

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. SELECCIÓN: 1. *Publicidad de las Bases de la convocatoria. Si bien el conocimiento de la lengua propia de una C. A. puede ser considerado como un mérito a los meros efectos de mejorar la puntuación obtenida, no cabe atribuirle carácter excluyente o equipararlo en su valoración a las restantes pruebas sin infringir el principio de igualdad.* 2. *Conservación de los actos de un Tribunal de oposiciones a funcionario municipal pese a haber sido nombrado miembro del mismo en representación del Profesorado Oficial quien no ostentaba esta condición, al no haber actuado dicho miembro, sino el suplente, que si reunía dicha condición, y haber sido adoptados todos los acuerdos por unanimidad.* 3. *Selección. No es tarea de la Administración asumir la valoración y ponderación de los méritos, puesto que la misma está encomendada a las llamadas Comisiones técnicas. Todo lo más que cabe conceder al órgano directivo inserto en la organización administrativa es el control de los hechos y de la legalidad de la opinión técnica del Tribunal, pero no puede sustituirse a la Comisión y hurtarle las tareas que por Ley se le confieren y por nombramiento legal se le atribuyen.* 4. *Los supuestos de excepción admisibles dentro del marco del principio de igualdad sin que comporten discriminación tienen mayor amplitud cuando aquél se refiere al derecho de acceso a la función pública, por cuanto el artículo 103.3 CE, en relación con su artículo 23.2, lo subordina a las circunstancias de mérito y capacidad, para cuya determinación y valoración han de reconocerse amplias facultades a la Administración, consecuencia de las que tiene para organizar los servicios para el mejor cumplimiento de los fines públicos.—II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: 1. *Sometimiento al control de la Jurisdicción contencioso-administrativa de la Instrucción 006/1982, del Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada, sin que sea oponible que versa sobre mando y organización militar.—III. DERECHOS: 1. *Las discrepancias entre el funcionario y la Organización administrativa a que pertenece, con base en la relación de servicio, quedan excluidas del procedimiento preferente y sumario de la L. 62/78. Modificación de horario de trabajo y supresión de complemento retributivo de un Secretario municipal.* 2. *Profesores de EGB. Turno de consorte. La tesis de que no es la calidad de funcionario la que sustenta el derecho de consorte, sino la naturaleza pública del ente en que se prestan los servicios, carece de cobertura legal suficiente e implicaría una extensión y expansión de un derecho excepcional y privilegiado en perjuicio de interesados en idéntica situación funcional. Consorte de empleado de RTVE sujeto a la legislación laboral.* 3. *Subinspectores de Tributos. Retribuciones complementarias. Legalidad. Competencia CPS.* 4. *Extensión de las pensiones de viudedad y orfandad a aquellas situaciones extramatrimoniales que no pudieron ser legalizadas en su momento. Fallecimiento anterior a la Ley 30/81.* 5. *Derecho de los Profesores de Enseñanzas Técnico-Profesionales a la proporcionalidad 8 y coeficiente 3,6.* 6. *El derecho a libre sindicación, o a la asociación en los Cuerpos de funcionarios públicos, no se reduce a poder integrarse en las asociaciones, o fundar otras nuevas, sino en ejercitar en ellas los derechos que le son propios y para cuya defensa han sido construidas. Ilegalidad, por contrario a este derecho fundamental, de acuerdo del Jefe de la Policía municipal que ordenaba la retirada de un acuerdo de la Asociación de funcionarios que contenía críticas a la gestión de aquél.* 7. *No hay norma jurídica alguna, ni siquiera el artículo 14 CE, en virtud de la cual todas***

las categorías de funcionarios con la misma titulación al servicio de la Administración pública han de tener asignado el mismo coeficiente multiplicador.—IV. INCOMPATIBILIDADES: 1. En el proceso de la Ley 62/78 no se puede decidir si la privación de un puesto de trabajo en cumplimiento de una Ley de Incompatibilidades constituye una expropiación y procede una indemnización. El artículo 14 CE prohíbe la discriminación, pero no la diferenciación entre situaciones objetivas distintas. Integración en el INS de médicos y ATS que prestaban servicios en Hospitales Clínicos. 2. El derecho al percibo de indemnización por un policía nacional retirado por inutilidad física en acto de servicio, al amparo de la Ley 19/74, es compatible con la pensión reconocida conforme a la Ley 50/84. 3. El informe a que se refieren los artículos 9 Ley 53/84 y 6.1 RD 30 de abril de 1985 sólo es exigible en aquellos supuestos excepcionales en que la Ley citada autoriza a desempeñar un segundo puesto de trabajo en el sector público. Incompatibilidad de Profesor de EGB y funcionario Practicante APD. 4. Procedencia de sanción por haber efectuado declaraciones a un periódico criticando a sus superiores, con incumplimiento de los deberes de colaboración leal, subordinación y respeto para con aquéllos, como asimismo de sigilo profesional. 5. Inexistencia de desviación de poder en la declaración de incompatibilidad. La manifestación de parte acerca del puesto principal debe ceder frente a lo que acredita el conjunto de las actuaciones.—V. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Principio de subordinación de los actos sancionatorios de la Administración a la Autoridad judicial. Prohibición de sancionar administrativamente a un funcionario por hechos que están siendo enjuiciados por la jurisdicción penal. 2. Aplicación en la esfera local de la Ley 30/84 en materia disciplinaria. Supresión entre las infracciones de la falta de probidad. atentado grave a la dignidad de la Administración, comportamiento incivil y desabrido de Policía. 3. La suspensión preventiva del inculcado en un procedimiento disciplinario como medida cautelar es admisible, con carácter excepcional, con fundamento razonable, proporcionada a la trascendencia de las infracciones imputadas, motivada suficientemente y temporalmente limitada. Ante el silencio de la legislación local sobre este último extremo habrá que aplicar el límite de seis meses que fija la legislación estatal. 4. Infracción. Hechos de escasa trascendencia práctica y sin intencionalidad torticera. Extracción de carpetas de las Oficinas municipales por el Secretario de la Corporación para que el anterior Alcalde procediera a firmar diversos mandamientos de pago que no había firmado en su momento. Proporcionalidad entre los hechos y la sanción. Disminución de ésta a pérdida de veinte días de remuneración. 5. Siendo el régimen disciplinario de carácter cuasi penal en el que rigen los mismos principios informadores que éste como los de tipicidad, imputabilidad y culpabilidad, también ha de aplicarse el principio de retroactividad de la Ley más favorable. Anulación de sanción por aplicación retroactiva del RD 33/1986.

I. SELECCIÓN

1. *Publicidad de las Bases de la convocatoria. Si bien el conocimiento de la lengua propia de una C. A. puede ser considerado como un mérito a los meros efectos de mejorar la puntuación obtenida, no cabe atribuirle carácter excluyente o equipararlo en su valoración a las restantes pruebas sin infringir el principio de igualdad.*

«En la problemática de esta apelación aparecen cuestiones ya resueltas por esta Sala en sentencias anteriores, como lo son las de 17 de febrero, 26 de septiembre y 14 de noviembre del año en curso, relacionadas con los principios formales o de publicidad y materiales, y con la legalidad aplicable al caso, siendo de señalar con relación a aquéllos que la citada sentencia de 26 de septiembre hace un ponderado análisis de la necesidad de publicidad de

las Bases de la convocatoria, y concretamente del temario por el que se habría de regir la primera de las pruebas señaladas en las Bases, todo lo cual fue omitido en el anuncio de convocatoria aparecido en el "Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña" de 18 de noviembre de 1983, que se limita a insertar la Orden de la Consejería de Comercio y Turismo de 28 de septiembre anterior, manifestando su artículo 4.º que *"las Bases y otros documentos referidos a la presente convocatoria serán expuestos en el tablón de anuncios de la Secretaría General del Departamento"* citado, cuya dirección en la ciudad de Barcelona facilita; tal planteamiento infringe, cual se señala en la referida sentencia de esta Sala y en la citada finalmente, el principio de publicidad que recoge el artículo 4.º de la Generalidad de Cataluña, de 4 de junio de 1981, y crea una situación de desigualdad entre los distintos y posibles concurrentes, incompatible con la promoción de las condiciones de igualdad que postula el párrafo segundo del artículo 9.º de la Constitución, lo que determina sea preciso desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de instancia por lo que a este motivo de impugnación se refiere.

Ya ello sería suficiente para eludir el examen de las demás cuestiones, las de fondo, en autos planteados, siendo de señalar que ellas han sido abordadas reiteradas veces por esta Sala en numerosas sentencias, desde la ya citada de 17 de febrero del año en curso, siendo de señalar que la segunda de las recaídas con esa fecha aborda, juntamente con el tema de los administrativos, el de la convocatoria de una plaza de subalterno para el Servicio de Biblioteca y Patrimonio Bibliográfico de la Dirección del Patrimonio Escrito y Documentos, cuestión completamente similar a la de autos, en cuanto la calidad del cargo a servir es la misma, variando únicamente el Departamento, razón por la cual es pertinente aplicar la misma doctrina en tales sentencias expuesta, de lo que resulta tanto el carácter preferente de aquellas personas que integran los cuerpos de esta naturaleza, si lo solicitan, dándoles ocasión para ello, como la preferencia del sistema de interinidad de cobertura, aparte de lo restrictivo del sistema de contratación que resulta del Real Decreto-ley de 30 de marzo de 1977 y puso de relieve la doctrina de esta Sala, concretada, entre otras, en la sentencia de la misma de 21 de febrero del corriente año; y como nada de ello resulta respetado, por cuanto no consta ni la existencia de funcionarios de cuerpo cuestionado ni la imposibilidad de cubrir la vacante interinamente, ni, finalmente, se dan las circunstancias exigidas por la normativa específica contenida en el Real Decreto-ley citado, puesto que, como se indica en la citada sentencia y en las que la sirven de antecedente, se va a la cobertura indefinida de un puesto estable; se está en el caso de desestimar también este motivo del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Generalidad de Cataluña contra la sentencia de la Sala Territorial Segunda de Barcelona de 27 de marzo de 1985, que estimó el recurso jurisdiccional interpuesto por el representante de la Administración estatal.

Como tercer motivo de impugnación de la sentencia de instancia, alega la representación de la Generalidad de Cataluña el desconocimiento que hace la citada sentencia del carácter de lengua oficial del catalán y de la obligación de la citada Generalidad de garantizar su uso y asegurarse su conocimiento, creando las condiciones necesarias para la plena igualdad de ambos idiomas oficiales en Cataluña; pero tal planteamiento, que la citada representación procesal realiza en una extensa alegación, no puede ser tomado en consideración, y ello tanto por ignorar algo tan esencial en materia de acceso a la función pública, como son los principios de igualdad y capacidad (arts. 23 y 103 de la Constitución), como por desconocer los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto, siendo de señalar, como recoge la sentencia de éste de 5 de agosto de 1983, que *"una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales y estatutarios lleva, por una parte, a considerar el conocimiento de la lengua propia de la Comunidad como un mérito para la provisión de vacantes, pero, por otra, a atribuir el deber de conocimiento de dicha lengua a la Administración Autónoma en su conjunto, no individualmente a cada uno de sus funcionarios, como modo de garantizar el de-*

recho a usarla por parte de los ciudadanos de la respectiva Comunidad", añadiendo todavía que "la valoración relativa de dicho mérito no tiene su fundamento en la implantación real de la lengua en cuestión, sino en la necesaria garantía del derecho a usarla"; esta hermenéutica de la consideración de la lengua de una Comunidad en las pruebas de acceso a la Función Pública, aunque sea como mero contratado, no aparece respetada en el concurso objeto de consideración en autos, pues, aunque es cierto que la prueba no aparece concebida como eliminatoria, tampoco aparece separada de las restantes, configurándola como voluntaria a meros efectos de mejorar la puntuación en función del mérito de tal conocimiento, y, además, se le otorga no una valoración relativa, como señala la citada sentencia del Tribunal Constitucional, sino fundamental al equipararla a las restantes pruebas, particular éste que rompe el principio de igualdad que debía presidir la convocatoria al decantar manifiestamente el resultado a favor de quien o quienes acreditasen la posesión de este mérito.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 5 diciembre 1986.)

2. *Conservación de los actos de un Tribunal de oposiciones a funcionario municipal pese a haber sido nombrado miembro del mismo en representación del Profesorado Oficial, quien no ostentaba esta condición al no haber actuado dicho miembro, sino el suplente, que sí reunía dicha condición, y haber sido adoptados todos los acuerdos por unanimidad.*

«En la presente apelación se cuestiona la corrección jurídica de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de La Coruña de 26 de noviembre de 1984 (Recurso 271/82), que declaró inadmisibles el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Universidad de Santiago de Compostela contra la resolución de la Alcaldía de Oleiros de 9 de diciembre de 1981 ("Boletín Oficial" de 9 de enero de 1982), que establecía la composición, entre otros, del Tribunal de la oposición convocada para la provisión de una plaza de Técnico de Administración General de la citada Corporación Municipal.

Para adecuada comprensión de lo que luego ha de decirse importa retener lo siguiente: a) Una Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 16 de julio de 1975 atribuye a los Rectores de Universidad competencia para designar los miembros del Profesorado Oficial del Estado que deban formar parte de los Tribunales de pruebas selectivas de funcionarios de las Corporaciones locales, nombramiento que debía recaer precisamente entre los funcionarios de los Cuerpos docentes universitarios (no hay lugar a plantear la cuestión de la prevalencia o no de esta norma —que trae causa del art. 77.3 de la Ley General de Educación, a través del Decreto 3855/70, de 31 de diciembre— sobre el art. 235.4 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local de 30 de mayo de 1952, que atribuye al Instituto de Administración Local esa designación cuando se trate de poblaciones en que existan secciones del mismo, pues consta que en Oleiros no existe esa sección de que habla el precepto). b) La convocatoria de las pruebas selectivas de que aquí se trata (publicada en el "Boletín Oficial de la Provincia" de 4 de junio de 1981 y —por remisión— en el "Boletín Oficial del Estado" de 21 de julio de 1981) decía que entre los miembros del Tribunal figurará un representante del representante oficial designado por el Instituto de Estudios de Administración Local. c) La impugnación que la Sala de Primera Instancia declara inadmisibles plantea —en lo que ahora importa— dos cuestiones: que la competencia es del Rector y no del Instituto y que el vocal titular designado no es un profesor universitario, sino un Interventor de Administración Local (en cambio, el vocal suplente sí es profesor universitario, lo que conviene destacar por lo que luego se verá).

La Sala de Primera Instancia declara inadmisibles el recurso, viniendo a decir, en esencia, que al no haberse impugnado la convocatoria, sino el acto

de nombramiento de los vocales, el principio del acto consentido impide entrar a conocer del fondo del asunto. Lo cierto es, sin embargo, que *el recurso interpuesto aborda —en lo que ahora interesa— dos cuestiones distintas, como se ha dicho: la competencia del Rector que prevalece en el caso sobre la del Instituto y la condición de profesor que debe tener el designado. Y es claro que, en cuanto a esta segunda cuestión, el momento procesal oportuno para la impugnación era el elegido.* De manera que la Sala de Instancia debió entrar a conocer del asunto y debe revocarse en cuanto no lo hace. Y es claro que *no constando que el Interventor de Administración Local designado tenga la condición de profesor universitario el acto estaba viciado, porque la misma naturaleza de las cosas impone que sea un profesor universitario quien ostente la representación del correspondiente colectivo.* Por lo que el acto debe ser anulado en cuanto a este concreto extremo. No hay lugar a considerar, en cambio, el problema de la prevalente competencia del Rector sobre el Instituto de Administración Local, aunque —aun admitiendo, como la misma Sala de Primera Instancia lo ha admitido en casos análogos, la competencia del Rector— la convocatoria podría ser válida en los términos en que está redactada siempre que el citado nombramiento hubiera tenido lugar *con intervención del Rector*, lo que al parecer aquí no ha tenido lugar.

Pese a la existencia del vicio apuntado, las actuaciones sucesivas —como el mismo acto impugnado, en lo demás— no deben ser anuladas, sino que deben mantenerse por aplicación del *principio de conservación del acto administrativo* proclamado en el artículo 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Y ello por lo siguiente, que resulta de las actas de la práctica de los tres ejercicios de que consta la oposición, actas que obran a los folios 114 a 117 del expediente administrativo: *a) El vocal que intervino en dichas pruebas fue precisamente el que tenía la condición de profesor universitario. b) La opositora designada obtuvo en los tres ejercicios el número 1. c) La votación tuvo lugar por unanimidad. Ninguna razón hay para anular estas actuaciones, pues la anulación del acto viciado ninguna consecuencia produce en las mismas. De manera que, incluso aunque se anule —y sólo puede serlo en el caso de autos por la causa indicada, ya que la cuestión de la no intervención del Rector se planteaba extemporáneamente— como si se hace, las actuaciones restantes deben ser conservadas y no procede la estimación del recurso en esta parte.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 10 diciembre 1986.)*

3. *Selección. No es tarea de la Administración asumir la valoración y ponderación de los méritos, puesto que la misma está encomendada a las llamadas Comisiones técnicas. Todo lo más que cabe conceder al órgano directivo inserto en la organización administrativa es el control de los hechos y de la legalidad de la opinión técnica del Tribunal, pero no puede sustituirse a la Comisión y hurtarle las tareas que por Ley se le confieren y por nombramiento legal se le atribuyen.*

«La resolución de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación de 21 de mayo de 1985, que revoca resolución anterior del mismo centro directivo de 30 de agosto de 1984, que nombraba Profesores Titulares de Universidad, ordenó a la Comisión calificadora que juzgó la prueba y formuló la correspondiente propuesta de nombramientos que fijara unos criterios de valoración que antes no habían sido tenidos en cuenta, en particular en la materia relativa a las prioridades a que hace referencia el artículo 16.1 de la Orden de convocatoria de 2 de febrero de 1984, y que una vez fijados emitiera nuevo juicio de valoración de méritos de quienes habían recurrido; con esto y por vía de recurso, la Administración opera con corrección legal, limitándose a imponer el uso de unos criterios de valoración objetivos que, siendo de obligada observancia y aplicación, no habían sido tenidos en cuenta, pero sin aplicarlos directamente, como en el recurso de la interesada se pro-

pugna, invocándose para ello que en el expediente existen sobradas pruebas de su idoneidad, pues no es tarea de la Administración asumir la valoración y ponderación de méritos, puesto que la misma está encomendada a las llamadas Comisiones técnicas, de gran tradición en la materia, cuyo ámbito legal, conferido por disposición de este rango, no es imposible invadir sin incurrir en notoria incompetencia; así que es vano el intento de obligar al centro directivo de referencia a producir un nombramiento a espaldas y sin el concurso de la Comisión nombrada por la propia Administración, debiendo ponerse de relieve que tal nombramiento no ha sido revocado por ella; todo lo más que cabe conceder al órgano directivo inserto en la organización administrativa es el control de los hechos y de la legalidad de la opinión técnica de la Comisión, y ni siquiera esta parcela es pacífica, pues se discute el grado de vinculación de la opinión de la Comisión con respecto a la Administración, pero no puede sustituirse a la Comisión y hurtarle las tareas que por Ley se le confieren y por nombramiento legal se le atribuyen; es cierto que otros interesados que no recurrieron porque alcanzaron nombramientos no van a ser juzgados por los nuevos criterios objetivos que se ordenan establecer, mas ello no acarrea la nulidad de tales nombramientos porque a dichos interesados no se les puede obligar a actuar contra sus propios actos; si no recurrieron, ha de estarse para ellos al nombramiento alcanzado por ellos; la aquí recurrente sólo alcanza volver a ser examinada por el hecho de no habersele aplicado criterios objetivos, pero no alcanzó la nulidad total de la orden de nombramientos, por lo que su recurso de apelación debe ser desestimado en cuanto va dirigido a que la propia autoridad administrativa le nombre, declarándole sin competencia idónea.

No existen razones, ni se alegan, para que la Comisión que deba valorar los méritos aducidos, contrastándolos con los nuevos criterios de valoración de carácter objetivo que se ordenan seguir, sea removida de sus tareas y sustituida por otras, pues ni en vía administrativa así se pidió ni puede operar causa de recusación alguna que aparte sus miembros de su misión; en este particular comete error la sentencia apelada y procede acoger el recurso de apelación que interpone el Letrado del Estado, ya que el dato de haber cometido una omisión en la fijación de los criterios valorativos, así como indeterminación y ambigüedad en su forma de aplicación, en ningún modo implica descalificación de la Comisión, cuya tarea seguirá por sus cauces, y sobrados medios de control existen para mantenerle en el cumplimiento de sus tareas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 28 enero 1987.*)

4. *Los supuestos de excepción admisibles dentro del marco del principio de igualdad, sin que comporten discriminación, tienen mayor amplitud cuando aquél se refiere al derecho de acceso a la función pública, por cuanto el artículo 103.3 CE, en relación con su artículo 23.2, lo subordina a las circunstancias de mérito y capacidad, para cuya determinación y valoración han de reconocerse amplias facultades a la Administración, consecuencia de las que tiene para organizar los servicios para el mejor cumplimiento de los fines públicos.*

«El principio de igualdad que establece el artículo 14 de la Constitución no es un concepto absoluto y cerrado, pues existe la posibilidad de que, ante situaciones distintas o por motivos razonables y adecuados al fin perseguido, la disposición general o el acto administrativo establezcan un tratamiento desigual, pero no discriminatorio, supuestos de excepción que tienen mayor amplitud cuando el principio de igualdad se refiere al derecho de acceso a la función pública, por cuanto el artículo 103.3 de la Constitución, en relación con su artículo 23.2, lo subordinan a las circunstancias de mérito y capacidad, para cuya determinación y valoración han de reconocerse amplias facultades a la Administración, consecuencia de las que tiene para organizar los servicios

en la forma más adecuada para el cumplimiento de los fines públicos, y, por tanto, para seleccionar a los funcionarios que considere más aptos para ello, siendo cuestión de legalidad ordinaria decidir en cada caso qué méritos, en qué forma y en qué cuantía deben ser valorados, cuestión de legalidad ordinaria que quedará rebasada cuando en forma manifiesta se desconoce la norma legal con rango suficiente en que ya están determinados y cuantificados esos méritos y aquellos otros en que la actuación de la Administración responde a criterios puramente arbitrarios y caprichosos.

Como antecedentes legislativos que guardan relación con la cuestión controvertida, interesa destacar: 1.º El artículo 110.1 de la Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970 estableció el acceso directo al Cuerpo de Profesores de Educación General Básica desde las Escuelas Universitarias, sin necesidad de pruebas posteriores, en los casos de expedientes sobresalientes en sus estudios. 2.º El Decreto de 7 de febrero de 1974 concretó los requisitos y condiciones para el acceso directo. 3.º El artículo 19 de la Ley de Reforma de la Función Pública estableció como sistemas de selección del personal los de concurso, oposición o concurso-oposición libre, previendo en su artículo 1.2 normas específicas en desarrollo de la Ley para adecuarla a las peculiaridades, entre otros, del personal docente. 4.º Para el cumplimiento de esta norma, con carácter provisional, se dictó el Real Decreto de 14 de marzo de 1986, que en su disposición transitoria establece la discutida exención de la prueba de conocimientos específicos, para los aspirantes de la undécima promoción, en las tres primeras convocatorias, que reúnan las condiciones exigidas para el acceso directo por el Decreto de 7 de febrero de 1974, en un número equivalente al 10 por 100, exención más tarde recogida en la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 18 de marzo de 1986 y en la de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía de fecha 26 del mismo mes.

Teniendo en cuenta la doctrina y antecedentes legislativos señalados, se llega a la conclusión, de una parte, que no existe una disposición legal que concrete para el personal docente las condiciones de mérito y capacidad para acceder al desempeño de dicha función, ni, por tanto, infracción manifiesta de la misma; de otra, que la valoración de los expedientes académicos sobresalientes en sustitución de la prueba sobre unos conocimientos específicos ampliamente acreditados en la carrera no puede conceptuarse como arbitraria y caprichosa, faltando, en consecuencia, los presupuestos para la prosperabilidad de la acción ejercitada por el cauce procesal especial de la Ley 62/1978, sobre protección de los derechos fundamentales de la persona, sin perjuicio de las cuestiones de legalidad ordinaria que puedan suscitarse en relación con dicha exención.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 16 marzo 1987.*)

II. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

1. *Sometimiento al control de la Jurisdicción contencioso-administrativa de la Instrucción 006/1982, del Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada, sin que sea oponible que versa sobre mando y organización militar.*

«El auto impugnado de la Sala Cuarta de la Audiencia Territorial de Madrid declara la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Instrucción número 006/1982, del Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada, de 8 de noviembre, sobre organización en la sucesión de mandos, jefaturas y cargos directivos en general referentes a la Fuerza Naval, por entender que está incluido en el artículo 2.º de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, por no ser materia administrativa, y, por tanto, fuera de su control los actos políticos que afectan al mando y organización militar, cual lo es la instrucción recurrida; mas la exclusión del control jurisdiccional que regula tal precepto no se refiere a todos los actos dictados en el ejercicio de la potestad organizativa militar (como afirma el auto recurrido), sino

los actos políticos del Gobierno, como son los relativos al mando y organización militar, por lo que se ha venido interpretando por la jurisprudencia han de ser actos dictados por el Gobierno en pleno, por el Consejo de Ministros, y no por otro órgano del mismo: en este caso no se ha dictado por el Consejo de Ministros, sino por el Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada, en virtud de atribuciones delegadas por Real Decreto, lo que impide la aplicación de ese precepto limitativo de la competencia de la jurisdicción ordinaria contencioso-administrativa; y con posterioridad a la vigencia de la Constitución, tanto su artículo 24.1, que concede la tutela efectiva por los Jueces y Tribunales, como el 106, control de la potestad reglamentaria, legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, y el artículo 8.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial han incluido decididamente estas regulaciones en el ámbito de la revisión jurisdiccional, en cuanto su adecuación al ordenamiento jurídico, por lo que es admisible el recurso para examinar esa adecuación a derecho, como ya se dijo en sentencia de esta Sala de 22 de septiembre de 1986, recurso 551/1986.

Por otra parte, la instrucción recurrida pudiera no tener la naturaleza jurídica de acto, sino de disposición general, lo que privaría de competencia a la Sala que dictó el auto apelado para la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso planteado; esta cuestión sobre la naturaleza de la Instrucción recurrida, que afecta directamente a la competencia del Tribunal que ha de conocer del recurso, ha de someterse a la consideración de las partes antes de resolver sobre la misma, a los efectos de que los interesados puedan ejercitar su derecho ante el Tribunal competente, por lo que así se acuerda.» (*Auto de la Sala 5.ª, 19 enero 1987.*)

III. DERECHOS

1. *Las discrepancias entre el funcionario y la Organización administrativa a que pertenece, con base en la relación de servicio, quedan excluidas del procedimiento preferente y sumario de la L. 62/78. Modificación de horario de trabajo y supresión de complemento retributivo de un Secretario municipal.*

«En relación con los acuerdos municipales que establecieron un determinado horario en las oficinas municipales y suprimieron una retribución complementaria, ambos deben de ser encuadrados, como bien hace la sentencia apelada, en el marco de la potestad autoorganizativa municipal, y si los funcionarios se muestran disconformes con tal actuación municipal, el recurso contencioso-administrativo ordinario es el procedente para dirimir la conformidad jurídica de tales decisiones municipales; en este sentido, la sentencia de esta Sala de 7 de abril de 1986 ha venido a establecer que las discrepancias entre el funcionario y la organización administrativa a la que pertenece, con base en la relación de servicio, quedan excluidas del procedimiento preferente y sumario que estatuye la Ley 62/78 y remitidas al contencioso-administrativo ordinario.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 20 enero 1987.*)

2. *Profesores de EGB. Turno de consorte. La tesis de que no es la calidad de funcionario la que sustenta el derecho de consorte, sino la naturaleza pública del ente en que se prestan los servicios, carece de cobertura legal suficiente e implicaría una extensión y expansión de un derecho excepcional y privilegiado en perjuicio de interesados en idéntica situación funcional. Consorte de empleado de RTVE sujeto a la legislación laboral.*

«La sentencia de 1 de diciembre de 1983 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Albacete no contiene doctrina

ni conclusión acorde con el Ordenamiento Jurídico para apoyar en ella la revisión de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Zaragoza, al amparo del artículo 102.b), párrafo 1.º, de la Ley de esta Jurisdicción. Ambas sentencias se contradicen entre sí con respecto a litigantes en idéntica situación a propósito de la aplicación de la misma normativa; mas la conclusión a que llega la sentencia de Albacete, traída aquí como contraste e invocada en primera instancia como de aplicación al caso, se hace insostenible al propugnar la tesis de que basta la calidad de empleado de un Ente Público, que en el caso es un empleado fijo de RTVE, para que su cónyuge pueda invocar en concursos de traslado el llamado derecho de consorte; la doctrina acertada no puede ser ajena a la calidad del vínculo que el consorte del concursante tenga con la Administración de quien dependa para que este derecho de consorte se ponga en marcha y alcance su finalidad; la tesis de que no es la calidad de funcionario la que sustenta el derecho de consorte, sino la naturaleza pública del Ente u Organismo en que se prestan los servicios, carece de cobertura legal suficiente e implicaría una extensión y expansión de un derecho excepcional y privilegiado en perjuicio de interesados en idéntica situación funcional; ni en el Estatuto de RTVE ni en ningún otro sitio se reconoce al personal vinculado a la citada Entidad por una relación de especial sujeción laboral de derecho a que su consorte pueda alegar frente a sus iguales —en el caso, Profesora de Educación Básica— un privilegio en el concurso de traslado; ni el artículo 57 de la Ley de 17 de julio de 1945, que se invoca como aplicable al caso, ni la normativa que le desarrolla, notoriamente los Decretos de 18 de octubre de 1957 y 5 de febrero de 1959, amparan a la concursante a extender su derecho de consorte más allá de la calidad de funcionario público, y no existe duda de que su esposo no es funcionario público estando sometido a una singular ordenación laboral, por lo que el recurso de revisión está condenado al fracaso y debe ser desestimado; no es la finalidad que quiera alcanzarse a través de esta especial técnica de concursos de traslado lo que justifica el derecho, sino la especial declaración legal de que el derecho de consorte se reconoce, pues, al fin y al cabo, las consecuencias del mismo las ha de padecer un tercero a quien de manera indirecta se le impone una atenuación en su derecho ordinario, como en síntesis lo entiende la sentencia de la Sala de lo Contencioso de Zaragoza que aquí se impugna.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 21 enero 1987.*)

3. *Subinspectores de Tributos. Retribuciones complementarias. Legalidad. Competencia CPS.*

«La Ley 30/84 de Reforma de la Función Pública dispone en su artículo 9.º que la Comisión Superior de Personal ejercerá la competencia y funciones que le atribuye la legislación vigente; no da, pues, norma alguna, sino que mantiene las competencias y funciones existentes en el momento de su promulgación, que conforme a la Ley Articulada de funcionarios civiles del Estado, artículo 18, sin informar preceptivamente, sobre la aprobación de plantillas orgánicas y puestos de trabajo (art. 14); y el Decreto 3800 de 1964, en su artículo 5.º, atribuye a la citada Comisión aprobación de las plantillas orgánicas y la clasificación de los puestos de trabajo en los Departamentos ministeriales (número 3) y la clasificación de los puestos de trabajo correspondientes a los Cuerpos Generales en los distintos departamentos de la Administración Pública; y el Real Decreto 453/1985, de 6 de marzo, sobre composición y funciones de la Comisión Superior de Personal, que responden a su configuración como órgano de coordinación, documentación y asesoramiento para la elaboración de la política de personal en el ámbito de la Administración del Estado, y recoge las competencias más relevantes establecidas en la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y las que le corresponden de acuerdo con la legislación vigente, en su artículo 2.b), dispone es de su competencia la emisión de informes preceptivos sobre los proyectos de normas de general

aplicación a la función pública; el informe sobre propuestas de acuerdos que, por su singular importancia, sea aconsejable someter a su consideración, ya no es preceptivo; y el artículo 5.º, también con carácter preceptivo, el informe sobre los proyectos de disposiciones de carácter general que afecten al personal de la Administración Civil del Estado y sus Organismos Autónomos; y los proyectos de normas de desarrollo de las disposiciones anteriores, en el marco de la política general presupuestaria y económica, las directrices a que deberán ajustarse los gastos de personal de la Administración del Estado, así como autorizar cualquier medida que pueda suponer modificaciones en el gasto; no está, por tanto, incluido el proyecto de una retribución concreta y determinada, el complemento específico de unos funcionarios, que no es norma de general ampliación a la función pública en su fijación cuantitativa, ni directriz de gastos de personal; las sentencias que cita no reconocen la necesidad imperativa de dicho informe: la de 14 de mayo de 1985 no trata de la intervención de la Comisión Superior de Personal, ni de materia de funcionarios, y la de 6 de noviembre de 1985 se dictó en relación con la fijación de sueldo y trienios, retribuciones básicas de los funcionarios, distinto de lo que aquí se plantea y discute; por tanto, la anulación del acuerdo recurrido por esa falta de informe ha de ser rechazada, al no haber incurrido en esa infracción del ordenamiento jurídico.

La petición subsidiaria, que en su configuración en el suplico argumental de la demanda reconduce a la pretensión anterior, al solicitar se efectúe nuevamente la determinación de la cuantía del complemento específico con previo informe de la Comisión Superior de Personal, la basa la recurrente en la desproporción entre la señalada a los Subinspectores y a los Inspectores, desproporción que es contraria a la Ley 30/84, y se apoya en una desviación de poder por parte de la Administración; la diferente regulación que pueda haber entre la Ley 30/84 y la de Presupuestos Generales del Estado para 1985 no puede fundar la disconformidad de lo regulado con el Ordenamiento Jurídico; la jurisdicción contencioso-administrativa no conoce de la inadecuación de las leyes, sino que ha de aplicar éstas, por mandato de dicha Ley y del artículo 117.1 de la Constitución española, al estar los Jueces y Magistrados sometidos al imperio de la Ley; y las leyes se derogan por otras posteriores (art. 2.2 del Código Civil), y no puede aceptarse que el no cumplimiento por la Ley de Presupuestos, posterior a la 30/84, sea una vulneración del Ordenamiento Jurídico, al no haber una contradicción con disposición de rango superior; por tanto, sólo queda examinar y decir si ha existido esa desproporción denunciada, si la misma es causa de anulación o si se ha dado la desviación de poder en la Administración al regular este complemento y determinar la cuantía del mismo en relación con los miembros de la Asociación recurrente.

La proporcionalidad entre las retribuciones de los distintos puestos de trabajo está contemplada en la Ley de Presupuestos para 1985 como en relación con la retribución total, no separadamente sobre esta concreta por complemento específico; y, así, la proporción con los Inspectores Jefes, de 1,85 que dicen los recurrentes, no se entiende sea improcedente, cuando existe una dependencia funcional y no hay regla concreta alguna que permita jurídicamente fijar otra proporción; y la desviación de poder, como ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico, no se trata de justificar con ninguna prueba, ni siquiera alegación fundada; los fines son la buena marcha del servicio, y no parece se trate de lograr una dificultad en el ejercicio de la inspección tributaria, ni perjudicar arbitrariamente a los recurrentes; lo que lleva a la desestimación del recurso en su integridad.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 29 enero 1987.*)

4. *Extensión de las pensiones de viudedad y orfandad a aquellas situaciones extramatrimoniales que no pudieron ser legalizadas en su momento. Fallecimiento anterior a la Ley 30/81.*

«Es doctrina reiterada de esta Sala, en lo que respecta a la cuestión de coparticipación de pensiones de viudedad y orfandad, que en el caso de uniones extramatrimoniales que no pudieron ser legalizadas por estar casado cualquiera de los convivientes y no encontrarse admitido en nuestro ordenamiento positivo el divorcio como causa de disolución del matrimonio, extender, al que sobreviva de aquéllos, el régimen de pensiones en concurrencia con el legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante siempre que el fallecimiento de éste hubiese acaecido con anterioridad a la vigencia de la Ley 30/81, dado que su Disposición Adicional 10.2 dispone que quienes no hubiesen podido contraer matrimonio por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubiesen vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de la Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el artículo 1 de la disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente —sentencias de esta Sala de 15 de julio y 12 de septiembre de 1986, entre las más recientes.

Acreditado en el expediente administrativo que el Comandante don José María S. F., causante de la pensión discutida, falleció en Madrid el 25 de febrero de 1981 —antes de entrada en vigor de la Ley 30/81, de 7 de julio— y que la convivencia con su esposa y recurrente cesó, pasando a convivir, el expresado señor, con doña María de los Angeles W. y de R. desde el año 1961 hasta su fallecimiento (como se acredita con la certificación del Secretario General del Ayuntamiento de Madrid de fecha 25 de octubre de 1983, en la que consta que en los diferentes empadronamientos municipales, hasta el año 1981, aparece conviviendo la citada doña María de los Angeles con el causante en diferentes domicilios —folio 27—, así como que la expresada señora prestó su conformidad para la práctica de la autopsia *post mortem* del fallecido —folio 28—, e igualmente aparece acreditada dicha convivencia de hecho por declaración de testigos —folios 39, 40 y 41 del expediente—, y también por el nacimiento de dos hijos, los cuales aparecen inscritos en el Registro Civil como hijos del difunto y de la convivente, por declaración del propio causante al tiempo de su inscripción —partidas de nacimiento literales, folios 35 y 36—), apareciendo convivente y causante, en todo momento y ante todo el mundo, como si unidos por vínculo matrimonial estuviesen, con todo lo cual resultan concurrentes, en el caso enjuiciado, los presupuestos exigidos por la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/81, esto es, convivencia con el causante, fallecimiento de éste con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley antes citada y, como consecuencia, imposibilidad de contraerse matrimonio entre ambos por impedirlo la legislación anterior en razón a la existencia de vínculo matrimonial con la recurrente, con la que contrajo matrimonio canónico el 8 de abril de 1944, y siendo la razón de dicha Disposición Adicional el extender el régimen de pensiones de viudedad y orfandad a aquellas uniones extramatrimoniales estables que no pudieron ser legalizadas o regularizadas, procede declarar, como se efectúa en los actos recurridos, el derecho de doña María de los Angeles W. y de R. a participar, proporcionalmente al período de convivencia, en la pensión causada por el fallecimiento del Comandante Honorífico don José María S. F.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 9 febrero 1987.*)

5. *Derecho de los Profesores de Enseñanzas Técnico-Profesionales a la proporcionalidad 8 y coeficiente 3,6.*

«La problemática litigiosa que plantea el presente proceso gira en derredor del reconocimiento a las recurrentes —Profesoras de Enseñanza y Activida-

des Técnico-Profesionales— de la proporcionalidad 8 y coeficiente 3,6, peticionado en vía administrativa y denegado presuntamente por la Administración en los acuerdos recurridos, mas como quiera que este concreto tema fue específicamente resuelto en la sentencia dictada por esta Sala con fecha 13 de junio de 1984, es por lo que resulta obligado, tanto en aplicación del principio de unidad de doctrina como por ser ajustada al ordenamiento la interpretación en aquel entonces formulada, resulta obligado, decimos, sin necesidad de mayores comentarios, abundar en el criterio establecido en aquella resolución, para, en consecuencia, declarar el derecho de las recurrentes a la proporcionalidad y coeficiente solicitados, incluso con efectos desde la fecha pretendida, debiendo hacer notar, habida cuenta las alegaciones deducidas por el Letrado del Estado, que la conclusión apuntada no se produce en aplicación del artículo 86.2 de la Ley Jurisdiccional, sino de la concreta normativa representada por la Ley 8/81, de 21 de abril, y Real Decreto 972/83, de 2 de marzo, a cuyo tenor, además, los efectos económicos se producen desde el día 1 de enero de 1981, en virtud de la remisión que la disposición final del Real Decreto hace a la disposición final primera de la Ley, y advirtiendo finalmente que la eficacia del reconocimiento no puede quedar mediatizada o limitada por lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 11/77, de 4 de enero, de Administración y Contabilidad del Estado —General Presupuestaria—, al no haber transcurrido en la fecha de las respectivas peticiones el plazo establecido para la prescripción del hecho.» (*Sentencia de la Sala 5.º, 28 febrero 1987.*)

6. *El derecho a libre sindicación, o a la asociación en los Cuerpos de funcionarios públicos, no se reduce a poder integrarse en las asociaciones, o fundar otras nuevas, sino a ejercitar en ellas los derechos que le son propios y para cuya defensa han sido construidas. Ilegalidad, por contrario a este derecho fundamental, de acuerdo del Jefe de la Policía Municipal que ordenaba la retirada de un acuerdo de la Asociación de Funcionarios, que contenía críticas a la gestión de aquél.*

«La cuestión que ha de ser decidida en esta sentencia, por' apelación de la pronunciada en 9 de mayo de 1986 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla, consiste en si la orden del Jefe de la Policía Municipal de Ceuta, sobre retirada del tablón de anuncios de la Asociación Profesional de la Policía Municipal de Ceuta, en el que se contenía un acuerdo de la Junta Directiva de dicha Asociación, con crítica a la actuación del mencionado Jefe, y a él personalmente dirigido, conculca los derechos fundamentales de la persona, contenidos en los artículos 20 y 28 de la Constitución española, como resuelve la sentencia apelada, o no concurre tal circunstancia, cual pretende el Ayuntamiento apelante y sostienen el Ministerio Fiscal y Letrado del Estado.

El derecho a la libre sindicación, o a la asociación en los Cuerpos de funcionarios públicos, no se reduce a poder integrarse en las asociaciones, o fundar otras nuevas, sino a ejercitar en ellas los derechos que les son propios, y para cuya defensa han sido constituidas; esto afirma la sentencia apelada, cuya doctrina ha de confirmarse; por lo que el acuerdo tomado por la Junta Directiva de la Asociación en relación con actuaciones que afectan a sus asociados, y su publicación dentro del local que constituye su domicilio, para conocimiento de los afiliados, es en sí mismo el ejercicio de un derecho reconocido en los artículos 20 y 28 de la Constitución, y la retirada de ese escrito, que no es de un o unos funcionarios municipales, sino de la Asociación, excede de las atribuciones del Jefe de la Policía Municipal, que carece de atribuciones y mando sobre la Asociación como tal; no se ha infringido, ni se ha alegado, una ley reguladora del ejercicio de este derecho de expresión, ni puede afirmarse que se han excedido del límite que establece el número 4 del artículo 20 de la Constitución española; por tanto, la actuación del Jefe

de la Policía Municipal de Ceuta ha conculcado esos derechos fundamentales de la persona; la sentencia del Tribunal Constitucional citada por el Ayuntamiento apelante no puede servir de base para justificar esa actitud, pues se refiere a posibles sanciones disciplinarias a funcionarios concretos, que no es el caso aquí contemplado, y que pudiera referirse al expediente disciplinario incoado por el Ayuntamiento, pero sin relación con la posibilidad legal de impedir la difusión del acuerdo de la Junta Directiva de una Asociación de funcionarios, que es la única cuestión que aquí ha de resolverse; la alegación del Ministerio Fiscal de que la referencia a posibles responsabilidades disciplinarias no supone un quebranto de los derechos fundamentales, siendo cierto no tiene influencia en la decisión que se adopta, pues la infracción constitucional se comete por la retirada del escrito expuesto en el tablón de anuncios de la Asociación, no por el anuncio de la incoación de expediente disciplinario, ya producido, y que tiene otro tratamiento jurídico, impropio de este proceso.

Por lo expuesto y aceptando los fundamentos de la sentencia apelada, y concretando la resolución a la conculcación de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 20 y 28 de la Constitución española, derechos desconocidos por el acuerdo recurrido, en cuanto los funcionarios de la Policía Municipal del Ayuntamiento de Ceuta están integrados en la Asociación Profesional, y actúan como componentes de la misma, y publican su acuerdo en el local en el que está instalada, ha de ser desestimado el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Ceuta, y confirmada la sentencia apelada.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 11 marzo 1987.*)

7. No hay norma jurídica alguna, ni siquiera el artículo 14 CE, en virtud de la cual todas las categorías de funcionarios con la misma titulación al servicio de la Administración Pública han de tener asignado el mismo coeficiente multiplicador.

«En este recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de don Antonio O. H. y 71 más, funcionarios del Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias, se formula demanda en la que en el suplico solicitan se dicte sentencia donde se acuerde la adecuación del coeficiente asignado a los funcionarios del Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias, revisándose el mismo y fijando el más pertinente de 4,0, y subsidiariamente y en última instancia el de 3,6; reconocer a favor de los recurrentes la situación jurídica individualizada consistente en la asistencia de un derecho lesionado por la acción administrativa, proveyendo las medidas adecuadas a la misma con incluso la fijación de la indemnización de los daños y perjuicios que se estimen procedentes, ya que su situación de desigualdad es notoria, vulnerándose con ella el derecho fundamental de igualdad ante la Ley, consagrado en el artículo 14 de la Constitución.

Es clarificadora la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 99/1984, de 5 de noviembre, en cuyo fundamento jurídico segundo dice que: "Por cuanto no hay norma jurídica alguna, ni siquiera el artículo 14 de la Constitución española, en virtud de la cual todas las categorías de funcionarios con la misma titulación al servicio de las diversas administraciones públicas haya de tener asignado un mismo coeficiente multiplicador"; asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1979 estableció que no es correcta una asignación de coeficientes, basada únicamente en el título de los funcionarios, puesto que funcionarios con idéntica titulación pueden pertenecer a Cuerpos o desempeñar plazas que, por tener atribuidas distintas funciones o accederse a ellas mediante diversos sistemas de ingreso, tengan atribuidos diferentes coeficientes.

La sentencia de 6 de junio de 1984, en recurso interpuesto por diversos funcionarios del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias contra resolución del Ministerio de Hacienda, estableció en sus considerandos que los crite-

rios de diferente naturaleza que haya adoptado la Administración para la fijación de un concreto coeficiente multiplicador no pueden ser realizados por la Jurisdicción Administrativa, centrándose ésta en el enjuiciamiento de la legalidad de la actuación administrativa, y para variar los coeficientes de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.2 de la Ley 42/1979 es necesaria una disposición con rango de Ley a propuesta del Ministerio de Hacienda, previa iniciativa del Departamento correspondiente y con informe de la Comisión Superior de Personal. El Consejo de Ministros, por la simple petición de los interesados, no puede variar los coeficientes de los funcionarios, como expresamente establece el artículo 7.º de la Ley 44/1981, y es necesario cumplir los trámites establecidos y fijados por la Ley.

Por lo expuesto es procedente la desestimación de este recurso contencioso-administrativo, manteniendo la doctrina declarada por la Sala en sus sentencias de 4, 18 y 25 de marzo y 3 de noviembre de 1982, así como la de 24 de octubre de 1979 y 6 de junio de 1984.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 30 marzo 1987.*)

IV. INCOMPATIBILIDADES

1. *En el proceso de la Ley 62/78 no se puede decidir si la privación de un puesto de trabajo en cumplimiento de una Ley de Incompatibilidades constituye una expropiación y procede una indemnización. El artículo 14 CE prohíbe la discriminación, pero no la diferenciación entre situaciones objetivas distintas. Integración en el INS de Médicos y ATS que prestaban servicios en Hospitales Clínicos.*

«Como tiene declarado el Tribunal Constitucional, no toda desigualdad constituye por sí misma necesariamente una discriminación o falta de justificación objetiva, la igualdad es sólo violada si la desigualdad está discriminada, para que pueda manifestarse la infracción del artículo 14 y manifestarse la desigualdad de trato, los términos de comparación tienen que ser los mismos; si son distintos, el tratamiento diferente basado en razones objetivas de relevancia jurídica, no se produce la infracción del artículo 14, en nuestro caso, los términos de comparación son distintos no sólo porque los recurrentes entroncan el principio de igualdad con el de propiedad del artículo 33.3 de la Constitución y con la Ley de Expropiación Forzosa, que no entran en los de protección jurisdiccional a que se refiere el procedimiento de la Ley 62/1978, cuyo examen no puede hacerse en esta clase de recursos en que no se puede decidir si la privación de un puesto de trabajo en cumplimiento de una Ley de Incompatibilidades constituye una expropiación y procede una indemnización, y como ésta y no otra cuestión es en síntesis la cuestión planteada en el presente recurso por los Médicos y ATS demandantes, y no se hace la comparación con los que se encuentran ligados por una misma situación profesional con otros Médicos que hayan sido declarados compatibles o indemnizados por la privación singular de otro puesto de trabajo, es claro que la comparación no se produce en los mismos términos, no se puede deducir la infracción del principio de igualdad ante la Ley; lo que el artículo 14 prohíbe es que situaciones "idénticas" sean tratadas de forma diferente y la situación de los actores no es igual a la de los demás trabajadores por cuenta ajena, ya que ni se cita otro grupo de funcionarios que por una doble actividad profesional perciban por ello una mayor retribución, aparte que la pretensión de indemnización por el Estado no está incluida en los artículos protegidos por la Ley 62/78, el principio de igualdad es cierto que vincula a todos los poderes públicos, incluido el legislativo, pero no prohíbe que el legislador o el ejecutivo contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso siempre que no vulneren otros principios constitucionales y que no vayan contra la *esencia* del

derecho a la igualdad, el cual prohíbe toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatorio —sentencias del Tribunal Constitucional de 2 de julio y 19 de octubre de 1981 y 21 de julio de 1983—, pero no impide que en función de las circunstancias concurrentes, en cada caso situaciones distintas, se produzca una diferenciación de tratamiento, prohíbe la discriminación, pero no la diferenciación entre situaciones objetivas distintas, sino que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 19 enero 1987.*)

2. *El derecho al percibo de indemnización por un policía nacional retirado por inutilidad física en acto de servicio, al amparo de la Ley 19/1974, es compatible con la pensión reconocida conforme a la Ley 50/84.*

«El recurso interpuesto por el policía nacional, retirado por inutilidad física contraída en acto de servicio, don José M. R., contra Acuerdos del Consejo Supremo de Justicia Militar de 8 de enero y 19 de marzo de 1986, sobre señalamiento de haber pasivo al recurrente, se circunscribe a la falta de reconocimiento al mismo, por una sola vez y como indemnización, de la suma equivalente a una mensualidad más trienios por año de servicio computables a efectos de dichos trienios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 19/74, de 27 de junio, sobre Mejoras de Clases Pasivas, toda vez que el recurrente presta su conformidad, expresamente reconocida, al señalamiento del haber pasivo mensual que el citado Consejo le ha fijado.

Como antecedentes de hecho para el mejor enjuiciamiento de la cuestión sometida a nuestra decisión han de señalarse: 1.º Que el recurrente, en 26 de septiembre de 1979, encontrándose de servicio sufrió una caída desde unos tres metros de altura, resultando con diversas fracturas que determinaron su ingreso en la Residencia García Morato, de Sevilla (folio 21 del expediente). 2.º Reconocido por el Tribunal Médico de Plaza, y posteriormente por el Tribunal Médico Central del Ejército, con fecha 6 de marzo de 1985, es declarado no apto para el servicio de las armas, *con notoria* incapacidad para el servicio de su Cuerpo (folio 12 del expediente). 3.º Tras el informe favorable del Consejo Supremo de Justicia Militar, causa baja en el Cuerpo de la Policía Nacional "por inutilidad física en acto de servicio", según resolución de la Dirección General de Policía de fecha 1 de julio de 1985 ("BOE" número 186), siéndole fijado el haber pasivo mensual de conformidad con lo prevenido en el artículo 29 de la Ley 50/84, de Presupuestos Generales del Estado para 1985.

El recurrente entiende, y el Consejo Supremo de Justicia Militar lo deniega, que le corresponde la indemnización regulada en el artículo 2.1 de la Ley 19/74, sobre Mejoras de Clases Pasivas, que señala: "Cuando, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, un funcionario de carrera o en prácticas se inutilice o fallezca en acto de servicio o como consecuencia de él, sea por accidente o por riesgo de servicio, causará en su favor o en el de su familia, además de la pensión que corresponda, una indemnización, por una sola vez, equivalente a una mensualidad de sueldo y trienios por cada año de servicios computables a efectos de trienios, con un mínimo de 100.000 pesetas", siendo de advertir que el precepto citado no ha quedado derogado por la Ley 50/84, pues con independencia de ser ésta la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1985, es decir, una Ley no específica reguladora de la materia, aunque en su artículo 29 y bajo la rúbrica "Reglas Especiales" establezca la cuantificación de las pensiones de jubilación o retiro del funcionario inutilizado en acto de servicio o como consecuencia del mismo, cifrándolas en el doble de la cantidad que como salario regulador le corresponda conforme a las reglas establecidas en el presente artículo 28, es lo cierto que no contiene disposición alguna derogatoria de la Ley 19/74, ni además se alude en este particular, y en lo que a los funcionarios se refiere, a la incompatibilidad del haber pasivo correspondiente, señalado conforme a su normativa,

con la indemnización que señala el artículo 2.1 de la Ley 19/74; al contrario de lo que ocurre con los derechos habientes del funcionario fallecido, al señalar en los artículos 32.4 y 33.3 la exclusión, con la percepción de las pensiones de viudedad y orfandad —en el supuesto del fallecido en acto de servicio o como consecuencia de éste—, de indemnización o cantidad alguna por el Régimen de Clases Pasivas, distinción entre uno y otros supuestos, que obliga a entender subsistente el derecho derivado de tal precepto a favor del recurrente y declarar compatible la indemnización prevista en el artículo 2.1 de la Ley 19/74, siempre que se trate de percepción por el funcionario, con la percepción del haber pasivo que conforme a la normativa de la Ley 50/84 le corresponda.

No empece a la anterior conclusión el hecho alegado por el Letrado del Estado de que el haber pasivo le haya sido señalado al recurrente conforme a la norma prevista en la Ley 50/84, pues con independencia de que tal normativa, como se ha señalado, no excluye la indemnización contemplada en el artículo 2.1 de la Ley 19/74, en lo que a los funcionarios se refiere, es que, además, habiendo ocurrido los hechos motivadores de la incapacidad declarada el 26 de septiembre de 1979, fecha anterior a la Ley 50/84, a dicha fecha hay que referir, en todo caso, los derechos que de tan luctuoso suceso se derivan, y, por consiguiente, resultaría, por inexistencia de disposición legal expresa en sentido opuesto, de aplicación la normativa sobre este particular de la tan repetida Ley 19/74, en la que se reconoce la indemnización reclamada y sin que pueda ser obstáculo a ello el retraso en la declaración de incapacidad, no imputable al recurrente, sino a la necesidad de adquirir un grado de certeza en la declaración de invalidez que se formula, por lo que procede, con estimación del recurso, declarar el derecho del recurrente al percibo de la indemnización prevista en el artículo 2.1 de la Ley 19/74, en la cuantía que ésta sea procedente conforme a las reglas que el propio precepto contiene, como así lo ha estimado la Administración en un caso semejante al del recurrente en el que, con independencia del haber pasivo mensual, se ha accedido a la indemnización reclamada, según consta acreditado en las actuaciones.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 27 enero 1987.*)

3. *El informe a que se refieren los artículos 9 Ley 53/84 y 6.1 RD 30 de abril de 1985 sólo es exigible en aquellos supuestos excepcionales en que la Ley citada autoriza a desempeñar un segundo puesto de trabajo en el sector público. Incompatibilidad de Profesor de EGB y funcionario Practicante APD.*

«Por razones de economía procesal procede examinar la segunda de las cuestiones suscitadas, esto es, la existencia o no de un vicio procedimental que invalide el acto recurrido, pues de llegarse a una conclusión positiva conllevaría la innecesariedad de analizar las demás cuestiones alegadas, debiendo de decirse, al respecto, que el informe a que se refieren tanto el artículo 9, inciso final, de la Ley 53/84, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades, como el artículo 6.1 del Real Decreto de 30 de abril de 1985, es exigible solamente en aquellos supuestos excepcionales en que la Ley citada autoriza a desempeñar un segundo puesto de trabajo en el Sector Público a los funcionarios, mas no cuando, como en el supuesto enjuiciado sucede, no está comprendido el recurrente en ninguno de los casos de excepcionalidad, y, por consiguiente, incurso en el contenido del artículo 1 de la Ley referida, que señala la imposibilidad del desempeño de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el Sector Público al personal comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley —entre los que se encuentra el recurrente-apelante, funcionario Practicante de APD y Profesor de EGB—, pues a tal conclusión debe de llegarse cuando la Ley, en su artículo 9, establece que la autorización exige, además (se está implícitamente refiriendo a la concurrencia de los supuestos de excepcionalidad que indica), el informe previo de la autoridad

correspondiente al segundo puesto, exigencia concordante con lo también dispuesto por el artículo 6 del Real Decreto de 30 de abril de 1985, lo que implica la conclusión de la exigencia del informe tan sólo en los supuestos de concesión por incardinación en la excepcionalidad legal contemplada en la Ley, mas no en cualquier caso, por lo que procede rechazar la alegación en tal sentido formulada.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 19 enero 1987.*)

4. *Procedencia de sanción por haber efectuado declaraciones a un periódico criticando a sus superiores, con incumplimiento de los deberes de colaboración leal, subordinación y respeto para con aquéllos, como, asimismo, de sigilo profesional.*

«Desestimado el recurso contencioso-administrativo formulado por don Jorge L. R. contra la resolución del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones que le imponía una sanción de dos meses de suspensión de empleo y sueldo, a consecuencia de unas declaraciones que hiciera al diario "La Provincia" de Las Palmas, y fundada la impugnación de la sentencia recurrida en la condición de Presidente de la Asociación Española contra la Corrupción TANAUDU, con que realizó las declaraciones que motivaron la sanción impuesta, habrá que establecer, ante todo, que en ningún momento de estas actuaciones se ha acreditado que el recurrente hubiese estado privado de su calidad de funcionario de la Administración Civil del Estado por decisión administrativa o judicial, o hubiese renunciado a ella al tiempo de hacer sus declaraciones al diario "La Provincia", porque si es cierto que en el texto de las mismas se hace figurar que es Presidente de la citada Asociación, también se deja constancia de su condición de funcionario público, que ha sido determinante de la sanción impuesta, prevista como falta grave en el artículo 7.b), en relación con el 18, del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto de 16 de agosto de 1969, precisamente porque como tal funcionario faltó a sus deberes de colaboración leal, subordinación y respeto para con sus superiores, como, asimismo, de sigilo profesional, que le imponen los artículos 76, 79 y concordantes del citado Cuerpo Reglamentario, obligaciones de las que no queda eximido por ostentar la presidencia de la repetida Asociación.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 12 marzo 1987.*)

5. *Inexistencia de desviación de poder en la declaración de incompatibilidad. La manifestación de parte acerca del puesto principal debe ceder frente a lo que acredita el conjunto de las actuaciones.*

«Como sea que el proceso de que deriva esta apelación se refería a una cuestión de personal, que no implicaba separación de empleado público inamovible, en cuanto que se planteó respecto de una declaración de incompatibilidad de un funcionario para el desempeño de más de una actividad pública, la presente apelación queda circunscrita en torno a la alegación de desviación de poder, conforme se desprende del artículo 94 de la Ley Jurisdiccional. Dicha alegación la fundamenta el recurrente afirmando que el conjunto de las actuaciones demuestra que las potestades administrativas determinantes del acuerdo impugnado fueron utilizadas con el propósito de obtener un despido *de facto* en la actividad que desempeñaba en el Gobierno Civil de Las Palmas de Gran Canaria, forzando una situación de excedencia y rehuendo el pago de la pertinente indemnización. En concreto, estima que la desviación de poder se manifiesta a través de la indebida aplicación del régimen de incompatibilidades del D. 598/85, de 30 de abril, que no podía afectarle, según aduce, porque su actividad principal se ejercía bajo la dependencia de una comunidad autónoma, o por la infracción del artículo 41

del Estatuto de los Trabajadores, realizada por el Gobierno Civil, al que quedó adscrito al producirse el cierre del periódico el "Eco de Canarias", cuando unilateralmente modificó el anterior horario de trabajo en esa dependencia y el régimen de compatibilidad con la actividad en la Consejería de Cultura de la Comunidad Autónoma de Canarias; o porque no se tuvo en cuenta que desde 1984 se encontraba en situación de incapacidad laboral transitoria por enfermedad, con la consiguiente suspensión del contrato de trabajo que le ligaba con el Gobierno Civil, y percepción de prestaciones sociales, que no podían verse afectadas por las retribuciones funcionariales de la otra actividad pública, a efectos de la Ley de Incompatibilidades, 53/84. Asimismo, hacer referencia, con idéntica finalidad, a que no se le dio audiencia de los informes emitidos por la Administración Estatal, en el expediente de incompatibilidad seguido por la Administración Autonómica, ya que debió otorgársele la compatibilidad temporal de la Disposición Transitoria 1.ª, b), de la Ley 53/84, pues sostiene que la remuneración laboral que percibía del Gobierno Civil no superaba los límites legalmente impuestos para hacer posible dicha compatibilidad temporal.

Las alegaciones del recurrente no pueden ser atendidas, pues no aparece acreditado que las potestades administrativas hubieran sido utilizadas para fines distintos de los legalmente previstos. Sin que tampoco se advierta que se produjeran las infracciones legales que denuncia, ya que le era de aplicación el D. 598/85 sobre incompatibilidades, dado que la realidad producida por las peculiaridades de su situación respecto de las Administraciones a las que simultáneamente servía debía prevalecer sobre las manifestaciones que el recurrente hizo en su escrito de iniciación del expediente de compatibilización; por lo que, si bien es cierto que en dicho escrito atribuía a la función que desempeñaba en relación a la Consejería de Cultura de Canarias carácter de principal, sin embargo, esa manifestación de parte debe ceder frente a lo que acredita el conjunto de las actuaciones, donde se demuestra que aquel puesto funcional se desempeñaba sin atribución de un trabajo determinado, y con percepción de haberes mínimos que incluso eran de cuantía inferior a las retribuciones que tenía asignadas el Gobierno Civil; y puesto que no existió infracción del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, por unilateral modificación de su anterior horario en el "Eco de Canarias", pues el Gobierno Civil del que pasó a depender tenía potestades suficientes para aplicarle el horario funcional propio del puesto que pasaba a desempeñar, ni la situación de incapacidad laboral transitoria que atravesaba el actor podía impedir la aplicación del sistema de incompatibilidades, al no existir en la normativa de aplicación precepto que legitime la petición de la parte, al tener el fundamento la posible declaración de incompatibilidad no en la situación personal del afectado, sino en las características objetivas de las actividades que en el sector público desarrolle. No existiendo constancia de que por omisión del traslado de los informes preceptivamente emitidos por la Administración Estatal se hubiera llegado a producir una situación de indefensión al recurrente, que ha tenido repetidas posibilidades de intervenir en el procedimiento y de hacer cuantas manifestaciones ha estimado convenientes sobre el contenido y alcance de tales informes. Sin que, en último término, se perciba una inadecuada aplicación de la Disposición Transitoria 1.ª, b), de la Ley 53/1984, relativa a la compatibilización temporal de un segundo puesto de trabajo en la Administración Pública, pues no ha probado el recurrente que la retribución íntegra del puesto en la Consejería de Canarias, por el que opta, no supera los límites fijados por esa Disposición.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 25 marzo 1987.*)

V. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Principio de subordinación de los actos sancionatorios de la Administración a la autoridad judicial. Prohibición de sancionar administrativamente a un funcionario por hechos que están siendo enjuiciados por la jurisdicción penal.*

Considerandos de la sentencia apelada:

«La resolución impugnada de la Alcaldía del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, que impuso al recurrente, en su condición de funcionario de dicho Ayuntamiento, la sanción de separación definitiva del servicio, fue adoptada como resultado de un expediente disciplinario, motivado por el hecho narrado en dicha resolución de que, siendo Policía Municipal Contratado, don Juan Francisco S. O. solicitó tomar parte en las oposiciones convocadas, declarando bajo juramento reunir todas y cada una de las condiciones exigidas, entre las cuales se requería como documentación a aportar la posesión de los carnets de conducir de las clases A-1 y A-2, y celebradas las pruebas selectivas previstas en la convocatoria, y elevada propuesta de nombramiento a la Alcaldía favorable al señor S. O., se requirió a éste para que aportase los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos de la convocatoria, y una vez aportados tomó posesión de la plaza el día 31 de julio de 1980, descubriéndose después, por una denuncia, que obtuvo el permiso de conducir el día 3 de septiembre de 1980, es decir, después de la toma de posesión, obrando en el expediente personal una fotocopia del citado carnet de conducir, expedido por la Jefatura Provincial de Las Palmas, en la que consta que obtuvo los permisos de conducir de las clases A-1 y A-2 con fecha 27 de abril de 1979.

Seguido el expediente por presunta comisión de falta muy grave, con falsificación de documento e incumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a la plaza para la que fue nombrado en propiedad, se remitió al Juez de Primera Instancia e Instrucción de San Bartolomé de Tirajana fotocopia legalizada del mismo, según se narra en los resultandos de la resolución recurrida, por si los hechos fueran constitutivos de delito o falta, sosteniéndose en el presente recurso por la parte actora que, como del hecho está conociendo la Jurisdicción Penal, es de todo punto impropio que por el Ayuntamiento se declare probado el extremo de que hubo falsificación, derivando consecuencias de ello, corriéndose, además, el peligro de que haya incongruencia entre esta manifestación y la que en su día se haga por los Tribunales, al propio tiempo que niega haber aportado el documento presuntamente falsificado.

La Administración demandada afirma, en conclusiones, que entre la documentación aportada, a fin de acreditar que reunía las condiciones exigidas en las bases, adjuntó una fotocopia de carnet de conducir de las clases A-1, A-2 y B, que al advertir la Alcaldía que el documento era falso ordenó la incoación del expediente, insistiendo en que la prueba practicada evidencia que el carnet de conducir presentado en su día por el recurrente era falso y que dicho documento fue presentado, efectivamente, por don Juan Francisco S. O., a lo que añade que el hecho sancionado constituye una falta muy grave de las previstas en el artículo 52 del Real Decreto 3046/77, de 6 de octubre, sancionable con la separación definitiva del servicio, a tenor del artículo 54 del mismo Real Decreto, independientemente de su posible tipificación como delito.

Dada la conexión entre los hechos que se imputan al ahora recurrente, desde que presentó la solicitud para participar en la convocatoria hasta que se produjo la presentación del documento que se dice falsificado, resulta evidente que de tales hechos debe conocer con preferencia la jurisdicción penal,

y solamente cuando ella se haya pronunciado, y según lo resuelto por la misma, será posible la intervención de la Administración, como puso de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1984, resolviendo en supuesto análogo, por lo que se está en el caso de anular el acto administrativo impugnado por haberse sancionado al actor sin que los hechos estuvieran depurados por la jurisdicción penal preferente, sin perjuicio de las facultades disciplinarias que asistan a la Administración, una vez dicha jurisdicción penal se pronuncie.

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

Aceptando los razonamientos de la sentencia apelada.

El Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, recurrente en esta alzada, pretende la revocación de la sentencia dictada en 29 de octubre de 1985 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Las Palmas, que estimó el recurso interpuesto por don Juan Francisco S. O. contra la resolución de dicho Ayuntamiento que le había sancionado con la separación definitiva del servicio; declarando, asimismo, la referida sentencia que tal resolución era contraria a Derecho y nula por haberse basado en unos hechos sobre los que entendía la jurisdicción penal en el correspondiente procedimiento.

La desestimación del recurso, con la necesaria confirmación de la sentencia apelada, resulta evidente, atendidos los razonamientos de la misma que se dan aquí por reproducidos, a los que hemos de añadir también la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, de la que es ejemplo la sentencia 77/1983, de 3 de octubre, dictada en el recurso de amparo 368/1982, que refiriéndose a los límites de la potestad sancionadora de la Administración, puntualiza que, de acuerdo con el artículo 25.1 de la Constitución, éstos no sólo han de ser el de legalidad, el de la interdicción de las penas de privación de libertad y el del respeto de los derechos de defensa reconocidos en el artículo 24, sino también *el de la subordinación* de los actos sancionatorios de la Administración a la autoridad judicial, que, a su vez, lleva el necesario control *a posteriori* de dichos actos mediante el oportuno recurso, y a la imposibilidad de que los Organos de dicha Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o de las leyes especiales mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos. Doctrina ésta de perfecta aplicación al supuesto planteado en el presente recurso, al aparecer probado que sobre los hechos que originaron el expediente administrativo y dieron lugar a la resolución sancionadora del Ayuntamiento se sigue el pertinente procedimiento penal en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de San Bartolomé de Tirajana.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 20 enero 1987.*)

2. *Aplicación en la esfera local de la Ley 30/84 en materia disciplinaria. Supresión entre las infracciones de la falta de probidad. Atentado grave a la dignidad de la Administración: comportamiento incivil y desabrido de policía municipal.*

«La Sala de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia, de fecha 9 de abril de 1986, por la que, estimando parcialmente el recurso interpuesto por don Bartolomé O. G., anuló los acuerdos del Ayuntamiento de Badalona, de 29 de abril y 28 de enero de 1982, en cuanto sancionaron al señor O., funcionario de aquel Municipio, con la separación definitiva del servicio, sustituyendo la referida sanción por la suspensión de funciones por tres años, manteniéndose la tipificación de los hechos dentro del artículo 52.b) del De-

creto 3046/77, de 6 de octubre, como falta de probidad moral o material. Frente a dicha sentencia se formuló apelación por el señor O. con la súplica, en el trámite de alegaciones, de que, estimando el recurso, se dicte sentencia revocando la recurrida e imponiendo una sanción menor; ello en consideración a que su participación en los hechos acontecidos en la Comisaría fue mucho menor que la de su compañero C., sancionado por tales hechos en virtud de sentencia firme, también con tres años de suspensión, a pesar de haber asumido el protagonismo principal en los acontecimientos determinantes del expediente disciplinario. Comparece, asimismo, en esta instancia, en calidad de apelante, el Ayuntamiento de Badalona para pedir que se revoque la resolución impugnada, sustituyéndola por otra que confirme la sanción de separación que en su día se impuso mediante los acuerdos municipales inicialmente recurridos, o subsidiariamente se confirme la sentencia apelada en todos sus términos. Alega que el Tribunal sentenciador no ha tenido en cuenta la especial trascendencia que los hechos han tenido para el buen nombre y prestigio de la Policía Municipal, ya que el sancionado se prevalió de su condición de agente de dicho Cuerpo para obtener favores, privilegios y tratos no habituales. Respecto de la pretensión del sancionado, afirma que no puede ser atendida porque, a tenor de lo establecido en el artículo 94 de la Ley Jurisdiccional, los asuntos de personal sólo pueden ser apelables, entre otros casos, en los supuestos de separación de empleados públicos inamovibles, lo que, en su opinión, produce el efecto de que sólo pueden en este tipo de procesos discutirse pretensiones sobre separación de servicio, pero no las que, como la del señor O., se limitan a pedir una sanción menor que la de suspensión impuesta en la sentencia.

Durante la tramitación de estas actuaciones se produjo la modificación del Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, introducida por el artículo 31 de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, y el Reglamento de 10 de enero de 1986, Decreto 33/86, que introdujeron una nueva normativa que suscitaba el problema de su posible aplicabilidad al caso, por lo que la Sala, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 43.2 de la Ley Jurisdiccional, con suspensión del plazo para dictar sentencia, acordó oír a las partes sobre los efectos de dicha nueva normativa en los hechos enjuiciados. Habiéndose formulado alegaciones sobre tal particular por el Ayuntamiento de Badalona en el sentido de la inaplicabilidad por lo dispuesto en el artículo 1.º, párrafos 1 y 5, de la Ley 40/1984, y correlativos del Reglamento, que establecen que esta normativa no alcanza a los funcionarios locales, respecto de los que tiene mero alcance supletorio, siendo, por tanto, inaplicable, pues al tiempo de los hechos existía la regulación fijada en el D. 3046/77; y que, en cualquier caso, de ser aplicable el Reglamento de 1986, debe confirmarse la sentencia al ser los hechos constitutivos de dos faltas graves de los apartados b), ñ), o) del artículo 7.º del citado Reglamento, que amparan la sanción señalada en la sentencia de instancia.

La aplicabilidad al caso de la normativa sancionadora introducida por la Ley 30/1984 y su Reglamento de 1986, que ha hecho desaparecer del catálogo de las infracciones administrativas imputables a los funcionarios públicos la de falta de probidad moral y material, tiene su apoyo en el carácter de básico que la Ley 30/84 asignó al artículo 31, que tipifica las faltas muy graves, sin incluir a ésa de falta de probidad; ello en relación con el artículo 149, párrafo 1, número 18, de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva para regular las bases de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Estatuto de sus funcionarios, por entenderlas afectantes al interés nacional, y visto que el régimen sancionador es parte fundamental del Estatuto funcionarial y que la Constitución utiliza genéricamente los términos Administraciones Públicas sin establecer distinciones entre la Estatal, Autonómica y Local. Todo esto, a su vez, puesto en concordancia con la retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables, implícitamente reconocida por el artículo 9.º, párrafo 3, de la Constitución, y con el artículo 24, párrafo 1, de dicha superior Norma respecto derecho a la tutela judicial efec-

tiva. A lo que ha de añadirse, desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, que la remisión efectuada por la Disposición Transitoria 5.ª del Decreto 3046/1977 al Decreto 2088/69, sobre Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Estatal, para la tipificación de las faltas graves y leves, lógicamente debe, al tiempo de esta sentencia, entenderse referida al nuevo Reglamento de 1986, de 10 de enero, que derogó a dicho Decreto sobre Régimen Disciplinario de Funcionarios Estatales.

Contemplada la presente apelación bajo la perspectiva de la Ley 30/84 y de su Reglamento de 1986, se observa que las partes no discuten la relación de hechos probados efectuada por la Audiencia de Barcelona, coincidentes sustancialmente con los del pliego de cargos y acuerdos municipales impugnados, que judicialmente se describieron como "... los acaecidos en la noche del 10 al 11 de febrero de 1979 en el restaurante El Refugio de aquella localidad —Badalona—, consistente en el desabrido e incivil comportamiento mantenido por el funcionario accionante con el titular de aquel establecimiento público, al protestar y negarse a pagar el precio de determinadas bebidas alcohólicas, consumidas fuera de las horas de servicio y de paisano, terminando con el no menos desagradable incidente en la Comisaría de Badalona, con organización de un fuerte escándalo y amenazas al propietario del establecimiento, empuñando un revólver que portaba". Estos hechos no encarnan en los tipos que se enumeran en el artículo 31 de la Ley 30/84, ni en los del artículo 6.º de su Reglamento, para la catalogación de las faltas muy graves. Pero son encuadrables en la definida con el carácter de grave en el artículo 7.1.ª) del Reglamento de 1986, representa "atentado grave a la dignidad de la Administración" en cuanto que el descrito incivil y desabrido comportamiento del señor O., de quien por los presentes se sabía que era policía municipal del Ayuntamiento de Badalona, tanto en un establecimiento público como en una Comisaría de esa localidad, forzosamente había de constituir un grave quebranto para la consideración pública de la Corporación Local en la que tal funcionario estaba integrado. No existiendo razón para que los hechos descritos como determinantes de la sanción cuestionada hayan de dividirse para ser considerados como constitutivos de diferentes infracciones simultáneas, según alega el Ayuntamiento en su escrito de instrucción, dado que los hechos imputados al sancionado tienen una significación unitaria por su propia naturaleza e intención manifestada.

La anterior argumentación sobre la desaparición de la falta de probidad del catálogo de las infracciones administrativas imputables a los funcionarios públicos, y lo que expuso respecto a la tipificación de los hechos atribuidos al señor O., entre las faltas graves, privan de virtualidad a la pretensión apelatoria del Ayuntamiento de Badalona dirigida al mantenimiento de la separación del servicio, inicialmente impuesta al sancionado en los acuerdos municipales, ya que esta trascendental sanción tan sólo está prevista en el Reglamento de 1986, para las infracciones muy graves, según su artículo 15, entre las que, como también se dijo, no es encajable la que imputa al sancionado en las presentes actuaciones.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 2 febrero 1987.*)

3. *La suspensión preventiva del inculpado en un procedimiento disciplinario como medida cautelar es admisible, con carácter excepcional, con fundamento razonable, proporcionada a la trascendencia de las infracciones imputadas, motivada suficientemente y temporalmente limitada. Ante el silencio de la legislación local sobre este último extremo habrá que aplicar el límite de seis meses que fija la legislación estatal.*

«La *suspensión preventiva* del inculpado en cualquier procedimiento disciplinario es una *medida cautelar* configurada, en síntesis, para evitar en determinados supuestos que la continuación del funcionario en su puesto pueda perturbar la normalidad del servicio público o perjudicar la instrucción

del expediente en el cual se está depurando su presunta responsabilidad. Estas características, derivadas de su finalidad instrumental y accesorias, conllevan que haya de calificarse como *excepcional*, con un fundamento *razonable, proporcionada* a la trascendencia de las infracciones imputadas, *motivada* suficientemente por su propio contenido, restrictivo de derechos, y *temporalmente limitada*, como este mismo Tribunal advirtió ya en la sentencia de 15 de abril de 1985. Por su parte, el Constitucional había establecido unos meses antes con carácter muy general, en un supuesto distinto (cancelación de una fianza), que "la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada e irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso" —sentencia 108/1984, de 26 de noviembre.

Las distintas normas que convengan para regular la función pública en la Administración Local, unas aplicables directamente por ser las propias de esta esfera y otras con misión integradora, utilizables supletoriamente en defecto de aquéllas, coinciden todas en autorizar explícitamente la adopción de la suspensión provisional como medida precautoria en los expedientes disciplinarios. Así lo establecen el texto articulado parcial de 1977 —Real Decreto de 6 de octubre— en su artículo 56, el texto refundido vigente —Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril— en el 150 y el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico actual —Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre—, con carácter genérico, según su artículo 166.

Ahora bien, las normas reseñadas no contienen limitación temporal alguna de tal medida cautelar. En tal supuesto de silencio respecto de un elemento tan importante para configurarla, hay que acudir a los mecanismos de integración más arriba aludidos también. Es tradicional que la legislación para la Administración General del Estado cumpla una misión supletoria, complementaria, en suma, del ordenamiento específico de la Administración Local. Como simple reflejo de esta técnica, el artículo 140 del texto refundido 781/1986, ya citado, contiene un reenvío explícito a "la normativa básica estatal" y la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. En este aspecto coinciden el texto articulado anterior (Decreto 315/1964, de 7 de febrero) y el actual Reglamento de situaciones administrativas (Real Decreto 730/1986, de 11 de abril) en advertir que la suspensión provisional como consecuencia de expediente disciplinario *no podrá exceder de seis meses*, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado (arts. 48 y 22, respectivamente).

En definitiva, un sencillo cómputo cronológico en el presente supuesto pone de relieve que ese tope temporal máximo ha sido rebasado con holgura. La suspensión preventiva, por una parte, fue decretada el 30 de julio de 1985 y notificada el 2 de agosto siguiente, mientras que el escrito del interesado solicitando su reposición en el cargo lleva fecha 16 de abril, transcurridos, pues, más de ocho meses. El oficio dirigido por la Dirección General de Administración Local al Ayuntamiento seis días después es un acto interno con una doble finalidad informativa y admonitoria, que no accede a la petición del funcionario y, en definitiva, la rechaza implícitamente por una inactividad que ha dado paso, precisamente, al presente proceso mediante la ficción del acto presunto en virtud del llamado silencio administrativo, acto presunto de contenido desestimatorio que, a su vez, refleja la voluntad real de la Administración. En tal sentido, el mantenimiento indefinido de esta situación vulnera los artículos 23.2 y 24 de la Constitución, como habíamos tenido ya oportunidad de declarar para otros casos análogos en nuestras sentencias de 1 y 22 de abril de 1985. Por todo ello, y visto el artículo 10.3 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, reguladora de este proceso preferencial y sumario.» (Sentencia de la Sala 3.ª, 3 febrero 1987.)

4. *Infracción. Hechos de escasa trascendencia práctica y sin intencionalidad torticera. Extracción de carpetas de las Oficinas Municipales por el Secretario de la Corporación para que el anterior Alcalde procediera a firmar diversos mandamientos de pago que no había firmado en su momento. Proporcionalidad entre los hechos y la sanción. Disminución de ésta a pérdida de veinte días de remuneración.*

«Para resolver el recurso interpuesto por don José C. Ll. ha de partirse de las siguientes premisas, deducidas del expediente instruido y demás pruebas practicadas en autos: a) La sentencia apelada reconoce, y esta Sala lo ratifica, que, sobre las trece horas del día 3 de noviembre de 1983, el hoy recurrente, actuando como Secretario del Ayuntamiento de Colindres, extrae de las dependencias municipales diversas carpetas que lleva a su domicilio particular y, al día siguiente, a las Oficinas de la Caja Rural Provincial de Santander en dicha localidad, de la que era Director el anterior Alcalde, con el único fin de que éste procediera a firmar diversos mandamientos de pago, que no había firmado en su momento, todo ello por haberse anunciado una Inspección de Hacienda al Ayuntamiento, que luego no se llevó a efecto; hechos que fueron objeto de denuncia a la Guardia Civil y dieron lugar a la incoación de unas diligencias por el Juzgado de Instrucción de Laredo, que fueron sobrecuidadas. Y, asimismo, que al día siguiente el referido Secretario volvió a llevarse más documentos, cinco concretamente, que el cabo de hora y media reintegró a la Oficina Municipal. b) El recurrente, que no niega los anteriores hechos, pone en tela de juicio la existencia de la orden del Alcalde respecto a la prohibición de que no se sacasen del Ayuntamiento las últimas cinco carpetas citadas en el apartado anterior, no quedando suficientemente claro que esta orden existiere, con la conminación y trascendencia que se alega. c) El Juez Instructor del expediente disciplinario propone como sanción la de suspensión de funciones por tiempo de dos meses, poniendo de manifiesto "la escasa trascendencia práctica de los hechos" y la "inexistencia de una intencionalidad torticera". No obstante lo cual, el Pleno del Ayuntamiento, a instancia del Alcalde, lo hace de "destitución". Y en este sentido se dicta la resolución de 29 de julio de 1984 del Ministerio de Administración Territorial, que fue recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las premisas sentadas en el anterior razonamiento llevan a la conclusión de que la extracción de las carpetas de las Oficinas Municipales supone una infracción de lo dispuesto en el artículo 284 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, al no darse ninguna de las causas previstas en el mismo para justificarlo, por lo que resulta evidente que el Secretario señor C. incurrió en el incumplimiento de los deberes y obligaciones que como funcionario le correspondían, que aparece tipificado en el artículo 7, apartado p), del Decreto 2088/1969, de 16 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles, y en el apartado a) del artículo 47 del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, por el que se articula parcialmente la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local, no pudiendo calificarse como falta muy grave por no encontrarse entre las previstas en el artículo 52 de este último Real Decreto. Por lo que de cara a la sanción a imponer habrá que estar, según el artículo 54.3 del mismo, tan sólo a una de las previstas en los subapartados c), d) y e) del apartado 1, debiendo estarse para determinar el alcance de la gravedad a los elementos que se recogen en el artículo 53. Y apareciendo evidente que con la extracción de las Oficinas Municipales de las carpetas mencionadas no se produjo perturbación del servicio, que "los hechos tuvieron escasa trascendencia práctica" y no existió la intencionalidad torticera, según pone de manifiesto el propio Instructor del Expediente en su propuesta... la sanción a imponer, habida cuenta de la proporcionalidad que debe existir entre la conducta del infractor y la impuesta, no debe ser la de la sentencia apelada, sino tan sólo de la pérdida de veinte días de remunera-

ración, excepto el complemento familiar, a que se refiere el artículo 54.1.c) del repetido Real Decreto. Y en este único particular revocar la sentencia apelada, confirmándola en todo lo demás y por sus propios fundamentos, y sin hacer expresa mención de costas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 9 febrero 1987.*)

5. *Siendo el régimen disciplinario de carácter cuasi penal en el que rigen los mismos principios informadores que en éste, como los de tipicidad, imputabilidad y culpabilidad, también ha de aplicarse el principio de retroactividad de la ley más favorable. Anulación de sanción por aplicación retroactiva del RD 33/1986.*

«El presente recurso se plantea la cuestión de la incidencia de aplicación de las normas legales y reglamentarias que regulan el régimen disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado promulgada por el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario, en desarrollo y ejecución del artículo 31 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, es decir, promulgada con posterioridad a la comisión de los hechos por los que el recurrente fue sancionado, pero encontrándose sujetos los actos sancionadores a la revisión o aprobación de los Tribunales Jurisdiccionales, cuestión ésta que ha sido planteada por esta Sala a las partes, siendo el régimen disciplinario de carácter cuasi penal en el que rigen los mismos principios informadores que en éste, como el de tipicidad, imputabilidad y culpabilidad, también ha de aplicarse el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable.

Si bien es cierto que, con fecha 11 de enero de 1979, el Consejo de Ministros estimó que el recurrente había cometido una clarísima falta de probidad moral y material tipificada en el apartado a) del artículo 6.º del Reglamento de Régimen Disciplinario de Funcionarios Públicos de 16 de agosto de 1969, y acordó su separación del servicio; por otra parte, la Audiencia Provincial de Cádiz, con fecha 23 de mayo de 1986, dictó sentencia enjuiciando los mismos hechos motivo del expediente administrativo, declarando al recurrente autor de cuatro delitos de malversación, imponiéndosele la pena de seis meses y un día de prisión menor por cada uno de los delitos con accesorias de suspensión de todo cargo público durante el tiempo de la condena y la de seis años y un día de inhabilitación absoluta por cada uno de los delitos, sentencia firme; llegamos a la conclusión de que por no haberse resuelto la causa penal seguida contra el recurrente en el momento de dictarse la resolución del Consejo de Ministros no fue calificado el hecho como falta muy grave de conducta constitutiva de delito doloso y sí lo fue como falta muy grave de probidad moral o material, ya que el acuerdo ilegal cuando era Jefe de Silo del Senpa, en Jerez de la Frontera, de acordar la entrega y expedición de las cantidades de 12.782 kilos de trigo, el 20 de enero de 1976; de 11.274 kilos, el 17 de febrero de 1975; de 15.517 kilos, el 3 de marzo de 1976, y 15.469 kilos, el 9 de marzo de 1976, para la Fábrica de Nuestra Señora de Regla, originó grave perjuicio a la Administración, habiendo supuesto un quebranto económico para la misma en cifra cuantificada superior a las 400.000 pesetas, conducta-acuerdo que hay que reputar gravemente dañosa para la Administración.

Los hechos enjuiciados deben ser tipificados como falta grave prevista en el artículo 7.1.h) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de Funcionarios de la Administración del Estado y sancionable de acuerdo con el artículo 16, con suspensión de funciones por plazo de tres años, por lo que los acuerdos impugnados han de ser anulados por ausencia actual de soporte legal en la punibilidad de la conducta.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que han de anularse los acuerdos recurridos al no ser conformes con el ordenamiento jurídico según el artícu-

lo 83.2 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, con las consecuencias inherentes a esa nulidad, al no producir efecto la separación del servicio del recurrente decretada por el Consejo de Ministros como autor de una falta muy grave de probidad moral o material a la que se refiere el artículo 6.º, apartado a), del Decreto de 16 de agosto de 1969, número 20088/1969, y estimar que la conducta del recurrente constituye una falta grave prevista en el artículo 7.1.h) del actual Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, y graduándose la sanción disciplinaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del mismo Reglamento con la sanción de suspensión de funciones por término de tres años.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 24 febrero 1987.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

