

# JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

## NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PERSONAL

Por JAVIER MONTERO

*Sumario:* I. RÉGIMEN JURÍDICO: 1. Interpretación de la adscripción definitiva, frente a la integración. 2. Reintegro de excedentes voluntarios. 3. Deber de colaboración de los Notarios.—II. SELECCIÓN: 1. Turno restringido. 2. Acceso en condiciones de igualdad. 3. Facultad técnica discrecional de los Tribunales para calificar.—III. DERECHOS: 1. Excedencia voluntaria. 2. Integración en el Cuerpo Técnico a extinguir de AISS.—IV. DERECHO SANCIONADOR: 1. Calificación de los hechos probados. 2. Prescripción de sanciones.

### I. REGIMEN JURIDICO

*Sala 5.ª Tribunal Supremo, 28 de septiembre de 1983. Arz. 4406*

**1. Legitimación para impugnar disposiciones de carácter general de la Administración Central del Estado. Nulidad de las normas por incumplimiento de requisitos establecidos: Necesidad de que el trámite omitido sea esencial AISS: Adscripción frente a integración.**

De los considerandos del Tribunal Supremo:

«Que en primer lugar y por razones de índole lógico procesal, es necesario resolver sobre la causa de inadmisibili-

dad alegada por el Abogado del Estado con base en la falta de legitimación activa de los recurrentes por no tratarse de una Disposición general de las previstas en el art. 39-3.º de la Ley reguladora de la Jurisdicción, mas tal alegación no puede ser acogida porque el contenido del Real Decreto impugnado, enmarcado dentro de las facultades organizativas de la Administración, revela que su cumplimiento tiene lugar directamente por los Administrados sin

requerir la producción de un acto aplicativo, por lo que rige la regla de legitimación activa del artículo 28.1 a) de la Ley jurisdiccional que permite la impugnación de actos y Disposiciones a quienes tengan interés directo en su anulación, supuesto que concurre en los demandantes para pretender la anulación del Real Decreto recurrido en cuanto podrían resultar afectados si es correcta la interpretación que a ellos les merece el artículo 5.º y la Disposición adicional 2.ª concretamente impugnados.

Que descartada la causa de inadmisibilidad aducida por el Abogado del Estado, procede entrar en el fondo de la cuestión debatida estudiando en primer lugar la pretendida nulidad del Real Decreto 906/78, objeto del recurso, por la concurrencia de defectos formales en su elaboración; a tal fin es necesario tener presente que el procedimiento para la elaboración de Disposiciones de carácter general trata de asegurar la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición mediante los correspondientes estudios e informes previos, según dispone el artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y que si bien el incumplimiento de los requisitos establecidos acarrea la nulidad de la disposición, el rigor de la jurisprudencia referido a la anulación no es tan absoluto como pudiera creerse y ello como consecuencia de establecer una distinción entre los valores materiales centrados en el principio de jerarquía normativa y en el de reserva de Ley, y los valores formales, pues en cuanto a la salvaguardia de éstos, el principio espiritualista aplicado a los actos y al procedimiento administrativo puede ser encajado sin grandes violencias en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales, según declaró la Sentencia de 12 de diciembre de 1978

concretando la jurisprudencia que no toda infracción formal acarrea la nulidad, puesto que para que así sea se necesita que el trámite omitido sea esencial, Sentencia de 9 de julio de 1980.

Que por lo que se refiere a la pretendida nulidad de fondo del Real Decreto hay que acortar su contenido, ya que la nulidad por vicios materiales no se refiere a la totalidad del mismo sino sólo a dos preceptos: el artículo 5.º párrafo 1.º y la disposición adicional 2.ª, en cuanto ambos prevén la posible adscripción definitiva de los funcionarios de la AISS a los distintos Cuerpos de funcionarios de la Administración Civil del Estado, con violación, según los recurrentes, de los derechos de estos funcionarios de carrera de las plantillas orgánicas de la Administración del Estado, motivándose la impugnación de los citados artículos por la interpretación que a los recurrentes les merece la adscripción definitiva expresada en cada uno de los preceptos impugnados, que los demandantes estiman que confiere a los funcionarios de la AISS una expectativa en orden a que puedan formar parte en su día de las plantillas orgánicas de la Administración Central.

Que los recurrentes han dado una interpretación extensiva a la «adscripción definitiva» prevista en los preceptos citados, pues le atribuyen el significado de integración o incorporación, cuando gramaticalmente son términos distintos; adscribir significa destinar a un empleo, cuerpo o servicio, en tanto que integración o incorporación, tienen el significado de formar un todo con distintas partes o un solo cuerpo por agregación de unas personas a otras; en este sentido la adscripción definitiva de los funcionarios indicada en los preceptos impugnados ha de entenderse como consolidación de la adscripción que con carácter temporal ordenan los artículos

citados sin que ello signifique que la adscripción definitiva lleve consigo el cambio de la vinculación administrativa de su procedencia y de su condición de funcionarios de la Administración Institucional; la adscripción definitiva se prevé para que se lleve a efecto, en su caso, a los mismos órganos, unidades o servicios a los que habían sido adscritos temporalmente, sin integrarles en los Cuerpos Generales del Estado, por lo que no lesiona derecho alguno de los funcionarios de los Cuerpos y plantillas

de la Administración Central y en consecuencia no procede declarar la nulidad de los preceptos impugnados, al no vulnerar su contexto las normas sobre la provisión de puestos de trabajo establecidas en los artículos 53 a 58 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, como sostienen los recurrentes ya que la realidad es que la adscripción definitiva impugnada por éstos, no afecta a ningún derecho de los funcionarios de los Cuerpos Generales del Estado.

*Sala 5.ª Tribunal Supremo, 5 de octubre de 1983. Arz. 4829*

## **2. Reingreso de excedentes. Desestimación de la solicitud para evitar el que pudieran acogerse a la jubilación**

De los considerandos del Tribunal Supremo:

«Que admitido el presente recurso de apelación por estar incluida la Sentencia recurrida en el número 2 del artículo 94 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, el examen y decisión de si los actos administrativos recurridos están viciados por la desviación de poder, es la cuestión fundamental de esta sentencia; y para llegar a esa decisión ha de tenerse en cuenta que dichos actos impugnados no pueden entenderse como actuaciones administrativas totalmente independientes entre sí, pues la pretensión inicial del recurrente, de reintegrarse al servicio activo influía decisivamente en las peticiones y resoluciones posteriores, dada la exigencia de la Orden de 2 de noviembre de 1978, en relación con la jubilación voluntaria anticipada de los funcionarios de la AISS, de encontrarse en servicio activo el 5 de mayo de 1978, según su artículo 1.º por cuanto la decisión sobre las peticiones de reingreso anteriores a dicha fecha resultaba determinante del dere-

**anticipada: desviación de poder existente.**

cho de los funcionarios que se encontraban en la situación del recurrente.

Que la no decisión de la solicitud del recurrente, formulada el 8 de agosto de 1977, sin conceder ni negar la misma, pues la comunicación de que por el momento no había posibilidades de acceder a ello por encontrarse las plantillas provisionalmente congeladas, implica no resolver en ningún sentido, lo que unido a que cuando, sin nueva petición del interesado se le concede el reingreso pero con efectos de la fecha de esta decisión, no desde que establecidas las plantillas que no constituían creación de nuevas plazas su derecho al reingreso estaba plenamente justificado; esta actuación de la Administración, indica una desviación de poder, al emplear las facultades administrativas, en la reorganización de las plantillas de la AISS, no para la mejor integración de los funcionarios que en las mismas habían de ser encuadrados, sino para con la dilación en la resolución de las pretensiones dejar fuera de la aplicación de la Orden mencionada y del derecho por

ella concedida a los funcionarios que pretendían ingresar procedentes de otra situación distinta de la actividad, en las escalas de dicho organismo; sin que sea necesario acreditar que trataban de perjudicar directa y especialmente a don Felipe S.M., sino ejercer sus facultades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento jurídico, según expresa el número 3 del artículo 31 de la Ley jurisdiccional: en este caso no alterar la situación de los funcionarios de la AISS, hasta tanto no se estableciera definitivamente las plantillas, sin respecto a sus derechos, y sin concederles efectos desde las peticiones, a las por ellos deducidas, y que no estaban afectadas por limitaciones legales ni de derecho, sino tan sólo por la mecánica de la reconstitución, lo que es totalmente contrario al ordenamiento jurídico.

Que al estimarse la desviación de po-

der en los acuerdos impugnados, éstos han de ser declarados nulos, de conformidad con lo establecido en el artículo 83 de la Ley de esta jurisdicción; sin que pueda aceptarse existencia de obstáculos formales que impidan decidir la pretensión de la demanda, por cuanto la institución del silencio administrativo está admitida para proteger al administrado del incumplimiento por la Administración de su deber de resolver expresa y fundadamente toda pretensión que se la formule, no para poner obstáculos en la actuación del interesado en que se le resuelvan sus solicitudes, por lo que ha de revocarse la sentencia y declarar que el recurrente tiene el derecho a ser readmitido al servicio activo con efectos desde su petición y, por tanto al estar en activo el día 5 de mayo de 1978, a la concesión de la jubilación voluntaria anticipada.

*Sala 4.ª Tribunal Supremo, 4 de octubre de 1983. Arz. 5066*

### **3. Notarios. Deber de colaboración con la Administración: diferencia con los profesionales liberales.**

De los considerandos de la Sentencia apelada, que se confirma:

«Que cuando, como en este caso ocurre, una Corporación Municipal interesa de una Notaría copia simple de una escritura de división y otra nueva de un edificio, alegando serle precisa para un expediente de gestión tributaria del arbitrio de Plus-Valía, sin que el dato lo pueda obtener del registro de la Propiedad por no estar presentada la mentada escritura en el mismo, no puede afirmarse que la Corporación no tiene interés legítimo en el dato que precisa, porque ello implicaría mermar los intereses que le corresponde en su calidad de sujeto activo de una relación jurídica tri-

butaria; y frente a este interés no se puede oponer que la facultad del artículo 224 del Reglamento Notarial puede amparar una respuesta negativa en razón a otorgar una facultad discrecional al Notario, pues es evidente que la cuestión no se desenvuelve entre particulares, entre los que el citado precepto opera; aquí la legitimación de la Corporación viene explicada por el conjunto de facultades activas que como sujeto público tributario le otorga el artículo 746 de la Ley de Régimen Local, siendo el interés público, como es el vínculo que une a la Corporación con el sujeto pasivo y esto es un principio general que vemos en toda clase de tributos y en ellos artículos 111 y 112 de la Ley General Tributaria y que no puede ser negado a la Corporación a la hora, no de investigar genéricamente a

la caza de una liquidación, sino de la constatación de un dato concreto y con relieve en la gestión del Tributo; sin necesidad de acudir a procedimientos y conminaciones que indirectamente faciliten el dato —multas— la Corporación puede obtener los datos relativos a la declaración presentada, frente al sujeto pasivo y frente a Autoridades y funcionarios de cualquier clase, siempre

dentro de la legitimación que confiere un expediente de gestión concreto y a los solos fines de la investigación que sea precisa, sin que el caso caiga en la excepción del deber de colaborar que ampara a los profesionales, pues esta expresión claramente se refiere al profesional liberal, mas no al Notario por su connotación del desempeño de funciones públicas y de servicio estatal.

## II. SELECCION

*Sala 3.ª Tribunal Supremo, 30 de septiembre de 1983. Arz. 4507*

### 1. Oposiciones. Opositores del turno libre que obtuvo mayor puntuación que

### los del turno restringido. No preferencia de este último turno.

De los considerandos del Tribunal Supremo:

«Que el representante de la Administración alega, como único argumento para combatir la Sentencia apelada; el que la plaza de autos del turno restringido no debió pasar al turno libre, sustentando todos y cada uno de los argumentos que ya vertió en su día ante la Sala «a quo» por cierto ponderada y acertadamente enjuiciados por la misma, pues, no debe olvidarse de que en el inciso final de la norma 1.1 párrafo 2 de la Orden de 26 de abril de 1978, se especificaba el que las plazas no cubiertas en el segundo se incorporarían al primero, no pudiendo preferirse de la propia contextura de la normativa aplicable, en la cual sólo existe un mismo programa y ejercicios, una sola y única

lista de aprobados, sin más especificación de que se puntualice el puro orden de puntuación, añadiendo que no se podrán rebasar el número de plazas convocadas, pero sin que se especifique ningún turno, circunstancias que denotan la unidad de criterio, máxime si el opositor que pasó del segundo turno al primero tenía mejor puntuación que ninguno de los de este turno, por ello, el enjuiciarse aquel inciso, sin establecer prohibición alguna, la Orden quedaba confusa, confusión a resolver en el sentido que lo hiciera ya la Sala *a quo*, prueba de ello, es que en la siguiente oposición ya no existe tal posibilidad, siendo necesario para ello el que se establezca así expresamente por Orden ministerial, lo que evidenciaba que, con anterioridad el criterio era diferente.

*Sala 3.<sup>a</sup> Tribunal Supremo, 3 de octubre de 1983. Arz. 5016*

**2. Acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad. Convocatoria**

De los considerandos del Tribunal Supremo:

«Que con vista del escrito razonado de la parte recurrente de fecha 14 de julio del corriente año, queda bien patente que de las consideraciones expuestas en la sentencia que en aquél se impugna, sólo ofrece para dicha parte unos puntos cuestionables en relación con los preceptos constitucionales —arts. 14, 23.2.º—, que reiteradamente invoca, omitiendo, por tanto, toda clase de objeciones a la relación circunstanciada y exegetica de la normativa ordinaria, que según la sentencia apelada, sirve de cobertura legal al acto administrativo que se tacha de conculcador de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y amparados por los aludidos artículos 14 y 23.2.º Con ello, se viene a reconocer procesalmente, la correcta aplicación al caso que nos concierne por la sentencia combatida, de ese conjunto de normas que por falta de una normativa específica reguladora del mismo, constituye el sustrato del Ordenamiento Jurídico que es rigurosamente sostenedor del acto de la convocatoria por la Subsecretaría del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones de 20 de abril de 1983 para la provisión del cargo de Director de la Escuela Nacional de Aeronáutica.

Que en esa inteligencia y dado que del entramado regulador de la provisión de vacantes de los cargos directivos para las unidades administrativas que son de libre designación, dentro de un marco de discrecionalidad funcional, no meramente política —sostenido tanto por la legislación general de Funcionarios civiles como por la especial de Funcionarios de Organismos Auto-

**para provisión de la plaza de Director de la Escuela Nacional de Aeronáutica.**

nomos, reseñada en el Considerando tercero de la sentencia de primera instancia—, aparece como certera la convocatoria dentro del funcionariado de carrera que la legislación aprecia y estima como más idónea para cubrir un cargo de dimensiones burocráticas y de servicio bien definidas por su naturaleza singular de dirección, que al propio tiempo, por esa singularidad y naturaleza, demanda sin indicaciones concretas, para todos los pertenecientes a los Cuerpos cuyas funciones corresponden al puesto anunciado, con lo que lejos de prejuzgar y discriminar situaciones individuales administrativas, ni corporativas tampoco, se reserva la elección de entre los posibles candidatos, al que tenga una mejor cualificación para su desempeño, vemos, pues, que la convocatoria se ajusta a las previsiones legales y reglamentarias ordenadas a un mayor acierto en la selección del nuevo Director, en la facultad que asiste al Ministro y por delegación al Subsecretario para la libre designación del mismo; y cuestión aparte es, y aquí no nos afecta, si entre los aspirantes a ello se hace la mejor elección, por ser cuestión de futuro.

Que centrandó el tema controvertido en su perspectiva puramente constitucional, a lo que ha quedado reducido, según se ha visto, tras los razonamientos de la sentencia impugnada, ha de consignarse que éste es el punto dialéctico que puede ser objeto en este procedimiento sumario del análisis correspondiente, porque el discernimiento de la cobertura legal de la convocatoria por la normativa ordinaria sólo pudiera haberlo sido a través del procedimiento ordinario de la Ley Jurisdiccional de 27

de diciembre de 1956. Pero es el caso, de que precisamente la Constitución en el precepto invocado más significativo, es decir, el 23-2 de dicha Carta Magna, —puesto que el artículo 14 es de amplio espectro por su generalidad— nos reenvía a la normativa ordinaria para la determinación de la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, en cuyo condicionamiento radica obviamente, la garantía del mejor servicio y prestaciones en pro del interés común, que es en definitiva el espíritu inmanente que informa la Suprema Ley, según nos aclara su propio Preambulo cuando dice, «Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones», añadiendo. «Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida» y esto, lógicamente, no se consigue con una aplicación simplista del principio de igualdad, sino con una matización razonable que nos hace descubrir el sentido de oportunidad como la regla de oro de su puesta en práctica o como señala la sentencia recurrida y la propia parte recurrente con invocación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. —SS de 22 de diciembre 1981 y 28 de julio de 1982, entre otras muchas— pues sólo existe desigualdad cuando se produce discriminación y está desprovista de justificación objetiva y razonable, apreciable en relación con la razón de ser y efectos de la medida adoptada y no se aprecia desigualdad, cuando la diferencia de trato «venga impuesta por la capacitación técnica, siempre que, en una clara relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida sea adecuada a la naturaleza propia de las tareas a realizar y se establezca con carácter general», lo que nos lleva a entender que cuando las leyes aplica-

bles y disposiciones reguladoras de la designación de cargos públicos, a los que expresamente se remite el artículo 23.2 de la Constitución, requieren unos determinados títulos o situaciones administrativas, lo hace no para discriminar peyorativamente a los demás —que individual y concretamente pueden tener mayor cualificación en un caso determinado—, sino para que sirva de garantía, objetiva y abstractamente considerando el destino a cubrir, de una más selecta eficiente y profesionalizada forma de servir el interés general. Por éste motivo decía la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981, «la apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratados igualmente, queda con carácter general confiada al legislador». Y como quiera que, en el caso de autos, la convocatoria cumple con esa finalidad propuesta en la normativa aplicable a la provisión de cargos públicos y en singular al que se refiera a la convocatoria publicada el 20 de abril de 1983, siguiendo las directrices de la Instrucción General de la Presidencia del Gobierno de 29 de diciembre de 1982, que se acomoda en este particular a esa normativa que tiene como antecedente la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964 y Decreto de 28 de abril de 1966 sobre provisión de Vacantes y el Decreto de 23 de julio de 1971 regulador del Estatuto del Personal de Entidades Estatales Autónomas, es evidente la conformidad a la Constitución, mediatizada por su ajuste a las Reglas ordinarias que norman la elección de Director de la Escuela Nacional de Aeronáutica de la convocatoria en la forma y contenido con que se ha demandado la oferta de los aspirantes a

su nombramiento, ya que, además, no puede dar lugar en su estricta contemplación como convocatoria, «a un resultado que vaya contra los derechos y

libertades reconocidos en la Constitución» —Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1981.

*Sala 4.ª Tribunal Supremo, 27 de noviembre de 1983. Arz. 5427*

### **3. Oposiciones y concursos; Tribunales; calificación: facultad discrecional**

De los considerandos de la sentencia apelada, que se confirma:

«Que consecuencia ineludible de una eventual composición irregular del Tribunal que juzgó las oposiciones convocadas el 31 de octubre de 1978, sería la anulación de todas las actuaciones producidas por el mismo efecto que no quiere anular el actor al recurso que ha promovido, pues tal consecuencia la excluye repetida y expresamente; este supuesto, como los defectos denunciados —sustitución del Presidente y Vocal Primero del Tribunal Censor en forma diferente de la prevista en el artículo 10 del RN, modificado por Real Decreto 342 de 1978 de 10 de febrero —no son vicios determinantes de nulidad absoluta que el Tribunal deba apreciar de oficio por su propia iniciativa, sino de anulabilidad alegable a instancia del afectado, y puesto que éste tuvo conocimiento de tal supuesta irregularidad —cuando menos al tiempo de efectuar el primer ejercicio— y la consintió, pues sólo la denunció en su escrito de reposición y ahora en sede judicial, por ambas razones entiende el Tribunal que la propia actuación administrativa y procesal del actor impide que ahora podamos pronunciarnos sobre tal supuesto defecto, sobre el cual no puede montarse ni un pronunciamiento que reconozca una puntuación superior a la que estableció el Tribunal Censor, ni tampoco un derecho a la obtención de la Notaría de Madrid.

### **técnica no sustituible por la Jurisdicción Contenciosa, Constitución del Tribunal.**

Que lo convocado y celebrado fue una oposición ajustada al Reglamento General de Oposiciones y Concursos de 27 de junio de 1968, cuyo artículo 1.º remite al RN, disposición general cuyos artículos 18 a 20 contiene normas de las que se desprende con evidencia, primero, que, precisamente por ser una oposición y no un concurso-oposición, tanto las dos votaciones a que se refieren los párrafos 2.º y 3.º, como la fijación de la puntuación correspondiente a la categoría de la Notaría previamente atribuida, deben efectuarse atendiendo únicamente al resultado de cada ejercicio, prescindiéndose de los méritos o servicios que hayan podido alegarse, los cuales sólo valen para resolver los empates de calificación, como reconoce el artículo 20 del RN, y, segundo, que para poder obtener Notaría de Madrid habrán de computarse al opositor más de noventa puntos; no ha habido, pues infracción del artículo 18 del RN, correctamente aplicado por el Tribunal Censor, ni tampoco puede decirse que se haya hecho caso omiso del artículo 12 de la LN cuando alude a «opositor benemérito» pues los únicos méritos que en una oposición pueden y deben evaluarse son los que se ponen de manifiesto en la práctica de los ejercicios de que aquélla se compone no otros ajenos o distintos.

Que cada oposición es independiente de las anteriores, y por ello no es invocable en una posterior el precedente favorable de la puntuación conseguida en

algunos de los ejercicios de otra anterior; tal congelación en el tiempo del resultado más favorable va contra la naturaleza propia de la oposición como sistema de selección, pues puede suceder que la segunda actuación sea inferior a la primera, con el reflejo inevitable en la calificación; otra cosa sería que una misma e idéntica actuación mereciese dos valoraciones diferentes, ya que en tal supuesto sí que padecerían los supuestos de buena fe y seguridad jurídica que se alegan, más éste no es el caso de la oposición que juzgamos, en la que se valoró con 48 puntos un primer ejercicio que en anterior y distinta oposición había merecido 52 puntos, diferencia que responde a criterios de discrecionalidad técnica irrevivable.

Que el Tribunal Censor ha ejercido sus competencias calificadoras de forma ajustada a Derecho, no pudiendo afirmarse la existencia de una relación de causalidad entre la no atribución al actor de la puntuación necesaria para obtener la Notaría de Madrid y el encubierto propósito de reservar tal plaza a los turnos de concurso, como incluso lo pone de manifiesto la propia actuación del demandante, pues si estimase que la calificación otorgada había sido arbitrariamente rebajada para conseguir fines distintos de los que deben servir los Tribunales Censores, no trataría de conseguir la diferencia de puntos que le faltan para superar los 90 puntos, con los que estima que se le deben de atribuir a razón de sus méritos y servicios.

### III. DERECHOS

*Sala 5.ª Tribunal Supremo, 30 de septiembre de 1983. Arz. 4410*

**1. Excedencia voluntaria de funcionario de AISS que ocupa puestos incompatibles. Impugnación de Instrucciones**

De los considerandos del Tribunal Supremo:

«Que en materia de personal la apelación suele plantear, según aquí ocurre, como primer problema procesal el del ámbito de la alzada. Al fundarse ésta en la desviación de poder y no concernir el recurso a separación de funcionarios públicos inamovibles, sino a declaración de situación administrativa, cual la excedencia voluntaria del puesto desempeñado en el Organismo Autónomo «Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales», en adelante aludido como AISS, a este extremo único de la desviación de poder ha de constreñirse la presente apelación, fundada en tal vicio por el pro-

emanadas del Secretario del Estado: no tiene carácter de disposiciones generales.

pio recurrente, siquiera después, en sus alegaciones, efectúe un replanteamiento total del litigio. Cabe, por otra parte, despejar la duda de si el recurso versó sobre impugnación indirecta, al amparo del artículo 39.2 y 4 de la Ley Jurisdiccional, de una disposición general, porque tanto la demanda como ahora la apelación aducen la ilegalidad, por vulnerar normas de rango superior, de las Instrucciones emanadas del Secretario de Estado para la Administración Pública, insertas en el *Boletín Oficial* de la AISS con fecha 20 de octubre de 1977, pero tal duda se resuelve con sólo considerar que la Sentencia de esta Sala de 20 de julio de 1981, se niega el carácter de norma reglamentaria tales Instruc-

ciones que limitan su alcance al interés que señala el artículo 7.º de la L. Pro. Adm., con lo que ya no podía entrar en juego una fiscalización por vía indirecta o de aplicación de dicha supuesta disposición general; quedando así eliminada la posibilidad de apelación que brinda el artículo 94.2 b) de la Ley de la Jurisdicción. Ha de concluirse, pues, que el ámbito del recurso se ciñe a la desviación de poder, si bien entendida ésta no en sentido tan restringido que impida atender a cuestiones de legalidad en tanto presenten conexión con dicho específico vicio de los actos administrativos.

Que enlazando con lo últimamente apuntado, no es ocioso decir que un indicio de la supuesta desviación de poder sería o podría constituirlo la inexistencia de motivo o causa suficiente para fundar una declaración de excedencia voluntaria con base en la alegada incompatibilidad del funcionario, pero es que esta incompatibilidad, que es el núcleo del litigio, es no un derecho adquirido sino una situación jurídica estatutaria perteneciente al ámbito de los deberes del funcionario, preexistentes a su integración en la AISS, y reforzada después de su adscripción a ésta mediante su equiparación formal con el funcionariado de los Organismos Autónomos regido por el Estatuto de Personal de 23 de julio de 1971, según entiende con acierto la sentencia apelada. En efecto, ya en el ámbito de la Organización Sindical, el recurrente estaba vinculado por el artículo 107.1 del Estatuto del Secretariado y del Personal de dicha extinguida Organización, aprobado por Orden de 28 de septiembre de 1973, que repitiendo la formulación básica del artículo 32 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 declara incompatible el ejercicio de la

entonces «función sindical» con el de cualquier cargo, profesión o actividad que impida, limite o menoscabe el cumplimiento de los deberes del funcionario; y si bien, tal prohibición de desempeño simultáneo con otros puestos fue, con designio de benevolencia en el tratamiento de las incompatibilidades de los pertenecientes a este sector sindical, dexibilizada mediante la Resolución de 14 de octubre de 1975, desarrollando las normas de dicho Estatuto, en su artículo 72-4, al decir que «Se entiende que existe incompatibilidad cuando el funcionario que se encuentre en esta situación no pueda realizar la jornada normal estatutaria o la especial que, singularmente, pudiera tener reconocida», lo cierto es que aquí, en este concreto supuesto, se obtuvo una jornada especial que no puede por menos, y así se dice en el expediente, de calificarse como anómala, y si a ello se añade que es el propio funcionario en su demanda quien la estima como pretexto para poder atender a su plaza en el Cuerpo Administrativo de la Administración Militar, claro es que esta mera tolerancia de desempeño simultáneo de actividades, mediante la fórmula instrumental del horario singular o jornada especial de trabajo en la Institución Sindical «Almirante Bastarache», no es equiparable a un explícito reconocimiento o declaración de compatibilidad entre ambos puestos o plazas, atendiendo a su verdadero contenido y naturaleza, por lo que mal cabe hablar aquí de derecho adquirido o de plenitud de derechos que hayan de ser respetados al integrarse tal funcionario en la AISS, y serle de aplicación el artículo 53 del Estatuto de Personal de Organismos Autónomos, antes citado, conforme al cual se establece la incompatibilidad con cualquiera otra plaza de la Administración centralizada o Autónoma del Estado, a salvo la declaración expresa y

formalizada por Ley, lo que no ocurre en este caso.

Que la inclusión del funcionario ahora apelante en el ámbito del artículo 53.1 del mencionado Estatuto, persistiendo en una situación de incompatibilidad que ya le afectaba legalmente con anterioridad, con independencia de su tolerancia «de facto», provoca, sin que haya atisbos de intención desviada por parte del Organismo administrativo llamado a vigilar las resoluciones estatutarias del personal, la presunción de petición de excedencia voluntaria que dice el apartado 2 de dicho artículo 53, lo que aquí se produjo tras un breve pero suficiente expediente dirigido a comprobar la no negada, por otra parte, simultaneidad de puestos y de percepciones económicas, con audiencia del interesado y dictamen de la Asesoría Jurídica, que impide hablar de indefensión. Ha de rechazarse, pues, una aplicación arbitraria, con fines ajenos a los normativos del más depurado cumplimiento del servicio por parte de los funcionarios, de los preceptos legales sobre incompatibilidad y su obligada consecuencia de la excedencia voluntaria en el Organismo autónomo que adoptó los acuerdos recurridos, y ante el que no se manifestó opción alguna por el funcionario, sobre todo si se piensa que no es actuación individualizada dirigida sólo frente al concreto funcionario, sino que

tiene la cobertura de una decisión objetivada y de carácter general en cuanto a sus destinatarios, como lo evidencia el que antes de emanarse los actos impugnados, se dictasen las Instrucciones del Secretario de Estado antes referidas, entendiéndose aplicable el mecanismo del artículo 53 aludido, e incluso una circular del Secretario General de la AIS de 15 de septiembre de 1977; y es que, en conclusión, si de manera objetivada y general sin discriminación subjetiva, la Administración intenta la aplicación del Ordenamiento jurídico en materia de incompatibilidades, no puede decirse que trate con ello de disminuir el número de funcionarios sindicales incorporados a la AISS, sino que el logro realmente perseguido es que la prestación del servicio a este Organismo Autónomo, en el que tales funcionarios se integraron, no se vea menoscabada por el desempeño simultáneo de otras funciones en distintas esferas administrativas, finalidad plausible y acorde con la tendencia actual a la depuración rigurosa de estas conductas, por todo lo cual, y al no darse el vicio de desviación de poder del artículo 83-3 de la Ley Jurisdiccional, ha de desestimarse el recurso de apelación con la consiguiente confirmación de la sentencia apelada, de conformidad al últimamente citado precepto y demás concordantes de la Ley de esta Jurisdicción.»

*Sala 5.ª Tribunal Supremo, 1 de octubre de 1983. Arz. 4824*

## **2. Integración en el Cuerpo Técnico de AISS: procedencia. Recurso extraordinario de revisión.**

De los considerandos del Tribunal Supremo:

«Que la sentencia sometida a revisión después de rechazar la única razón esgrimida por la Administración para denegar a los actores la petición formula-

da de que se reconociese su derecho a ser integrados en el Cuerpo Técnico de la Administración Sindical, que no era otra que la necesidad de que éstos hubieran accedido al Cuerpo Administrativo con anterioridad al 29 de enero de

1972, razonando con acierto que tal motivación era inaceptable puesto que dicha fecha es la correspondiente a la entrada en vigor del Estatuto de Personal de la Organización Sindical que modificando el Estatuto de funcionarios del movimiento de 19 de febrero de 1942, en su artículo 34 creaba juntamente con otros tres el Cuerpo Administrativo, el cual no se formó inicialmente hasta la aplicación de las normas contenidas en la Orden de 31 de enero de 1972, que entró en vigor en 2 de febrero siguiente, desestimado el recurso ante ella promovido en razón a que los actores que fueran integrados en el Cuerpo Administrativo en función a su pertenencia a las antiguas escalas como auxiliares de las distintas clases y atendiendo al tiempo de servicios prestados por aplicación de las Normas 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> de la Orden del Ministerio de Relaciones Sindicales de 31 de enero de 1972, antes citada, dictada para la adaptación del personal integrado en las extinguidas escalas de la Organización Sindical no podían, invocando las Normas 9 y 10 de la Orden de 21 de enero de 1974, que reputaba complementaria de la anterior, pretender una nueva clasificación funcional y acceder al Cuerpo Técnico.

Que frente a esta tesis las sentencias dictadas por la Sala jurisdiccional de la Audiencia Territorial de Oviedo antecedentes, estudiando el régimen jurídico de los funcionarios procedentes de la extinguida Organización Sindical, los que con arreglo al Real Decreto-ley de 2 de junio de 1977, se rigen íntegramente por el Estatuto de Personal de las Entidades Estatales Autónomas de 23 de julio de 1971 y demás disposiciones concordantes, con pleno reconocimiento como declara su artículo 2.<sup>o</sup> de los derechos adquiridos a la fecha de entrada en vigor del mismo, tanto activos

como pasivos, declaran que entre estos derechos adquiridos se encuentran los derivados de la Orden de 21 de enero de 1974 que permite su integración en el Cuerpo Técnico de Administración Sindical, para en definitiva, aplicando las Normas de esta Orden, llegar a la declaración del derecho de los actores a ser integrados en dicho Cuerpo Técnico; criterio este que, como acredita la certificación incorporada al rollo de la Sala ha sido el también seguido por la propia Sala 2.<sup>a</sup> de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid en sentencia dictada en el recurso 603 de 1979 el día 28 de diciembre de 1982, es decir, con posterioridad a la formalización del presente recurso de revisión, y en la que, contrariamente a lo que con anterioridad había resuelto, declaró el derecho de los demandantes a ser integrados en el citado Cuerpo Técnico; lo que reitera en otra sentencia dictada en 27 de julio de 1983 en el recurso seguido bajo el número 53 de 1981.

Que los funcionarios que como los actores eran ya miembros de la Organización Sindical al publicarse el Estatuto de 27 de enero de 1972 fueron automáticamente escalafonados de conformidad a las reglas establecidas en las Normas de la Orden de 31 de enero del mismo año, incorporándolos según sus circunstancias y condiciones, a cada uno de los Cuerpos Generales —Técnico, Administrativo, Auxiliar y Subalterno—, lo que no es un ascenso como entiende la sentencia sometida a revisión, sino la simple adaptación, como proclama la Norma General I. apartado 1.<sup>o</sup> de la citada Orden, de las diversas clases de personal que prestaban sus servicios a la Organización Sindical, o a sus Organismos y Entidades, a fin de realizar su acomodación e integración al régimen que regula el Estatuto del

Secretariado y del Personal de la Organización Sindical, que a su entrada en vigor extinguió las Escalas de los Cuerpos Técnico, Administrativo, Auxiliar y Subalterno del Movimiento, en las que estaban comprendidos; mas al publicarse la Orden de 21 de enero de 1974 ya citada, que contemplaba la situación del personal de la Organización Sindical que tenía la condición de colaborador, interino, eventual, temporero o cualquier otra situación asimilada, posibilitando la integración en propiedad de los mismos en dichos Cuerpos Generales a tenor de su Norma 6.<sup>a</sup> vino a crear una situación de desigualdad para los funcionarios a los que primeramente nos hemos referido, situación discriminatoria que vino a salvar el Acuerdo del Comité Ejecutivo Sindical de 7 de junio de 1976, publicado en el Boletín Oficial Sindical número 1354, correspondiente al día 22 de junio de 1976 al hacer extensiva la aplicación de las normas 9 y 10 de la Orden de 21 de enero de 1974, a todos aquellos que en la fecha de publicación del Estatuto del Secretariado y Personal Sindical de 27 de enero de 1972, tuvieran la condición de funcionarios de carrera de la Organización Sindical.

Que en contemplación de lo anteriormente razonado ha de estimarse como no ajustada al ordenamiento jurídico la

tesis mantenida en la sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, de 2 de abril de 1982 sometida a revisión; y como los actores en dicho procedimiento forman parte del Cuerpo Administrativo Sindical, se encuentran comprendidos en las diversas hipótesis de integración previstas en las Normas 9 y 10 de la Orden de 21 de enero de 1974, y han prestado con anterioridad al 29 de enero de 1972, y según sus diversas circunstancias los servicios que se encuentran acreditados en el expediente administrativo que les hace acreedores a la petición que formulan, precisa concluir —con lo que estamos afirmando la conformidad a derecho del criterio sentado en las sentencias antecedentes declarando su derecho a ser integrados en el Cuerpo Técnico de la Administración Sindical.

Que en atención a cuanto queda expuesto queda procedente estimar el recurso de revisión que decidimos, con la consecuencia de declarar la rescisión de la sentencia firme de la Sala 2.<sup>a</sup> de lo Contencioso-Administrativo de la A.T. de Madrid de 2 de abril de 1982, por contradecir abiertamente las SS. de 10 de marzo de 1982, dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Oviedo, cuyo criterio debe prevalecer.»

#### IV. DERECHO SANCIONADOR

*Sala 4.<sup>a</sup> Tribunal Supremo, 4 de mayo de 1983. Arz. 2887*

**1. Distinción entre creación de tipos por deformación extensiva y calificación**

De los considerandos del Tribunal Supremo:

«Que, por lo demás, las alegaciones

de los hechos probados dentro del marco típico.

de apelación no hacen otra cosa que reproducir los fundamentos dados en la demanda a la pretensión jurisdiccional,

suficientemente rebatidos en las aceptadas consideraciones de la sentencia apelada y, en concordancia con ello, sólo cumple aquí insistir en que son normas tipificantes de los hechos probados los artículos 4, 12 y 14 del Reglamento de la Comisaría de Asistencia Médico-Farmacéutica aprobado por Orden del Ministerio de la Gobernación de 7 de mayo de 1957 y artículo 7.º de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 10 de abril de 1969 sobre normas de intervención administrativa de pólizas de sociedades de seguros de asistencia sanitaria, sin que las alegaciones de la apelante, basadas en la interpretación restrictiva de las normas sancionadoras, puedan alcanzar efectividad por cuanto que, en concordancia con los criterios establecidos en los artículos 3.º-1 y 4.º-2 del Código Civil una cosa es la creación por deformación extensiva y analógica, de tipos sancionables, y otra muy distinta la calificación interpretativa de los hechos probados dentro del marco típico definido por las peculiares obligaciones

y requisitos a cumplir ante la Administración en el ejercicio de una actividad sujeta a intervención protectora de los intereses públicos en ella implicados, pues en este supuesto, que es el contemplado por los presentes autos, el incumplimiento de las expresas obligaciones representa infracción de garantías que son presupuesto de cualquier clase de intervención pública si es que ésta ha de ser efectiva, al propio tiempo que base de licitud de ejercicio de la actividad por el administrado, finalidades que, examinadas al tenor de las circunstancias de cada caso, se encuentran en la operación pragmática de subsunción y calificación de los hechos, de cuyo claramente diferenciada de la operación normativa de creación por vía analógica de tipos sancionables, infractora ésta del principio de legalidad y vedada para los actos y disposiciones de la Administración conforme a los criterios que informan el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.»

*Sala 3.ª Tribunal Supremo, 19 de octubre de 1983. Arz. 5206*

## **2. Prescripción. Impugnación en un Decreto que establece plazos mayores que los previstos en el Código Penal.**

De los considerandos del Tribunal Supremo:

«Que, por lo que se refiere a la impugnación del artículo 6.º del Real Decreto referenciado, la Sala también tiene que reconocer y aceptar la anulación del mismo solicitada, por cuanto, si bien la Ley 3/80, concretamente en su Exposición de Motivos, establecía "un sistema claro de sanciones para el caso de infracción" sin embargo, en ella no se recogen normas referentes al establecimiento de plazos de prescripción, no sólo de las infracciones, sino tampoco de las sanciones que como consecuencia

de ellas se puedan imponer, con lo que, sin querer o queriendo, hay que colegir que la citada Ley se está remitiendo a los principios fundamentales de prescripción insertos en las Leyes sustantivas y, en especial, al bloque de la legalidad positiva de nuestro Ordenamiento jurídico y en consecuencia, por su afinidad y naturaleza, al Código Penal, tal como así declaraba este Alto Tribunal en sus Sentencias de 9 de marzo de 1972, 28 de febrero de 1975, y 22 de mayo de 1979, pero debiendo señalarse, como pilares en la materia, que este reenvío al Código Penal ha de hacerse

en el sentido de que, ante la mayor gravedad y trascendencia de las sanciones e infracciones penales, en comparación, claro está, con el ilícito administrativo, no es racionalmente colegiable; que los plazos de prescripción de estas conductas administrativas sean muy superiores a los de las faltas penales, incluso a alguno de sus delitos, la calumnia y la injuria, estableciéndose en el Real Decreto que nos ocupa plazos de prescripción superiores en más de seis meses, a alguno de los artículos que en el Código Penal se contemplan, y desde luego muy excesivos en tiempo a los de las faltas penales, no debiendo olvidarse que las infracciones de esta naturaleza constituyen el límite máximo de las demás, habida cuenta que las mismas implican o pueden implicar un reproche social más profundo, sin poderse prescindir del hecho de que las infracciones administrativas de indole casi penal prescriben, al igual que las de indole penal a los dos meses, lo establezca así o no la disposición administrativa que los tipifique, por todo lo cual, y a la vista de estas directrices, que se plasman en el actual cotidiano de este Alto Tribunal, y de cuya actuación pueden ser exponente las Sentencias enumeradas, es evidente que existe una remi-

sión, en cuanto a la prescripción de las faltas administrativas, a las previsiones que para la prescripción establece el Código Penal, no pudiendo preterirse que aun cuando el ilícito penal y el ilícito administrativo tenga un tratamiento sancionador superior al del Código Penal y que se establece para delitos y faltas y, a mayor abundamiento, al estarse en un terreno punitivo, las sanciones, las infracciones y los plazos de su prescripción no puede dejarse a la regulación y establecimiento de un simple Decreto, simplemente ejecutor de una Ley que no establezca nada al respecto, por lo que, es incuestionable que el Decreto cuestionado rebasa los límites y su razón de ser, el de ejecutar y desarrollar la Ley de la que trae causa, Ley que nada dice al respecto, estableciendo aquél unos plazos que rebasan los límites del mayor de los ilícitos, el penal, incurriendo en la conculcación del principio de legalidad, elevado a rango Constitucional, y que exige que no sólo las infracciones estén tipificadas, sino que también lo esté todo el tratamiento normativo de dicho ilícito (dentro del cual indudablemente ha de estarlo el instituto de la prescripción), por todo lo cual este precepto no es conforme a derecho y debe ser anulado.»



# **da** LIBROS Y REVISTAS

- **Recensiones**
- **Noticias bibliográficas**

