el supuesto que se enjuicia, en que expresamente se reconoce la no concurrencia de causa de divorcio y que el fallecimiento del cónyuge causante de la pensión se produjo año y medio después de la vigencia de la Ley; c) los requisitos y forma de celebración del matrimonio son de derecho necesario, sustraídos a la voluntad de las partes, por lo que carece de eficacia a estos efectos cualquier manifestación de intención hecha por el causante al otorgar testamento sobre su voluntad

de contraer matrimonio con la recurrente; d) el derecho a la pensión se genera precisamente por y desde el fallecimiento del causante de la misma, determinándose la titularidad por disposición legal fuera también de su disponibilidad, como ya reconoció el propio causante en el testamento otorgado el 3 de mayo de 1983, al supeditar su voluntad de que la concesión a la recurrente de la pensión de viudedad, demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento lo fuesen de conformidad con la legislación vigente y futura que le pueda beneficiar.

El principio de constitucionalidad de igualdad ante la Ley no ampara a los que han optado por una determinada normativa acorde con su fe religiosa, pretendiendo acogerse a los efectos establecidos para los que se someten a otra basada en principios sustancialmente distintos, máxime cuando media el reconocimiento expreso de que tampoco concurren los presupuestos necesarios para que, de acuerdo con ésta, se produzca el nacimiento de los derechos objeto de la pretensión.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 30 mayo 1986.*)

5. *Pensiones. Inutilidad física. Necesidad de establecer la relación de causa entre el hecho causante y la lesión.*

«Se impugnan, en este proceso, resoluciones del Ministerio de Defensa que se limitaron a declarar la inutilidad física del recurrente, alegándose, en síntesis, que procedía la aplicación del artículo 30 del vigente Texto Refundido de la Ley del Personal Militar y Asimilado, Guardia Civil y Policía Armada aprobado por Decreto de 15 de junio de 1972, del que derivaría el derecho a la pensión extraordinaria de retiro, por entender que el desprendimiento de retina, causa determinante de la inutilidad, había tenido origen traumático producido en acto de servicio o con ocasión o como consecuencia de él y habida cuenta, además, que los individuos de la Guardia Civil se consideran siempre de servicio.

La aplicación del invocado artículo 30 exige inexcusablemente que la inutilidad del funcionario militar se produzca "en actos de servicio o con ocasión o consecuencia del mismo, en las circunstancias mencionadas en el artículo 34.1 del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos de 13 de abril de 1972, sea por accidente o riesgo específico del cargo", resultando, pues, de todo punto necesario la existencia del nexo causal entre el acto de servicio y la enfermedad determinante de la incapacidad.

Las alegaciones articuladas por el recurrente no sirven para demostrar la relación de causalidad exigida, pues si la circunstancia de que en 1966 ingresara en la Guardia Civil en perfectas condiciones físicas, ni el accidente sufrido en el lejano año 1967, conduciendo un vehículo del Cuerpo; ni las caídas que sufriera en 1973, haciendo el curso de esquí y escalada, o en 1980, en los exámenes para ascenso a Sargento, sirven para acreditar los requisitos legalmente exigidos, cual ocurre, además, con el certificado médico del cirujano, pues éste se limita, como no podía menos, a certificar "corresponde a los signos clínicos de los desprendimientos de retina de origen traumático", así como el emitido por la Clínica Barraquer, que expresa "la causa de la recidiva del desprendimiento de retina, si bien no puede ser atribuida directamente a un origen traumático, se asienta sobre un ojo sometido a traumatismos previos y que podrían haber causado el primer desprendimiento", pues el origen traumático de éste no determina que se haya producido en acto de servicio, fundándose, en resumen, la demanda en meras presunciones que no bastan para basamentar adecuadamente la pretensión deducida.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 26 junio 1986.*)

V. INCOMPATIBILIDADES

1. *Supuesto de declaración de incompatibilidad que no vulnera el principio de igualdad. Funcionario de Banco de España y locutor comentarista en Radio Nacional.*

«La sentencia impugnada desestima el recurso formulado contra la resolución del Director General de Servicios de la Administración Pública del Ministerio de la Presidencia de 17 de julio de 1985, que deniega al señor C. M. la compatibilidad entre sus empleos de locutor comentarista de la Radio Nacional de España y oficial administrativo del Banco de España, y contra el acuerdo del citado Banco de España de 6 de agosto de 1985, que declara al actor en situación de excedencia voluntaria, ello por entender que dichos acuerdos no vulneran los derechos fundamentales consagrados en los artículos 14, 17.1 y 23.2 de la Constitución, estimándose, por lo que al primero de ellos se refiere, de conformidad con sentencia de esta Sala, entre otras de 5 de junio de 1984, de que la tesis de la parte recurrente viene inspirada en la idea y concepto rigurosamente erróneo de que el planteamiento del problema estriba en la declaración de la procedencia o improcedencia de las compatibilidades en cada caso declaradas o consentidas y el alcance de ésta, y la respuesta habrá de ser rigurosamente negativa por cuanto que la cuestión que se debate no es ésa; no se trata de valorar la legalidad o no de la compatibilidad o incompatibilidad declarada en cada caso, sino de hallar entre situaciones iguales si se han producido tratamientos distintos o discriminatorios, partiendo para ello de esa situación de igualdad, identidad o exactitud y no de analogía, equivalencia o equiparación con otros profesionales; negativa que lleva como consecuencia el que no se pueda prestar contenido al derecho fundamental de igualdad que trata de salvaguardar la ardua y dilatada polémica de la compatibilidad, sino si la situación que concurre en el recurrente ha sido o no objeto de un tratamiento de desigualdad en relación con situaciones a su vez iguales, y es claro que el planteamiento ofrecido por la Sala y resuelto por ésta no responde a esas características, toda vez que no hay elemento comparativo con el cual analizar esa posible discriminación que el derecho de igualdad genera, por todo lo cual ha de estimarse procedente la no vulneración del artículo 14, así como tampoco los citados 17.1 y 23.2; el primero, por cuanto que la tesis mantenida en la sentencia del derecho a la seguridad y libertad de la persona misma, la libertad de sus propios movimientos y la garantía jurídica de los casos o mecanismos en los que pueda ser limitada o abolida es consecuente con la declarada por el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 30 de enero de 1985, al decir que el artículo 17.1 se refiere a la seguridad personal paralela a la genérica libertad individual, así como tampoco puede estimarse vulnerado el artículo 23.2, toda vez que es doctrina reiterada de los Tribunales que dicho texto se refiere a los cargos de representación política.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 12 mayo 1986.*)

2. *Incompatibilidades. El régimen de incompatibilidades entre lo público y lo privado sólo tiende a evitar el ejercicio de actividades que comprometan la imparcialidad e independencia del funcionario, impidan o menoscaben el estricto cumplimiento de sus deberes o pugnen con los intereses del servicio, o el propio prestigio del funcionario o el Cuerpo a que pertenezca. No existe incompatibilidad, ni aun dentro de los propios términos territoriales, cuando la actividad privada no roce para nada la pública del funcionario. Arquitectos técnicos.*

«Se impugna en este proceso el acuerdo del Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, aprobatorio, en recurso de

alzada, del emitido por el Colegio Oficial de la Provincia de Vizcaya, salvo en los epígrafes 2.º y 4.º del apartado segundo; acuerdo que, en lo sustancial, se refiere a la reglamentación del régimen de incompatibilidades de estos profesionales, dentro de dicha provincia.

Para empezar, puntualizaremos que el acuerdo del Colegio Oficial de Vizcaya, puesto en cuestión en este proceso, se dio por supuesta su legalidad, en nuestra sentencia de 20 de diciembre de 1984, en un recurso en que se ventilaba la legalidad de un acto singular de denegación de un visado por dicho Colegio.

Aunque los acuerdos residenciados en este proceso revistan las características propias de las disposiciones de carácter general, no por ello son innovativos; ni estos Colegios, como se dijo en la citada sentencia de 20 de diciembre de 1984, se erigen en definidores de un régimen especial de incompatibilidades, sino en meros aplicadores del sistema establecido en el régimen de la función pública, estatal, institucional y local, ejercitando una reserva implícita en el propio Ordenamiento estatal, en cuanto éste se sirve de la Organización Colegial para que por ella se ejerza una función de control de sus miembros sobre el ejercicio de sus actividades profesionales.

Por ello, la interpretación, en la aplicación de los acuerdos Corporativos que nos ocupan, no podrá ser otra que la de ajustar los términos de los mismos a lo ya establecido en la legalidad vigente: artículo 328 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955; artículo 37 del Reglamento de Funcionarios de las Corporaciones Locales de 30 de mayo de 1952; artículo 49 del texto articulado parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local de 6 de octubre de 1977; artículos 82 y 83 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, y artículos pertinentes del Estatuto de Personal al servicio de los Organismos Autónomos, aprobado por Decreto 2043/1971, de 23 de julio. Siendo digno de notar que el espíritu animador de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, y de toda la normativa más reciente, es el de extremar el rigor en las exigencias del régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Empero, es innegable que este rigor está especialmente dirigido a evitar el disfrute de diversos puestos de trabajo remunerados en los Presupuestos Públicos; existiendo un trato distinto para las incompatibilidades entre la función pública y la privada; de ahí que en los propios acuerdos que nos ocupan la incompatibilidad que se declara no es absoluta, sino limitada a los ámbitos territoriales del organismo respectivo. Y ello es debido a que, como se reconoce en la normativa invocada más atrás, el régimen de incompatibilidades entre lo público y lo privado sólo tiende a evitar el ejercicio de actividades que comprometan la imparcialidad e independencia del funcionario, impidan o menoscaben el estricto cumplimiento de sus deberes, o pugnen con los intereses del servicio, o el propio prestigio del funcionario y del Cuerpo a que pertenezca, como se expresa, entre otros preceptos, en el contenido en el artículo 49.1 del citado Real Decreto de 6 de octubre de 1947.

Esta incompatibilidad es exigible al funcionario, lo mismo tenga declarada una dedicación exclusiva que no la tenga, como se proclama en la repetida sentencia de 20 de diciembre de 1984. "A sensu contrario", no existe incompatibilidad, ni aun dentro de los propios términos territoriales, cuando la actividad privada no roce para nada la pública de estos técnicos, en supuestos como el previsto en el artículo 37 del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, en los que ni siquiera se exige para la actuación profesional el visado del Colegio, u otros semejantes.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 29 abril 1986.)

VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Separación de servicio. Aspirante en prácticas. Ertzaina. Omisión de garantías.*

«El artículo 103.3 de la Constitución dispone que el acceso a la función pública habrá de regularse de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, siendo criterio jurisprudencial que los Tribunales u órganos a los que corresponde su valoración tienen un cierto margen de discrecionalidad en su apreciación, exigiendo, en cambio, el cumplimiento riguroso de los presupuestos formales establecidos según el tipo de pruebas que hayan de ser realizadas, por constituir esas formalidades garantía del acierto y objetividad en la selección y, en pocos casos, testimonio de que la misma se ha realizado de acuerdo con dichos principios, exigibles en mayor medida, si cabe, cuando se efectúa mediante un ciclo comprensivo de varias fases o etapas y, superadas las primeras, el aspirante se halla próximo al empleo definitivo.

El Reglamento de Régimen Interior de Alumnos de la Academia de la Ertzaina, aprobado por Orden de la Consejería de Interior del Gobierno Vasco de fecha 22 de febrero de 1982, somete a su normativa en el artículo 1 a los alumnos, tanto en la etapa de permanencia en la Academia como durante el periodo de prácticas, regulando en su Título Tercero el sistema de calificación con base en tres clases de factores: exámenes o tests y pruebas prácticas, de acuerdo con las normas que establece en los dos artículos de la Sección Primera; valoración de actitudes, que detalla en la Sección Segunda, con la particularidad recogida en el artículo 22 de que la insuficiencia de la misma tiene carácter eliminatorio, independientemente de los resultados obtenidos en las otras clases de pruebas, y la ficha de infracciones, objeto de la Sección Tercera, cuyo régimen se desarrolla en el Título Cuarto.

Con independencia de la cuestión relativa a si la valoración de actitudes a consecuencia de hechos específicamente tipificadas como infracciones disciplinarias, como ocurre en este caso con la mayor parte de las imputadas a los recurrentes, requiere o no su acreditación con carácter previo por los órganos y con las garantías que el propio Reglamento establece, al igual que las consecuencias de las infracciones penales se establecen en el artículo 48, una vez que la sanción penal haya sido impuesta por los Tribunales competentes, esa valoración de actitudes, de las que ninguna de las enumeradas en el artículo 21.1 puede encuadrarse entre las comprendidas en el régimen disciplinario, exige en todo caso que se haga por los órganos y con las garantías previstas en el artículo 21.2, es decir, por los profesores e instructores y efectuando las oportunas anotaciones en las fichas correspondientes, pues si, como afirma la propia Administración recurrente, el Reglamento referido, por disposición de su artículo 1, es aplicable a los alumnos de la Academia y a los Ertzainas en prácticas, resulta inadmisibles que para éstos se prescindiera de las garantías o rebajen las reglamentariamente establecidas.

Las resoluciones de la Consejería de Interior del Gobierno Vasco, objeto del recurso jurisdiccional, tienen en el expediente administrativo como antecedente único, aunque en las mismas se haga referencia a supuestos valoraciones e informes que se afirma obran en el Departamento, el informe emitido por un Sargento Mayor de la Ertzaina, que, según parece, también realizaba el periodo de prácticas de aquella primera promoción, y, por tanto, de conformidad con lo establecido en la resolución del mismo Departamento, que dispuso la publicación del Escalafón de la Ertzaina cerrado el 31 de diciembre de 1983, ni siquiera había convalidado su empleo, faltando, en consecuencia, los dos requisitos exigidos por el artículo 21.2 del Reglamento, pues en la organización jerarquizada de la Policía Autónoma vasca no puede reconocerse la condición de profesor o instructor, con marginación de los mandos superiores, a un Sargento Mayor en periodo de prácticas, atribuyén-

dole la valoración de unas actitudes que tan graves consecuencias puede irrogar a los aspirantes que ya se encontraban en la fase última de selección; informe que, además, está desprovisto de las garantías previstas en el mismo Reglamento al ordenar que la observación de actitudes se anote en las fichas correspondientes, inexistentes en el expediente, que debe ser el respaldo puntual y detallado que corrobore las afirmaciones y conclusiones del informe final.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 14 abril 1986.*)

2. *Funcionarios locales. Integración en la Escala Técnico-Administrativa a extinguir. Requisitos: Revisión. Decreto 89/75.*

«El presente recurso extraordinario de revisión se promueve por funcionarios del Ayuntamiento de Barcelona contra sentencia de la Sala 2.ª de la Jurisdicción de la Audiencia Territorial de dicha capital, de fecha 29 de octubre de 1984, que denegó su pretensión de ser integrados en la Escala Técnico-Administrativa, a extinguir, y reconocimiento del coeficiente 3,6, fundamentándose el recurso en el supuesto previsto en el artículo 102.1.b) de la Ley Jurisdiccional, por estimar que es contradictoria con otras de la misma Sala, especialmente la de 17 de diciembre de 1980, recaída en recurso promovido por doña María Asunción N. N., hallándose, por tanto, los recurrentes legitimados para la interposición del recurso, teniendo por objeto una sentencia firme referida a materia de personal y no comprendida en los supuestos de excepción previstos en el artículo 94 de la Ley procesal de la Jurisdicción —separación de empleado público inamovible, desviación de poder e impugnación indirecta de una disposición general—, se ha constituido el depósito legal e interpuesto el recurso en el plazo de un mes, que establece el número 3 del citado artículo 102, pues, notificada al Procurador señor C. C. el 6 de noviembre de 1984 y presentado el recurso en el Registro General de la Secretaría de Gobierno del Tribunal Supremo en la misma fecha del mes siguiente a la notificación, lo ha sido dentro de plazo, computado de fecha a fecha como establece el artículo 5.1 del Código Civil, además de que, en todo caso, según jurisprudencia de la Sala, al haberse declarado la firmeza de la sentencia por providencia de la Sala de instancia de fecha 7 de febrero de 1985, notificada el siguiente día 8, ésta habrá de tenerse en cuenta para determinar la posible extemporaneidad del recurso, por lo que es desestimable el motivo de inadmisibilidad que con este fundamento se alega por el Ayuntamiento de Barcelona.

En las sentencias que se contraponen existe identidad en la situación funcional de los recurrentes; se apoyan básicamente en los mismos fundamentos jurídicos, es decir, la disposición transitoria primera, número 3, apartado b), del Decreto 689/1975, de 21 de marzo, para llegar a soluciones contrapuestas; ejercitándose en todas ellas la misma pretensión de integración en la Escala Técnico-Administrativa, a extinguir, y reconocimiento del coeficiente 3,6

La doctrina que se ajusta al Ordenamiento Jurídico es la que establece la sentencia objeto de este recurso extraordinario de revisión, puesto que la disposición transitoria primera del Decreto 689/1975, de 21 de marzo, se refiere en todo caso a funciones pertenecientes a la antigua Escala Técnico-Administrativa, distinguiendo a efectos de integración en el nuevo Subgrupo de Técnicos de Administración General según estuvieren o no en posesión de título superior, regulando en el número 3 la situación de los que carecieren del mismo, que en Corporaciones de la categoría señalada en los apartados 1 y 2 continúan en la Escala Técnico-Administrativa, pero a extinguir, con el coeficiente 4 cuando tuvieran titulación media o la exigida para ingresar cuando lo hicieron, o hubieren ingresado por oposición en la misma, y el coeficiente 3,6 en los demás casos, faltando en este supuesto el presupuesto fundamental y básico para la aplicación de dicha norma, puesto que ninguno de los recurrentes acredita, ni siquiera alega, su pertenencia a la antigua

Escala Técnico-Administrativa, sin que el principio de igualdad ante la Ley que proclama el artículo 4 de la Constitución pueda justificar infracciones manifiestas del Ordenamiento Jurídico o la ampliación a nuevos supuestos de los que ya pudieran haberse cometido.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 23 abril 1986.*)

3. *Procedimiento disciplinario. Subsanción de acuerdos anulados jurisdiccionalmente por haber sido adoptados sin el «quorum» exigido. No puede discutirse en ejecución de sentencia.*

«Una sentencia que anula un acuerdo por virtud del cual la Corporación Municipal separa definitivamente del servicio a uno de sus funcionarios y a la vez ordena el reintegro del separado a puesto de trabajo que venía desempeñando, y todo ello fundado en un motivo de carácter formal consistente en que el acuerdo fue tomado sin el *quorum* necesario, queda cumplida desde el momento en que la Corporación reintegra al funcionario al servicio que venía desempeñando, sin que quepa afirmar, como se hace en el recurso, que el interesado queda indefenso y falto de tutela efectiva de los Jueces por el hecho de que, con posterioridad al reintegro del funcionario, la propia Corporación acuerde su separación del servicio, ahora con el *quorum* suficiente, con lo que la Corporación ejecuta una de sus facultades de la que no puede ser privada por el dato de que la sentencia ordene el archivo del expediente seguido al funcionario, que acabó con el primitivo acuerdo tomado, como queda dicho, sin el *quorum* suficiente; pues el archivo ordenado no comporta más que consecuencias burocráticas, sin más trascendencia procedimental, puesto que lo anulado sólo es, consecuentemente a lo impugnado, el acuerdo de separación y nada más, sin que la declaración pueda extenderse a los trámites del procedimiento, que siempre son facultades privativas de la Corporación.

Que, como se ve, la ejecución de la sentencia no puede ser llevada hasta el extremo de hacer desaparecer todo lo actuado de manera tal que la Corporación Municipal no pueda servirse de datos contenidos en un expediente cuya nulidad total no se acuerda, pero toda la problemática que pueda suscitarse acerca de la procedencia de tomar un acuerdo nuevo, ahora con el *quorum* necesario, en base a elementos tomados del referido expediente, será cuestión propia a dilucidar en el correspondiente proceso, pero no por la vía de ejecución de sentencia, que nunca ha tenido en consideración al nuevo acto, por lo que procede, con confirmación del auto apelado, la desestimación del recurso de apelación en su contra interpuesto, sin que sean de apreciar motivos de los que dan lugar a una condena en costas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 12 mayo 1986.*)

4. *Nulidad de acuerdo de separación del servicio de funcionario interino por supuestas irregularidades en la actuación de aquél no comprobadas en el expediente administrativo pertinente, pese a las facultades discrecionales de la Administración para declarar extinguida la relación de servicio.*

Considerandos de la sentencia apelada que se aceptan:

«En el presente proceso, el actor impugna la resolución de la Dirección General de la Función Pública de fecha 14 de noviembre de 1983, que acordó su cese como funcionario técnico interino y la desestimación tácita por silencio administrativo del recurso de alzada formulado contra aquélla, solicitándose, como consecuencia de la nulidad pedida, su inmediata incorporación

al servicio activo, con ocupación de la plaza que ocupaba y el reconocimiento de todos sus derechos, incluso de orden económico, desde la fecha en que se produjo dicho cese. Y en tal sentido, ciertamente, ha de partirse de que, conforme al artículo 102 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, sin lugar a dudas, los funcionarios de empleo no tienen reconocida la inamovilidad, pudiendo ser separados libremente sin más requisitos que los establecidos, en su caso, por disposiciones especiales, excluyendo el artículo 105 el derecho de permanencia en el cargo y señalando el artículo 104 la propia naturaleza de funcionario interino, que condiciona la posibilidad de su nombramiento al inexcusable requisito de que no sea posible, con la urgencia exigida por las circunstancias la prestación del servicio por un funcionario de carrera, quedando, por tanto, circunscrita la misión del interino a cubrir esa urgencia hasta tanto sea nombrado titular, como límite máximo, pudiendo realizarse la separación cuando la Administración lo estime procedente.

Sin embargo, al ejercer la Administración una facultad discrecional no lo hace sin limitación alguna ni está exenta de control, sino que, por el contrario, está sujeta a la de especiales técnicas pacíficamente admitidas en nuestro Derecho por doctrina y Jurisprudencia desde que la Ley de la Jurisdicción de 1956 incidiera en la situación precedente de meros atisbos o reflejos de la aportación francesa del *excès de pouvoir*, que representaron los criterios de la incompetencia del vicio de forma. En efecto, constituye mecanismo de análisis o contraste de la legalidad de la actividad discrecional administrativa, además de los hechos determinados, los conceptos jurídicos indeterminados y los principios informadores del Ordenamiento jurídico, los elementos reglados de aquélla, entre los que se encuentra, sin duda, el fin previsto en la norma al otorgar la correspondiente potestad administrativa, cuyo apartamiento en la producción del acto discrecional constituye la desviación de poder determinante de la anulabilidad del acto, conforme a los artículos 83.3 de nuestra Ley Jurisdiccional y 40.2, 48.1 y 115 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958. Y es más, como ha puesto de relieve la más reciente doctrina de nuestro Tribunal Supremo —sentencias de 23 de mayo y 4 de noviembre de 1983—, el vicio de desviación de poder se encuentra constitucionalizado en el artículo 106.1 *in fine* de la Constitución, entendiéndose que se produce cuando, estando el acto ajustado a la legalidad extrínseca, adolece, no obstante, de ineficacia por no responder en su motivación interna al sentido teológico previsto por el ordenamiento jurídico para la correspondiente actividad.

Si la actuación administrativa, como queda dicho, incluso la discrecional, ha de orientarse al fin explícito o implícitamente existente en toda potestad administrativa por mor del mismo principio de legalidad bien entendido, ciertamente, el problema mayor que suscita es, según pone de relieve la doctrina del Tribunal Supremo y de las distintas Audiencias, el de la prueba de la divergencia de los fines que nunca será evidenciada por el acto, y al ser un elemento interno no podrá ser plena, bastando con la convicción de la Sala —sentencias de 10 de diciembre de 1957, 1 de diciembre de 1959, 9 de noviembre de 1964 y 11 de diciembre de 1973, entre otras—, a la vista de los hechos que en cada caso resulten probados; pues, de otra forma, como ponen de relieve las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1982 y 4 de noviembre de 1983, dada la naturaleza intrínseca del vicio de desviación de poder, se incurriría en la indefensión del administrado que la alega y en la quiebra de su derecho fundamental a una efectiva tutela judicial consagrada por el artículo 24.1 de la Constitución.

Partiendo del indicado criterio que se traduce en la exigencia de una prueba suficiente para lograr una razonable convicción, en el presente caso, junto a la indicación de la resolución administrativa recurrida en el sentido de que tiene en cuenta que "en la actualidad no se estima necesario para el buen funcionamiento del servicio el destino del citado funcionario interino" y de la referencia del informe del Subdirector General obrante en el expediente,

en el sentido de que si el Organismo comunitario autónomo "puede prescindir de los servicios de un funcionario de empleo interino, no cabe duda de que las razones de urgencia que aconsejaron su nombramiento como tal han desaparecido"; en el oficio de la Consejería de Obras Públicas y Medio Ambiente de la Junta de Extremadura, en que prestaba sus servicios el funcionario interino, de 28 de septiembre de 1983, que se elevó a la Dirección General de la Función Pública, a efectos de la resolución se consignan una serie de faltas por las cuales, "y dado el caso omiso por parte del señor M. a cuantas advertencias verbales se le formularon, y teniendo en cuenta la gravedad de los hechos arriba expuestos...", propone el cese inmediato y la separación inminente del servicio del funcionario transferido, don José M. G. del C.". Y sobre tales bases, con independencia del fin próximo del acto del órgano de la Administración del Estado, es lo cierto que el inspirador de la propuesta de la Administración autonómica parece ser el de sanción de unas eventuales conductas contrarias a los deberes y exigencias funcionariales que requiere un procedimiento disciplinario *ad hoc* con la adecuada audiencia, como también deriva del hecho de que en el propio expediente obre simplemente el acuerdo de incoación y sin continuidad de aquél con sólo el nombramiento de Instructor y Secretario.

La apreciación del improcedente apartamiento del fin en el acto contemplado no supone el desconocimiento de la existencia de necesarios poderes discrecionales inexcusables para el funcionamiento de la Administración, y concretamente en relación con la posibilidad de remoción de los funcionarios interinos, sino simplemente el que su ejercicio se adecue al marco legal de su ámbito, no permitiendo que con el fácil recurso a la misma se ignore y vulnere el derecho fundamental de defensa y audiencia previa, antes de que se pueda ser sancionado, contrariando el principio de presunción de inocencia que también reconoce el artículo 24.2 de la Constitución, aplicable, como es sabido, según el Tribunal Constitucional, a todo el ámbito del ejercicio de las facultades punitivas del Estado.

Por las razones expuestas, procede la estimación del recurso, aunque sin acoger la tesis actora sobre la desaparición o subsistencia de las razones de urgencia que motivaron el nombramiento ni negar las facultades discrecionales de cese respecto de los funcionarios interinos, sino porque en el presente caso se acudió a éstas para la imposición de aquél como sanción, obviando el procedimiento y las garantías que para ello eran precisas.

El Letrado del Estado, único recurrente en esta alzada, interpone recurso contra la sentencia dictada en 24 de mayo de 1985 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres, que había estimado el de don José M. G. del C. contra la resolución de la Dirección General de la Función Pública de 14 de noviembre de 1983, que había acordado su cese como funcionario técnico interino, y contra la desestimación tácita por silencio del de alzada formulado contra la misma; y, en consecuencia, había declarado el derecho del referido actor a la reincorporación al servicio activo, con el reconocimiento de todos sus derechos, desde que se produjo el cese; siquiera haga constar expresamente esta sentencia que la estimación del recurso no pretende negar las facultades discrecionales de cese que corresponden a dicha Dirección respecto a los funcionarios interinos, sino que obedece a haberse tratado de sancionar disciplinariamente la conducta del recurrente sin la garantía del procedimiento pertinente y la audiencia del mismo, partiendo de las referidas facultades, y con apartamiento, por tanto, de su fin específico

La "desviación de poder" del Organismo administrativo que dictó la resolución recurrida, que sirve de base a la sentencia apelada para estimar el recurso de don José M. G. del C., y que pretende combatir el Letrado del Estado en esta alzada, resulta clara, atendidos los exhaustivos razonamientos de dicha sentencia, que se aceptan en su integridad, debiendo añadirse también, por deducirse de lo actuado:

- a) La Dirección General de la Función Pública, por resolución de 26 de

abril de 1977, procede al nombramiento, como funcionario interino del Cuerpo Técnico de Administración Civil del Estado, a don José M. G. del C., haciendo constar que dicho nombramiento "es esencialmente temporal y será revocado cuando sea destinado un técnico de Administración Civil de carrera a ese Ministerio de la Vivienda, Delegación Provincial de Badajoz, o cuando, a juicio de la Administración, hayan cesado las circunstancias de urgencia que han determinado el nombramiento". b) El referido M., siendo funcionario interino, es nombrado Concejal del Excmo. Ayuntamiento de Badajoz el 4 de mayo de 1979; interviene como tal en diversas Comisiones y otros cargos, y cesa el 23 de mayo de 1983. c) En 24 de marzo de 1983, el Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Medio Ambiente de la Junta Regional de Extremadura notifica al repetido señor M. la suspensión provisional en el cargo, y el acuerdo de incoación de un expediente disciplinario, con nombramiento de Juez Instructor y Secretario, al amparo de lo dispuesto en el artículo 34 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, al deducirse de la información reservada, iniciada en 16 de febrero anterior, que existían indicios de presuntas faltas graves. d) No existe constancia alguna en autos de que este expediente disciplinario se hubiere instruido realmente. e) En 28 de septiembre del propio año 1983, el mismo Consejero propone al Ministerio el cese inmediato y la separación del M., por las reiteradas faltas graves que menciona y el caso omiso del mismo a las advertencias verbales que se le formularon. f) En 10 de octubre siguiente, la Dirección General de Servicios del Ministerio solicita de la Dirección General de la Función Pública dicte resolución partiendo de las anomalías en el cumplimiento de sus funciones administrativas. g) En 11 de noviembre, la Dirección General de la Función Pública acuerda el cese, apoyándose exclusivamente en que "no se estima necesario para el buen funcionamiento del servicio el destino del citado funcionario interino". h) Ante el recurso de alzada interpuesto, dicha Dirección General razona, para desestimarlos, que habían desaparecido las circunstancias de urgencia que habían determinado el nombramiento.

Lo expuesto en el razonamiento anterior revela que el acuerdo cesando a don José M. se efectuó realmente como consecuencia del informe del Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Medio Ambiente de la Junta de Extremadura, que había solicitado la separación apoyándola, como se ha dicho, en reiteradas faltas graves que se imputaban a dicho funcionario, eludiendo la instrucción del correspondiente expediente disciplinario, y también la necesaria audiencia del mismo. Conculcando, con todo ello, lo dispuesto en los artículos 106.1 y 24 de la Constitución, los artículos 83.3 de la Ley Jurisdiccional y los artículos 40.2, 48.1 y 115 de la Ley de Procedimiento Administrativo. No debiendo olvidarse tampoco que esta Sala ha tenido ocasión de declarar en la sentencia de 11 de julio de 1985, después de reconocer que la relación funcional de empleo, comprensiva de las modalidades de interino y eventual, puede cesar por libre remoción de la Administración en tanto desaparezcan, a juicio de la misma, las razones de necesidad o urgencia que justificaron tal nombramiento, al no gozar dichos funcionarios de empleo del derecho de inamovilidad, que 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 principios plasmados en los artículos 24.2 y 105, c), del texto constitucional y hace que la Administración no utilice objetivamente sus potestades, en concordancia con la finalidad conseguida, siendo, por otra parte, la necesidad de este expediente disciplinario para depurar conductas funcionariales, común a los funcionarios de carrera y a los de empleo.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 12 mayo 1986.*)

5. *Infracciones cometidas por Recaudador municipal. Resolución de contrato. Procedencia.*

Considerandos de la sentencia apelada:

«La primera cuestión a dilucidar consiste en la naturaleza de la relación que liga el Recaudador don José C. D. con el Ayuntamiento de La Unión, pues, tratándose de gestión afianzada, el artículo 734.4 de la Ley de Régimen Local atribuye al gestor el carácter de funcionario municipal al decir "mientras el gestor ejerza el cargo tendrá el carácter de funcionario de la Administración Local, sin que la retribución por tal concepto pueda ser computada a efectos pasivos", y en este caso entraría en vigor la legislación sobre funcionarios, tal como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1980, y procedería el mantenimiento de la suspensión acordada preventivamente en 16 de noviembre de 1982, por lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley de Régimen Local; pero, si bien en el artículo 4 del pliego de condiciones generales se formulan declaraciones contradictorias en torno al carácter de funcionario del Recaudador al decir que "no existe relación alguna de dependencia, fuera de las que resulten de estas Bases entre el adjudicatario y el Ayuntamiento", en la cláusula 11 ("Carácter de Contrato"), en su punto segundo, se dice: "En lo no previsto en este pliego de condiciones, se someterán las partes a lo dispuesto en la Ley de Régimen Local, Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953, Reglamento de Haciendas Locales de 4 de agosto de 1952, Reglamento General de Recaudación y Contabilidad de 24 de julio de 1969, Estatuto Orgánico de la Función Recaudatoria y del Personal Recaudador de 19 de diciembre de 1969", de donde se deduce que, *aun siendo más propias las cláusulas sancionadoras al personal dependiente de la Administración, también es válida la dirección seguida por el Ayuntamiento Pleno de La Unión, a la vista del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.*

En cuanto al Decreto del señor Alcalde de 23 de diciembre de 1982, providencia de apremio, es ajustada a derecho en cuanto se apoya en el artículo 668 de la Ley de Régimen Local, pues el Interventor, a quien corresponde la fiscalización de la actividad recaudatoria, tan luego como tenga noticia de un alcance, vulneración o desfalco, puede adoptar medidas necesarias para asegurar los derechos de la Hacienda Local, dando inmediatamente conocimiento al Alcalde, de tal forma que las actuaciones contenidas en la hoja 30 del Expediente son válidas en cuanto han sido adoptadas por los Organos competentes y en base a un precepto legal —el 668 de la Ley de Régimen Local— aplicable al caso.

El Ayuntamiento Pleno, en virtud del artículo 111.1 del Reglamento 3046/1977, de 6 de octubre, tiene competencia para acordar los cuatro puntos a que se refiere el acuerdo de 13 de enero de 1983, siendo infundadas las alegaciones del señor C. D., pues, además de las irregularidades puestas de manifiesto en la ruptura de recibos, es lo cierto que el citado señor C. incumplió ya con anterioridad la cláusula 4.4 del Pliego General de Condiciones, y, aunque el recurrente niegue que exista constancia de este hecho, la actividad inspectora de la Administración comenzó por este incumplimiento, como resulta del informe emitido por el señor Depositario de Fondos y que obra al folio hoja 9 del Expediente, sin que en el transcurso del mencionado Expediente ni del recurso contencioso-administrativo interpuesto el recurrente haya justificado tal irregularidad, a pesar de los cuatro recursos interpuestos.

En cuanto al principio de Audiencia invocado como vicio procesal por el recurrente, no cabe olvidar que, aunque formalmente no se le diera traslado al formular los recursos administrativos, tuvo conocimiento de los hechos y pudo impugnarlos en esta vía jurisdiccional, por lo que en aras del principio de economía procesal procede desestimar este motivo.

Por lo expuesto, procede declarar la nulidad de los acuerdos tomados por

la Comisión Municipal Permanente y la validez de la providencia dictada por el señor Alcalde, acorde con el informe del Interventor y el acuerdo del Ayuntamiento Pleno de La Unión de 13 de enero de 1983.»

Fundamentos de Derechos (Tribunal Supremo):

«Se aceptan los contenidos en los considerandos de la sentencia apelada, primero, tercero, cuarto, quinto y sexto.

Primero. En este fallo se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo de don José C. D., anulando unos acuerdos de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de La Unión (Murcia) y declarando la validez de otros actos, concretamente el Decreto del Alcalde de dicho Ayuntamiento, informe que le procede del Interventor, de 21 del mismo mes, y acuerdo del Ayuntamiento Pleno de 13 de enero de 1983, y contra ese fallo apela solamente dicho demandante, lo cual reduce a esa declaración de validez el ámbito de la apelación, y sobre ello, en sus alegaciones ante esta Sala, el apelante considera, en resumen, que es improcedente la validez del referido Decreto, por cuanto los artículos 660 y 668 de la Ley de Régimen Local no amparan lo dispuesto en aquél; también improcedente la declaración contenida en la sentencia de que concurre el incumplimiento en que se basa el acuerdo del Ayuntamiento Pleno, e insiste en la infracción del artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Mas basta la simple lectura de los mencionados preceptos de la Ley de Régimen Local, principalmente el segundo, para deducir la *oportunidad legal del referido Decreto de la Alcaldía, que a la vista del informe y certificado del Interventor de Fondos, de la Corporación Municipal, señalando el descubierto que tenía el demandante como Recaudador de ella, para asegurar su cobro hubiera de adoptar la medida legal necesaria al efecto, que en aquél se dispuso, o sea, anotación en el Registro correspondiente; que en el expediente administrativo hay suficientes antecedentes, algunos muy significativos al respecto, para estimar el incumplimiento por parte del demandante de la obligación específica, determinante de la medida de resolución del contrato y demás, adoptadas en el datado acuerdo del Ayuntamiento Pleno, sin que se haya acreditado que no estuviera designada la Caja de Ahorros Provincial, que figura en las actuaciones, para el ingreso del importe de la recaudación, y, finalmente, que, en efecto, no aparece en el Expediente la formalización del trámite de audiencia, a que se refiere el artículo 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pero aparte de que ese trámite, según el propio precepto, no es siempre indispensable, en el presente caso, ello, como con acierto se razona en la sentencia apelada, no le ha producido indefensión al demandante, por lo que no ha trascendido sobre la validez de las actuaciones del expediente y, en definitiva, sobre la del repetido acuerdo de 13 de enero de 1983.*

Segundo. Por lo expuesto, procede la desestimación de la presente apelación, sin que se aprecie mala fe o temeridad, a efectos de una especial imposición de costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley de esta Jurisdicción.» (*Sentencia de la Sala 4.ª, 22 abril 1986.*)

6. *Según reiterada jurisprudencia, la ejecutividad de los actos administrativos sancionadores antes de su firmeza vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. El privilegio de la decisión ejecutiva ha de interpretarse restrictivamente por exigencias del principio de igualdad de las partes del proceso.*

«El tema debatido en el recurso trata de si el acuerdo administrativo que, luego de imponer sanción disciplinaria de destitución pura y simple del cargo de Secretario del Ayuntamiento de Proaza a don José Alberto A. G., dispuso

su cese inmediato en la función, es decir, la ejecución inmediata del acuerdo sin aún haber adquirido carácter de firmeza, viola o no el artículo 24 de la Constitución, amparador de los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva y de presunción de inocencia.

Este tema ha sido ya resuelto reiteradamente por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde las sentencias de la Sala 5.ª, fechas 17 y 21 de julio de 1982, hasta otras de esta Sala 3.ª, entre ellas las de 20 de febrero y 25 de abril de 1985, en el sentido de que, por carecer el acto administrativo del requisito de firmeza, vulnera el citado precepto constitucional; ya que, primero, el privilegio de la decisión ejecutiva de la Administración, de los artículos 44 y 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ha de interpretarse restrictivamente por exigencia del principio de igualdad de los artículos 1.º.1 y 9.º.1 de la Constitución, aquí referido a la de las partes en el proceso; porque, segundo, la tutela judicial efectiva —extensiva a la administrativa, según la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1981—, y para no convertirse en ilusoria, ha de ser plena y sin trabas, lo cual no lo sería si se ejecutase la sanción antes de su firmeza, y, en fin, tercero, porque como ejecución anticipada podrán ocasionarse graves perjuicios al funcionario afectado, que se encuentra en situación pendiente de acreditar su inocencia sujeta al examen judicial de las pruebas. Pero aún más, el acuerdo de 1 de marzo de 1985, que dispuso la ejecución inmediata del cese, carece del necesario requisito de motivación, justificante de tal ejecutividad, exigido por el artículo 43.1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, con la consecuencia de incurrir en la causa de nulidad de pleno derecho prevista por el 47.1.a) de igual Ley. Al coincidir estos razonamientos con los de la sentencia impugnada procede desestimar la apelación.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 11 junio 1986.*)

7. Comisión de Servicio del funcionario que solicitó el uso del «Azor». Violación del principio de legalidad al encubrir una sanción sin expediente disciplinario. Infracción del principio de igualdad.

«Que interpuesta la presente apelación contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 14 de marzo de 1986, que declaró la nulidad de la Orden de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo de 8 de noviembre de 1985, por la que se prorrogó por un mes la Comisión de Servicio, en Barcelona, al Ingeniero Técnico Agrícola funcionario de la Escala Técnica Superior del Instituto Nacional de Empleo, con destino en la Dirección Provincial de dicho Instituto en Badajoz, conferida tras haber dirigido una comunicación al señor Presidente del Consejo de Ministros en relación con el uso del yate "Azor", procede significar que por los propios argumentos de la sentencia apelada, en donde se hace un detenido y acabado estudio de la cuestión, procede la confirmación de la sentencia al haberse fundamentado la estimación del recurso, tramitado al amparo de la Ley 62, de 26 de diciembre de 1978, de Protección de Derechos Fundamentales, en la vulneración, en el acuerdo de prórroga de la Comisión de Servicio, del artículo 14, en relación con el 23.2, 24 y 25 de la Constitución; el primero, por cuanto hubo infracción del principio de igualdad a la que tienen derecho los ciudadanos, tanto al acceder como en el ejercicio de las funciones y cargos públicos, al que se contrae el 23.2 de la Constitución, al ser la Comisión conferida la única aprobada con prórroga y retención, lo que comportaba no ya un trato desigual en relación con los demás funcionarios, sino el discriminatorio, que exige, para que se dé la quiebra del artículo 14, la doctrina del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, es decir, el hecho sin una justificación objetiva y razonable inexistente en el traslado del funcionario recurrente.

Igualmente han de acogerse los razonamientos de la sentencia en torno a la estimación que se hace de que el acuerdo de prórroga de Comisión y ésta comportaban una verdadera sanción, pues como tal se configura el tras-

lado forzoso que la Comisión implicaba la reglamentación de los Funcionarios Públicos, en forma encubierta, al no haberse cumplido con los requisitos que para las Comisiones exige el artículo 61 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, hecha de plano, sin audiencia del interesado y sin respetar, en fin, las garantías y derechos de defensa que reconoce el artículo 24 de la Constitución, prescindiendo de toda clase de procedimiento disciplinario, lo que infringe este precepto, que no constituía, además, una infracción tipificada por norma de rango legal, con desprecio del principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución, pues, como tiene proclamado la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1981, la Administración no puede imponer sanciones sin observar las garantías de procedimiento y, obviamente, sólo cuando la sanción esté tipificada en norma de rango de ley, al ser de aplicación con matices al Derecho administrativo sancionador los principios de orden penal (sentencias del Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 1981 y 3 de octubre de 1983, entre otras).

La infracción declarada de los preceptos constitucionales que se invocan (art. 14, en relación con el 23.2, 24 y 25 de la Constitución) excluye la necesidad de un examen profundo en la indagación de las vulneraciones que se denuncian por el Ministerio Fiscal, como defender de la legalidad, en relación al artículo 29, y del recurrente en la instancia que estima se quebrantarón también los artículos 16, 19 y 20; baste señalar que en cuanto al artículo 29, que reconoce el derecho de petición, que ningún rechazo ni limitación se opusieron al ejercicio de dicho derecho, bien que no mereció contestación el escrito del peticionario, siendo las consecuencias posteriores de reacción ante la petición las vulneradoras de los otros preceptos a que se ha hecho mérito en la anterior fundamentación; y en cuanto al resto, que ni suponen ataque a la libertad ideológica ni a la de residencia, porque ésta siempre tendrá en los funcionarios el límite de ejercerla en el lugar en donde se cumpla la función pública, y el traslado forzoso, como sanción encubierta, tiene su mejor encaje en los preceptos antes invocados, que conllevan, por su vulneración, a la confirmación de la sentencia apelada, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación del Estado.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 62/1978, de Protección de los Derechos Fundamentales, procede la imposición de las costas de esta apelación a la Administración demandada.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 14 junio 1986.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

