

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. SELECCIÓN: 1. La propuesta de nombramiento en número igual a las plazas convocadas no queda invalidada por haberse aprobado opositores en número superior al de tales plazas, en virtud de los artículos 48, 50 y 52 LPA. 2. Revisión de las propuestas de los Tribunales. Se extiende a la competencia, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del Derecho, sin perjuicio del respeto por la discrecionalidad técnica. 3. Los miembros de los Tribunales de Administración Local representantes del Profesorado oficial deben ser designados entre los funcionarios de los Cuerpos Docentes: no basta con haber impartido alguna asignatura en un curso de perfeccionamiento de funcionarios. Evolución legislativa. 4. Como quiera que en todo procedimiento de ingreso en la función pública existe un trámite último para que los aspirantes propuestos acrediten que reúnen las condiciones de capacidad y requisitos en la convocatoria, la Administración puede denegar el nombramiento de quien no efectúe tal acreditación, aunque anteriormente lo hubiese admitido indebidamente, sin revisar el acto de admisión por la vía de los artículos 109 y 110 LPA. El Tribunal no puede pronunciarse sobre la solicitud de indemnización por no haberse dirigido previamente a la Administración.—II. DERECHOS: 1. Ilegalidad de concesión a funcionario de licencia no solicitada, en virtud del artículo 23.2 CE. Los actos administrativos no dependen de la denominación que se les dé, sino de su naturaleza y de las consecuencias que deriven de su contenido, por lo que mal puede hablarse de licencia cuando se aparta al funcionario de su cargo, se le priva del despacho y se le requiere para que deje la vivienda que ocupa por razón del mismo. Derecho al cargo, artículo 63.2 Ley 7 febrero 1964. 2. Asignación de tareas distintas dentro de la misma población. No puede ser considerada como sanción, máxime cuando no se ha hecho mención de posibles perjuicios en las retribuciones o en cualquier otro terreno. Necesidades del servicio. Necesidad de prueba de la desviación de poder al disponer la Administración, en virtud del principio de legalidad, de la presunción de que actúa con arreglo a derecho y de buena fe. 3. Retribuciones. Funcionarios en prácticas. Profesores. Equiparación a funcionarios de carrera. 4. Pensiones extraordinarias de retiro. Necesidad de acreditar expedientalmente que la inutilidad se produjo en acto de servicio. 5. Improcedencia de solicitar al Gobernador civil que acordó la jubilación anticipada de un funcionario la indemnización por los perjuicios ocasionados, por no ser el órgano competente para resolverla y no haber dictaminado el Consejo de Estado.—III. INCOMPATIBILIDADES: Incompatibilidad de funcionario para actuar como Procurador de los Tribunales dada la simultaneidad del horario. No cabe alegar la posibilidad de que el Procurador actúe mediante habilitado, pues esta figura tiene su fundamento en la práctica en ciudades en que los órganos judiciales son numerosos y frecuentemente distantes, lo que impide la presencia del Procurador en varios de ellos.—IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. La sanción de destitución de funciones no es homologable con la de separación, por lo que, si no existe desviación de poder, no cabe recurso de apelación. 2. Faltas. Manifiesta insubordinación y falta grave de respeto a los superiores. Desproporción entre los hechos probados y la sanción impuesta.

I. SELECCIÓN

1. *La propuesta de nombramiento en número igual a las plazas convocadas no queda invalidada por haberse aprobado opositores en número superior al de tales plazas, en virtud de los artículos 48, 50 y 52 de la LPA.*

«Como quiera que el acto del Tribunal Calificador, de fecha 15 de julio de 1983, por el que "aprobó" en las pruebas selectivas, que le habían sido encomendadas por la Administración, un mayor número de opositores que el de plazas convocadas, es contrario a derecho, por infringir manifiestamente la norma jurídica de la convocatoria, es un acto independiente del de la formulación, jurídicamente correcta, de la "propuesta" elevada el día 16 siguiente para el nombramiento de ingreso en el Cuerpo meritado, al atemperarse este último a dicha norma proponiendo el mismo número de opositores que para plazas convocadas, es jurídicamente posible la anulación del primero de 15 de julio de 1983, y el mantenimiento del segundo de 16 de los mismos mes y año —cual hace la Orden Ministerial al presente impugnada—, al permitírsele la normativa contenida en los artículos 48, 50 y 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin necesidad de tener que acudir al procedimiento revisor de los actos administrativos a que se refieren con carácter general los artículos 109 y siguientes de la citada Ley de Procedimiento, y con carácter especial el artículo 10 del Decreto 1411/1968, como viene reconociendo implícitamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 22 de septiembre de 1975, 28 de abril de 1976, entre otras; dado que es facultad de la Administración convocante del concurso-oposición el velar porque en el mismo se respeten las normas esenciales de carácter formal oportunas, aprobando o anulando, según los casos, los expedientes tramitados por el Tribunal Calificador, lo que de suyo significa competencia para declarar la invalidez de actos producidos en aquéllos por referidos Tribunales, cuando éstos someten a la aprobación de la Administración lo por ellos formalmente actuado.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 2.ª, 26 septiembre 1989.*)

2. *Revisión de las propuestas de los Tribunales. Se extiende a la competencia, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del Derecho, sin perjuicio del respeto por la discrecionalidad técnica.*

«Es jurisprudencia constante que los órganos administrativos a quien corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación del valor de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que, como es sabido, se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los Principios Generales del Derecho, entre los que en estos casos cobran especial relieve los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 de la Constitución.

Es cierto que el llamado período en prácticas previsto como fase que han de superar quienes deseen acceder a la condición de Policía de la Comunidad

Autónoma Vasca, forma parte de la fase de selección, estando sometido a la normativa del Reglamento Interior de Alumnos de la Academia de la Ertzaina, aprobado por Orden de la Consejería de Interior del Gobierno Vasco, de fecha 22 febrero 1982, de forma que ha de concluir con una decisión selectiva sobre la superación de esa fase del período formativo del ertzaina, decisión que inexorablemente ha de ajustarse al procedimiento que al respecto señala el citado reglamento y habrá de ser adoptada por el órgano legalmente competente, siendo de aplicación, por tanto, lo que se dispone en el artículo 21 de dicho Reglamento, en relación a la intervención de los profesores e instructores en función de las anotaciones efectuadas en las fichas de valoración de actividades formuladas por los responsables y superiores de los interesados.

Partiendo de esas premisas, es claro que, como se dice en la sentencia apelada, la Comisión de Valoración, al hacer suyo el informe presentado por el Jefe del Gabinete Psicopedagógico, que derivaba de unos datos en cuya aportación habían intervenido intensamente unos compañeros de trabajo del sometido a las pruebas, pero que no se reflejan documentalmente en el expediente, y las opiniones de cuatro mandos, tampoco recogidas en el expediente, había actuado en contradicción a las garantías formales reglamentariamente establecidas, pues había prescindido de las fichas de valoración de actividades formuladas por los superiores y responsables del interesado e incluso en directa vulneración de las bases de la convocatoria, en las que no se preveía la realización de pruebas psicológicas eliminatorias. Por lo que era adecuado que se decretara la invalidez del acto impugnado, con retroacción del expediente al momento de la emisión de la decisión del Comité de Valoración, para que actuara en la forma que la resolución apelada establece. Si bien cabe hacer la matización que parece excesiva la graduación de nulidad radical del acto impugnado, que se hace en la sentencia recurrida, en cuanto que la invalidez que debía apreciarse en la de simple anulabilidad, por defecto de forma que impedía que el acto final selectivo cumpliera su fin; todo ello en aplicación de los artículos 47 y 48 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Pues es obvio que se había seguido por la Administración, en las anteriores fases de la selección, el procedimiento legal, e incluso era oportuna la intervención de la citada Comisión en la fase en prácticas, aunque su actuación se realizara de forma defectuosa por no ajustarse al procedimiento reglamentario. Es decir, era simple anulabilidad porque no hubo omisión total del procedimiento legalmente establecido, sino meramente defectuosidad formal invalidante en su seguimiento.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 2.ª, 5 octubre 1989.*)

3. *Los miembros de los Tribunales de Administración Local representantes del Profesorado oficial deben ser designados entre los funcionarios de los Cuerpos Docentes: no basta con haber impartido alguna asignatura en un curso de perfeccionamiento de funcionarios. Evolución legislativa.*

«En orden a la falta de cualidad de Profesores de los designados como representantes del Profesorado Oficial, no parece haber duda. La propia Administración Local así lo viene a reconocer en las alegaciones formuladas por el Instituto de Estudios de Administración Local obrante a los folios 39 a 42 de las actuaciones jurisdiccionales, en cuanto considera que "Profesorado Oficial" excede del concepto de Profesorado Oficial del Estado a que se refiere el artículo 108 de la Ley General de Educación y entiende que los designados tienen la condición de "Profesores" por haber impartido clases en cursos organizados por la Delegación Interprovincial de dicho Instituto en La Coruña, el señor E. Y. dando la materia "Haciendas Locales" y el señor D. O. las de "Procedimiento Administrativo Local" y "Servicios Locales" en

el "Curso de perfeccionamiento para funcionarios del Subgrupo Auxiliares de Administración General de las Corporaciones Locales Gallegas", organizado por la Delegación de Pontevedra del 17 al 31 de octubre de 1978. Sin embargo, el hecho de haber impartido unas determinadas materias en un curso de perfeccionamiento de funcionarios no otorga a quien así lo realiza la cualidad de Profesor en el sentido que al concepto debe darse, que está reservado a quien con regularidad y como actividad profesional hace de la docencia su principal cometido y así lo ha entendido este Tribunal Supremo en los casos en que ha conocido de cuestiones equivalentes a la aquí enjuiciada. Así, la Sentencia de la antigua Sala Tercera de este Tribunal de fecha 11 de mayo de 1984, ya señaló que los vocales representantes del Profesorado Oficial deben ser funcionarios de Cuerpos docentes universitarios y la propia en la que se basa la Sala de instancia —la de 4 de diciembre de 1985 de la Antigua Sala Cuarta— indicó que "... para la intervención como vocales en un Tribunal seleccionador de aspirantes a plazas de Técnicos de Administración General, en las que la especialización administrativa debe de ser fundamental, la Delegación del Instituto de Estudios de Administración Local ha designado (y esta afirmación le sirve a la Sala de La Coruña para entender que la designación por el Rectorado de los vocales en representación del Profesorado Oficial no es competencia exclusiva y excluyente de dicho Rector, de donde hace derivar consecuentemente la desestimación del recurso) a los profesores más cualificados en la materia: *al titular de la Cátedra de Derecho Administrativo* en la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela y *al Profesor Agregado* de la misma Cátedra...", de donde se infiere claramente que la representación del Profesorado Oficial deberá recaer necesariamente en personal docente universitario de cualquiera de los Cuerpos en que éste se clasifica; y así la Sentencia de la misma antigua Sala Cuarta de este Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1986 vino a ratificar cuanto venimos exponiendo al señalar: "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 extremo concreto", procediendo por todo lo expuesto la revocación de la sentencia apelada y anulación de las resoluciones recurridas, en tanto nombran como vocal —titular y suplente— en representación del Profesorado Oficial a quienes no ostentaban la cualidad de Profesores universitarios.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 2.ª, 27 octubre 1989.)

4. *Como quiera que en todo procedimiento de ingreso en la función pública existe un trámite último para que los aspirantes propuestos acrediten que reúnen las condiciones de capacidad y requisitos en la convocatoria, la Administración puede denegar el nombramiento de quien no efectúe tal acreditación, aunque anteriormente lo hubiese admitido indebidamente, sin revisar el acto de admisión por la vía de los artículos 109 y 110 LPA. El Tribunal no puede pronunciarse sobre la solicitud de indemnización por no haberse dirigido previamente a la Administración.*

«La base 2.ª, apartado b), de la convocatoria de oposiciones para proveer en propiedad diez plazas de Policía municipal, vacantes en el Ayuntamiento de Premiá de Mar, de fecha 11 de mayo de 1984 y publicada oficialmente el 2 de junio siguiente, en armonía con lo prevenido en el artículo 33.1.b) y 2, en relación con el 99.4 del Texto articulado parcial de la Ley de Bases 41/1975, aprobado por RD 3046/1977, de 6 de octubre, a la sazón vigente, establecía bajo la rúbrica "Condiciones de los aspirantes" que para tomar parte en

la convocatoria "será necesario: b) Tener cumplidos dieciocho años, sin exceder de treinta en la fecha de esta convocatoria. Solamente a los efectos de la edad máxima para el ingreso se compensarán los servicios prestados con anterioridad en la Administración Local, cualquiera que sea el ámbito de los mismos".

Consta en la prueba documental aportada ante el Tribunal *a quo* que el actor —apelante en esta alzada— nació en Badalona el 9 de febrero de 1949 (folio 31), por lo que contaba treinta y cinco años de edad al publicarse las bases de la convocatoria, y aunque es cierto que estaba prestando servicios a la Corporación demandada desde el día 1 de agosto de 1983, mediante contrato administrativo, para la realización de las funciones y el cumplimiento de los deberes inherentes a la condición de Guardia Urbano, contrato que finalizaba el 31 de julio de 1984 (folio 47), esto no quiere decir que no le fuera aplicable el límite de edad de treinta años, señalado en la convocatoria, sino que este límite debía compensarse con los servicios prestados anteriormente, ligeramente inferiores a un año en la fecha de la convocatoria e incluso en aquella en que expiró el plazo de presentación de solicitudes, y por ende insuficientes para compensar el desfase de cinco años respecto de la edad máxima prevista en la convocatoria como requisito para tomar parte en las pruebas de la oposición.

No empece a ello que el interesado fuera admitido a la realización de los ejercicios de la oposición y que superara los mismos, pues aunque debió ser excluido por no reunir una de las condiciones exigidas en las bases para tomar parte en la convocatoria —incluso por el propio Tribunal Calificador—, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 8.º, 2, del Reglamento de Oposiciones y Concursos de 27 de junio de 1968, entonces vigente, si pudiera interpretarse lo que sí dice al folio 6 del expediente como conocimiento por parte de aquél de que no reunía el requisito de la edad máxima exigida, aunque, repetimos, debió ser excluido, el hecho de que fuera admitido indebidamente no significa que para verificar *a posteriori* el cumplimiento de tal condición fuera necesario revisar su admisión conforme a los artículos 109 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues en todo procedimiento de ingreso en la Función Pública existe un trámite último para que los aspirantes propuestos acrediten que reúnen las condiciones de capacidad y requisitos exigidos en la convocatoria —art. 11 del Reglamento de 27 de junio de 1968 y art. 21 del vigente de 19 de diciembre de 1984—, que tiene reflejo también en la base 10 de la convocatoria en cuestión, sin que a esto pueda ser obstáculo que el interesado ya estuviera al servicio de la Corporación Municipal en virtud de un contrato administrativo, pues es claro que no reunía el requisito de edad exigido.

La Sentencia de este Tribunal, de 21 de enero de 1985, que se trae a colación por la parte apelante, resolvió un supuesto distinto en el que no estaba en juego este requisito, sino la titulación académica para tomar con las pruebas selectivas, y la Sala entendió que la Corporación convocante de las pruebas había estimado equivalente el título aducido por quien fue recurrente con el exigido en la convocatoria, que además disponía en caso de equivalencia acreditar ésta mediante certificación expedida por un órgano que carecía de atribuciones al respecto.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 2.ª, 26 octubre 1989.*)

II. DERECHOS

1. *Ilegalidad de concesión a funcionario de licencia no solicitada, en virtud del artículo 23.2 CE. Los actos administrativos no dependen de la denominación que se les dé, sino de su naturaleza y de las consecuencias que deriven de su contenido, por lo que mal puede hablarse de licencia cuando se aparta al funcionario de su cargo, se le priva del despacho y se le requiere para que deje la vivienda que ocupa por razón del mismo. Derecho al cargo, artículo 63.2 Ley 7 febrero 1964.*

«La parte apelante fundamenta su pretensión revocatoria de la sentencia en que no existe violación del artículo 23.2 de la Constitución en la concesión de una licencia a un funcionario porque en sí mismo tal acto no presupone el desconocimiento de ningún derecho dimanante de la relación funcional, puesto que el funcionario sigue siéndolo, el derecho al cargo no desaparece y subsiste la plaza que sirve, porque la licencia se limita a declarar un derecho renunciable y en el presente caso fue implícitamente renunciado y por ello no ha podido producir efecto alguno; el funcionario —sigue diciendo la parte apelante— continúa en servicio activo, permanece en la plaza desempeñada y únicamente queda relevado de los más elementales deberes, el de asistencia y realización de las tareas cotidianas.

Tal tesis no puede ser aceptada porque los actos administrativos no dependen de la denominación que se les dé, sino de su naturaleza y características y de las consecuencias que se deriven de su contenido, por lo que en el caso que aquí se debate mal puede hablarse de licencia cuando las resoluciones impugnadas apartan al funcionario del desempeño de su cargo, se le priva del despacho y se le requiere para que en plazo inmediato deje la vivienda que ocupa por razón del mismo; el respeto del derecho al cargo reconocido a los funcionarios de carrera en el artículo 63.2 de la Ley articulada de 7 de febrero de 1964 impide que su cese pueda acordarse libremente por la Administración, ni como veremos más adelante, puedan ser removidos de los cargos o funciones públicas a los que se accedió si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos.

Tampoco es convincente la alegación acerca de que en cualquier caso no es adecuada la vía de la Ley 62/78 por ser la cuestión debatida propia de legalidad ordinaria examinable en el proceso común, porque como dice el Tribunal Constitucional en Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (R. T. Const. 161) el derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución es un derecho de configuración legal, como de forma inequívoca expresa el último inciso del precepto y en consecuencia compete a la Ley el ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicos. Una vez creados por las normas legales tales derechos y facultades quedan integrados en el *status* propio de cada cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23.2 citado, defender ante los órganos judiciales el *ius in officium* que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integran los titulares del cargo.

Tampoco puede tener relevancia a los efectos del resultado de esta litis tanto la alegada reforma de la plantilla como la oferta de empleo público, puesto que al no ser esta materia objeto de debate, sino de pretensión de justificación de una conducta que se reconoce como improcedente, su conocimiento es propio del proceso jurisdiccional ordinario, no obstante lo cual conviene destacar que en el expediente no se ha acreditado el cumplimiento de lo prevenido en el artículo 126, apartados 1 ó 3, según los casos, del Real

Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, ni en el artículo 445 del mismo texto legal requisitos inoperantes en cualquier caso, puesto que reconocido por la parte apelante que la baja en el servicio a través de la denominada licencia se acuerda con anterioridad a la celebración del Pleno convocado para su aprobación, cuando tanto el artículo 29.1 del Real Decreto 3046/77 como el artículo 13.3 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local establecen que "las plantillas aprobadas o sus modificaciones deberán insertarse en el Boletín Oficial de la Provincia como requisito indispensable para su entrada en vigor", lo que convierte la actuación de la Corporación demandada en una vía de hecho que conlleva el amparo solicitado, con la consiguiente confirmación de la sentencia apelada e imposición de las costas a la parte apelante cuya pretensión ha sido desestimada.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 2.ª, 18 julio 1989.*)

2. *Asignación de tareas distintas dentro de la misma población. No puede ser considerada como sanción, máxime cuando no se ha hecho mención de posibles perjuicios en las retribuciones o en cualquier otro terreno. Necesidades del Servicio. Necesidad de prueba de la desviación de poder al disponer la Administración, en virtud del principio de legalidad, de la presunción de que actúa con arreglo a Derecho y de buena fe.*

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

«Que establecido por el artículo 106.1 de la Constitución que "los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de éste a los fines que la justifican", la desviación de poder la define el artículo 83.3 de la Ley Jurisdiccional como "el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico"; precepto interpretado por la Jurisprudencia —Sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1984, con cita de otras varias— en el sentido de que "supone la existencia de un acto ajustado a la legalidad intrínseca, pero con vicio de nulidad por no responder su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público y sujeta a ineludibles imperativos de moralidad"; por lo que teniendo en cuenta que la Administración, en virtud del principio de legalidad de la actividad administrativa, goza de la presunción de que ejerce sus potestades con arreglo a Derecho y de buena fe, resulta imprescindible que quien alega que un órgano administrativo se apartó del cauce jurídico, ético o moral que está obligado a seguir, debe demostrar la intencionalidad torcida o desviación del mismo, no siendo suficiente oponer a la presunción dichas meras conjeturas o sospechas, agregando que el administrado "habrá de proporcionar una prueba suficiente para crear en el Tribunal una razonable convicción de que aun cuando la Administración se haya acomodado exteriormente en su actuación a la legalidad formal, sin embargo, el fin perseguido por los actos impugnados se aparta del interés público". Doctrina que nos conduce a la desestimación de la alegación formulada por el actor, de desviación de poder en el acto impugnado, pues aparte de no haber demostrado esa intencionalidad torcida al no haber solicitado la práctica de prueba alguna, ha quedado acreditado que el cese y posterior adscripción de puestos, dentro de la misma Guarnición, se debió a necesidades del servicio motivadas por las irregulares actuaciones en la función que prestaba en el Aeropuerto el recurrente, debidamente consignadas en el expediente, y demostrativas de la adecuación del acto impugnado a derecho y con estricta sujeción al interés público o interés general como es el servicio prestado por las Fuerzas de Seguridad.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO (Tribunal Supremo)

«Se ciñe la presente apelación al problema de la desviación de poder en que pudieran haber incurrido las Resoluciones impugnadas, punto en el que apenas cabe añadir nuevos razonamientos al fundamento VI de la Sentencia de 5 de mayo de 1988, porque el concepto de necesidades del servicio justificativas de un traslado dentro de la misma población, lo mismo puede operar en cuanto al puesto que se deja que al nuevo que señala al funcionario.

Es evidente que la asignación de tareas distintas a las que el funcionario venía desempeñando en la misma población no puede merecer el calificativo de sanción de ninguna clase, máxime cuando el recurrente no ha acreditado estar en posesión del título de fronteras que alegó ni se ha hecho mención de posibles perjuicios causados en sus retribuciones o en cualquier otro terreno.

La circunstancia de que el traslado de puesto tenga o pudiera tener origen en quejas sobre conductas ocasionales del señor C., no implica forzosamente que el fin del acto administrativo discutido haya sido diferente al de atender a las necesidades generales de asegurar un buen servicio tanto en cuanto a los del Aeropuerto como en lo que atañe al grupo Local de Seguridad Ciudadana, por lo que procede confirmar íntegramente la resolución apelada, sin imposición de costas.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 2.ª, 28 septiembre 1989.*)

3. *Retribuciones. Funcionarios en prácticas. Profesores. Equiparación a funcionarios de carrera.*

«El análisis de las decisiones judiciales a contrastar, acredita las identidades legalmente definidas, por cuanto ambas fueron dictadas en procesos promovidos por profesores interinos y en prácticas que habían interesado de la Administración las diferencias por retribuciones básicas que, a su entender, les correspondían, coincidiendo, pues, litigantes en idéntica situación e iguales presupuestos fácticos y peticiones, y como además se ha llegado en ellas a pronunciamientos contrarios, pues mientras en la antecedente es desestimatorio, la dictada por la Sala de Bilbao estima el recurso, en mérito de fundamentos jurídicos sustancialmente iguales, habida cuenta que en una y otra se cuestiona la aplicación del Real Decreto 493/1978, de 2 de marzo, que desarrolla el artículo primero del Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, en relación con las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, es por lo que resulta contrastada la contradicción entre ambas sentencias y por ello surge, consecuentemente, la necesidad de definir la doctrina jurídica correcta.

En trance de efectuar tal definición, hemos de traer a colación las numerosas Sentencias de esta Sala —por todas las de 22 de abril, 8 de julio y 3 de octubre de 1986—, en las que abordando supuestos de revisión similares al presente y sobre declarar que, para el año 1978, los Profesores en prácticas, al igual que los interinos, experimentaron un incremento del 21,5 por 100, sobre las retribuciones íntegras percibidas durante 1977 para igual dedicación y puesto de trabajo, sin que en ningún caso pudieran superar las correspondientes a funcionarios de carrera de idéntico nivel, se expresó también que, para el año 1979 (cual ocurre para los siguientes ejercicios), ni el Real Decreto-ley 50/1978, ni la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1979, rompieron la homologación que, en materia de retribuciones básicas, vino a establecer la disposición final del Decreto 493/1978, en favor de los Profesores en prácticas, a los que no hacían alusión el artículo noveno de

la Ley de Presupuestos anteriormente citada (ni tampoco los correlativos de las posteriores), y a quienes, por tanto, era de aplicación la regla general establecida para los funcionarios de carrera en el artículo séptimo, resultando, en consecuencia, acertado y correcto el pronunciamiento de la sentencia impugnada en revisión en cuanto hace referencia al período comprendido entre 1 de marzo de 1979 y septiembre de 1979, durante el cual la recurrente en primera instancia desarrolló su labor como profesora en prácticas, en tanto que para el tiempo en que fue interina la doctrina correcta es la establecida por la Sala de Oviedo, pues, como decíamos, para 1978, los funcionarios de aquella naturaleza experimentaron un incremento del 21,5 por 100 sobre las retribuciones íntegras percibidas durante 1977 para igual dedicación y puesto de trabajo, mientras que para 1979 y años posteriores se dejó sin efecto —art. 9.º de la Ley de Presupuestos de 19 de julio de 1979—, para los Profesores interinos, la homologación que en materia de retribuciones básicas establece la disposición final del Decreto 493/78, al disponer, con carácter general, en su apartado 1, que el total de las retribuciones íntegras de los funcionarios interinos experimentarán el incremento que en el mismo se determina en función del índice de proporcionalidad asignado al Cuerpo de que ocupen vacante.» (*Sentencia Revisión, 18 septiembre 1989.*)

4. *Pensiones extraordinarias de retiro. Necesidad de acreditar expedientalmente que la inutilidad se produjo en acto de servicio.*

«El acuerdo impugnado fundamenta la desestimación del recurso de reposición formulado contra el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar de 8 de abril de 1987, aceptando con ello propuesta del General Jefe del Departamento de Pensiones, en que el expediente instruido para declarar el haber pasivo de don José E. B., por haber pasado a la situación de retirado, por incapacidad permanente, como Guardia Civil, lo fue con arreglo al artículo 16.4 del Reglamento aprobado por Decreto 1599/72, para la aplicación del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y asimilado de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Armada, haciendo constar que para que pudiera señalarse la pensión extraordinaria por inutilidad en acto de servicio, sería necesario que tal expediente fuera aprobado con arreglo al artículo 130 del precitado Reglamento, siendo así que don José E. B. pasó a la situación de retirado como Guardia Segundo del Cuerpo de la Guardia Civil, según Orden del Ministerio de Defensa de 16 de diciembre de 1986 —180/2561/86— por declaración de inutilidad física en virtud del expediente instruido, como dicho queda, con arreglo a lo prescrito en el artículo 16.4 del Reglamento de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y asimilado de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Armada, aprobado por Decreto 1599/72, fundamento que esta Sala comparte, ya que, como tiene declarado entre otras, en su Sentencia de 2 de octubre de 1985, a la vista de lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Derechos Pasivos del Personal Militar y asimilado de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Armada, para que el Consejo Supremo de Justicia Militar señale una pensión es preciso que previamente se siga un expediente en el correspondiente Ministerio, que concluya expresando la causa que motiva el pase a la situación de retirado, toda vez que el Consejo Supremo de Justicia Militar señala la pensión de retiro sobre la base de la existencia de una previa Resolución Militar que acuerde el pase a esta situación, por ello obró acertadamente el Consejo Supremo de Justicia Militar en el acuerdo impugnado, al desestimar la petición de pensión extraordinaria por inutilidad física, solicitada por don José E. B., dado que el pase a la situación de retiro por declaración de inutilidad física lo fue en expediente instruido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16.4 del Reglamento para la aplicación del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos del

Personal Militar y asimilado. Recordando la Sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 1986 que para causar la pensión extraordinaria a que se refiere el artículo 34 del Decreto 1211/72, de 13 de abril, de acuerdo con el apartado 2.º del mencionado artículo, es necesario acreditar en expediente instruido en la forma y con las garantías que con mayor detalle regula el artículo 30 del Reglamento aprobado para la aplicación de la precitada Ley, que la inutilidad se produjo en acto de servicio, o con ocasión, o como consecuencia de él. No pudiendo el Consejo Supremo de Justicia Militar modificar ni desconocer en el señalamiento de haberes pasivos la Orden Ministerial que declare al interesado en situación de retirado, quedando vinculado a esta declaración mientras la Administración no la declare nula en el procedimiento adecuado.» (*Sentencia de la Sala 3.º, 10 julio 1989*)

5. *Improcedencia de solicitar del Gobernador civil que acordó la jubilación anticipada de un funcionario la indemnización por los perjuicios ocasionados, por no ser el órgano competente para resolverla y no haber dictaminado el Consejo de Estado.*

«El artículo 11 del Real Decreto de 28 de noviembre de 1984, dictado en desarrollo de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, atribuye a los Delegados del Gobierno y Gobernadores Civiles en relación a los funcionarios destinados en servicios periféricos de ámbito regional y provincial, respectivamente, entre otras competencias, en el número 3, la de declarar su jubilación forzosa, careciendo en cambio de competencia para conocer de la pretensión indemnizatoria, atribuida a órganos administrativos distintos, tanto si se base en una expropiación de derechos —art. 134.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa—, en la responsabilidad patrimonial de la Administración —art. 40.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado— o en supuesto de la no regulada responsabilidad legislativa, que en todo caso exigiría, de acuerdo con el artículo 22.13 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 22 de abril de 1980, la previa audiencia de dicho órgano consultivo, por lo que procede, en definitiva, desestimar una pretensión indemnizatoria que no ha sido ejercitada ante el órgano administrativo competente, ni antes de la resolución se han cumplido trámites que son indispensables, lo que determina, por dichas razones, la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada, sin perjuicio de que, en su caso, la pretensión indemnizatoria pueda ejercitarse ante el órgano administrativo competente para resolverla.» (*Sentencia de la Sala 3.º, 21 julio 1989*.)

III. INCOMPATIBILIDADES

Incompatibilidad de funcionario para actuar como Procurador de los Tribunales dada la simultaneidad del horario. No cabe alegar la posibilidad de que el Procurador actúe mediante habilitado, pues esta figura tiene su fundamento en la práctica en ciudades en que los órganos judiciales son numerosos y frecuentemente distantes, lo que impide la presencia del Procurador en varios de ellos.

«La recurrente en apelación, pretende la revocación de la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de noviembre de 1987, en cuanto le denegó su pretensión, en relación con los actos administrativos impugnados, de ser compatible, en las condiciones que expresa, el ejercicio de la actividad de Procuradora de

los Tribunales en Mieres, con el de funcionaria de la AISS en la misma localidad; tal pretensión ha sido desestimada de forma fundada jurídicamente por la sentencia que se apela, dado el horario de trabajo en la Administración Pública, que coincide con el de la actuación ordinaria de los Juzgados y Tribunales, sin que el tener designado un oficial habilitado suponga que éste haya de realizar todos los actos en representación de las partes, lo que haría desaparecer la figura del Procurador, que es la persona a quien el litigante ha otorgado poder para que lo represente, sin facultad para delegarla en otro.

La pretensión de la recurrente apelante en su demanda, es que tiene derecho a compatibilizar su actividad de funcionaria y el ejercicio de Procuradora en Mieres, por medio de Habilitado, en horas de 17,00 a 20,00, y en las alegaciones de esta segunda instancia en términos iguales, por lo que es totalmente improcedente efectuar una declaración de que el ejercicio de Procurador de los Tribunales ha de realizarse por medio de Habilitado, cuando esa facultad de designación tiene su fundamento en la práctica, esencialmente en poblaciones en que los órganos judiciales son muy numerosos, e impiden la presencia en varios de ellos, distantes a veces en varios kilómetros, pero no permite una actuación continuada por medio de ese Oficial Habilitado, pues sería tanto como no cumplir el mandato otorgado en el poder por el litigante; y mucho menos que el ejercicio de la Procuraduría se ha de efectuar de 17,00 a 20,00 horas exclusivamente, lo que carece totalmente de sentido, cuando la función del Procurador es representar a su poderdante ante los Tribunales en todas las actuaciones en que por ley se exija que el litigante ha de estar representado por Procurador; y si a pesar de los términos de la pretensión, lo que quiere es que el Oficial Habilitado actúe de 8,00 a 15,30 horas, y la recurrente de 17,00 a 20,00, no hay interpretación conjunta del Ordenamiento jurídico, incluidos los derechos reconocidos en la Constitución que permita llegar a tal conclusión.

Al decirse en las alegaciones de la apelante que toda la cuestión litigiosa puede quedar resuelta sin entrar en mayores complejidades, buscando el sentido auténtico, la recta y exacta interpretación del artículo 11.2 del Real Decreto 598/85, conforme se deriva de lo establecido en la Ley 53/1984, de la que es desarrollo reglamentario, la sentencia apelada ha hecho una interpretación razonable y lógica de tales preceptos, atendidas las circunstancias del caso, por lo que ha de ser desestimado el recurso de apelación y confirmada la sentencia apelada.» (*Sentencia de la Sala 3.ª 4 julio 1989.*)

IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *La sanción de destitución de funciones no es homologable con la de separación, por lo que, si no existe desviación de poder, no cabe recurso de apelación.*

«Interpuesto recurso de apelación por don Virgilio M. S. y el Abogado del Estado en cuanto a la parte en que la sentencia desestima sus respectivas pretensiones, seguido su trámite y señalado el recurso para votación y fallo, la Sala acordó oír a las partes con suspensión del término para dictar sentencia sobre la apelabilidad o no de la cuestión debatida, sosteniendo la representación de don Virgilio M. S. la apelabilidad de la cuestión planteada por tratarse de un supuesto litigioso en que se cuestionaba la destitución de un funcionario público inamovible, sin que la Abogacía del Estado presentara escrito alguno.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 94.1 de la Ley de esta Jurisdicción, las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia no son apelables cuando se refieran a funcionarios de la Administración

Pública, salvo que se trate de la separación de empleados públicos inamovibles o de alguno de los supuestos de número 2 de dicho precepto.

Al no versar sobre desviación de poder o de impugnación indirecta de disposiciones de carácter general, sino de cuestión de personal, sólo sería apelable si se tratara de la separación de empleados públicos inamovibles, que es la tesis que sostiene don Virgilio M., mas la misma no puede ser admitida porque según el artículo 55 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local de 30 de mayo de 1952 declarando vigente por Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, en cuanto no se opusiere al texto articulado del mismo, "privarán al funcionario del cargo que desempeña pero no afectarán a su permanencia en el escalafón o cuerpo respectivo, las excepciones, la destitución y la pena de suspensión de cargo público impuesta por tiempo superior a seis meses" y el artículo 64.2 que "el tiempo que el funcionario permanece destituido no le será computable a efecto alguno", por lo que tal forma de sanción no está incluida dentro de las excepciones que en cuanto a las cuestiones de personal se establecen en el artículo 94.1 citado ni comprendida en alguno de los supuestos del número 2 de dicho precepto.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 21 abril 1989.*)

2. Faltas. Manifiesta insubordinación y falta grave de respeto a los superiores. Desproporción entre los hechos probados y la sanción impuesta.

«La sentencia que se impugna consideró que no era ajustada a derecho la resolución que impuso a los dos policías municipales la sanción de separación definitiva del servicio, en cuanto autores de una falta manifiesta de insubordinación, calificada como muy grave en el artículo 52.C del Real Decreto 3046/77 y entendió que la única infracción apreciable era la de una falta grave de respeto a sus superiores, prevista en el artículo 7.º del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado, imputable a don José María V. C., fijando como sanción la de diez días de pérdida de remuneraciones, excepto el complemento familiar. La razón básica de la tesis mantenida por la sentencia es la de que en los artículos publicados en los diarios "Levante" y "Noticias" no se había sobrepasado los límites del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 20 del texto constitucional, mientras que si había extralimitación en lo manifestado por el señor V. C. al último de los diarios citados, en cuanto implicaban una descalificación desacreditadora del Alcalde y de los Concejales, situación que no concurriría en los artículos mencionados, que se limitarían a criticar la actuación de la Corporación respecto a la asignación de funciones de tipo burocrático a los Policías Municipales, en demérito de lo que ellos entienden que son las esenciales de la Policía.

La propia Entidad apelante, con criterio más razonable que el que en su día siguió en el ejercicio de la potestad sancionadora, viene a reconocer en su escrito de alegaciones la desproporción entre las conductas realizadas y las sanciones que impuso a los que consideró infractores. En este sentido, consideramos acertada la calificación acogida por la Sala de la Audiencia Territorial de Valencia, al rechazar la posibilidad de que aquéllos pudieran ser calificados de una manifiesta insubordinación y reduciendo la conducta al tipo de una falta grave de respeto a sus superiores, prevista en el artículo 7.º del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado, de 1969.

Debemos examinar, sin embargo, si resulta correcto considerar infractor exclusivamente al señor V. C. y, en su caso, la proporcionalidad de la sanción que le ha sido impuesta.

En cuanto al primer interrogante, es de observar que la idea de descalificación o, como se diría conforme a la dicción del Reglamento aprobado por

Real Decreto 33/86, de 10 de enero, la "grave desconsideración con los superiores", es perfectamente apreciable tanto en las declaraciones del citado señor como en los artículos publicados en los diarios "Noticias" y "Levante". Cuando con reiteración se dice en éstos que la Alcaldía actúa "por decreto de mando y ordeno", se le está imputando un irreflexivo comportamiento con la Policía Municipal, que la aleja de sus propias funciones, sin atender a razón alguna, lo que con toda evidencia implica un descrédito de sus superiores, que no puede hallar cobertura en el derecho de libertad de expresión, que debe hacerse compatible "con la medida necesaria para no incurrir en vulneración a este respeto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial", según términos de una Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de octubre de 1983 (R. T. Const. 81), perfectamente trasladables al ámbito de la Policía Municipal.

Hemos de pronunciarnos, finalmente, sobre la sanción procedente para cada uno de los autores de los hechos. Consideramos que teniendo en cuenta la finalidad de mejora del servicio que aparece como finalidad de sus críticas, resulta proporcionado a sus conductas imponerles una sanción de suspensión de funciones durante un mes a don José María C. G. y de tres meses a don José María V. C.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 2.ª, 27 septiembre 1989.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

