

JURISPRUDENCIA
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
DEL TRIBUNAL SUPREMO

Por JAVIER MONTERO

Sumario: I. RÉGIMEN JURÍDICO: 1. Eficacia *erga omnes* de la sentencia que señala el coeficiente a otros funcionarios en las mismas condiciones. 2. Impugnación de Reglamentos: legitimación. 3. Impugnación de un acto administrativo general. — II. SELECCIÓN: 1. Legalidad de la reserva de un porcentaje de vacantes para provisión entre interinos. — III. DERECHOS: 1. Coeficiente del Cuerpo de Administrativos Titulados del FNGRC. 2. Cuantía del incentivo de productividad de funcionarios de un Organismo autónomo. 3. Carácter político del nombramiento de los delegados territoriales de la Sanidad. 4. Extensión del derecho de acceso a cargos públicos. 5. Derecho a ocupar puestos de trabajo sin participar en el concurso. — IV. DEBERES: 1. Fraude a la ley en materia de incompatibilidades (Colegios Profesionales). — V. DERECHO SANCIONADOR: 1. Separación del servicio sin instrucción de expediente. 2. Inversión de la carga de la prueba en materia de sanciones.

I. REGIMEN JURIDICO

1. Sala 5.^a Sentencia de 30 de noviembre de 1983

Cuando se dicta una resolución judicial sobre una de las pretensiones de plena jurisdicción, la sentencia producirá efectos entre las partes, y también respecto de las personas afectadas por las mismas.

DOCTRINA:

«Que el tema de fondo a resolver en este recurso se refiere en concreto a si procede hacer extensivos a los recu-

rrentes los beneficios que se otorgaron a un compañero suyo de reconocer un coeficiente 3,6 por virtud de la sentencia de esta Sala de 1 de octubre de 1980, cuando todos ellos se encuentran en las mismas condiciones con respecto al derecho que reclaman, y toda vez que la Administración se lo ha denegado en la resolución impugnada en base a que si el artículo 86, 2, de nuestra Ley jurisdiccional, al establecer que “la sentencia que anulase el acto o disposición producirá efectos

entre las partes y respecto a las personas afectadas por los mismos" constituye una excepción al principio general de que la sentencia únicamente despliega sus efectos respecto de los sujetos del proceso en que se dictó o, lo que es igual, de los que fueron parte en el mismo, aquella eficacia *erga omnes* desplegada por las sentencias estimatorias en vía contenciosa sólo es aplicables a los supuestos en que la pretensión deducida en el proceso sea la de anulación (art. 41 de la Ley jurisdiccional), mas no a aquellos otros casos en los que la pretensión sea de las llamadas de plena jurisdicción (art. 42), como lo fue en el supuesto en que se dictó la sentencia que se pretende aplicable por los ahora recurrentes.

Que al resultar indudable que cuando se dicta una resolución judicial sobre una de las pretensiones, llamadas de "plena jurisdicción" para que el órgano jurisdiccional acceda a la petición deducida en la demanda por el particular y condene a la Administración, previamente debe anular el acto impugnado en tanto conoce el derecho subjetivo que el demandante hace valer, como aclara el artículo 84 de nuestra Ley jurisdiccional, al establecer que, en todo caso, si la sentencia estimare la pretensión (cualquiera que sea su carácter) declarará "no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente el acto o disposición", no cabe duda que también en tales supuestos de pretensiones de plena jurisdicción, al anularse el acto o disposición, la sentencia producirá

efecto entre las partes y respecto de las personas afectadas por la misma (art. 86, 2 de la Ley jurisdiccional), puesto que la eficacia *erga omnes* de aquélla no depende de la naturaleza de la pretensión o pretensiones deducidas (según los arts. 41 y 42 de la Ley jurisdiccional), sino de su contenido, como señalan, entre otras, las sentencias de este TS de 30 de enero de 1947 y 15 de noviembre de 1963.

Que como la sentencia dictada por esta Sala con fecha 1 de octubre de 1980 anuló el Decreto 1083/1978, de 14 de abril, en cuanto señalaba para la Escala de Ayudantes de Cinematografía, a extinguir, de personal procedente de Organismos Autónomos suprimidos, el coeficiente multiplicador retributivo 2,9, señalando como procedente el de 3,6 por la eficacia *erga omnes* de la misma, resulta aplicables a los ahora recurrentes por ser idéntico el supuesto contemplado y darse unas mismas situaciones en todos ellos, pues lo contrario infringiría el principio de igualdad ante la Ley que consagra nuestra Ley fundamental (art. 14), y daría lugar a que la argumentación de fondo de la sentencia de esta Sala, siendo válida para los aquí litigantes, por hallarse en iguales circunstancias que aquel compañero suyo que antes litigó, al ser ayudantes de la Escuela Oficial de Cinematografía y Teatro, determinase situaciones antagónicas entre los pertenecientes a una misma Escala, solamente dependientes de ser o no reclamantes en aquel primer litigio (sentencia de 23 de marzo de 1979).»

2. Sala 4.^a Sentencia de 12 de noviembre de 1983

Hay que entender superado el criterio del previo requisito de la reposición en los recursos contenciosos

interpuestos contra disposiciones generales por los administrados individualmente legitimados.

DOCTRINA:

«Que la orientación de la más moderna jurisprudencia, especialmente potenciadora del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 de la Constitución, autoriza a entender superado el criterio de anteriores resoluciones exigentes del previo requisito de la reposición en los recursos contenciosos interpuestos contra disposiciones generales por los administrados, individualmente legitimados en el supuesto previsto en el número 3 del artículo 39 de la Ley jurisdiccional citada, pues en la realidad jurídica y social de nuestro tiempo no cabe defender una interpretación literalista del artículo 53, e), de la misma Ley para eliminar de su ámbito los recursos directos de dicho precepto 39, 3, ya que no existe argumento racional convincente para dar tratamiento distinto a los recursos directos contra disposiciones generales, según sea interpuesto por Corporaciones o particulares, a no ser que se

considere como tal el simple argumento formulario de que la letra de ese artículo 53, e), se refiere exclusivamente al supuesto primero del artículo 39 y no incluye el del número tercero, dado que ello significa olvidar que ambos números contemplan impugnaciones directas y que el número tercero no es excepción, sino complemento, del número primero; solución que es más conforme con el principio espiritualista de esta jurisdicción, más favorable al mencionado derecho constitucional de acceso a la tutela judicial y más congruente con la esencial identidad que existe entre todos los recursos directos, cualquiera que sea la legitimación del recurrente, todas las cuales constituyen razones más que suficientes para estimar que la exigencia de la reposición debe limitarse a las impugnaciones indirectas al número 2 del repetido artículo 39, pues que al ser dirigidas contra actos individualizados es natural que se sometan a la norma general del artículo 52, 1.»

3. Sala 3.^a Sentencia de 7 de diciembre de 1983

La naturaleza de los actos administrativos no depende de la denominación que se les dé, sino de sus características y real naturaleza, por lo que el Real Decreto parece más bien un acto administrativo general.

DOCTRINA:

«Que si bien, *prima facie*, el Real Decreto de 6 de marzo de 1981 parece una disposición general, por lo menos por lo que se refiere a su publicación, sin embargo, ella no puede desnaturalizar su verdadero carácter, por lo que, a juicio de este Tribunal, el referido

Real Decreto, con independencia de la forma en que se publicó, parece más un acto administrativo general *ternus generis* en la materia (disposición general, acto administrativo en concreto y acto administrativo general), en cuanto que dicho Real Decreto se refiere a unos destinatarios en concreto y determinados, "quienes en la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto pertenecían al cuerpo de Médicos Titulares, a todos los efectos, la consideración de Especialistas de Médicos de Familia y Comunitaria...", por lo que no coparticipa de naturaleza ordinal alguna y carece de

cualquier vocación de perennidad de la normatividad, consumible o consuntivo en el acto de su aparición, expectante sólo de actuaciones materiales de entrega de los títulos que se conceden de especialistas en determinada función sanitaria, de ahí que se destaque su materia y prestancia de acto administrativo general y no normativa o de disposición general, no siendo óbice su publicación en forma de disposición general o entre las disposiciones de tal índole, por cuanto la naturaleza de los actos administrativos no depende de la denominación que se les dé o de las palabras empleadas por la Administración o por los interesados, sino de sus características y real naturaleza por todo lo cual, al tratarse de un acto administrativo, siquiera dirigido a una pluralidad de destinatarios, no entra en juego la legitimación corporativa del artículo 28, apartado b), de la Ley jurisdiccional, entrando en consideración el apartado a) de dicho precepto y, en consecuencia, procede se desestime esta causa de inadmisibilidad.

Que por el contrario, si la parte recurrente es consecuente con su postulación y pretende sostener que lo impugnado es un verdadero acto administrativo general, tal postura implicaría cumplir con todos los requisitos que la Ley impone para impugnar un acto administrativo, es decir, la interposición del previo recurso de reposición, requisito habilitante para advertir a esta jurisdicción, trámite y requisito que no ha sido observado por la dicha parte y que conlleva, sin más, a la estimación de la causa o motivo de inadmisibilidad estereotipada en el apartado c) del artículo 82 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, no siendo óbice a ello la alegación vertida por la parte actora, en el sentido de que la publicación del

Real Decreto controvertido le indujo a error, omitiendo la interposición del procedente recurso de reposición, pues si dicha parte es consecuente con su actuar, de la misma manera que esa publicación no desvirtuó su naturaleza, basándose en ella para advenir a este Tribunal, de igual forma esa publicación no puede ser obstáculo para que, constatado por ella su verdadera naturaleza del Real Decreto en cuestión cumpliera, para impugnarlo, la serie de trámites previos para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, pues no se puede sacar de esa publicación los efectos que le son para ella útiles y despreñar los que son perjudiciales, por cuanto si ella comparte y pregona que el Real Decreto controvertido es un acto administrativo general, ella debe impugnarlo con la serie de requisitos y trámites que se arbitran para enjuiciar esta clase de resoluciones administrativas, por lo que, al no hacerlo así, omitiendo el previo y necesario recurso de reposición, es indudable que el proceso que nos ocupa ha de declararse inadmisibile.

Que esta Sala, participando de hondo criterio espiritualista, que fluye en todo el conexo o articulado de la Ley, así como en el libre acceso de todos los administrados ante los Tribunales que proclama el artículo 24, de la Constitución vigente, intenta, a efectos dialécticos, subsumir el Real Decreto en cuestión en el ámbito de una disposición general, pues, quiérase o no, la parte recurrente juega, en lo que le conviene, como si de un acto administrativo se tratase y, en lo que le perjudica, como si estuviéramos ante una disposición general, por lo que este Tribunal, aun considerando el Real Decreto aludido como una disposición general, ésta no sería de los incarnados en el apartado 3 del

artículo 39 de la Ley jurisdiccional, en cuanto que este Real Decreto ha de ser "cumplido directamente por los administrados, sin necesidad de previo acto de requerimiento o sujeción individual" y, por ello, tampoco excluido del

previo recurso de reposición, apartado e) del artículo 53 del texto jurisdiccional, por lo que también en esta hipótesis se procedería de la declaración de inadmisibilidad más arriba contemplada.»

II. SELECCION

1. Sala 4.^a Sentencia de 19 de diciembre de 1983

En modo alguno es contraria a la Constitución la reserva de porcentaje de vacantes para provisión entre funcionarios interinos y personal contratado.

DOCTRINA:

a) *De la sentencia apelada.*

«Que básica cuestión a decidir en la presente *litis* es la referente a si la Resolución de la Dirección de la Agencia de Desarrollo Ganadero de fecha 15 de marzo de 1978 por la que se convocan pruebas selectivas para cubrir 14 plazas de ingenieros superiores en la plantilla de tal Organismo es o no ajustada a Derecho en atención al no haber sido previamente publicadas las plantillas orgánicas de dicho Organismo, requisitos de los candidatos, turnos que establece, principio de igualdad ante la Ley, degradación de las funciones de los ingenieros agrónomos y composición del Tribunal calificador de las referidas pruebas; pues bien, así conocidos los motivos del recurso se observa que los referentes a la no publicación de las plantillas orgánicas y a la composición del Tribunal calificador de las pruebas, se fundamentan jurídicamente en preceptos

referentes a funcionarios civiles del Estado, desconociendo con ello la Asociación recurrente el contenido del artículo 12, b), de la Ley a tales funcionarios atinente, de 7 de febrero de 1964, a cuyo tenor "quedan excluidos de su ámbito de vigencia: b) Los funcionarios de los Organismos Autónomos a que se refiere el artículo 82 de la Ley de 26 de diciembre de 1958, quienes se regirán por el Estatuto previsto en dicho precepto legal", circunstancia que determina la desestimación de dichas motivaciones impugnatorias, suerte que igualmente ha de correr el motivo referente a los requisitos de los candidatos, al traerse a colación para fundamento el contenido del abrogado Decreto 145/1964, de 23 de enero, pues tal situación viene actualmente reglada por el nuevo Decreto 2043/1971, de 23 de julio, y por el número 1086/1977, de 13 de mayo, disposición adicional única, y sin que en modo alguno pueda tildarse de contraria a los principios constitucionales ni la Resolución recurrida ni las normas jurídicas de rango superior que le sirven de cobertura legal, al establecerse en el artículo 23, 2, de la invocada Constitución, que el acceso a las funciones y cargos públicos tendrá lugar, ciertamente, en condiciones de

igualdad, pero con los requisitos que señalen las leyes para cada caso, requisitos éstos que son justamente los establecidos por los citados Decretos, muy singularmente por la disposición adicional única de 13 de mayo de 1977.»

b) *Del Tribunal Supremo.*

Que reiterando sus alegaciones anteriores a dicha sentencia y rechazadas en la misma, la Asociación demandante y aquí apelante, pretende, en las formuladas ante esta Sala, desvanecer aquellos fundamentos, sin conseguirlo, pues, indudablemente, la convocatoria contenida en la Resolución impugnada está habilitada legalmente por las disposiciones en ella invocadas, y concretamente por las específicas referentes a los Organismos Autónomos, que tienen vigencia conforme al artículo 2, 2, b), el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, y corrobora, puede añadirse

aquí, el 2, 2, b) del Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, sobre reforma de la legislación a ellos referentes, por lo cual aquella convocatoria se ajusta correctamente a la disposición adicional única del Decreto 1086/1977, de 13 de mayo, autorizando a que durante un plazo de cinco años, dentro del que se hizo la repetida convocatoria, se pudiese reservar un porcentaje determinado, cuyo limite o proporción no se impone, de las vacantes existentes para su provisión entre funcionarios y personal del Organismo de que se trate, dotados de las condiciones que se señalan en la propia norma, la cual no rompe o contradice el criterio mantenido para los funcionarios de la Administración civil del Estado, pues, por lo contrario, viene a ser trasunto adecuado a lo que respecto a los mismos previene también con carácter temporal la disposición adicional quinta del citado Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo.»

III. DERECHOS

1. Sala 5.^a Sentencia de 15 de noviembre de 1983

No puede admitirse que la igualdad de titulación arrastre en lo sucesivo a un Cuerpo respecto de otro al objeto de señalar coeficiente.

DOCTRINA:

«Que es doctrina reiteradamente establecida por esta Sala que la fijación de coeficiente multiplicador del sueldo de los funcionarios públicos constituye una facultad que las normas confieren a la Administración para que los determine, no discrecionalmente, sino conforme a los principios y preceptos que

inspiran la legislación de funcionarios, y por ello esta jurisdicción puede revisar si la Administración se ha sujetado a tales normas, valorando los distintos factores que hayan podido tenerse en cuenta, tales como el título exigido, la naturaleza de la función, su trascendencia, dificultad de cometido y cualesquiera otros que puedan ser ponderados, siempre que al Tribunal se le proporcionen datos para realizar este examen y pueda llegar a la convicción del error o desvío de la Administración en su aplicación a cada caso concreto y quede desvirtuado, por

tanto, la presunción de legalidad insita en el actuar de la Administración, adquiriendo especial relevancia el examen de estos factores cuando el coeficiente que se solicita es el 5, puesto que la existencia de diversos coeficientes para titulados universitarios superiores (4,5, 5) indudablemente responde a una finalidad específica de la Ley de Retribuciones, siendo ilustrativa en este aspecto su exposición de motivos al afirmar que pretende se retribuyan con justicia las funciones públicas más importantes, así como el estímulo y la recompensa a aquellos funcionarios de los que exige para su entrada en la Administración un estudio y un esfuerzo muy superior a los normales, por lo que será preciso acreditar cumplidamente la existencia de tales factores para alcanzar dicho coeficiente, que únicamente se atribuye a muy calificados Cuerpos de la Administración.

Que, solicitado por los recurrentes, se les señale el coeficiente 5 por equiparación al Cuerpo General Técnico de la Administración Civil del Estado ha de adelantarse que no puede admitirse que la igualdad de titulación y la anterior coincidencia en cuanto a coeficiente, arrastra en lo sucesivo a un Cuerpo respecto a otro, lo que ya rechazó la Ley 31/1965, de 4 de mayo,

sobre retribuciones a los funcionarios civiles del Estado en su disposición derogatoria primera: "Quedan suprimidas todas las disposiciones que establezcan equiparaciones económicas legales entre Cuerpos de funcionarios sujetos a esta Ley..."; la coincidencia en el ingreso por oposición libre es poco individualizadora por lo generalizada y por ello será preciso contratar los respectivos programas de ingreso, las materias exigidas y la extensión de las mismas, siendo también excesivamente imprecisa la llamada que hacen a la naturaleza de la función desempeñada, que ha de rechazarse, dado que la función que tienen atribuida los recurrentes se limita a los supuestos concretos que afectan al Fondo de Garantías del Riesgo de la Circulación, mucho menos amplia que las funciones atribuidas al Cuerpo cuya asimilación postulan, sin que desvirtúe esta realidad la supresión del Organismo autónomo Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, por haber quedado integrado, por Real Decreto 2878/1981, de 13 de noviembre, en el Organismo autónomo Consorcio de Compensación de Seguros, puesto que siguen desempeñando sus específicas funciones en la Sección correspondiente, a tenor de la Orden de 21 de diciembre de 1981.»

2. Sala 5.^a Sentencia de 29 de noviembre de 1983

En las retribuciones en las que se contemple la productividad de los funcionarios ha de existir una cierta discrecionalidad en la Administración.

DOCTRINA:

«Que ese cambio de concepto en la naturaleza de los incentivos que se alega por los recurrentes, ante la redac-

ción del artículo 8.^o, número 3, letra c), del Real Decreto 1086/1977: "Los incentivos revestirán la forma de primas de producción u otros sistemas equivalentes", está en perfecta consonancia con lo dispuesto en el apartado c) de la base X de la Ley 109/1963, de 20 de junio, de funcionarios civiles del Estado, "incentivos que revestirán la forma de primas a la productividad u

otras análogas", por lo que no hay cambio alguno en concepto, según Ley; pero además, siguiendo el texto del Real Decreto 1086/1977, en su artículo 8.º divide las retribuciones complementarias en ordinarias y especiales, como lo hace también el artículo 8.º del Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, base, según su disposición final tercera, del anterior Decreto sobre funcionarios de Organismos autónomos, lo que demuestra claramente que son de distinta naturaleza los complementos de destino y los incentivos, por lo que no puede aplicarse a unos y otros la misma normativa y criterio; el citado Real Decreto-ley modifica las retribuciones básicas, como dice su preámbulo, pero en cuanto a las complementarias no hace más que establecer unos principios que son los ya existentes anteriormente, e impone unos criterios de equidad, claridad y simplificación, pero no de equiparación entre funcionarios que ocupan diversos puestos de trabajo, pues las retribuciones complementarias especiales son las que se apartan de esas equiparaciones por razón de titulación y analogía en los puestos en general para contem-

plar más particularmente la efectividad de la labor desarrollada por funcionarios concretos o por Cuerpos, Escalas o en puestos de trabajo; por lo que la pretensión de los recurrentes de equiparación, en cuanto al importe de los incentivos que han de percibir, son totalmente improcedentes, no ya en cuanto a los de su misma titulación que realizan funciones inspectoras en el Ministerio de Hacienda, cuyo servicio es totalmente diferente al que efectúan los recurrentes, sino de los demás del mismo Ministerio cuya actuación es relativa a la función de Hacienda, no a la de Agricultura, y aun con los de este mismo Ministerio, al no haber constancia exacta de las funciones, y porque en estas retribuciones en que se contempla la productividad de los funcionarios, Cuerpos o Escalas ha de existir una cierta discrecionalidad en la Administración, concedora del funcionamiento de cada uno de los servicios, lo que no es causa alguna de discriminación, sino de trato adecuado según las circunstancias de cada caso, que no son iguales en los diferentes puestos de trabajo y Organismos de la Administración, sea estatal o institucional.»

3. Sala 4.ª Sentencia de 17 de noviembre de 1983

La asignación a un Cuerpo especial de funciones más allá de las puramente técnicas no debe impedir el que los cargos de mando puedan ser seleccionados por el Ministerio entre grupos más amplios de servicios públicos.

DOCTRINA:

«Que, por otra parte, el reconocimiento de Cuerpos especiales entre el funcionariado, a los que se refiere el artículo 24 de la Ley de 7 de febrero

de 1964 sobre funcionarios públicos de la Administración Civil del Estado, y el que a uno de estos Cuerpos, el de los accionantes (médicos de la Sanidad Nacional), en una antigua Ley (la de Bases de Sanidad de 25 de noviembre de 1944) se les haya asignado funciones que van más allá de las puramente técnicas de su especialidad, no debe impedir, en una nueva concepción organizatoria, el que los cargos de mando y de responsabilidad, más

burocráticos y políticos que otra cosa, en este sector de la Sanidad y la Salud, no tengan por qué ser reservados en exclusiva a los integrantes de este Cuerpo, estableciéndose la posibilidad de que estos nuevos cargos (delegados territoriales, secretarios generales y directores de salud) puedan ser seleccionados por el Ministerio entre grupos más amplios de servidores de la función pública, como ocurre con el Decreto de que se trata, en el que la base selectiva se extiende a los demás Cuerpos del Ministerio, siempre y cuando cuenten con la titulación y las condiciones adecuadas para tal promoción.

Que, como ha tenido ocasión de manifestarlo la Administración, una cosa es ejercer las facultades de mando y representación y otra muy distinta la de ejercitar las distintas técnicas, en las distintas especialidades, ya que el poseedor de competencia (en el sentido de preparación técnico-científica en una determinada materia) no tiene por qué ser indefectiblemente el más

adecuado para ejercer esos otros cometidos de representación, mando y organización.

Que, en definitiva, los nuevos cargos, como también ya queda expuesto y recogido en las actuaciones, son de carácter político, situados en un plano superior y distinto de las funciones propias de los diversos Cuerpos funcionariales; Cuerpos que, en lo que les es inherente por razón de su naturaleza, el Real Decreto que nos ocupa no roza en nada sus respectivas funciones, manteniendo en este aspecto una estricta neutralidad, sin que lo dicho signifique que con esta nueva organización tenga que producirse un divorcio completo entre los puestos de mando y los ejecutores y colaboradores, ya que tal situación inconveniente puede ser evitada con fórmulas de coordinación de funciones y de asistencias de los últimos a los primeros. Procediendo, en consecuencia, desestimar el presente recurso, con la consiguiente declaración de validez del Real Decreto impugnado.»

4. Sala 3.^a Sentencia de 22 de diciembre de 1983

El derecho de acceso a las funciones y cargos públicos comprende tanto el acceso como la permanencia en el cargo.

DOCTRINA:

«Que el derecho constitucionalmente protegido de acceso a las funciones y a los cargos públicos en condiciones de igualdad no puede extenderse a cuestiones tales como el derecho del funcionario a tener un despacho independiente, una comunicación de ese despacho con otras dependencias

municipales o una mesa determinada, sino que el principio contenido en el artículo 23, 2, de la Constitución debe entenderse (en una interpretación generosa) que comprende el derecho tanto al acceso como a la permanencia en el cargo, es decir, que se refiere al nacimiento o conservación de la relación que une al funcionario o al titular del cargo con la función pública o con el cargo en sí, sin que quepan en ello discriminaciones, tanto para el acceso como para la permanencia, las cuales, al ser infringidas, podrían dar lugar a este proceso especial, regulado por la Ley de 26 de diciembre de 1978; pero,

en cambio, cuando se produjeran actos administrativos que afectaran o a la tendencia de un despacho independiente o a su comunicación con otras dependencias municipales, o con la ocupación de una u otra mesa, éstos actos podrían ser impugnados en un recurso y anulando uno de los tres apartados del acuerdo municipal recurrido, en este recurso de apelación interpuesto contraentendió así: tramitando y resolviendo el recurso inter-

puesto con arreglo al procedimiento establecido en la Ley de 1978 antes mencionada, estimando parcialmente el recurso y anulando uno de los tres apartados del acuerdo recurrido en este recurso de apelación interpuesto contra la mencionada sentencia no se puede empeorar la situación del apelante, y debe ser confirmada la sentencia apelada, en cuanto entendió procedente tramitar el recurso con arreglo a la Ley de 26 de diciembre de 1978.»

5. Sala 5.^a Sentencia de 25 de noviembre de 1983

Reconocer el derecho a ocupar puestos de trabajo sin necesidad de participar en concurso de méritos vulnera el principio de igualdad consagrado en la Constitución.

DOCTRINA:

«Que, pasando ya a enjuiciar cada uno de los artículos del Decreto que se recurren, el primero de ellos es el 35, en el que se dice que “el funcionario que fuese cesado en el desempeño de un puesto de libre designación, excepto cuando lo sea como consecuencia de expediente disciplinario o por haberse comprobado falta de idoneidad en el ejercicio del cargo o que le incapacite para el mismo, extremos éstos que se acreditarán mediante la oportuna resolución motivada, tendrán derecho, sin necesidad de participar en concurso de méritos, a ocupar puestos de trabajo de ese grupo que se encuentren vacantes o que vacasen posteriormente”, precepto que, prescindiendo, por lo expuesto anteriormente, de lo establecido para la provisión de vacantes en los Cuerpos

Generales de la Administración Civil del Estado, alegado por el recurrente, es evidente que consagra un privilegio con respecto a los demás funcionarios para los que sean removidos de puestos de libre designación, fuera de los casos previstos en su texto, en cuanto al acceso a los puestos que ha de cubrirse por concurso de méritos, al dárseles preferencia para ello, ya que en este sentido ha de entenderse la redacción del precepto, pues si no careciera de sentido, y esto claramente vulnera el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, tal como se ha interpretado, implicando la conversión indirecta de los puestos que han de cubrirse por concurso de méritos en puestos de libre designación a través del nombramiento previo para éstos, cuyo número, ciertamente, y como indica el actor, no es corto, según el artículo 32 del Decreto, vulnerando así, además, la clasificación de grupos de puestos de trabajo de las plantillas orgánicas de la Dirección General de Correos y Telecomunicación que se hace en el propio Reglamento, en su artículo 31, puestos de libre designación, y de provisión

por concurso de méritos, con cumplimiento de destino o sin él, desnaturalizar el carácter de estos dos últimos grupos, ya que a ambos parece referirse el artículo al no hacerse en él.

distinción alguna entre ellos, debiéndose por ello declarar no conforme a Derecho y nulo al artículo citado, a tenor del artículo 47, 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo.

IV. DEBERES

1. Sala 4.^a Sentencia de 11 de diciembre de 1983

El manejo de la institución del fraude a la ley ha de ser sumamente cuidadoso, en cuanto que parte de actos amparados por un texto legal.

DOCTRINA:

«Que para poder justificar la interposición del recurso de apelación que nos ocupa, la abogada del Estado sólo ha podido echar mano del precepto contenido en el número 4 del artículo 6 del nuevo título preliminar del Código Civil, en el que, como es sabido, se recoge el concepto de "fraude de ley", con el que se intenta salir al paso de actos realizados al amparo del texto de una norma, pero con el propósito de conseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico.

Que aunque la introducción de esta institución en nuestro ordenamiento no puede ser más loable, por el efecto moralizador que persigue, sin embargo, su manejo ha de ser sumamente cuidadoso, en cuanto parte de actos amparados en un texto legal que, por ello, y en principio, son merecedores de respeto y protección, y la imputación de fraude de ley tiene que venir,

inevitablemente, a través de juicios de intenciones cuyos efectos, de precisarse en su estimación, pueden resultar peligrosos para la seguridad jurídica y el derecho de las personas.

Que teniendo en cuenta lo acabado de exponer y las características del supuesto de hecho que nos ocupa, la solicitud de colegiación en el Colegio Provincial de Agentes de Seguros de Las Palmas de la demandante, esposa del director de una entidad bancaria en la población de Arucas, es por lo que, como acertadamente ha resuelto el Tribunal *a quo*, no se puede extremar la interpretación de normativa aplicable —art. 13, 2, *e*)— del Reglamento de Producción de Seguros Privados de 8 de julio de 1971, hasta el punto de considerar que por esposa de un director de banco ya no puede ejercer una profesión que, conforme al texto reglamentario, le está prohibida a su marido, por razones explicables de incompatibilidad, pero no a ella ni a nadie más por la simple razón de parentesco.

Que el motivo para llegar a esta conclusión parte del hecho de que el citado precepto del Reglamento de Producción de Seguros Privados —art. 13, 2, *e*)— es un precepto de carácter prohibitivo o limitativo, que,

como tal, no es susceptible de interpretaciones extensivas (sentencias de 1 de febrero de 1902 y 27 de febrero de 1926, Sala Primera, y sentencia de 18 de mayo y 15 de octubre de 1960 y 17 de noviembre de 1961, Salas de lo Contencioso), carácter que permite considerar a esta norma como singular o anormal, en el sentido dicho por el Digesto (*quod vero contra rationem iuris receptum est, non est procedendum ad consequentias*).

Que de partir de la sospecha, no de la evidencia, de que la demandante va a actuar como simple persona interpuesta, en un trabajo que se imagina va a llevar su marido, entonces, por la misma razón, esa sospecha podría extenderse a cualquier otro familiar o amigo del director del banco, con lo que la inseguridad jurídica y las prohibiciones que podrían recaer en un amplio número de personas resultarían de una gran magnitud; lo que demuestra la inconveniencia de dar beligerancia a esta clase de juicios, por lo temerarios que pueden resultar en la práctica.

Que si esto es así en términos generales, no se debe establecer una excepción con relación a la mujer, por ser mujer y por ser casada, lo que implica-

ría para ella una verdadera *capitis diminutio*, inconcebible en los tiempos modernos, no sólo por el imperativo de nuestra Constitución de 1978 (arts. 14 y 32, 1.º), sino porque desde mucho antes se apuntaba en la misma dirección (preámbulo de la Ley reformadora del Código Civil de 24 de abril de 1958; Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer.

Que el hecho de que no apliquemos el instituto de "fraude de ley" a priori no debe interpretarse como un pronunciamiento inmunizador de cualquier otro tipo de actuación de la demandante, ya que si en el ejercicio de esta profesión de agente de seguros se comprobara que las sospechas del Colegio se habían convertido en realidad, ante hechos concretos, entonces sería la ocasión para formular denuncias y actuar en consecuencia, adoptando las medidas procedentes en derecho.

Que por todo lo dicho procede desestimar el presente recurso ordinario de apelación de la Abogacía del Estado y confirmar, por consiguiente, la sentencia recurrida, con aceptación, en lo sustancial, de sus considerandos.»

V. DERECHO SANCIONADOR

1. Sala 5.ª Sentencia de 11 de noviembre de 1983

La separación de funciones de los médicos de Instituto sin instrucción de expediente disciplinario entraña una flagrante ilegalidad. La eliminación del incentivo de productividad se halla viciada de desviación de poder.

DOCTRINA:

«Que el primer extremo objeto de análisis ha de ser el concerniente a lo que impropriamente se viene llamando separación o suspensión de funciones

y que no es tal formalmente hablando, pues no ha existido, en efecto, una actividad administrativa dirigida a la remoción de funciones, por vía de separación definitiva del servicio (que hubiera requerido el oportuno procedimiento disciplinario), ni tampoco una suspensión de empleo, precisada igualmente de expediente previo, pero si se ha producido, como se afirma en esta apelación y denota el expediente y los autos, una virtual remoción de los medios apelantes en el contenido de su función técnica o facultativa, es decir, se les ha apartado (*de facto*) del ejercicio de su cometido médico, de atención a los enfermos asistidos en el Instituto Oftálmico Nacional, extremo éste que, en contra de lo que mantiene la sentencia recurrida, ante cuyos datos ha de tenerse por probado dicho apartamiento efectivo de funciones, lo que en sí mismo entraña una flagrante ilegalidad, al privárseles del derecho al trabajo, contenido esencial de la relación funcional, configurado como deber, pero también como derecho del funcionario en servicio activo (art. 30 del Estatuto de Personal de Organismos Autónomos, Decreto de 23 de julio de 1971), sin previa formación de expediente y produciéndose así la imposición de una sanción encubierta, sin sujeción a procedimiento y por persona, como el director del Centro, que no disponía en su ámbito competencial de facultades en esta materia, por venir atribuidas al director del Organismo Autónomo AISON, a quien compete lo relativo a "dirección, gobierno y régimen disciplinario de su personal, nombramiento de funcionarios y provisión de puestos de trabajo" —art. 2.º, apartado d), del Decreto de 25 de enero de 1974, en relación con el artículo 1.º, 3, del Decreto de 22 de diciembre de 1978, de reorganización

del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social—, por lo que ha de examinarse si esta medida ilegal se halla viciada por desviación de poder.

Que la virtual remisión de sus funciones a los dos médicos de sala ahora apelantes no encuentra cobertura legal, ni justificación que pueda oponerse a la denunciada arbitrariedad, en la potestad organizatoria del director del Instituto Oftálmico, como invoca el defensor de la Administración en esta fase procesal. En efecto, los artículos 54 y 55 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964, supletoriamente aplicable, no pueden suministrar cobertura válida a dicha actuación, antes descrita, pues tales preceptos se refieren exclusivamente a la facultad de adscripción, dentro de una localidad, a plazas determinadas a los funcionarios; y ni dicho precepto ni cualesquiera otros del Ordenamiento jurídico pueden amparar la eliminación *de facto*, como auténtica vía de hecho, del contenido de la relación funcional, privando al funcionario, en este caso a los médicos recurrentes, de ejercer una actividad clínica y quirúrgica en cuanto a los enfermos asistidos en el Centro, con grave riesgo de su específica formación profesional. Tal medida, por otra parte, se halla claramente viciada de desviación de poder, pues si para la constatación de este vicio, plasmado en el artículo 83, 3, de la Ley de esta jurisdicción, basta con llevar al Tribunal la convicción moral de que se ha producido un apartamiento del fin de interés público que ha de perseguir la Administración, esta convicción moral se obtiene aquí, fundada y razonablemente, de los elocuentes datos fácticos suministrados por el expediente y por las actuaciones procesales.

Que probada la eliminación del incentivo de productividad a los médicos apelantes, con efectos de agosto de 1978, y en virtud de resolución del director facultativo del Centro de 25 de septiembre de 1978 (documento número 6 de los aportados con la demanda, al folio 32 de los autos), dirigida al administrador general del Instituto Oftálmico Nacional, y sin que conste notificación formal a los médicos afectados, el problema es si tal privación de dicho complemento retributivo, en la forma en que fue acordada o dispuesta, incide o no en el vicio de desviación de poder. A tal efecto se hace preciso recordar que se adopta la eliminación del incentivo de productividad sin una constancia formal y previa de disminución del rendimiento o productividad de dichos facultativos, que debía correr a cargo de la Administración cuando se está discriminando retributivamente entre un colectivo funcional, y se pretende con ello salir al paso, con un claro matiz sancionador, de una supuesta actitud de rebeldía o indisciplina de los médicos afectados, que no ha tenido consecuencias disciplinarias cuando la Inspección General efectúa visita al Centro sanitario, dirigiendo el expediente disciplinario no contra tales médicos (lo que, en principio, hace inferir que no se apreció en su conducta irregularidad merecedora de sanción disciplinaria), sino precisamente contra el director y el administrador general; todo lo cual denota, con el razonable y posible grado de convicción moral que es exigible en estos casos, que tal eliminación del incentivo de productividad se halla igualmente viciada de desviación de poder y es, por tanto, anulable, con la consecuente reintegración de dicho complemento desde que dejaron de

percibirlo los interesados en el 1 de agosto de 1978, dado que no ha existido prescripción del mismo.

Que no cabe aducir, en punto a mantener como válida y eficaz, la medida o actuación por la que se privó a los apelantes del incentivo de productividad, el consentimiento de aquéllos, pues la reacción de los mismos, una vez conocida por la nómina (al no producirse notificación personal), fue inmediata, reclamando frente a la misma el 17 de octubre de 1978 ante el subdirector general del Organismo autónomo (folio 50 de los autos), no siendo lícito que la Administración, que ha guardado silencio frente a las reclamaciones de los recurrentes, invoque aquietamiento por parte de éstos. No es tampoco atendible el argumento de la sentencia impugnada de que los médicos apelantes han empleado en el Instituto Oftálmico el mínimo de actividad profesional, pues no se ha probado este extremo en forma suficiente, y si bien es cierto que dicho complemento remunera una actividad o rendimiento "superior al normal en el trabajo" (art. 68, 4, del Estatuto de Personal de Organismos Autónomos), lo cierto es también que este incentivo ha de ponerse en relación con los demás funcionarios integrantes de la plantilla para obtener así el rendimiento medio o normal, lo que aquí no se ha producido, siendo digno de destacar, finalmente, que aunque la medida en examen pudiera tener un aspecto de estímulo al mejor rendimiento de dichos médicos de sala, para así inducirles a un mayor rigor en el desempeño de sus tareas clínicas, lo indudable es que, al privárseles a continuación, en abril de 1979, de su cometido funcional, tal propósito supuestamente legitimador también desaparece, y la privación de dicho

complemento retributivo queda así, con independencia de su aspecto de legalidad en cuanto a órgano competente y procedimiento, despojada de la verdadera finalidad de interés público de una adecuada gestión de las retribuciones por incentivo, evidenciando su

matiz discriminatorio antes apuntado, por lo que también en este extremo ha de revocarse la sentencia apelada, con la obligada estimación del recurso, de conformidad al artículo 83, apartado 3, de la citada Ley de la jurisdicción.»

2. Sala 4.^a Sentencia de 26 de diciembre de 1983

En materia de sanciones hace falta que sea la Administración la que pruebe los hechos que se imputan.

DOCTRINA:

a) *De la sentencia apelada.*

«Que la actividad sancionadora de la Administración está informada conforme a reiterada jurisprudencia, entre otras, sentencias de 2 y 25 de marzo de 1972, por los mismos principios que rigen el ordenamiento punitivo, entre los que se encuentra el derecho que nuestra Constitución, en su artículo 24, consagra sobre la presunción de inocencia de toda persona, la aplicación de los mismos al caso de autos, en que se trata de la revisión de una sanción impuesta por la Administración, conlleva necesariamente a que esta Sala efectúe tal enjuiciamiento desde la perspectiva exclusiva de si en las actuaciones aparecen o no acreditados los hechos que han motivado la sanción, prescindiendo de que el particular afectado no haya aportado prueba que contradiga la realidad fáctica que la resolución impugnada valoró, pues la vigencia de los principios que informan el ordenamiento punitivo, y particularmente la incidencia del Derecho constitucional a que toda persona se presuma inocente, unido a las exigencias que sobre la

prueba de los hechos preceptúa el artículo 136 de la Ley de Procedimiento Administrativo, obligan a la Administración en el doble sentido de que no puede imponer válidamente sanciones sino cuando estime acreditados los hechos que las posibiliten, y de acreditar los hechos en base a los que impuso la sanción, sin que por ello sean de recibo las alegaciones que en las actuaciones aparecen sobre que ante la decisión de la Administración es al particular a quien incumba probar los hechos tenidos por ciertos no lo son por haberse invertido la carga de la prueba, en cuanto en materia de sanciones no basta, por imperativo de las normas y principios antes citados, que la Administración tenga a un particular como autor de unos hechos y que a partir de ahí se aplique la presunción de legalidad, que informa también el ordenamiento administrativo, sino que hace falta que sea la Administración la que pruebe que el particular ha sido el autor de los hechos que le imputa, y mientras ello no ocurre no puede hablarse de sanción válidamente impuesta.»

b) *Del Tribunal Supremo.*

«Que en el ámbito sancionador del Derecho administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el marco del procedimiento penal, no es procedente acudir a indicios racionales o valoraciones en

conciencia para dar por probada una infracción administrativa, imponiendo, por aplicación de la presunción de inocencia del acusado, a la Administración que acusa y sanciona la carga de probar la realidad de los hechos que imputa, y que éstos son reprochables a la persona inculpada, dado que la presunción de inocencia antes referida, consagrada en la actualidad por el artículo 14 de la Constitución, sólo puede destruirse por una prueba acabada de culpabilidad (sentencias de 16 de febrero, 23 de marzo y 28 de septiembre de 1982), viniendo condicionada la legalidad de las sanciones administrativas por la tipicidad de la falta y de la sanción y por la prueba concluyente e inequívoca de que el sancionado es el responsable de aquélla, recordando la sentencia de esta Sala de 23 de diciembre de 1981 que el enjuiciamiento en concreto de una resolución administrativa que ultime un expediente correctivo o san-

cionador ha de partir del análisis del hecho o acto impugnado de su naturaleza y alcance para determinar y ver si el ilícito administrativo perseguido es o no subsumible en alguno de los supuestos tipos de infracción administrativa previstos en la norma que sirve de basamento para la estimación de la transgresión que se persigue y, en su caso, se sanciona; enjuiciamiento que deberá hacerse con un criterio exclusivamente jurídico, puesto que la calificación de la infracción administrativa no es facultad discrecional de la Administración o autoridad sancionadora, sino propiamente actividad jurídica que exige como presupuesto objetivo el encuadre del hecho incriminado en el tipo predeterminado legalmente como falta, no pudiendo resolverse la responsabilidad de una infracción administrativa por meras presunciones, indicios o conjeturas, sino por la realidad de unos hechos perfectamente acreditados y demostrados.»

The logo consists of the lowercase letters 'da' in a bold, black, sans-serif font. The 'd' and 'a' are connected at the top and bottom, with the 'a' having a slightly rounded, open-bottom shape.

LIBROS Y REVISTAS

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

