

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. SELECCIÓN: 1. *La designación de la Comisión de Reclamaciones por la Junta de Gobierno en lugar de por el Claustro de la Universidad no genera nulidad de pleno derecho, por lo que, al no haber sido impugnada tempestivamente, no cabe hacerlo por vía indirecta, al recurrir los actos de aquélla. Dicha Comisión puede examinar no sólo la legalidad externa del procedimiento, sino también los conocimientos y méritos de los candidatos, como deriva de que a sus miembros se exija «amplia experiencia docente e investigadora» y de la posibilidad de que soliciten los asesoramientos que consideren oportunos. Existe un Voto Particular que disiente de la Sentencia por entender que el acto de designación es un acto organizatorio independiente, cuya legalidad no estaba obligado a examinar el demandante mientras no hubiese realizado algún acto que considerase contrario a sus intereses.* 2. *Una cosa son las pruebas de selección o acceso a un Cuerpo, Escala o Categoría y otra distinta la provisión de puestos de trabajo vacantes entre funcionarios que ya pertenecen a las mismas, destinación establecida con claridad en los artículos 19 y 29 L. 30/1984, en los Reglamentos que la desarrollan, aprobados por RRDD de 9 de diciembre de 1985 y 15 de enero de 1990, y, en concreto, para la Administración local, en el artículo 97 de la Ley de Bases de 2 de abril de 1985 y 171.2 del TC 18 de abril de 1986. El desempeño de trabajo en comisión de una plaza no da derecho a ocuparla mediante concurso ni impide que la Corporación pueda convocar pruebas selectivas para su provisión.* 3. *Ilegalidad de la publicación de las Bases de la convocatoria por no figurar en el Sumario del BO que las convocó, tal como exige el artículo 8 del Decreto 1583/60, lo que mermó el conocimiento de la convocatoria, produciéndose una desigualdad entre las personas que aspiraban a tomar parte en el concurso convocado. Desviación de poder del nombramiento como Letrado Consistorial del único participante en el Concurso, Concejal del Ayuntamiento.*—II. PLANTILLAS ORGÁNICAS Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: 1. *Plantillas municipales. Su contenido hace que participen de la naturaleza de lo normativo, por lo que nada se opone a la impugnación de los actos aplicativos de las mismas fundándose en su ilegalidad.*—III. DERECHOS: 1. *Derecho de huelga, ilegalidad de Decreto del Alcalde fijando los servicios mínimos por falta de motivación.* 2. *El derecho al reconocimiento de créditos contra las Entidades locales por prestación de servicios prescribe a los cinco años, contados a partir de la fecha de terminación del servicio —art. 796, 1.º, 2.º TR 24 junio 1955, a la sazón— vigente.* 3. *Ilegalidad de acuerdo municipal de atribuir el complemento específico a todos los funcionarios de la Corporación al infringir los artículos 23.3 b Ley 30/84 y 4.º RD 861/1986, por cuanto tal retribución sólo puede fijarse para «aquellos que, previa especial y particular valoración se acredite que reúnen las circunstancias legales que lo justifican».* 4. *Son derechos adquiridos, «en principio solamente los derechos que surjan durante el tiempo en que están vigentes las normas en que aquéllos aparecen reconocidos. Sin que de ningún modo pueda considerarse que tenga aquel carácter el pretendido derecho a que cualquier aspecto de su régimen estatutario permanezca idéntico en el futuro».*—IV. INCOMPATIBILIDADES: 1. *Incompatibilidad de Catedráticos y Profesores para compatibilizar sus puestos de trabajo universitarios y la actividad complementaria a los mismos realizada en el Hospital Clínico con un puesto asistencial en el Insalud como personal sanitario no jerarquizado de la Seguridad Social en base al artículo 25 RD 598/85, sin que esta situación fuese modificada sustancialmente por el RD 1558/86 de 28 de junio.*—V. SITUACIONES: 1. *Los militares que pretenden obtener el pase a la situación de retirado, o la situación especial a que alude el artículo 5 del Decreto Ley de 8 de febrero de 1977, han de concretar en la petición la concreta actividad política o militar*

que pretenden ejercer. 2. Los funcionarios municipales transferidos a las Comunidades Autónomas no quedan en situación de excedencia voluntaria sino en la de servicios de las Comunidades Autónomas.—VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. El abandono de servicio «comporta una dejación total del puesto de trabajo encomendado al funcionario, generalmente por tiempo indeterminado, sin motivo alguno que lo justifique, ligado al propósito de apartarse de los deberes inherentes al mismo, es decir, una ruptura “de facto” de la relación de servicio». 2. Aplicación al Derecho administrativo sancionador de los principios del Derecho Penal. Principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculcado. Inicio del plazo de prescripción desde la fecha de comisión de la infracción, e interrupción de la prescripción desde que se inicia el procedimiento, con independencia de que el inculcado tenga o no conocimiento de su iniciación. 3. Suspensión. Derecho de la Administración a indemnización reparatoria por parte de funcionario, por cobro de lo indebido, al haberse dictado Sentencia desestimatoria en recurso en que, a instancia de aquél, se suspendió el acto impugnado. Artículo 1985 Cc. Al no existir mala fe, los intereses se devengan desde la fecha de la sentencia que resuelve la demanda incidental. 4. «Es consustancial a toda infracción de desobediencia, sea cual sea la entidad de la misma, delito, falta o simple infracción administrativa, el que el mandato desacatado sea total y absolutamente legítimo, al no estar nadie obligado al cumplimiento de orden alguna que no se ajuste a la legalidad», sin que, como regla general, sea preciso para no incurrir en desobediencia una previa impugnación de la Orden o mandato desobedecido. 5. Improcedencia, en virtud del principio «non bis in idem», de sancionar disciplinariamente a un funcionario que ya fue condenado por sentencia penal en virtud de los mismos hechos y teniendo en cuenta su condición de funcionario. Por lo que no cabe aplicar la doctrina de la sujeción especial utilizada en la STC 94/1986, de 8 de julio. 6. En aplicación del artículo 37.1 d LF, que debe considerarse vigente, la pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público implica la pérdida de la condición de funcionario.

I. SELECCIÓN

1. La designación de la Comisión de Reclamaciones por la Junta de Gobierno en lugar de por el Claustro de la Universidad no genera nulidad de pleno derecho, por lo que, al no haber sido impugnada tempestivamente, no cabe hacerlo por vía indirecta, al recurrir los actos de aquélla. Dicha Comisión puede examinar no sólo la legalidad externa del procedimiento, sino también los conocimientos y méritos de los candidatos, como deriva de que a sus miembros se exija «amplia experiencia docente e investigadora» y de la posibilidad de que soliciten los asesoramientos que consideren oportunos. Existe un Voto Particular que disiente de la Sentencia por entender que el acto de designación es un acto organizatorio independiente, cuya legalidad no estaba obligado a examinar el demandante mientras no hubiese realizado algún acto que considerase contrario a sus intereses.

«El acto administrativo cuya legalidad ha sido afirmada en la sentencia apelada es la resolución de la Comisión de Reclamaciones de la Universidad de Oviedo, de 22 de junio de 1987, por la que acordó no ratificar la propuesta que la Comisión, encargada de juzgar el concurso para la provisión de una plaza de Profesor Titular de dicha Universidad, área de conocimiento Filosofía, perfil de Historia de Filosofía Contemporánea, había hecho en favor de Don Carlos N. B. La razón fundamental de no ratificar consistió en que el primero de los criterios de valoración aprobados por la Comisión juzgadora se refería a la “adecuación

de la docencia investigación del candidato al perfil de la plaza”, señalándose que mientras uno de los candidatos había desarrollado su actividad docente en la Universidad ininterrumpidamente desde el curso 80/81, el propuesto poseía una experiencia docente referida en exclusiva a la Enseñanza Media, lo que, a su vez, se habría reflejado en su actividad investigadora, teniendo la de éste un carácter eminentemente pedagógico y divulgatorio, mientras que la del primero aparecería siempre relacionada con la Historia de la Filosofía Contemporánea.

Tres son los motivos que manifiesta el apelante para oponerse a la decisión administrativa citada: que la Comisión de Reclamaciones había sido constituida ilegalmente, al haberse nombrado por la Junta de Gobierno, en vez de por el Claustro de la Universidad, como impone el art. 43 de la Ley de Reforma Universitaria; que, en todo caso, carece de competencia para revisar la valoración hecha por la Comisión encargada de juzgar el concurso y, por último, la desviación de poder.

Pasando al examen de cada una de dichas motivaciones, nos encontramos, en primer lugar, con la referente a su ilegal constitución, en el sentido de que había sido elegida por la Junta de Gobierno de la Universidad, cuando es así que el artículo 43-2 de la Ley de Reforma Universitaria ordena que lo sea por el Claustro Universitario.

En alguna ocasión, como aconteció en nuestra sentencia de 19 de julio de 1990, nos hemos referido a este tema, señalando que el vicio denunciado no constituye ninguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho descritos en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo y que de calificarse como vicio que hiciera meramente anulable el acto constitutivo de la Comisión, sin embargo no aparecería impugnado en tiempo y forma, en cuanto que siendo de contenido concreto o aplicativo, no cabría su impugnación indirecta con ocasión de la planteada respecto de otros con él relacionados.

La parte apelante insiste, no obstante, en poner de manifiesto la evidente contradicción entre lo dispuesto en el texto del artículo 43-2 de la Ley de Reforma Universitaria y el órgano que eligió la Comisión de Reclamaciones en la Universidad de Oviedo. Debemos tener en cuenta, sin embargo, que la disposición transitoria tercera de la Ley citada dispuso que hasta la entrada en vigor de los Estatutos de una Universidad, el Ministerio de Educación y Ciencia mantendría las competencias que la Ley atribuye a las Universidades y que fue en uso de esta potestad legal y con el fin de no retrasar innecesariamente la cobertura de plazas de los Cuerpos docentes universitarios, que la Orden de 28 de diciembre de 1984, por la que se desarrolla, con carácter transitorio, el Real Decreto 1888/84, de 26 de septiembre, atribuyó transitoriamente las competencias que los artículos 35 a 43 de la Ley de Reforma Universitaria encomiendan a las Universidades, disponiendo en su articulado quinto que la Comisión de Reclamaciones fuese elegida por la Junta de Gobierno de la Universidad.

Teniendo en cuenta esta normativa transitoria, es evidente que conforme a la misma la decisión de la Junta de Gobierno de la Universidad de Oviedo hubo un tiempo en que tuvo cobertura legal, sin que haya obstáculo en aceptar que la necesidad que llevó al ordenamiento a reconocerle dicha potestad de nombramiento tenga que permanecer en su eficacia mientras que el Claustro no hubiese procedido a constituir la Comisión conforme al mencionado artículo 43-2 de la Ley de Reforma Universitaria.

El segundo motivo de la apelación se refiere a la posibilidad legal de que la Comisión de Reclamaciones revise por razones de fondo lo decidido por la Comisión Juzgadora.

Sobre este particular debemos hacer omisión de cualquier comentario sobre la oportunidad o conveniencia de que exista este órgano administrativo específico para el conocimiento de las reclamaciones contra las resoluciones sobre las pruebas para proveer plazas de los Cuerpos Docentes Universitarios. La ley lo ha creado de manera directa e inmediata, de modo que la función que a nosotros

nos corresponde es únicamente la de fijar cuál sea el alcance y sentido de la norma creadora, para así poder determinar el ámbito de su potestad.

En este sentido debemos observar que el problema que se plantea en realidad es el de establecer si las facultades revisoras de la Comisión se refieren solamente al examen de la legalidad externa del procedimiento seguido en la celebración de las pruebas o si, por el contrario, pueden entrar en las cuestiones relativas a los conocimientos y méritos de los candidatos, es decir, en materias sobre las cuales los Tribunales de Justicia consideramos normalmente que no podemos entrar a enjuiciar, por formar parte de lo que se llama discrecionalidad técnica de la actividad administrativa, no susceptible de ser valorada con el instrumental jurídico que en exclusiva nos corresponde manejar.

Delimitada así la cuestión, debemos notar que la característica que el artículo 43-2 de la Ley de Reforma Universitaria impone a los Catedráticos de Universidad que forman la Comisión es que tengan "amplia experiencia docente e investigadora", sin que, sin embargo, se haga mención alguna de que deban tener cualquier cualificación en disciplinas jurídicas. Esta circunstancia nos indica que, independientemente de cuál sea su especialidad académica, se les considera especialmente aptos para valorar la capacidad docente e investigadora de los que participan en los concursos.

La anterior consideración nos permite calificar de jurídicamente correcto que el Preámbulo del Real Decreto 1888/84 diga que el recurso específicamente académico ante el Consejo de Universidades atenderá a las cuestiones de fondo, es decir, a la valoración de los méritos de los candidatos realizada por la Comisión y no sólo a los aspectos formales del procedimiento. Aunque este texto haya perdido valor a raíz de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 43-3 de la Ley de Reforma Universitaria, no obstante expresa la intención del legislador de que la posibilidad de revisión de la actuación de la Comisión Juzgadora tenga el alcance al que nos hemos referido, como pone de manifiesto, por otra parte, el hecho de que reglamentariamente se le haya reconocido la posibilidad de solicitar los asesoramientos que considere oportunos (art. 14-4 del Real Decreto 1888/84).

Nos resta, finalmente, referirnos a la alegación de desviación de poder. El recurrente nos ha dicho, sobre este particular, que la Administración ha utilizado potestades administrativas para fines distintos de los queridos por el ordenamiento jurídico, postergando al candidato propuesto, con mejores méritos, aptitudes y capacidad demostrados a lo largo del desarrollo del concurso.

No discutido que el fin del concurso para la provisión de plaza de Profesor Titular de Filosofía era el de cubrirla atendiendo a los mejores méritos y capacidad de los concursantes, que son los principios que deben presidir las pruebas de acceso a la función pública, según dispone el artículo 103-3 de la Constitución, no consideramos que consten en las actuaciones elementos de prueba suficientes para acreditar que el acuerdo de la Comisión de Reclamaciones tratase de eludir aquel fin, atendiendo, en su lugar, a otro tipo de preferencias. En efecto, no podemos desconocer que el propuesto había acreditado notables méritos y capacidad, pero esto no excluye que el razonamiento del acto que denegó su ratificación sea también perfectamente asumible sin necesidad de conectarlo con algún fin ajeno al servicio, ya que en definitiva lo que en él se hizo fue valorar la experiencia de cada uno de los candidatos en el concreto punto de su relación docente y científica con la Universidad, aspecto éste que no sólo era el primer criterio de valoración aprobado por la propia Comisión juzgadora, sino que además constituye un elemento esencial en la calificación de los concursantes, en arreglo a lo dispuesto en el artículo 37-2 de la Ley de Reforma Universitaria.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 9.ª, 26 diciembre 1990.*)

2. *Una cosa son las pruebas de selección o acceso a un Cuerpo, Escala o Categoría y otra distinta la provisión de puestos de trabajo vacantes entre funcionarios que ya pertenecen a las mismas, destinación establecida en claridad en los artículos 19 y 20 L. 30/1984, en los Reglamentos que la desarrollan, aprobados por RRDD de 9 de diciembre de 1985 y 15 de enero 1990, y, en concreto, para la Administración local, en el artículo 97 de la Ley de Bases de 2 de abril de 1985 y 171.2 del TC 18 abril de 1986. El desempeño de trabajo en comisión de una plaza no da derecho a ocuparla mediante concurso ni impide que la corporación pueda convocar pruebas selectivas para su provisión.*

«El apelante D. Javier-María T. R., funcionario del Ayuntamiento de Portugalete perteneciente a la Subescala de Servicios Especiales, en la que desempeña el puesto de trabajo de Sobrestante municipal, que se halla en posesión del título de Arquitecto Técnico, impugna en el recurso contencioso-administrativo el concurso-oposición convocado por dicha Corporación para la provisión en propiedad de una plaza de Técnico Medio de Urbanismo para el puesto de Arquitecto Técnico Municipal y las bases de la misma, solicitando su anulación y que se declare que dicho Ayuntamiento estaba obligado a su provisión mediante concurso de méritos, siendo desestimado el recurso por la sentencia que se impugna en esta apelación, con base en los mismos argumentos utilizados en la primera instancia, en los que se confunden conceptos distintos e interpretan erróneamente las normas legales aplicables, a las que en este recurso debe hacerse una breve referencia por hallarse amplia y claramente explícitos en la sentencia objeto del recurso.

A este respecto debe señalarse: A) Que una cosa son las pruebas de selección o acceso a un Cuerpo, Escala o Categoría y otra distinta la provisión de puestos de trabajo vacantes entre funcionarios que ya pertenecen a las mismas, distinción establecida con claridad en los artículos 19 y 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública; en los reglamentos que la desarrollan aprobados por Reales Decretos de 9 de diciembre de 1985 y 15 de enero de 1990, y, en concreto, para la Administración Local, en el artículo 97 de la Ley de Bases de 2 de abril de 1985 y 171.2 del Texto refundido de 18 de abril de 1986, de forma que, si como señalan dichos preceptos, las pruebas de selección pueden ser por concurso, oposición o concurso-oposición, mientras que la provisión de puestos de trabajo se efectúa normalmente por concurso de méritos, el recurrente, funcionario del grupo C), por hallarse en posesión de la titulación necesaria para acceder a una plaza del grupo B), podrá participar en las correspondientes pruebas de selección, pero lo que no puede es pretender ocuparla mediante un concurso de méritos sin haber superado las pruebas de selección, puesto que el concurso de méritos es el procedimiento normal para la provisión de puestos de trabajo entre los funcionarios que ya pertenecen al grupo, cuerpo, escala o categoría en que se han producido las vacantes.—B) Efectivamente, el artículo 22.1 de la Ley 30/84, también básico del régimen estatutario de la función pública, establece un principio programático tendente a facilitar la promoción interna de los funcionarios, si bien, de una parte, por este sistema únicamente habrán de cubrirse un determinado porcentaje de plazas vacantes; de otra, faculta al Gobierno para establecer los criterios, requisitos y condiciones que han de cumplirse, para cuya promoción interna el artículo 31 del posterior Reglamento de 15 de enero de 1990 establece los sistemas de oposición o concurso-oposición, por lo que, convocada la provisión de una única plaza, ni el recurrente puede imponer que se cubra por el turno que a él le conviene, ni tampoco puede elegir el procedimiento selectivo que le interesa.—C) El desempeño en comisión de un puesto de trabajo por tener la titulación exigida para

ello, aunque lo haya sido por tiempo superior al reglamentariamente previsto, por supuesto que no concede derecho para ocuparla en propiedad mediante concurso de méritos, ni impide que la Corporación pueda anunciar la celebración de pruebas selectivas para su provisión de forma legalmente establecida.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 13 febrero 1991.*)

3. *Ilegalidad de la publicación de las Bases de la convocatoria por no figurar en el sumario del BO que las convocó, tal como exige el artículo 8 del Decreto 1583/60, lo que mermó el conocimiento de la convocatoria, produciéndose una desigualdad entre las personas que aspiraban a tomar parte en el concurso convocado. Desviación de poder del nombramiento como Letrado Consistorial del único participante en el concurso, Concejal del Ayuntamiento.*

«De recordar es antes de entrar en el enjuiciamiento de los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia objeto del recurso de apelación que nos ocupa, que ésta transmitió al Tribunal *ad quem* la plenitud de competencias para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas en primera instancia que no fueran objeto de un pronunciamiento recogido en el fallo de la sentencia apelada. Sentado lo anterior, de tener presente es, que la sentencia apelada, estimando parcialmente el recurso formulado por la representación del Ilustre Colegio de Abogados de Cartagena, en cuyo suplico de demanda rectora del recurso se instaba, entre otras declaraciones, la nulidad del Derecho de la Alcaldía de Cartagena de 24 de noviembre de 1986, por el que se nombró Letrado Consistorial a D. Luis R. S., o la anulación de dicho nombramiento por apreciar en él la existencia de fraude de ley y desviación de poder, y del Acuerdo de la Comisión de Gobierno de dicho Ayuntamiento de 13 de abril de 1987, que desestimó en parte el recurso de reposición contra él formulado, anuló el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena de 13 de abril de 1987, y el Decreto de la Alcaldía de Cartagena de 24 de noviembre de 1986, éste en cuanto nombró Letrado Consistorial del Ayuntamiento de Cartagena a D. Luis R. S., aquél en cuanto resolviendo el recurso de reposición deducido frente al precitado Ayuntamiento no lo anuló, sino que declaró su anulabilidad. El Tribunal *a quo* llega a este pronunciamiento por estimar que la publicación de la convocatoria para la provisión en propiedad, por el sistema de concurso libre, de una plaza de Letrado Consistorial en el Ayuntamiento de Cartagena, convocatoria que según las Bases del Concurso "deberá anunciarse en el BO de la Región de Murcia y en el Tablón de Edictos de la Corporación, publicándose un extracto de la misma en el BO del Estado. Las sucesivas publicaciones se efectuarán en el BO de la región", adoleció de defectos que vulnerando la Base primera de la convocatoria produjo indefensión determinante de la nulidad del expediente administrativo, a partir del instante en que se inició en tal defecto; el vicio o defecto de la publicación de la convocatoria del concurso para la provisión en propiedad de una plaza de Letrado Consistorial del Ayuntamiento de Cartagena, que el Tribunal de instancia estima produjo la nulidad de las actuaciones administrativas que condujeron a tal nombramiento, y por ende la nulidad de éste, viene dado por el hecho de que las Bases de la mencionada convocatoria si bien se insertaron en el cuerpo del BO, de la Región de Murcia no figuraban en el sumario del BO que las publicó, tal como exige el artículo 8.º del Decreto 1583/60 de aplicación a tales publicaciones y el Decreto 57/86 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre acceso a la Función Pública, Promoción Interna, provisión de puestos de la Administración regional, siendo a tales efectos de

tener presente que aun no siendo de obligada observancia para la selección de Funcionarios de la Administración Local en la Región de Murcia las disposiciones contenidas en el precitado Decreto 57/86, al no integrarse en la Función Pública Regional de la Comunidad Autónoma de Murcia el personal de las Corporaciones Locales de la Región de Murcia, según puede inducirse de la Ley 3/86 de la Función Pública de la Región de Murcia, lo cierto es que el haber omitido en el sumario del BO de la Región de Murcia la publicación de la convocatoria del concurso libre de méritos para proveer una plaza de Letrado Consistorial en el Excmo. Ayuntamiento de Cartagena, implicó una vulneración de lo dispuesto en la Base primera de la convocatoria de dicha plaza, en cuanto en ella se dispone que la convocatoria deberá anunciarse en el BO de la Región, cuya publicación implica la referencia en el sumario de dicho Boletín de su inserción en el cuerpo del mismo, al no haberse hecho así indudablemente se mermó el conocimiento de la convocatoria, produciéndose una desigualdad entre las personas que aspirando a tomar parte en el concurso de Letrado Consistorial del Ayuntamiento de Cartagena, anunciado en la oferta de empleo público por el Ayuntamiento de Cartagena, en Resolución de 14 de marzo de 1986, publicada en el BO del Estado de 19 de mayo de 1986, tuvieron conocimiento de la fecha de la convocatoria para su provisión y los que desconocían ésta por no figurar en el sumario del BO de la Región de Murcia; siendo de destacar que cuando se publica la referencia a tal plaza de Letrado Consistorial en el periódico de Murcia "La Verdad", el día 12 de octubre de 1986, había transcurrido con exceso el plazo para presentar las instancias para tomar parte en el concurso libre de méritos mediante el que se provee. Hechos estos que adquieren una mayor relevancia si se tiene en cuenta el excepcional medio de concurso libre a que el Ayuntamiento de Cartagena acude para proveer la plaza de Letrado Consistorial y que el único aspirante que presenta instancia para tomar parte en el meritado concurso, es D. Luis R. S., Concejal del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena cuando se adoptó el Acuerdo de convocar la plaza de Letrado Consistorial de dicho Ayuntamiento por el sistema de concurso libre de méritos, cargo de Concejal del Ayuntamiento de Cartagena que el Sr. R. S. siguió ostentando durante el desarrollo del concurso y de las fases de sus pruebas selectivas, en que se calificaron y valoraron la Memoria de Trabajo en él exigida, calificación y valoración que se llevó a cabo e hizo por un Tribunal presidido por un miembro de la Corporación Municipal, de la que él formaba parte, y por cuatro vocales de los que tres eran funcionarios del Ayuntamiento, siendo de destacar en cuanto a sintomático para configurar la alegada desviación de poder en que incurrió el acto que nombró Letrado Consistorial a D. Luis R. S., que en la segunda sesión celebrada por el Tribunal calificador que juzgaba el concurso libre para la provisión de la misma, presidiendo el acto el Ilmo. Sr. Alcalde Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena D. Juan M. S., se llama a D. Luis R. S. "y comparecido éste, el Ilmo. Sr. Alcalde inicia el acto preguntándole al Sr. R., en su calidad de Concejal de este Excmo. Ayuntamiento si ha observado alguna irregularidad o ilegalidad en la tramitación de la presente convocatoria, a lo que el Sr. R. manifiesta que no", a continuación, según se certifica por el Secretario del Tribunal, sin que conste si el Ilmo. Sr. Alcalde que presidía el acto se hubiera ausentado del mismo y abandonado su presidencia, "de acuerdo con lo previsto en la Base séptima de las que rigen la presente convocatoria se procede a hacer la defensa por parte del concursante de la Memoria de Trabajo por él confeccionada sobre el tema Organización de los Servicios Jurídicos del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena, toda vez que la exposición de la misma ya se hizo en la anterior sesión del Tribunal el día 31 de octubre de 1986. Interrogado y ante las sugerencias y aclaraciones planteadas por diversos miembros del Tribunal, el concursante responde y matiza las consideraciones por él vertidas en el trabajo presentado, y cuando no hay más intervenciones por parte del Tribunal se levanta el acto, retirándose el mismo a

deliberar a puerta cerrada. La puntuación otorgada en esta fase primera de las pruebas selectivas, y de acuerdo con lo previsto en la Base séptima es de 4 puntos". Siendo de poner de relieve que dicho Tribunal, al haberse retirado del mismo el representante del Colegio de Abogados de la Ciudad de Cartagena, en cumplimiento del Acuerdo de su Junta de Gobierno, quedó formado por cuatro miembros con voto (el Secretario del Tribunal según las Bases de la convocatoria actuará con voz pero sin voto), lo cual en principio infringe lo dispuesto en el artículo 11 del Real Decreto 2223/84 a cuyas disposiciones ha de ajustarse el procedimiento de selección de los Funcionarios de Administración Local, a tenor de lo prescrito en el artículo 133 del Real Decreto. Legislativo 781/86, por el que se aprueba el Texto refundido de las Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, e igualmente es de hacer notar que el Sr. Alcalde que presidió el acto en que el Tribunal calificador del concurso para proveer en propiedad, mediante concurso libre, una plaza de Letrado Consistorial en el Ayuntamiento de Cartagena se reunió para otorgar la puntuación correspondiente a la Memoria de Trabajo presentada por el Sr. R. S., y las respuestas por el mismo dadas a las sugerencias y aclaraciones planteadas por diversos miembros del Tribunal, y para valorar los méritos por él aportados, fue el que nombró a D. Luis R. S. a medio de Decreto de fecha 24 de febrero de 1986, publicado en el BO del Estado de 26 de febrero de 1987, Letrado Consistorial, nombramiento que de conformidad a las Bases del Concurso correspondía hacerlo a la Comisión de Gobierno Municipal, según la propuesta del Tribunal Calificador, nombramiento que se hizo, aunque después se dejase sin efecto por el Ilmo. Sr. Alcalde, antes de que se aceptase la renuncia de D. Luis R. S. al cargo de Concejal del Ayuntamiento de Cartagena.

Nuestra Ley fundamental, al declarar en su artículo 106 que los Tribunales controlarán la legalidad de las actuaciones administrativas, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, consagra a nivel constitucional como infracción del Ordenamiento jurídico la desviación de poder, que como tal ya venía considerada por la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que en su artículo 83.3 establece estará constituido por el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico, precepto que viene siendo aplicado con reiteración por los Tribunales de Justicia que en múltiples Resoluciones precisan que la desviación de poder supone la existencia de un acto que aunque se ajuste a la legalidad extrínseca de la norma, no responde, en su motivación interna, al sentido teleológico que debe presidir el actuar administrativo, orientado al servicio del interés general con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; implicando por tanto una desviación del propósito que inspira la norma para satisfacer unos intereses extraños a los que persigue el Ordenamiento jurídico, discordancia entre los fines que persiguen el Ordenamiento jurídico y el acto administrativo puesto en entredicho por incurrir en desviación de poder, que las más de las veces resulta difícil de probar, en cuanto supone adentrarse en las motivaciones internas de los gestores de la Administración, ahora bien, esta dificultad no puede conducir a afirmar que sin una constancia de una prueba plena de la existencia en el acto administrativo combatido, de una intención desviada de los fines que persigue el Ordenamiento jurídico, no pueda declararse la nulidad de éste por haber incurrido en desviación de poder, ya que con ello se quebrantaría el derecho fundamental a una efectiva tutela jurídica, y quedaría reducida a una mera declaración retórica la contenida en el n.º 1 del artículo 106 de la Constitución, y devendría en inaplicable el mandato contenido en el inciso final del n.º 2 del art. 83 de la Ley Jurisdiccional, por ello, este Tribunal, que con reiteración viene declarando que no bastan meras conjeturas o sospechas para estimar la desviación de poder, admite que deba declararse ésta cuando de los datos obrantes en el expediente administrativo, y de los aportados a los Autos, el Tribunal llega a la convicción moral de su existencia, y esta convicción es la que

los hechos y circunstancias de que antes se ha hecho mérito, llevan al ánimo de este Tribunal en cuanto a que el nombramiento de Letrado Consistorial del Excmo. Ayuntamiento de Cartagena, a favor de don Luis R. S., no fue guiado ni en su génesis ni en su culminación por los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad que inspira la selección de personal de la Administración, sino por el deseo de atribuir esa plaza a don Luis R. S., cuyos méritos para desempeñarla no por esto se ponen en duda, siendo de recordar que la teoría de la desviación de poder se basa, como tiene declarado este Tribunal, en que la Ley de donde arranca la facultad de decisión de la autoridad administrativa, tiene un fin determinado que cumplir, y si el acto en que se concreta su actuación no lo cumple, la decisión administrativa no expresará la voluntad de la Ley al desvincularse de su espíritu, por lo que faltará el obligado ligamen entre la idea de poder y la de fin de servicio, y en consecuencia el acto de la Administración, aun cuando tenga apariencia legal, deja de satisfacer la objetividad jurídica que motivó el nacimiento de la norma positiva.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 16 mayo 1991.*)

II. PLANTILLAS ORGÁNICAS Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

1. *Plantillas municipales. Su contenido hace que participen de la naturaleza de lo normativo, por lo que nada se opone a la impugnación de los actos aplicativos de las mismas fundándose en su ilegalidad.*

«Pasando al examen de si es ajustado a Derecho el fundamento de la decisión contenida en la sentencia apelada, debemos considerar que aunque no faltan sentencias en las que la Sala ha calificado a las aprobaciones o modificaciones de plantilla orgánica como cuestiones de personal, excluidas de la apelación, de acuerdo con el artículo 94-1-a) de la Ley de Jurisdicción, porque se les atribuía la naturaleza de simples actos administrativos —en este sentido, por ejemplo, una de 12 de noviembre de 1986— sin embargo, una jurisprudencia más reciente, de la que es expresión una sentencia de 20 de julio de 1990, nos indica que el contenido de las plantillas municipales hace que éstas participen de la naturaleza de lo normativo, porque tienen vocación de permanecer incorporadas al régimen jurídico y organizativo del ente local autor del acto.

Configuradas, así, como auténticas reglamentaciones organizativas y participes, por tanto, de la naturaleza de disposiciones generales, nada se opone a que sean impugnados los actos aplicativos de las mismas fundándose en su ilegalidad de acuerdo con el sistema del llamado recurso indirecto, previsto en el artículo 39-2 de la Ley de Jurisdicción, doctrina que nos lleva a rechazar la desestimación que ha pronunciado la Sala de primera instancia, al ser el acto de convocatoria de las pruebas una aplicación singular de la plantilla, después de la modificación de la misma aprobada el 29 de abril de 1986, quedando así remitido el tema del debate a fijar si dicha modificación resulta acorde con la legalidad vigente.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 5 febrero 1991.*)

III. DERECHOS

1. *Derecho de huelga. Ilegalidad de Decreto del Alcalde fijando los servicios mínimos por falta de motivación.*

«Resta finalmente enjuiciar la tercera razón que se alega para instar la revocación de la sentencia apelada, la falta de motivación en la que incurre el Decreto del Sr. Alcalde de Palma de Mallorca al acordar fijar el personal del Ayuntamiento que debe atender los servicios mínimos a mantener dado su carácter esencial, y, a tales efectos, es de reconocer, como se dice en la sentencia apelada, que el Decreto impugnado prescinde de motivación para la imposición de los servicios mínimos que en él se establecen, dando cobertura a todos los servicios que presta el Ayuntamiento, sin concretar los que garantizan los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos de los que no se encuentran en este supuesto, falta de motivación de la razones que le llevan a considerar como esenciales los servicios que en tal concepto dice se deben mantener, y a determinar el porcentaje y número del personal que en ellos deben prestar sus servicios, que abona la procedencia de la nulidad del Decreto de la Alcaldía de Palma de Mallorca, declarada por el Tribunal de instancia que siguiendo el criterio mantenido al respecto por el Tribunal Constitucional estima necesario la motivación de los actos limitadores de los derechos fundamentales como es el de huelga.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 1 febrero 1991.*)

2. *El derecho al reconocimiento de créditos contra las Entidades locales por prestación de servicios prescribe a los cinco años, contados a partir de la fecha de terminación del servicio —art. 796, 1.º, 2.ª TR, 24 junio 1955, a la sazón vigente—.*

«El recurso contencioso-administrativo en el que ha recaído la sentencia impugnada en revisión al amparo del caso *b)* del artículo 102,1 de la Ley Jurisdiccional —la dictada por la Audiencia Territorial de Valencia de fecha 24 de julio de 1987— fue interpuesto por un funcionario del Cuerpo de Policía Municipal del Ayuntamiento de Valencia contra la desestimación presunta por silencio administrativo, de petición presentada con fecha 30 de marzo de 1984 en el Registro General de la citada Corporación sobre abono de diferencias de haberes entre la función de Guardia y la de Subcabo y Cabo T., equivalentes a las de cabo, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde 1966 en que fue habilitado para el desempeño de la función de Subcabo.

La sentencia combatida, tras rechazar las pretensiones principales que no hacen al caso, estima la formulada con carácter subsidiario, declarando el derecho del recurrente a percibir la diferencia de haberes que exista entre su condición personal en el Cuerpo y la realmente desempeñada desde la fecha en que para ello fue promovido o habilitado, con la consiguiente condena a la Administración demandada a su cumplimiento, dejando sin eficacia ni efecto alguno el acuerdo recurrido en cuanto se oponga a tales pronunciamientos.

Para llegar a este pronunciamiento la sentencia sometida a revisión invoca en sus fundamentos el artículo 41, 4.º del Reglamento de Funcionarios de Administración Local, la Orden Ministerial de 23 de octubre de 1973 y el principio de correspondencia entre la función realmente desempeñada y el sueldo que se debe percibir, sin entrar a considerar el alegato de la Administración municipal sobre aplicación a la pretensión deducida de los efectos de la prescripción,

en el que se fija como *dies a quo*, a partir del cual podrían devengarse haberes diferenciales, el de 30 de marzo de 1979, con arreglo al artículo 796 del Texto Refundido de Régimen Local de 24 de junio de 1955. Por tanto, hay que entender que en la sentencia impugnada se rechaza de modo implícito esta argumentación.

Las sentencias que se invocan en la demanda de revisión han sido dictadas por la propia Audiencia Territorial de Valencia y son dos de 22 de febrero de 1986, recaídas en los recursos 2006/84 y 2016/84, la de 1 de marzo del mismo año, dictada en el recurso 1995/84 y la de 23 de diciembre de 1985, relativa al recurso 2018/84. Todos estos recursos fueron interpuestos por funcionarios de la Policía Municipal del Ayuntamiento de Valencia que también desempeñaron temporalmente funciones de Subcabo, Cabo o Sargento y en las sentencias recaídas se tuvo en cuenta, junto a los fundamentos jurídicos recogidos en la sentencia sometida a revisión, la incidencia del artículo 796,1,2.º de la Ley de Régimen Local, del artículo 24 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública y del artículo 46 de la Ley General Presupuestaria para limitar los efectos económicos o para rechazar totalmente, en su caso, las pretensiones sobre abono de diferencias de haberes.

De lo expuesto se infiere, sin necesidad de mayores profundizaciones, que entre la sentencia impugnada en este recurso extraordinario y las que se le enfrentan se dan las identidades exigidas en el artículo 102,1,b) de la Ley de esta Jurisdicción, pues los actores, aunque diferentes, se encuentran en igual situación, la Administración demandada es la misma y los pronunciamientos recaídos, son distintos, a pesar de que los hechos, fundamentos y pretensiones son sustancialmente iguales.

Así las cosas, es obligado rescindir la sentencia recurrida en el pronunciamiento sometido a revisión, pues la doctrina correcta es la contenida en las sentencias que se invocan en la demanda, que ha sido refrendada por las de este Tribunal de 10 de febrero de 1988 y 30 de septiembre del mismo año, habida cuenta de que el derecho al reconocimiento de créditos contra las Entidades Locales, por prestación de servicios, prescribe a los cinco años, contados a partir de la fecha de la terminación del servicio —art. 796,1,2.º del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, a la sazón vigente—, reconocimiento que cuando se trata de servicios prestados por un funcionario de forma continuada no puede remontarse más allá de los cinco años anteriores a la fecha en que se reclame su abono, por lo que como en el caso resuelto por la sentencia recurrida la reclamación se produjo el 30 de marzo de 1984 el abono de haberes diferenciales no puede surtir efecto retroactivo más allá del día 30 de marzo de 1979, como acertadamente se postula en el recurso de la revisión y se opuso por la Administración municipal al contestar a la demanda ante el Tribunal a *quo*.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 1.ª, 15 marzo 1991.)

3. *Ilegalidad de acuerdo municipal de atribuir el complemento específico a todos los funcionarios de la Corporación al infringir los artículos 23.3 b Ley 30/84 y 4.º RD 861/1986, por cuanto tal retribución sólo puede fijarse para «aquellos que, previa especial y particular valoración se acredite que reúnen las circunstancias legales que lo justifican».*

«Sometido por este Tribunal a las partes la cuestión relativa a la apelabilidad del asunto, se evacuó el trámite con el resultado de autos. Esta cuestión ha de resolverse en sentido favorable a la admisibilidad de la apelación, ya que si bien el problema a resolver merece la consideración de cuestión de personal al afectar a las retribuciones de funcionarios municipales, no es menos cierto que la impugnación inicial se contrae a un acuerdo del Ayuntamiento de Mota del Cuervo, en relación a un particular del mismo relativo a la aplicación del

Decreto 861/1986, sobre régimen de las retribuciones de los funcionarios de la Administración Local y efectos de tal aplicación en el presupuesto municipal de 1987, que venía a establecer la relación de puestos de trabajo de dicha Corporación, determinando los niveles asignables a cada puesto a efectos de asignación de complemento de destino, señalando los puestos que merecían la percepción de complemento específico, que son determinaciones fijadas con carácter abstracto y general, y destinadas a permanecer sin consumirse, después de la concreta aplicación que en el acuerdo recurrido se hacían para los inmediatos destinatarios que en él se designaban; lo que en definitiva implicaba la atribución de un cierto carácter normativo al contenido del acuerdo en el extremo recurrido, lo que lo hacía apelable en los términos del artículo 94,1,a) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (R. 1956, 1890 y N. Dicc. 18435), en cuanto, en definitiva al proceso venía a significar la impugnación directa de una disposición normativa.

Respecto del fondo del asunto, y visto que las alegaciones apelatorias de la Corporación Municipal son reiteración de las que se expusieron en la instancia anterior, no cabe sino estar a lo que allí se dijo, que se da por reproducido, en orden a la vulneración que el acuerdo municipal suponía del artículo 23,3,b) de la Ley 30/1984, y artículo 4.º del Decreto 861/1986, mediante establecimiento de complemento específico para todos los puestos de trabajo de la Corporación recurrente, cuando tal retribución sólo puede fijarse para aquellos que, previa especial y particular valoración —art. 4.º p 2.º y 3.º, Decreto 861/1986— se acredite que reúnen las circunstancias legales que lo justifican; y del artículo 7.º del mismo Decreto, en cuanto al modo de fijar la cuantía de las retribuciones complementarias e incrementos correspondientes, pues aparece efectuado a partir de los incrementos funcionariales individualizados, y no en función de la masa retributiva global presupuestada, previa las exclusiones legales, según exige el precepto citado. De ahí que no quepa sino añadir, en relación al complemento específico, que no es atendible la argumentación municipal de que ni la Ley, ni el Reglamento citado impedían que pudiera apreciarse que en la Corporación demandada, todos los puestos de trabajo merecían, por las características que presentaban, como propios de una escasa plantilla que atendía amplios servicios de una población de cierta importancia, el señalamiento generalizado de tal complemento, dado que la única valoración de las características concretas de cada puesto de trabajo, que aparece en autos, es la efectuada en el cumplimiento del antes citado párrafo 2.º del artículo 4.º, Decreto 861/1986, por el Secretario Municipal (folio 5 vuelto del expediente), al emitir su informe de 5 de noviembre de 1987, en la que se indica que sólo merecían el señalamiento de ese complemento específico los puestos de trabajo de Secretaría, Auxiliar Administrativo con funciones de desempeño de Depositaria, Administrativo con funciones de contabilidad municipal y policía municipal, lo que dejaba fuera los puestos de Administrativo y Auxiliar sin esas concretas funciones, alguacil, encargado de aguas y limpiadoras, que también figuran junto a los autos citados en la Plantilla del Ayuntamiento litigante, y a los que se generalizó ese complemento.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 30 marzo 1991.*)

4. *Son derechos adquiridos «en principio, solamente los derechos que surjan durante el tiempo en que están vigentes las normas en que aquellos aparezcan reconocidos. Sin que de ningún modo pueda considerarse que tenga aquel carácter el pretendido derecho a que cualquier aspecto de su régimen estatutario permanezca idéntico en el futuro».*

«Los recurrentes, todos ellos funcionarios del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales, impugnan las resoluciones de éste por las que se convirtió

la antigüedad que tenían reconocida el 31 de diciembre de 1983 al nuevo sistema de trienios establecido por la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de diciembre de 1983. Al ser el contenido de las resoluciones el propio de las cuestiones de personal, en principio la sentencia sería inapelable, por disponerlo así el art 94-1-a) de la Ley de la Jurisdicción, pero como a través de aquéllas se pone en entredicho la legalidad de la Orden citada, el recurso es de los indirectos contra una disposición general, por lo que debe ser considerado susceptible de examinarse en esta segunda instancia, por virtud de lo establecido en el apartado 2-b) del artículo citado, aunque limitando nuestro conocimiento a la eventual ilegalidad de la Orden.

Situándonos en esta perspectiva, observamos que el problema surge de que con anterioridad a la orden Ministerial cuestionada, los funcionarios afectados tenían derecho a percibir aumentos de antigüedad por cada año de servicio efectivo —Orden Ministerial de 27 de enero de 1977—, situación que ha sido modificada por la Orden de 22 de diciembre de 1983, que ordena que a partir de su entrada en vigor los funcionarios de la Administración de la Seguridad Social se sometan al régimen normal de los de la Administración del Estado, en el sentido de percibir, por cada tres años de servicios efectivos prestados en plantilla, una cantidad fija determinada en función del Cuerpo o nivel de titulación y que se procediera a la conversión de los servicios prestados mediante la nueva fórmula de trienios, sin que en ningún caso el nuevo cómputo pudiera significar una disminución de las cantidades percibidas por cada funcionario hasta la fecha de introducción del nuevo sistema.

Con relación a esta garantía, la Administración fijó en resolución de 14 de marzo de 1984, el criterio de que en el caso de que la conversión significase efectivamente una disminución, la diferencia se acreditaría como complemento personal, transitorio y absorbible por los incrementos que se produjesen en años sucesivos en la revalorización de los trienios devengados.

El argumento sustancial con el que se ha combatido lo dispuesto en la Orden es su falta de respeto a los derechos adquiridos, argumento que se ha proyectado sobre dos peticiones, una principal, que la antigüedad se continúe remunerando de acuerdo con el sistema instaurado por la Orden mencionada de 1977 y otra, supletoria, que en ningún caso las diferencias ya consolidadas a 31 de diciembre de 1983 puedan ser absorbibles.

En cuanto a la primera, no resulta en absoluto asumible. El régimen estatutario característico de los funcionarios públicos supone que están sometidos a las normas jurídicas que regulan sus derechos y obligaciones en cada período de tiempo en que permanece viva su relación funcional, siendo adquiridos, en principio, solamente los derechos que surjan durante el tiempo en que estén vigentes las normas en que aquéllos aparezcan reconocidos, sin que de ningún modo pueda considerarse que tenga aquel carácter el pretendido derecho a que cualquier aspecto de su régimen estatutario permanezca idéntico en el futuro. En este sentido, resulta evidente que forma parte de los derechos adquiridos de los funcionarios apelantes que no se les disminuyan retroactivamente las cantidades que ya tienen percibidas por el concepto de antigüedad conforme al sistema y durante los años en que la norma reguladora del mismo era la Orden de 1977. Pero promulgada la de 1985, amparada en la disposición adicional 16 de la Ley 30/84, no existe inconveniente jurídico en que la nueva ordenación se aplique incluso cuando sea menos ventajosa para los interesados que la precedente.

Por lo que se refiere a la petición supletoria, en ella se acepta que a partir del 31 de diciembre de 1983 la antigüedad se retribuya por el sistema de trienios, pero se considera que es derecho intangible, por adquirido, el de que no sea disminuida para el futuro ni siquiera mediante la absorción del complemento personal y transitorio por las futuras revalorizaciones de los trienios devengados.

Tampoco en este extremo vulnera la Orden los derechos adquiridos de los

recurrentes, al menos en la forma en que ha sido interpretada y ejecutada por la Administración. La ventaja en favor de los funcionarios derivada de la mayor retribución que percibían por antigüedad no va a desaparecer sino a través de futuras revalorizaciones, permitiendo así que algunos de los efectos del sistema anual se prolonguen más allá del período en que la Orden de 1977 estuvo vigente. Se trata de un razonable, gradual y adecuado medio de obtener la asimilación y homologación con el resto de los funcionarios públicos querida y autorizada por la Ley 30/84.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 29 junio 1991.*)

IV. INCOMPATIBILIDADES

Incompatibilidad de Catedráticos y Profesores para compatibilizar sus puestos de trabajo universitarios y la actividad complementaria a los mismos realizada en el Hospital Clínico con un puesto asistencial en el Insalud como personal sanitario no jerarquizado de la Seguridad Social en base al artículo 25 RD 598/85, sin que esta situación fuese modificada sustancialmente por el RD 1558/86 de 28 de junio.

«La Sentencia apelada niega la pretensión de los recurrentes de compatibilizar sus puestos de trabajo universitario como Catedráticos o Profesores de Universidad, la actividad complementaria a los mismos, consistente en la función asistencial que desarrollan en el Hospital General de Galicia que es el nombre que recibe el Hospital Clínico de la Facultad de Medicina de la Universidad de Santiago de Compostela, y un puesto asistencial en el INSALUD, como personal sanitario no jerarquizado de la Seguridad Social. La razón normativa de la sentencia se centra en el artículo 25 del Real Decreto 598/85, del que resulta que en los supuestos a los que se refiere la disposición transitoria cuarta de la Ley 53/84, no podrá autorizarse la compatibilidad para otro puesto en el sector público, siendo de notar que dicha transitoria se refiere precisamente a los casos de actividad docente de los Catedráticos y Profesores de Facultades de Medicina y Farmacia y Escuelas Universitarias de Enfermería y de la que llama su complementaria actividad en los centros hospitalarios de la Universidad o concertados con la misma.

Teniendo en cuenta esta regulación, compartimos el parecer de la Sala de primera instancia, en el sentido de que aunque se entienda que ambas actividades, la docente y la asistencial, corresponden a un solo puesto de trabajo, en todo caso su desempeño sería incompatible con cualquier otro en el sector público, por imponerlo así la norma vigente al tiempo en que los recurrentes formularon su petición de compatibilidad, es decir, el artículo 25 del Real Decreto 598/85, de 30 de abril.

Por otra parte, esta situación no fue modificada sustancialmente, en lo que concierne al tema sobre el que nos pronunciamos en este proceso, con la posterior publicación del Real Decreto 1558/86 de 28 de junio, respecto a cuya base décimo tercera, n.º 5, y disposición transitoria 2.ª-2, decíamos en sentencia de 25 de septiembre de 1990 que en las mismas "se regula una excepción cualificada al principio fundamental de un solo puesto de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, cualificada y enteramente justificada por la misma índole de la enseñanza de las ciencias médico-quirúrgicas, en la cual se reconoce la indisoluble complementariedad de la docencia y el aprendizaje de los alumnos mediante su presencia y colaboración en la asistencia y curación de

pacientes. Esta excepción de que venimos hablando implica el reconocimiento de que en el campo en que nos movemos se enseña asistiendo o se asiste enseñando y por eso sería superflua la exigencia de una declaración formal de compatibilidad en estos casos”.

Finalmente, debemos señalar que no es de recibo la tesis de los apelantes de que fue la Administración la que a través de la elaboración e imposición de un determinado modelo de impreso les indujo a error, puesto que no hay nada en ellos que justifique esta apreciación. En los impresos aparecen claramente mencionados los diversos conceptos sobre las distintas opciones, compatibilidades y ceses posibles. Los recurrentes mantuvieron siempre en el procedimiento administrativo un criterio que legalmente no era viable. Su postura es solamente imputable a ellos, por lo que no pueden ahora, con relación a la situación que entonces tenían, pretender que se les reponga exactamente a la misma para que ejerciten una opción que en su momento por nadie les había sido impedida.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 5 marzo 1991.*)

V. SITUACIONES

1. *Los militares que pretenden obtener el pase a la situación de retirado, o la situación especial a que alude el artículo 5 del Decreto ley de 8 de febrero de 1977, han de concretar en la petición la concreta actividad política o militar que pretenden ejercer.*

«La apelación debe estimarse, pues en contra de lo que se afirma en la sentencia, y como tiene declarado este Tribunal en la sentencia de 2 de octubre de 1990, para solicitar y obtener, en su caso, el pase a la “situación de retirado” o a la “situación especial” a que alude el artículo 5.º del Decreto-Ley de 8 de febrero de 1977, es necesario precisar en la petición la concreta actividad política o sindical que se pretende ejercer, con objeto de que la Administración Militar puede valorar la procedencia de la petición, dado que, tal como afirma el Ministerio Fiscal, la normativa de aplicación, aunque no impone expresamente la exigencia de acreditar a qué concretas actividades políticas-sindicales va a dedicarse el interesado, esas disposiciones sólo autorizan la concesión del retiro cuando la petición presenta visos de realidad, de que efectivamente está dirigida a posibilitar la realización de dichas actividades políticas o sindicales. Por eso, como se dijo en la citada sentencia, mal puede haberse producido, en el caso que ahora se enjuicia, violación alguna del derecho fundamental de participación en asuntos públicos, cuando el peticionario en su escrito ante la Administración, se limitó a manifestar un vago deseo de dedicarse a actividades político-sindicales, sin concretar, ni mucho menos acreditar, la clase de actividades de esa naturaleza que se proponía desarrollar; pudiendo incluso dudarse razonablemente, de la realidad de tal motivación, cuando la petición ahora cuestionada sigue en el tiempo muy próxima a otra motivada en la intención de dedicarse a asuntos particulares, y es insuficiente a los efectos pretendidos, el mero acreditamiento de que durante el tiempo que medió entre la solicitud y la denegación, aprovechando las posibilidades de otorgar el artículo 9, p. 4 del Decreto 706/1977, había estado el actor afiliado a un partido político, pero sin haber ocupado un cargo organizativo en el mismo.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 5 marzo 1991.*)

2. *Los funcionarios municipales transferidos a las Comunidades Autónomas no quedan en situación de excedencia voluntaria sino en la de servicios a las Comunidades Autónomas.*

«En todo supuesto de contradicción jurisprudencial que sirve de fundamento del recurso de revisión con base en el apartado b) del artículo 102.1 de la Ley Jurisdiccional, se impone como tarea previa e ineludible al constatar si se dan las hipótesis que el precepto enuncia para que pueda hablarse de contradicción jurisprudencial, es decir, de pronunciamientos judiciales divergentes adoptados en contemplación de litigantes en idéntica situación y de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. En el caso en examen ninguna duda ofrece la similitud subjetiva, por en cuanto en uno y otro caso se trataba de funcionarios de carrera de un Ente Local (Ayuntamiento de Barcelona y Cabildo Insular de Tenerife), sin que la circunstancia de que los Cabildos Insulares sean, al propio tiempo, Institución de la Comunidad Autónoma, se haga perder su esencial carácter de Entes Locales. La situación de los funcionarios de Administración Local es la misma, tanto en su origen como en los actos finales que dieron lugar a los correspondientes recursos en sede contencioso-administrativa, es decir, en su origen son funcionarios que de su respectiva Corporación Local pasan voluntariamente y con apoyo en el Real Decreto 1942/79 a integrarse como funcionarios de los Entes preautonómicos y después de la Comunidad Autónoma de su respectivo territorio, y que, desaparecida la situación de supernumerario que les correspondía inicialmente según el artículo 1.º de dicho Real Decreto, con declarados ambos en la situación administrativa de excedencia voluntaria y no en la pretendida y especial de servicio en Comunidades Autónomas; en consecuencia, los hechos y las pretensiones son sustancialmente iguales. Más ardua es la cuestión de si cabe predicar también identidad o sustancial igualdad respecto a la fundamentación jurídica que sirvió de soporte a las divergentes decisiones jurisdiccionales ahora en contraste.

En principio, es dato a considerar el que en la sentencia antecedente los acuerdos del Cabildo Insular de Tenerife se producen en fecha anterior al Reglamento de Situaciones Administrativas Real Decreto 730/1986 de 11 de abril (R. 1186) (Boletín Oficial del Estado del 17 de abril siguiente) por lo que aquella sentencia no pudo tomar en cuenta dicha norma reglamentaria siquiera ésta se hallase ya publicada cuando se dictó la decisión judicial, que resolvió el caso planteado con apoyo exclusivo de la Disposición Transitoria 2.ª, 2 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Por el contrario en el caso resuelto por la sentencia ahora impugnada, el originario acuerdo municipal fue emanado cuando ya se hallaba en plena vigencia el citado Reglamento de Situaciones Administrativas, lo que podría conducir a entender que no concurre la identidad de fundamentación jurídica requerida por el precepto que proporciona cobertura a la presente revisión. Ahora bien, lo cierto es que la sentencia combatida en revisión no constituye en *thema decidendi* una determinada interpretación de algún precepto del citado Reglamento ni de su Disposición Transitoria 3.ª que viene a desarrollar o concretar, al menos en parte, la previsión de la también Transitoria 2.ª, 2 de la Ley 30/84, sino que opera por principios y distingue entre los funcionarios que voluntariamente se integraron en las Administraciones Autonómicas, para quienes entiendo procedente la situación de excedencia voluntaria en la Corporación Local una vez desaparecida la situación de supernumerario en que se encontraban, y los propiamente transferidos, es decir, los que de modo forzoso y en cuanto recubrían puesto de trabajo con funciones traspasadas a la Comunidad Autónoma fueron integrados como funcionarios propios de ésta, a los que exclusivamente conviene la situación administrativa especial de servicio en Comunidades Autónomas. Así, pues, bajo la misma y esencial fundamentación jurídica se llega a soluciones diferentes y es

esto, desde el punto de vista del presupuesto de identidad objetivo, lo que el precepto exige para que pueda hablarse de contradicción a la que venga a poner remedio, en aras de la seguridad jurídica, el motivo de naturaleza casacional que funda este recurso de revisión.

La Ley 30/84 vino a innovar el régimen de las situaciones administrativas de los funcionarios públicos, eliminando situaciones existentes en el Ordenamiento anterior, como la de supernumerario, y creando otras nuevas como la de servicios especiales y la de servicio en Comunidades Autónomas, según vinieron a disponer los artículos 12.2 y 29 de referida Ley. Para los funcionarios que a la entrada en vigor de esta Ley se encontraban en la situación de supernumerarios, la Disposición Transitoria 2.ª, 2 determinó su encuadramiento en alguna de estas tres situaciones: servicio activo, servicios especiales o servicios en Comunidades Autónomas, defiriendo, a norma de rango reglamentario la concreta especificación de la correspondiente situación administrativa; siendo de notar que los tres preceptos que se dejan citados de dicha Ley 30/84, es decir, artículos 12, 29 y Disposición Transitoria segunda, tienen el carácter de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos y son, en consecuencia, aplicables al personal de todas las Administraciones Públicas, incluidos, por tanto, los funcionarios locales, tal como prescribe el artículo 1, apartado 3, de la tan repetida Ley. Pues bien, si los funcionarios estatales transferidos forzosos quedaron en situación de supernumerarios —Real Decreto 1668/80 de 31 de julio, para Cataluña— y si esta situación era también la aplicable a quienes voluntariamente y en virtud de concurso pasaron a integrarse en la función pública de las Comunidades Autónomas —artículo 7.º del Real Decreto de 22 de junio de 1983 (R. 1351)— la solución o concreción del pase a la situación especial de servicios en Comunidades Autónomas que la Disposición Transitoria 5.ª del Reglamento de Situaciones Administrativas viene a asignar a “los funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas” se refiere, tanto a los propiamente transferidos o destinados forzosos como a los que a requerimiento de los Entes Preautonómicos o Autonómicos se integraron voluntariamente, pues el origen en cuanto a su situación administrativa en el Cuerpo o Escala de procedencia era la misma; solución que no puede ser divergente para los funcionarios locales, dada la identidad de régimen que se desprende del artículo 1.º 3 de la Ley 30/84 antes aludido.

La identidad de régimen antes apuntada tiene también apoyo en el Real Decreto 680/86 de 7 de marzo, norma que en su artículo 2.º dispuso el pase a la situación de servicio en Comunidades Autónomas a los funcionarios estatales que, a petición de aquéllas fueran, previa autorización, voluntariamente trasladados a la Administración Autonómica, por lo que esta situación administrativa habrá de entenderse la procedente para quienes, procedentes de la Administración Local, se integraron en la función pública de la Comunidad Autónoma en idéntica hipótesis, tal la contemplada en el artículo 1.º y concordantes del Real Decreto 1942/79 de 1 de junio. Y la misma conclusión se obtiene si se contempla el momento final del proceso de transferencias, pues entendiendo esta expresión como corresponde, es decir, comprensiva de todas las operaciones que permittían el traspaso de funcionarios de una esfera administrativa preexistente, bien sea la estatal (preponderantemente, dadas sus competencias), ya fuera la Local, a la nueva Administración surgida del texto constitucional, cual es la de las Comunidades Autónomas, el propósito es hacer coincidir bajo un mismo régimen estatutario —y, por tanto, de situaciones administrativas— a quienes pasaron a constituir la función pública de los nuevos Entes territoriales; y así, por lo que respecta a Cataluña, la Ley de la Función Pública de Cataluña de 23 de julio de 1985 artículo 60, integró en la función pública de la Generalidad de Cataluña a todos los funcionarios que se incorporaron a la misma procedentes de otras Administraciones “en virtud del proceso de transferencias”, sin efectuar distinción alguna, por tanto, entre quienes se integraron de modo forzoso (“funciona-

rios transferidos”) y quienes lo hicieron a petición de la Generaliad y previa autorización de la Administración estatal o local de origen, caso este último de los funcionarios que han dado lugar a las sentencias cuya contradicción ahora se ventila. Sin que sea de aplicación al caso, dada su fecha posterior y los específicos supuestos que regula la Ley Catalana 8/1987, Municipal y de Régimen Local (art. 308), por lo que esta norma no puede proporcionar adecuada fundamentación al caso debatido.

En consecuencia de lo antes expuesto ha de estimarse como doctrina correcta la establecida por la sentencia impugnada “antecedente” de la Sala de Santa Cruz de Tenerife, lo que determina la rescisión de la sentencia impugnada en revisión al amparo del artículo 102.1.b) de la Ley de esta Jurisdicción, con la consiguiente estimación del recurso contencioso-administrativo en su día deducido por el ahora demandante en revisión don Ramón C. M. y correlativa anulación de los acuerdos municipales que le declararon en situación administrativa de excedencia voluntaria, declarando procedente que la situación administrativa que le corresponde en el Excmo. Ayuntamiento de Barcelona es la especial de “servicio en Comunidades Autónomas” con los efectos legales inherentes a la misma.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 20 marzo 1991.*)

VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *El abandono de servicio «comporta una dejación total del puesto de trabajo encomendado al funcionario, generalmente por tiempo indeterminado, sin motivo alguno que lo justifique, ligado al propósito de apartarse de los deberes inherentes al mismo, es decir, una respuesta “de facto” de la relación de servicio».*

«El abandono de servicio, considerado como falta muy grave por el artículo 52.d) del Texto articulado parcial de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local, aprobado por RD 3046/1977, de 6 de octubre, que era la normativa en vigor al tiempo de cometerse los hechos corregidos y que se sigue contemplando como tal en el artículo 31.1.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, comporta una dejación total del puesto de trabajo encomendado al funcionario, generalmente por tiempo indeterminado, sin motivo alguno que la justifique, ligada al propósito de apartarse de los deberes inherentes al mismo, es decir, una ruptura *de facto* de la relación de servicio, con el consiguiente desamparo de los deberes propios del funcionario, por decisión imputable sólo a él, tipo en el que no pueden subsumirse, a juicio de este Tribunal, los hechos que se declaran probados en el acuerdo recurrido, ya que ni el quebrantamiento del horario de trabajo, pues en esto consiste los hechos contenidos en el cargo segundo, ni la situación de baja por enfermedad en los periodos de tiempo que se relacionan en el cargo primero durante los que se prestaron servicios en otro puesto de trabajo del sector público, permiten concluir que se haya producido por parte de la funcionaria expedientada un total incumplimiento de sus deberes, ni que existiera un propósito de desentenderse de ellos o de apartarse del cargo, solución que encuentra apoyo, en las Sentencias de 15 de junio de 1968, 5 de octubre de 1977, 11 de octubre de 1979, 14 de febrero y 7 de noviembre de 1984, entre otras, y de la que no se aparta la de 14 de noviembre de 1989.

Para terminar, baste decir que el artículo 53 del Texto articulado parcial aprobado por RD 3046/1977, que tenía y sigue teniendo su paralelo, para los

funcionarios civiles del Estado, en el artículo 89 de la Ley de 7 de febrero de 1964, es una norma habilitante para graduar, por vía reglamentaria, las faltas graves y leves, por lo que su invocación no se opone a la solución patrocinada por el Tribunal *a quo*, ni a lo que anteriormente se dice en esta resolución.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 21 enero 1991.)

2. *Aplicación al Derecho administrativo sancionador de los principios del Derecho Penal. Principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculpado. Inicio del plazo de prescripción desde la fecha de comisión de la infracción, e interrupción de la prescripción desde que se inicia el procedimiento, con independencia de que el inculpado tenga o no conocimiento de su iniciación.*

«Es criterio constante de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que el Derecho administrativo sancionador participa, con ciertos matices, de la misma naturaleza y principios del Derecho penal, que en cuanto interesa a este recurso se manifiesta en tres aspectos: 1.º Aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculpado, que para las infracciones penales establece expresamente el artículo 24 del Código Penal y, con su carácter general, a *sensu contrario*, en el artículo 9.3 de la Constitución, al establecer la irretroactividad únicamente para las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, aplicación retroactiva de la norma posterior más favorable que implícitamente admite también la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Constitucional de 20 de abril de 1989 (R. T. Const. 89) de forma que la norma posterior más favorable al inculpado deberá serle de aplicación, bien por tipificar el hecho como infracción de menor gravedad, imponer una sanción más benigna, establecer un plazo inferior de prescripción que le favorece, etc. 2.º Que el plazo de prescripción se inicia desde la comisión de la infracción como así lo establece el artículo 114 del Código Penal para las infracciones penales y para las administrativas el artículo 20.1 del Reglamento de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado de 10 de enero de 1986 (R. 148) de aplicación supletoria a los funcionarios de Administración Local por disposición del artículo 147.2 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo de 18 de abril de 1986. 3.º Que la prescripción se interrumpe desde que se inicia el procedimiento —artículos 114 del Código Penal y 20.2 del Reglamento citado—, con independencia de que el inculpado tenga o no conocimiento de su iniciación —sentencia de la Sala de Revisión de 23 de enero de 1990 y las demás que en la misma se citan—.

En la actualidad, el artículo 147.1 del Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local establece que las faltas muy graves serán las especificadas por la legislación básica de la función pública, es decir, la enumeración del artículo 31 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (R. 2000, 2317, 2427 y Ap. 1975-85, 6595), de Reforma de la Función Pública, consideradas como básicas del régimen estatutario de la función pública por el artículo 1.º.3 de la misma, enumeración que reproduce el artículo 6 del Reglamento de 10 de enero de 1986, en la que han desaparecido tipos que antes tenían la consideración de faltas muy graves y se han incluido otros encaminados a proteger los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, y como las tres faltas muy graves que se imputaban al funcionario expedientado, incardinadas en los apartados e), a) y b) del artículo 52 del Decreto de 6 de octubre de 1977, no tienen encaje en la actual enumeración de las faltas muy graves, es claro que, de

acuerdo con lo antes razonado, en cuanto resulte beneficioso para el expedientado, admitiendo que los hechos puedan ser tipificados como faltas graves, deberá aplicárseles el plazo de prescripción de dos años que para las mismas se establece en el artículo 20.1 del Reglamento de 10 de enero de 1986, que es el mismo plazo que para la prescripción de las faltas graves ya establecía el artículo 51.2 del Decreto de 6 de octubre de 1977, que aprobó el Texto articulado parcial de la Ley de Bases de Régimen Local.

Pues bien, de las tres faltas muy graves imputadas al expedientado, la primera tiene como soporte fáctico la emisión de informes manifiestamente ilegales en relación con la apertura, instalación o ampliación de industrias en el Polígono Industrial "Can Parellada", que actualmente se halla tipificada como grave en el artículo 7.1.h) del Reglamento de 10 de enero de 1986, calificación que ha de aplicarse por ser más beneficiosa, y como el propio Ayuntamiento de Tarrasa reconoce que tales informes se emitieron entre el 26 de abril de 1974 y el 6 de diciembre de 1977, sin que se acordase la iniciación de expediente disciplinario hasta el 30 de junio de 1981, en que por Decreto de la Alcaldía se acordó su incoación, la misma había prescrito por el transcurso de los dos años establecidos para las faltas graves; lo mismo cabe decir de la segunda de las faltas muy graves objeto de sanción, consistente en suscribir acta de recepción provisional o definitiva de las obras de alumbrado realizadas en las avenidas de Angel Sallent y Vallés, por no ajustarse las obras y materiales empleados a lo previsto en los respectivos proyectos, infracciones en cuanto a las que el plazo de prescripción comenzaría, en su caso, desde la recepción provisional, momento en que se debe conocer el desajuste entre la obra realizada y materiales empleados con el proyecto de las mismas, que al merecer en la actualidad la calificación de grave habría prescrito por el transcurso de dos años desde la recepción provisional de las tres obras de alumbrado público hasta la iniciación del expediente, que es lo que también sucede con la primera de las faltas graves consistente en haber redactado once proyectos con omisión de datos básicos y esenciales, en que el Ayuntamiento de Tarrasa, en la alegación cuarta, apartado II, del recurso de apelación, ni siquiera cuestiona el transcurso del plazo de prescripción, basando su razonamiento en que el cómputo del plazo debe iniciarse en el momento en que la autoridad competente tuvo conocimiento de la infracción, criterio que como antes se dijo está en oposición con los preceptos constitucionales y legales citados y con el principio de seguridad jurídica que constituye el fundamento de la prescripción; finalmente, la tercera falta muy grave es la de insulto a un superior en escrito dirigido al Diario de Tarrasa, que la sentencia apelada, con criterio acertado, lo que supone la desestimación del otro recurso del Sr. V., valora conjuntamente con los constitutivos de la falta grave de crítica pública y repetida al Director de Servicios, estimando que dichos hechos son constitutivos de una falta grave, que actualmente sería la del artículo 7.1.e) del Reglamento citado, en que se tipifica la grave desconsideración con los superiores, compañeros y subordinados, hechos que efectivamente se encuentran acreditados en las actuaciones practicadas, siendo también correcta la imposición de la sanción en su límite máximo, es decir, tres años de suspensión de funciones, teniendo en cuenta la reiteración de los hechos y el medio empleado para su difusión.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 22 enero 1991.*)

3. *Suspensión. Derecho de la Administración a indemnización restitutoria por parte del funcionario, por cobro de lo indebido, al haberse dictado Sentencia desestimatoria en recurso en que, a instancia de aquél, se suspendió el acto impugnado. Artículo 1985 Cc. Al no existir mala fe, los intereses se devengan desde la fecha de la sentencia que resuelve la demanda incidental.*

«La suspensión del acto administrativo impugnado en el recurso contencioso-administrativo del que deriva el presente incidente obligó a la Administración al abono, al demandado en él, de las retribuciones complementarias que habrían correspondido a un puesto de trabajo de nivel 28 aunque estuvo desempeñando un puesto de nivel 26 desde el 1.º de octubre de 1986 hasta el 31 de enero de 1988, lo cual implicó el pago de un exceso de 714.246 pts. brutas reducido al 557.110 pts. líquidas en razón a las retenciones por IRPF (Certificación del Interventor del Tribunal de Cuentas de 5 de octubre de 1989).

En principio se trata de un caso de cobro de lo indebido (art. 1895 del Código Civil), cuya existencia se hace patente dentro del marco del recurso que da lugar a este incidente una vez que se dictó la sentencia desestimatoria de 7 de octubre de 1988. La parte demandada —el funcionario D. Andrés E. F.— basa su defensa en la pendencia de otro recurso contencioso-administrativo ordinario (Sentencia n.º 261/87 de la Sala III Secc. 2.ª del Tribunal Supremo) en el que según parece se impugnan los mismos actos que en éste se impugnaron por la vía del procedimiento de la Ley 62/78 de lo que se podría inferir aunque no está claramente expresado una excepción de *litis pendencia* que afectaría a la calificación de pago o cobro indebido.

No estamos aquí en un proceso de cognición plena sobre *el cobro de lo indebido*, sino en un incidente de "especial pronunciamiento" dentro del marco limitado del proceso principal como colofón de la incidencia de la suspensión decretada en la pieza separada y de la sentencia que recayó en los autos principales y que supuso *el término del recurso* con el consiguiente resultado de quedar levantada la suspensión al ser desestimatoria. Así pues el incidente del artículo 124 de la ley de esta jurisdicción no puede traspasar los límites del proceso principal, lo que significa que la materia litigiosa está ceñida a resolver sobre la obligación restitutoria que proviene del sobre de lo indebido causado por un pronunciamiento especial y *provisional* cuyos efectos no pueden trascender fuera del ámbito de este proceso ni, por tanto, tampoco pueden depender del resultado de un proceso distinto.

De acuerdo con lo anterior la resolución del incidente ha de tener en cuenta únicamente los datos que constan en este proceso singular de la Ley 62/78 sin ponderar las eventuales consecuencias que puedan derivarse de una sentencia dictada en el recurso ordinario que está según se dice pendiente, de modo que atendiendo a esos antecedentes ha de acogerse la pretensión de indemnización restitutoria ejercitada en la demanda incidental y como no está en entredicho la buena fe del demandado los intereses de demora habrán de calcularse desde la fecha de esta sentencia. No está de más puntualizar que esta sentencia no podrá obstaculizar la ejecución de la que en su día pueda dictarse en el Rec. n.º 261/87 de que antes se ha hecho mención.

Por todo lo expuesto procede hacer las declaraciones solicitadas en la demanda y la petición de condena que deriva de ellas, sin que deba considerarse preceptiva la imposición de las costas de este incidente en el que no se discute la vulneración de derechos fundamentales ni cabe apreciar mala fe o temeridad en la conducta procesal del demandado.» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 5 febrero 1991.)

4. *Es consustancial a toda infracción de desobediencia, sea cual sea la entidad de la misma, delito, falta o simple infracción administrativa, el que el mandato desacatado sea total y absolutamente legítimo, al no estar nadie obligado al cumplimiento de orden alguna que no se ajuste a la legalidad», sin que, como regla general, sea preciso para no incurrir en desobediencia una previa impugnación de la Orden o mandato desobedecido.*

«El Abogado del Estado construye su tesis de apelación bajo el supuesto de que en el recurso no se trata de examinar la legalidad de los acuerdos adoptados por el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, sino la legalidad de la orden del Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Occidental de 7 de abril de 1983, para llegar a la conclusión de que siendo ésta acomodada a la legalidad y, además, no habiéndola impugnado los colegiados D. Juan Ramón D. P. y D. Ramón G. P. S., los mismos incurrieron en desobediencia a la orden de abstención dada por el Colegio, mereciendo ser sancionados por ello. Sin embargo, aun siendo cierto el supuesto de que parte el apelante, la verdad es que la legalidad de la orden de abstención del Colegio no puede enjuiciarse separadamente y con total abstracción de la de ellos de los acuerdos del expresado Ayuntamiento, puesto que como se desprende de los artículos 5.º y 7.º del Reglamento Interno de los Colegios Oficiales de Arquitectos para los Concursos de Arquitectura, tal como quedaron redactados por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España en su reunión de 26 de noviembre de 1976 y regían a la sazón, cuando se trate de concursos convocados por la Administración Pública con arreglo a las normas legales o reglamentarias que los regulen, cual es el caso que nos ocupa, el informe de los Colegios habrá de atenerse a la normativa aplicable y la orden de abstención sólo precederá cuando en él se aprecie que en la convocatoria y sus bases existen infracciones de dicha normativa, razón por la que, indudablemente, *cuando en una convocatoria y sus bases, refiéranse a oposición, concurso o concurso-oposición, no exista infracción alguna de la normativa legal o reglamentaria una orden de abstención no será legítima, sino arbitraria.*

No haciendo objeción alguna el Abogado del Estado a la legalidad de los acuerdos del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera por los que se convocó y se establecieron las bases del concurso-oposición en el que participaron los Sres. D. P. y G. P., perfectamente contrastada por la Sala de instancia en los fundamentos de derecho cuarto y quinto de su sentencia que se han aceptado, y por consiguiente, incontestable por ello la ilegalidad de la orden de abstención dada por el colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Occidental, es concluyente que los mismos no incurrieron en la falta de desobediencia sancionable de conformidad con los artículos 4, 6, 28 y 39.6 de los Estatutos para el Régimen y Gobierno de los Colegios de Arquitectos aprobados por Decreto de 13 de junio de 1931, 58 de las Normas Deontológicas de Actuación Profesional del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España y 8 del antes citado Reglamento Interno para los Concursos de Arquitectura, puesto que *es consustancial a toda infracción de desobediencia, sea cual sea la entidad de la misma, delito, falta o simple infracción administrativa, el que el mandato desacatado sea total y absolutamente legítimo, al no estar nadie obligado al cumplimiento de orden alguna que no se ajuste a la legalidad, tanto por la competencia del ordenante como por el contenido de ella, sin que, por otra parte, con carácter general y en especial respecto del caso que nos ocupa, sea preciso para no incurrir en desobediencia una previa impugnación de la orden o mandato desobedecido, pues ésta a todas luces puede hacerse indirectamente, con ocasión de la impugnación del acto por el que la supuesta desobediencia haya sido sancionada, máxime cuando aquélla o aquél tengan un carácter general.*» (Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, 6 febrero 1991.)

5. *Improcedencia, en virtud del principio «non bis in idem», de sancionar disciplinariamente a un funcionario que ya fue condenado por sentencia penal en virtud de los mismos hechos y teniendo en cuenta su condición de funcionario. Por lo que no cabe aplicar la doctrina de la sujeción especial utilizada en la STC 94/1986, de 8 de julio.*

«En la resolución ministerial de 2 de octubre de 1986, dictada en cumplimiento de los acuerdos del Consejo de Ministros de los días 1 de agosto y 10 de octubre del mismo año, la separación del servicio del recurrente aparece fundada en el relato de hechos declarados probados por la Sentencia de 17 de marzo de 1984, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, que se dieron por reproducidos en la Sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal de 5 de julio de 1984 (R. 3960), por la que se condena a quien aquí es actor como autor responsable de dos delitos, uno del número 5 del artículo 187 del Código Penal —uso por funcionario de prisiones de un rigor innecesario para los presos o sentenciados— y otro del párrafo tercero del artículo 204 bis del mismo Código —malos tratos a detenidos o presos por autoridades o funcionarios de Instituciones Penitenciarias, tipos ambos que incorporan como elemento integrante la cualidad de funcionario público y concretamente la de funcionario (o autoridad) de la Administración penitenciaria, por lo que teniendo en cuenta la identidad de los hechos, del sujeto responsable y de lo que es decisivo a los efectos del primero de los motivos aducidos en la demanda como fundamento de las pretensiones esgrimidas, que el recurrente fue condenado en la causa penal teniendo en cuenta su cualidad de funcionario de Instituciones Penitenciarias, hay que concluir, al igual que en los precedentes de que se ha dejado constancia, que en este caso carece de efectividad la excepción al principio *non bis in idem*, implícito en el artículo 25,1 de la CE, y que la doctrina constitucional viene admitiendo en aquellos supuestos en que por la existencia de una relación de supremacía especial de la Administración “esté justificado el ejercicio de *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración —STC 94/1986, de 8 de julio (R. T. Const. 94)—”, ya que como se razona más extensamente en nuestra Sentencia de 13 de septiembre de 1989, a la que hacemos expresa remisión, no está justificado en este caso, por las consideraciones que sintéticamente se han expuesto, el doble reproche y la doble sanción, penal y administrativa, por unos mismos hechos, imputados a la misma persona y tratados por los Tribunales y por la Administración desde la misma cualidad funcional del sujeto responsable, lo que determina que las penas impuestas al recurrente le afectan en la esfera estrictamente personal y en cuanto funcionario, como ya se dice en la sentencia que se acaba de citar.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 13 marzo 1991.*)

6. *En aplicación del artículo 31.1.d) LF, que debe considerarse vigente, la pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público implica la pérdida de la condición de funcionario.*

«El apelante reitera ante este Tribunal los argumentos que expuso ante la Audiencia Nacional y que han sido desestimados en la sentencia apelada, mediante fundamentaciones que se dan por reproducidas. Si acaso cabe añadir, para corroborarlos, que la baja en el servicio y la consiguiente pérdida de la condición de Funcionario del Cuerpo de Profesores de Educación General Básica de D. Daniel A. G., decretada por la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia, del 27 de noviembre de 1986, origen de este proceso, no constituía una sanción disciplinaria impuesta *ex lege* por el Ministerio, al margen de un proce-

dimiento administrativo sancionador específicamente dirigido a su determinación, ni tampoco la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de la sentencia penal a que alude la Orden, sino como bien dice la sentencia impugnada, la aplicación de un precepto legal de la Ley de Funcionarios —art. 37, 1, d)—, regulador de la situación estatutaria del recurrente con la Administración, en cuanto funcionario del Cuerpo de Profesores de EGB, situación en la que se exige por el precepto citado, para que la relación funcional se mantenga, que no se imponga al funcionario la pena de inhabilitación especial; razonamiento que está coordinado con los requisitos de aptitud previstos para el acceso a la función pública, entre los que el artículo 30, 3, e) de la Ley de Funcionarios señala el de no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas. Lo que hace, en definitiva, que la pena de inhabilitación actúe, respecto de la subsistencia de la relación funcional, a modo de condición resolutoria, que opera automáticamente tan pronto como se produce el hecho determinante previsto en la Ley, que es la imposición de la sanción penal. De modo que el problema quedaba concretado a la determinación de si se daba, o, no, en el caso de autos, el supuesto de hecho que en el nombrado artículo 37, 1, d) de la Ley de Funcionarios, produce la pérdida de la condición de funcionario del actor. Problema, que, en este caso, al estar acreditada y no haber sido discutida la existencia de la pena impuesta por sentencia firme de la jurisdicción penal, se circunscribe a dilucidar el alcance de la pena de inhabilitación, pues mientras el recurrente sostiene que, por los términos literales de la sentencia, la pena cuestionada únicamente podrá entenderse referida al cargo de profesor en el Colegio de Parayas u otros Centros análogos de Educación Especial para Disminuidos Psíquicos, por el contrario, la Administración estimaba que la inhabilitación decretada se extendía a la condición de funcionario del cuerpo de Profesores de EGB, y, consiguientemente a cualquier cargo que con esa condición se pretendiera desempeñar, u obtener, durante el tiempo de duración de la condena. Cuestión que deba resolverse en el sentido propugnado por la Administración y mantenido por la sentencia impugnada, por las razones expuestas en la apelada, pues aunque se mida la extensión de la pérdida de condición funcional del artículo 31, 1, d) de la Ley de Funcionarios, en los términos del artículo 36 del Código Penal, y consiguientemente de la sentencia, en consideración a la expresión pena utilizada por la legislación administrativa, en el caso de autos, procederá la solución de la Administración, según se deduce del contenido de la sentencia penal ahora contemplada, ya que a la vista de las circunstancias que delimitaron el delito de abusos deshonestos, por el que fue impuesta la inhabilitación, quedaba patente que la razón de la imposición de esta pena, fue la condición de maestro educador o profesor del imputado, según tal como resulta de la cita que en la sentencia penal se hace de los artículos 445 p. 2 y 452 bis g) ambos del Código Penal, que son preceptos en que se alude a la condición de maestro o encargado de la educación o dirección de la juventud —en el primero— y, al abuso de la autoridad o encargo —en el segundo—, como determinantes de la sanción añadida de inhabilitación, y de la agravación de su imposición. De ahí que la expresión cargo de profesor, utilizada en el fallo de la sentencia penal, puesta en relación lógica con el resto de la resolución, deba considerarse como preponderante a efectos de concretar el alcance de la inhabilitación, y subsiguientes posibles consecuencias en el campo administrativo de esa pena respecto de la subsistencia de la relación funcional.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 7.ª, 9 mayo 1991.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

