

REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO DISCIPLINARIO: DELIMITACION DE LA LLAMADA «FALTA DE PROBIDAD»

35.083.12 (46)

Por PABLO GONZALEZ MARIÑAS

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA EXIGENCIA DE CONDICIONES DE RECTITUD Y MORALIDAD EN EL FUNCIONARIO. ANTECEDENTES DE LA FALTA DE PROBIDAD EN NUESTRA LEGISLACIÓN HISTÓRICA.—3. EL ORDENAMIENTO VIGENTE.—4. LA FALTA DE PROBIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—4.1 Concepto. 4.2 Diferenciación entre falta de probidad moral y falta de probidad material.—5. EL JUEGO DE LOS CONCEPTOS «REITERACIÓN», «FALTA DE PROBIDAD» Y «CONDUCTA IRREGULAR» A EFECTOS DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA.—5.1 La conducta irregular y la reiteración. 5.2 La conducta irregular y la falta de probidad.

La probité est la vertu des démocraties, car le peuple regarde avant tout aux mains de ceux qui gouvernent.

LAMARTINE

1. Introducción

EL telón de fondo de este estudio no es otro que la inmadurez de nuestro Derecho disciplinario. Y para ponerlo de manifiesto sirve de instrumento el análisis de una falta disciplinaria con cierto arraigo en la tradición jurídica española, plenamente consolidada, además, en la legislación vigente: la falta de probidad.

No creo que tenga sentido replantearse la conveniencia o no del Derecho disciplinario como rama jurídica dotada de unos perfiles y una individualidad propia. Ya decía Vedel que el De-

recho disciplinario surge necesariamente en toda agrupación, y no sólo en la función pública, para defensa y orden de la vida del grupo (1).

El Derecho disciplinario, como tal rama jurídica, es, pues, una realidad innegable. Además, su especificidad ante el Derecho penal—progenitor y directo rival—se ve avalada por una diferencia de raíz: los distintos intereses protegidos.

Ahora bien, admitida esta realidad, por la cual la Administración—dada la virtualidad real de su potestad reglamentaria—debe velar, y de hecho lo hace, por esos intereses específicos con una normativa también diferenciada, parece innegable la necesidad de dotar a esa normativa de un imprescindible rigor en sus conceptos e instrumentos jurídicos.

Es aquí, precisamente, donde encaja este trabajo. Porque la precisión antes aludida está casi siempre ausente de nuestros preceptos disciplinarios. La falta de probidad, su vigencia en el Ordenamiento actual, constituye una buena muestra de lo que decimos.

¿Con qué rigor se van a sancionar en el orden disciplinario faltas que, como ésta, carecen de un sentido estricto y claro? ¿Qué es la falta de probidad? ¿Cuándo puede tacharse de atentatorio a la probidad debida el comportamiento de un funcionario? ¿Hasta dónde llega la facultad de la Administración de penetrar en el mundo privado del comportamiento del funcionario?

El Derecho disciplinario nace, entre otras causas, sobre la base de la lógica y conveniente potestad de la Administración pública de controlar la actuación de sus «empleados» en toda la extensión de la palabra. Pero tal libertad es ilusoria, en buena parte por la elasticidad e imprecisión de conceptos del Derecho disciplinario, que impide actuar con el automatismo casi exacto que posibilitan las normas penales (2). El complejo del Derecho disciplinario ante el Derecho penal es, así, la primera causa de este desapoderamiento que sufre la Administración de sus fa-

(1) Citado por MONTORO PUERTO, M.: *Régimen disciplinario en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado*, ENAP, Madrid, 1985, p. 18.

Vid. también SAVATIER, R.: «L'origine et le développement du droit des professions libérales», en *Deontologie et discipline professionnelle*, p. 57.

(2) Es de resaltar que, siendo ambas ramas jurídicas manifestaciones del Derecho punitivo general, la necesidad de seguridad prevalece con mayor rigor en el Derecho general que en el disciplinario sobre todo tipo de consideraciones de oportunidad y ponderación.

cultades de juicio y sanción del actuar de sus funcionarios. Y en el otro extremo, el influjo creciente de opinión que reclama para los Tribunales de justicia la fiscalización a ultranza de todo el actuar administrativo.

Entre estos dos polos, el Derecho disciplinario transcurre su vida lánguida, pues o no se aplica o, si se hace, sufre la presión de un control judicial que valora las acciones mismas, sus circunstancias cualificantes, etc., y todo ello en base, además, a principios y criterios puramente penales que fuerzan en muchos casos el sentido de las normas disciplinarias (3).

Por supuesto, esta debilidad del poder sancionador de la Administración hay que circunscribirla a este ámbito de control sobre la actuación de sus funcionarios, porque, en cambio, es cierto, como ha demostrado recientemente Parada (4), que otro aspecto de la potestad sancionatoria de la Administración española (orden público, tráfico, comercio, industria, vivienda) ha crecido incluso desmesuradamente, reduciendo en consecuencia la competencia de los tribunales penales para conocer de infracciones a la legislación administrativa.

2. La exigencia de condiciones de rectitud y moralidad en el funcionario. Antecedentes de la falta de probidad en nuestra legislación histórica

2.1 Durante la época de López Ballesteros acuciaban a la burocracia española agudos problemas de todo tipo. Las cesantías y el desorden en las retribuciones eran dos de los aspectos más negativos del sistema. Por ello, las reformas de este ministro, dirigidas al ramo de la Real Hacienda, se centraron, sobre todo, aparte del trascendental cambio que significa la implantación del sistema de categorías subjetivas, en el «arreglo de los sueldos» a disfrutar por los empleados públicos.

Así, en el Real Decreto de 3 de abril de 1828, una de sus más importantes disposiciones, se establecen ciertas reglas uniformes

(3) En un próximo trabajo afrontaré el estudio de estos últimos aspectos: la vigencia de criterios penales en el orden disciplinario y el control judicial de la discrecionalidad administrativa en este ámbito.

(4) PARADA VÁZQUEZ, J. R.: «Poder sancionador de la Administración y crisis del sistema judicial penal», *RAP* núm. 87, enero-abril 1972.

para la percepción de remuneraciones y sólo incidentalmente se alude, bajo el epígrafe «empleados, suspensos y procesados», al tema de las faltas y sanciones. No se hace una descripción o enumeración de faltas y no se alude, por tanto, a una hipotética falta de probidad como tipo sancionable. El artículo 33 de este Real Decreto se refiere simplemente a los «Empleados en propiedad por Real nombramiento con sueldo de Erario que se hallen procesados judicialmente en los Tribunales, Juzgados o Comisiones Competentes por faltas en el cumplimiento de su obligación, por delitos de infidencia, o por otros comunes que no tienen relación con los deberes que les incumben como a empleados»; a ellos, según dicho artículo, se les abonará, mientras estén procesados, la parte de haber que les correspondería como cesantes.

No está todavía maduro en esta época el orden disciplinario como para que se articulen disposiciones reglamentarias que especifiquen y pongan en relación faltas y sanciones. Por otra parte, la tradicional estructura corporativa de nuestra función pública —en esta época, aunque la «explosión» corporativa sea posterior, habían surgido ya algunos Cuerpos especiales— determina que estas materias sean objeto de específico tratamiento por las reglamentaciones de los Cuerpos.

2.2 Con el Real Decreto de 18 de junio de 1852, de Bravo Murillo, se abre, como es sabido, una nueva etapa en la configuración histórica de nuestra función pública. Los empleados públicos se clasifican de una manera «terminante y clara», para su «buen orden y disciplina», en cinco categorías.

Contiene este Real Decreto algunas normas disciplinarias (5), pero no aparece, sin embargo, en esta disposición, una enumeración de faltas ni, en consecuencia, referencia alguna a la falta de probidad. Tan sólo, al tratar en el artículo 13 del acceso a la última categoría de empleados, la quinta («Aspirante a Oficial») se exige, aparte de otras cualidades de edad y académicas, acreditar buena conducta moral. Lógico es presumir —aunque nada se diga expresamente— que si esta circunstancia se exige para

(5) Así, correcciones que podrán imponer los Consejos o Juntas de Jefes que se crean en cada Ministerio; consecuencias de la sanción de «suspensión del ejercicio de sus funciones»; efectos de las sentencias de los Tribunales en causas criminales formadas a empleados, etc.

el acceso a la función, sea también condición sancionadora su no cumplimiento una vez que la relación funcionarial esté ya constituida.

No obstante, el Real Decreto no dice más. Habrían de ser los Departamentos ministeriales los que sucesivamente concretasen, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 45 de la citada disposición, estos y otros extremos a través de reglamentos especiales.

2.3 Mayor interés encierra el Real Decreto de 4 de marzo de 1866, de O'Donnell, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de las Carreras Civiles de la Administración Pública (6). Prácticamente se reconoce ya la inamovilidad a casi todos los funcionarios, por lo que resulta lógica una mayor atención a las faltas y sanciones, por cuyo juego puede producirse la separación del servicio.

El artículo 13 de este Real Decreto vuelve a repetir la exigencia, descrita anteriormente, de acreditar buena conducta moral para el ingreso en las diversas categorías funcionariales. Y el artículo 51, sin tipificar expresamente la falta de probidad moral, alude, sin embargo, a la posibilidad de separar a un funcionario en virtud de expediente en el que conste que no reúne las condiciones de moralidad... necesarias para el buen desempeño de su cargo.

Gran interés tiene, también, el juego de faltas y sanciones descrito en los artículos 77 y siguientes de este Estatuto. Dicho artículo 77 dispone que los empleados públicos incurrirán en las penas disciplinales que establece este capítulo: ... 4.º «Por comprometer el decoro del empleo». Se trata evidentemente de una amplia fórmula que, en nuestra terminología actual, diríamos que abarca tanto la falta de probidad moral como material, cuando el comportamiento—como veremos—produce graves consecuencias o perjuicios. Curiosamente se cataloga, de forma genérica, como falta leve (art. 79), sancionable, por tanto, según los casos, con «repreñión privada» o «repreñión pública» «ante el Consejo de Gobierno o de disciplina que establezcan los regla-

(6) Este Reglamento ha sido suficientemente comentado en otros aspectos por GARCÍA-TREVIZANO Fos, tanto en su Tratado (pp. 154 y ss., t. III, vol. I) como en la *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, en el trabajo «Un desconocido precedente de la función pública española: el Estatuto O'Donnell de 1866».

mentos particulares de las dependencias». Pero el artículo 80 matiza este carácter general de falta leve, pues determina que dicha falta se sancionará con suspensión de sueldo de diez a veinte días—es decir, una sanción más grave—cuando de la misma haya resultado perjuicio al servicio público. El artículo 81, por su parte, concreta en su número 2.º que dicha falta se corregirá con suspensión de empleo y sueldo de veinte a treinta días—un grado más en la gravedad de la sanción—cuando haya producido graves perjuicios, a no ser que tenga señalada mayor corrección en los reglamentos especiales de los ramos respectivos. Por último, los artículos 82 y 83 tratan de las dos sanciones máximas: declaración de cesantía y separación motivada. La primera se impondrá al reincidente en las faltas corregidas según lo dispuesto en el artículo 81; y la separación motivada, siempre que la falta que originase la cesantía hubiese producido perjuicio grave en los intereses públicos o en los de los particulares.

Se trata evidentemente de un sistema que carece por completo de automatismo en la relación falta-sanción. Si se sigue con atención el juego de estos artículos reseñados se verá que una falta catalogada como leve, como es la que nos ocupa, puede, por las sucesivas circunstancias cualificantes, llegar a ser sancionada incluso con la separación del servicio. Por supuesto, dado un buen funcionamiento del sistema, el esquema no es malo: reúne las necesarias condiciones de flexibilidad en la aplicación de la sanción por la Administración a sus funcionarios. Por otra parte, bajo ese «comprometer el decoro del empleo» puede muy bien ocultarse, como antes anticipamos, lo que hoy llamamos falta de probidad cuando aquélla afrenta al decoro va rodeada de circunstancias de graves perjuicios y de reincidencia del funcionario ya corregido. Y bien sabido es que la falta de probidad se sanciona en nuestro Ordenamiento actual con la separación del servicio.

Pero justo es reconocer que esta misma flexibilidad que alabamos pudo ser un arma arbitraria en manos de la Administración. El mismo proceso de agravación paulatina de una falta leve podría darse con respecto, por ejemplo, a la «falta de aplicación» en el servicio prevista en el número 2 del artículo 77. Y la separación parece en este caso una sanción hartamente dura. Todo

ello hace pensar que la inamovilidad, como paradigma de las ambiciones de los empleados públicos de la época, seguía estando entonces bastante comprometida.

2.4 El amplio período que va desde la Restauración hasta el Estatuto Maura de 1918 es especialmente azaroso en materia de funcionarios públicos. La efervescencia política de la época aborta la mayoría de los proyectos racionalizadores que los gobiernos pretenden. Derogado el Estatuto de O'Donnell, sigue vigente el Real Decreto de 18 de junio de 1852, aunque con grandes modificaciones. Bien puede decirse que la legislación general es fragmentaria e insuficiente. Los distintos Cuerpos de funcionarios, con sus específicos y particulares reglamentos, origen de desigualdades innegables, son la más importante fuente normativa para nuestra función pública durante este gran lapso de casi cincuenta años. Consiguientemente los reglamentos de los distintos Cuerpos de funcionarios ya existentes o que se crean en esta segunda mitad del siglo xix encierran también las normas más claras y precisas del derecho disciplinario de la época. La parquedad de los Estatutos —que bien podría decirse no son en este aspecto sino simples leyes de bases que han de articular los Cuerpos de funcionarios— hace que el conjunto de preceptos disciplinarios carezca de uniformidad y precisión. Ciertamente que muchos son, como veremos, los preceptos comunes, pero también es evidente que nada impedía a los Cuerpos el procurarse una regulación diferente si ello convenía a sus intereses. Y a nadie se le oculta la inconveniencia de esta desigualdad de los empleados públicos en materias en que, como la dedicación al empleo y la honestidad en el desempeño de la función, no deberían existir diferencias.

Al objeto de detectar la actitud de los Cuerpos de funcionarios en la exigencia de una conducta moral y, por consiguiente, rastrear los orígenes de la actualmente denominada falta de probidad, puede resultar interesante el examen de algunos de estos reglamentos.

2.4.1 Por Real Decreto de 17 de julio de 1858, de ampuloso preámbulo (7), se hacen depender las bibliotecas y archivos de la

(7) ... «Sin documentos que comprueben la historia; sin tesoros científicos y literario, no hay gloria para una nación.»

Dirección General de Instrucción Pública y se organiza su personal. El artículo 20 de este Real Decreto recoge las dos únicas causas —genéricamente expresadas— por las que pueden ser separados de sus empleos los individuos del Cuerpo de Archiveros-Bibliotecarios: no cumplir con los deberes de su destino o ser indignos por su conducta moral de pertenecer al mismo.

2.4.2 El Real Decreto de 28 de octubre de 1863, por el que se aprobó el Reglamento del Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, cobra una especial importancia a los efectos de este estudio, pues por primera vez aparece la expresión falta de probidad, que se va a repetir después en disposiciones semejantes de manera constante. Es el artículo 85 de este Real Decreto el que, al describir las distintas faltas y las sanciones aplicables, enumera entre ellas «la falta de probidad que comprometa el servicio, los fondos públicos o el honor del Cuerpo»; dicha falta «se castigará —sigue— desde luego con la suspensión de funciones y la expulsión del mismo».

El precepto anteriormente descrito se repite literalmente en el artículo 87 del Real Decreto de 23 de junio de 1865, que aprueba el Reglamento orgánico del Cuerpo de Ingenieros de Montes; en el artículo 85 del Real Decreto de 30 de abril de 1886, que aprobó el Reglamento del Cuerpo de Ingenieros de Minas, y, asimismo, en el artículo 78 del Real Decreto de 9 de diciembre de 1887 por el que se establece el Reglamento orgánico del Cuerpo de Ingenieros Agrónomos.

Se trata, evidentemente, de un precepto dotado ya de modernidad, en el que se perfilan los dos aspectos, económico y material, que matizan el concepto de la falta de probidad en el ordenamiento vigente.

2.4.3 Por Real Decreto de 10 de marzo de 1881 la Asesoría General del Ministerio de Hacienda se reorganiza y se denomina desde entonces Dirección General de lo Contencioso del Estado. Al mismo tiempo se crea el Cuerpo de Abogados del Estado, que se reglamenta por Real Orden de 5 de mayo de 1886. No es muy expresiva esta reglamentación en cuanto a la fijación de faltas y sanciones. Es, sin embargo, relevante para nuestro propósito el artículo 41 de esta Real Orden que establece la posibilidad de separación de los funcionarios de este Cuerpo «cuando en ex-

pediente gubernativo resulten probadas faltas de moralidad en el ejercicio de su cargo».

2.4.4 Es también interesante, no por la precisión de sus normas disciplinarias, sino por el sentido general de las disposiciones, la reglamentación del Cuerpo especial de empleados de establecimientos penales creado por Real Decreto de 23 de junio de 1881. El preámbulo de este Real Decreto constituye una apasionada defensa de las condiciones de rectitud y moralidad que deben reunir los miembros de este Cuerpo para evitar la por desgracia frecuente corrupción advertida en los establecimientos penitenciarios, «constituidos a las veces, más que en casas de corrección, en focos de mayor perversidad y en sentina de peores vicios, que aquellos que están llamados a extinguir en los confinados».

Las reglamentaciones posteriores de este Cuerpo (Real Decreto de 11 de noviembre de 1889, Real Decreto de 16 de marzo de 1891) hacen cada vez más rígido su régimen, pues, al parecer, los resultados obtenidos no fueron demasiado buenos (8). Así, en concreto, el último de los decretos citados hace posible la separación de estos funcionarios por la comisión de una sola falta grave, en tanto que el régimen anterior exigía la comisión, al menos, de tres faltas graves. No enumera, sin embargo, las faltas que deben ser consideradas como tales, pero sí contiene una interesante norma en su artículo 48, en el que se dispone que «la apreciación y calificación de las faltas será de la competencia de la Administración activa, teniendo en cuenta, al tomar su juicio, la naturaleza de la falta, su trascendencia en el orden moral y material y las circunstancias que hayan concurrido y los antecedentes del empleado».

2.5 El Estatuto de 1918, en concreto el Reglamento aprobado por Real Decreto de 7 de septiembre para la aplicación de la Ley de Bases, de 22 de julio, viene a significar la consolidación definitiva de esta falta de probidad objeto de nuestro estudio.

(8) «La oposición, dice, que sirvió de base a este nuevo organismo ha defraudado las halagüeñas esperanzas que sus mantenedores abrigaban, sin duda por no detenerse a meditar bastante, que, para ciertos cargos y determinadas funciones, son menester, más que el erudito conocimiento de las teorías, dotes de carácter, hábitos de mando, integridad intachable y un conjunto, en suma, de calidades y virtudes que no se acreditan ni demuestran en el palenque de públicos certámenes.»

Desarrollando las bases V y VI—en que se hacía referencia a faltas graves de moralidad y actos deshonorosos que hagan desmerecer a los funcionarios en el concepto público o les hagan indignos de seguir desempeñando sus funciones—el citado Real Decreto arbitra en los artículos 58 y siguientes una completa descripción de faltas y sanciones.

El artículo 58 cataloga como faltas graves las que afecten al decoro del funcionario y como muy grave la falta de probidad. Esta última se sancionaría—señalaba el artículo 59—, según los casos, con postergación perpetua, cesantía o separación definitiva del servicio.

2.6 El Estatuto Municipal, de 8 de marzo de 1924, contiene múltiples preceptos en que se hace referencia a aspectos disciplinarios (9).

Sin embargo, la enumeración de faltas que se efectúa en los preceptos citados no contiene referencia alguna a condiciones de moralidad ni recoge expresamente la falta de probidad. Hay que acudir, por ello, a los reglamentos que desarrollan aquella norma básica, en especial al Reglamento de Secretarios de Ayuntamiento, Interventores de Fondos y Empleados Municipales en general, aprobado por Real Decreto-ley de la Presidencia del Directorio Militar el 23 de agosto de 1924.

Establece este Reglamento, respecto de los secretarios de Ayuntamiento, en su artículo 49, que sólo podrán ser destituidos de sus destinos por las causas señaladas en el anteriormente citado artículo 237 del Estatuto (10) o también por *vicios o actos reiterados que les hicieran desmerecer en el concepto público* y por reincidencia por tercera vez disciplinariamente corregida. La falta de probidad ha de cobijarse, pues, necesariamente en esos vicios o actos que hagan desmerecer al funcionario en el concepto público. Es una consecuencia idéntica la que se extrae

(9) Así, los artículos 236 y 237 en que se trata de la destitución de los secretarios de Ayuntamiento; el artículo 242, referido a la destitución de los interventores municipales; el 248, acerca de la destitución de los empleados municipales en general.

(10) Abandono inmotivado del destino; insubordinación y desobediencia grave repetidas; condena firme por delito que lleve aparejada, cuando menos, prisión correccional por un año; ocultación maliciosa de cualquier causa de incapacidad o incompatibilidad.

al analizar los preceptos aplicables a los interventores de fondos de la Administración local.

Sin embargo, el título III de este Reglamento («De los empleados municipales en general») contiene precisiones más concretas sobre el tema que nos interesa. Su artículo 109 enumera las faltas que han de reputarse graves a los efectos del artículo 248 del Estatuto y, entre ellas, se incluye en el número 7.º la *manifiesta falta de probidad*.

2.7 El Estatuto provincial, aprobado por Real Decreto-ley de 20 de marzo de 1925, que lleva firma del presidente interino del Directorio Militar, Magaz y Pers, no es demasiado expresivo en cuanto a normas disciplinarias se refiere, y menos todavía por lo que hace a la falta que nos ocupa. Sigue la estructura del Estatuto Municipal del año anterior: dedica el capítulo IV a los funcionarios provinciales y, dentro de él, la sección primera, al secretario; la segunda, a los interventores de fondos provinciales, y la tercera, a los demás empleados de la Administración provincial. Al tratar del secretario y del interventor no hay referencia alguna a la falta de probidad, y con respecto a los demás empleados municipales es también notoria la ausencia de un precepto que especifique faltas y sanciones. La normativa hay que buscarla en reglamentos posteriores, concretamente el aprobado por Real Decreto de 16 de septiembre de 1925 y el de funcionarios y subalternos provinciales, aprobado por Real Decreto-ley de 2 de noviembre del mismo año. Estas disposiciones reconducen a lo establecido en la legislación de funcionarios municipales que, como vimos anteriormente, no es muy explícita en este aspecto. Sí encierra interés, sin embargo, el artículo 39 del citado Real Decreto-ley de 2 de noviembre de 1925, que, sin aludir expresamente a la falta de probidad, reconoce como causa posible de destitución del secretario de las Diputaciones provinciales «la existencia de vicios o actos reiterados que le hiciesen desmerecer del concepto público».

2.8 La legislación de la Segunda República introdujo muy pocas novedades en el aspecto disciplinario, afirmación que bien

(11) NIETO, A.: *La retribución de los funcionarios en España*, Madrid, 1967, páginas 253 y ss.

podrá generalizarse, como hace Nieto (11), a otros muchos aspectos de nuestra función pública. Se repiten preceptos de la legislación anterior y reaparece en algunas disposiciones (12) la consideración como falta grave—con posible sanción de destitución—de los «vicios o actos reiterados que hagan desmerecer en el concepto público». La falta de probidad moral y material, en su expresión literal, está ausente de esta legislación general.

3. El ordenamiento vigente

Tanto en la Administración local como en la central una serie de disposiciones básicas estructuran un sistema disciplinario mucho más completo y, tratando de lograr el mayor respeto posible para el principio de legalidad en este ámbito, enumeran faltas y sanciones, las ponen en relación y arbitran, además, criterios o principios para la valoración de dichas faltas.

De acuerdo con las prescripciones de la Ley de Régimen Local, el Reglamento de Funcionarios de esta Administración, de 30 de mayo de 1952, lleva a cabo en su artículo 101 una enumeración de faltas por las cuales se incurrirá en responsabilidad administrativa. Las faltas enumeradas no se clasifican *a priori* en leves, graves o muy graves, sino que a cada falta se atribuye una determinada gravedad a través del juego de diversas reglas que recogen las posibles circunstancias cualificadas (artículos 102-106).

En la enumeración del artículo 101, el número 5 recoge la falta de *conducta irregular*. Pues bien, según dispone el artículo 106, 3.º, esta falta de conducta irregular se reputará muy grave cuando implique falta de *probidad profesional* o se trate de actos u omisiones cometidos con malicia, constitutivos de delito. Aparece, por tanto, la falta de probidad en el Ordenamiento local perfectamente consagrada, aunque subsumida en esa otra falta más genérica que el Reglamento denomina *conducta irregular*; a ella dedicaremos alguna atención más adelante.

Por lo que respecta a la Administración central, la Ley de

(12) Vid., por ejemplo, artículo 194 de la Ley municipal de 31 de octubre de 1935.

Funcionarios, de 7 de febrero de 1964, ha sido muy precisa en la determinación de las faltas funcionariales. Al contrario que la Ley de Régimen Local (que simplemente repite la fórmula genérica «Serán faltas disciplinarias la violación por los funcionarios de cualquiera de las obligaciones inherentes al ejercicio de su cargo») la LFCE contiene una clara enumeración de las faltas muy graves en su artículo 88. Aquí aparece también, como la primera de las recogidas, *la falta de probidad moral o material*. No hay subsunción alguna en falta de más amplio alcance; la falta de probidad se considera, además, en todo caso, falta muy grave.

Con estos antecedentes el Reglamento de Régimen Disciplinario, de 30 de septiembre de 1969, encontró muy pocos problemas a la hora de la enumeración de las faltas muy graves. Su artículo 6.º repite el contenido del 88 de la LFCE e incluye como única novedad las faltas derivadas de la legislación de secretos oficiales, posterior al texto articulado de 1964.

Aparece así, pues, en nuestro actual Derecho disciplinario perfectamente consagrada la denominada falta de probidad.

El problema surge al intentar fijar con cierta exactitud qué se esconde detrás de esta denominación. Bien podrá decirse que es éste un concepto ciertamente claro para el sentido común, pero no tanto cuando ha de ser utilizado con la precisión de un concepto jurídico, de un concepto de cuya extensión e interpretación puede depender la separación de un funcionario del servicio.

La falta de probidad se encuentra, por otra parte, en ese difícil terreno de confluencia de la vida privada del funcionario y de su vida profesional, ligada a la función que desempeña. Y en este punto, aunque como partes de una misma unidad de comportamiento vital el deslinde entre ambas sea difícil (13), creo que debe intentarse. Y a mi modo de ver la tipificación de la falta de probidad no debe ser el camino para la inmisión de la Administración en la vida privada del funcionario. Esta inmisión

(13) Una amplia referencia a esta dificultad, en BIELSA, RAFAEL: *La función pública*, Buenos Aires, 1980, pp. 87 y ss. Vid. también DOUC RASY: *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit Administratif français*, Paris, 1963.

—necesaria, con las lógicas limitaciones, para la defensa de la dignidad de la Administración y de la misma función— podría instrumentarse en base a la obligación del funcionario de «observar en todo momento una conducta de máximo decoro», obligación que nuestra legislación ha impuesto repetidamente y que se reputa generalmente como falta grave (14). La falta de probidad quedaría de esta manera reservada para la corrección de infracciones estrictamente profesionales, es decir, que afecten directamente a los deberes y obligaciones del funcionario en su relación de servicio con la Administración. En este sentido parece más preciso que la LFCE el Reglamento de Funcionarios de Administración Local, que utiliza la terminología de falta de probidad profesional (15).

Creo, por tanto, que este concepto de falta de probidad está necesitado de una delimitación precisa. El Tribunal Supremo la ha realizado en gran parte, aunque no deja de ser paradójico que sean los Tribunales los que perfilen un concepto nacido para el buen orden y control de la actividad de los funcionarios públicos.

Este es, por lo demás, problema común en el Derecho disciplinario: conviene la flexibilidad en la determinación de las faltas que posibilite un ejercicio racional del poder correctivo de la Administración; pero en modo alguno crear conceptos vacíos que sólo el control judicial, a través de sus repetidos fallos, puede «rellenar», con el consiguiente desapoderamiento de una facultad de apreciación y valoración de los actos por la Administración, dentro de los límites permitidos por leyes y reglamentos más precisos y concretos.

No obstante, es revelador comprobar el criterio de delimitación de la falta objeto de nuestro estudio que han ido operando las sentencias del Tribunal Supremo. A ello dedicamos los siguientes epígrafes del trabajo.

(14) Vid. Base VIII, apartado f) de la Ley de Bases de 1963; artículo 80, LFCE; artículo 7.º, apartado h), del RRD de 1969; artículo 74, 6.º, del Reglamento de 30 de mayo de 1952.

(15) Esta parece ser también la tendencia de nuestro Tribunal Supremo, como más adelante veremos.

4. La falta de probidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

En efecto, como decía anteriormente, de las sentencias de nuestro Alto Tribunal pueden extraerse interesantes conclusiones que han de servir para perfilar un concepto necesariamente inconcreto por la generalidad de la formulación legal.

4.1 *El concepto*

Hay, en primer lugar, sentencias del Tribunal Supremo que aportan, con una cierta imprecisión terminológica que más adelante comentaremos, *conceptos genéricos* de lo que debe entenderse por probidad en el ámbito funcional:

«Moralidad en constante acción, integridad y honradez en el obrar, o hábito de rectitud y hombría de bien.» (S. 5-III-59. AZ. 3314.)

«El concepto de probidad profesional abarca toda acción lo suficientemente grave, por su trascendencia, en cuanto entrañe falta de la debida bondad, rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad, honradez en el obrar.» (S. 26-I-70; AZ. 241.)

Tales definiciones poco aportan a un concepto jurídico de la probidad, pues es bien claro que se mantienen en un plano puramente moral y repiten, casi literalmente, los términos de la definición de la Real Academia de la Lengua.

Otros fallos del Supremo proporcionan, sin embargo, algunas precisiones concretas que delimitan la probidad o, en sentido negativo, la falta de probidad, cuando del actuar del funcionario se trata:

Es falta de probidad moral el «olvido de las normas de decoro personal e infracción de las reglas éticas impuestas social y consuetudinariamente a una determinada profesión». (S. 21-X-66; AZ. 4477.)

Es falta de probidad «el malicioso quebranto de los

deberes del funcionario, que en su comportamiento no es íntegro ni recto en el obrar...». (S. 25-VI-62; AZ. 3030.)

Es falta de probidad profesional «actuar en sus funciones públicas con notorio quebranto de elementales principios de rectitud, integridad moral y honradez en el obrar». (S. 24-II-64; AZ. 776.)

«La falta de probidad afecta al recto proceder exigible reglamentariamente al funcionario»; es también falta de probidad la contravención de «los deberes específicos de moralidad, dignidad y honor que impone el desempeño de la función pública». (S. 26-IX-64; AZ. 5467.)

De estas sentencias se deriva ya una consecuencia importante: *la falta de probidad está íntimamente ligada a los deberes profesionales del funcionario.*

Si la conducta del funcionario no cumple con las mínimas reglas éticas a él exigibles, pero no afecta a la función—supuesto difícil, pero no imposible—, no se podrá hablar de falta de probidad; a lo sumo, de transgresión de la obligación impuesta al funcionario de que sus actos no atenten al decoro o dignidad debidos [art. 7.º, h), RRD de 1969].

Sin perjuicio de volver más adelante (con ocasión de la delimitación entre falta de probidad moral y material) sobre este punto, es conveniente anticipar este juego de un valor que aparece como trascendental para el Tribunal Supremo: el prestigio de la función; se trata de un valor que hay que defender a ultranza, lo que determina, como hemos visto, que se hable de falta de probidad, aunque no concurra dolo ni lucro del funcionario, e, incluso, cuando los actos cuestionados no produzcan daño o perjuicio económico para la Administración.

Otras sentencias del Tribunal Supremo delimitan negativamente la falta de probidad. No constituye tal infracción, dice,

«la falta de delicadeza administrativa exigible y del sentimiento de pulcritud ética deseable en la conducta de los funcionarios públicos frente a los particulares que tienen con ellos alguna vinculación relacionable con el desempeño del cometido oficial de aquéllos». (S. 9-III-59; AZ. 990.)

Se trata de un supuesto en que la conducta del funcionario afecta a los administrados y, por tanto, a la función, pero el Tribunal Supremo estima que la escasa entidad de los hechos reprobados no permite apreciar en ella la existencia de falta de probidad. Es evidente que, a través de la tipificación de la falta de probidad, la Administración penetra en la vida privada de sus funcionarios. Pero tal inmisión es ilimitada, de forma que aspectos tan concretos, derivados del carácter o circunstancias personales del funcionario, no encajan en una figura sancionable que el Ordenamiento califica de muy grave.

Parece, por último, importante hacer referencia a otra circunstancia que afecta al concepto de falta de probidad según lo ha delimitado la jurisprudencia. Se trata del hecho, comprobado en el examen de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, de que la falta de probidad parece exigir la comisión de una serie o conjunto de actos. No he encontrado en todas las sentencias examinadas ni un solo caso de comisión de un solo acto delictivo en que se haya dictaminado por el Tribunal Supremo falta de probidad. Por supuesto, que esta catalogación, en un plano puramente teórico, no parece imposible; pero lo que muestra la práctica es que el Tribunal Supremo reserva la calificación de falta muy grave de probidad (moral o material) para supuestos en los que se produce la comisión de un conjunto de actos que constituyen una conducta atentatoria a los valores que son protegidos con especial preferencia: el prestigio de la función y de la Administración misma en su conjunto.

CONCLUSIÓN

De toda esta delimitación positiva y negativa de la falta de probidad que hace nuestro Tribunal Supremo se deriva una gran imprecisión. Esto hace muy difícil acceder a un concepto de falta de probidad tal como está siendo entendido en la aplicación cotidiana de nuestros preceptos disciplinarios. Pero, tratando de hacer efectivo el empeño, podría llegarse a la siguiente formulación:

Comisión por un funcionario de una serie de actos que afectan a la integridad y honradez que debe obser-

vase en el desempeño de las funciones públicas, siempre que tal conducta, al producir con su notoriedad conocimiento o escándalo entre el público, implique menoscabo del prestigio de la Administración, del funcionario o de la función misma, aunque en dicha conducta no se aprecie mala fe o lucro del funcionario ni perjuicio económico para la Administración o los administrados.

4.2 *Diferenciación entre falta de probidad moral y falta de probidad material*

Como es sabido, el artículo 88, *a*), de la LFCE vigente considera como falta muy grave «la falta de probidad moral o material». Y el artículo 6.º del Reglamento de Régimen Disciplinario de 16 de agosto de 1969 mantiene—con la misma catalogación de falta muy grave—esa distinción entre falta de probidad moral y falta de probidad material.

En principio, parece que tal distinción alude a un criterio económico de diferenciación: si la falta de probidad incide en materias económicas, estaremos ante una falta de probidad *material*; en otro caso, se hablará de falta de probidad *moral*, que habrá que conectar con la genérica obligación del funcionario de «observar en todo momento una conducta de máximo decoro».

Este parece ser el sentido de la legislación vigente, confusa ciertamente en muchos aspectos, pues, verbigracia, si toda falta de probidad moral afecta, al menos, al «decoro o dignidad del funcionario», no es fácil de precisar por qué la falta de probidad se cataloga de «muy grave» [en los arts. 88 LFCE y 6.º, *a*), RRD] y tan sólo de falta «grave» los actos que atenten al decoro o dignidad [art. 7.º, *h*), RRD] (16).

Prescindiendo por ahora, no obstante, de este punto, y continuando nuestro intento de deslinde entre falta de probidad moral y material, extraña la afirmación de la doctrina de que la falta de probidad, *in genere*, «actúa siempre en materias eco-

(16) GARCÍA-TREVIJANO estima que se trata de una cuestión de grado, de forma que habrá que estudiar cada caso concreto para encuadrar la conducta, según su gravedad, en uno u otro tipo (*Tratado de Derecho administrativo*, t. III, vol. II, p. 990).

nómicas» (17). Como apoyo de esta afirmación se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1965 (A. 5225) de la que fue ponente el excelentísimo señor don Antonio Esteva Pérez. Tal sentencia contempla, en efecto, un supuesto de evidente contenido económico: la aplicación de fondos públicos a fines privados, aplicación que el Tribunal Supremo califica efectivamente de falta de probidad, confirmando totalmente la sentencia apelada (18).

Por supuesto, este contenido económico de la falta de probidad es lo más frecuente, y son muy numerosos los casos que el Tribunal Supremo ha calificado en este sentido (19).

No obstante, no cabe desconocer que, en su paulatina función de perfilar el concepto de falta de probidad, el Tribunal Supremo ha recogido supuestos en que ese «no comportarse con la moralidad, bondad e integridad necesarias» —lo que viene a constituir la síntesis conceptual de la falta de probidad según el criterio reiterado de nuestro más Alto Tribunal (20)— no tiene un trasfondo económico, sino más bien moral o de atentado a la conducta honorable que debe mantener el funcionario. Así, la sentencia de 3 de mayo de 1960 (A. 2125; ponente, excelentísimo señor don Juan de los Ríos Hernández) establece un criterio bien claro en este orden: «... no falta a la probidad solamente el funcionario que es infiel en el manejo de fondos, sino también, y por modo evidente, el que con igual infidelidad quebrante con malicia los deberes de su cargo con grave daño para el servicio o el prestigio de la función, aunque ello no tenga

(17) GARCÍA-TREVIANO FOS, J. A.: *Tratado de Derecho administrativo*, t. III, vol. II, página 989.

(18) Lo curioso es que en los Considerandos de esta sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla—sentencia de 15 de diciembre de 1964—se reproducen argumentos que revelan la existencia de falta de probidad en supuestos en los que puede no darse contenido económico. Se da por descartado—dice el Tribunal de Sevilla—como concurrente la falta de probidad «en las irregularidades de carácter económico», pero también en «aquellas que afectan a la rectitud, integridad y cumplimiento del deber del funcionario».

(19) Pueden verse las sentencias de 11 de febrero de 1957 (A. 461), 13 de diciembre de 1957 (A. 3557), 25 de abril de 1958 (A. 1820), 13 de mayo de 1958 (A. 1867), 19 de mayo de 1958 (A. 2259), 9 de junio de 1958 (A. 2344), 31 de octubre de 1958 (A. 3844), 14 de febrero de 1959 (A. 909), 5 de marzo de 1959 (A. 3314), 16 de septiembre de 1959 (A. 3994), 16 de febrero de 1960 (A. 778), 13 de diciembre de 1960 (A. 4208), 25 de junio de 1962 (A. 3030), 20 de febrero de 1963 (A. 1666), 24 de febrero de 1964 (A. 776), 28 de febrero de 1964 (A. 1267), 2 de marzo de 1964 (A. 1272), 29 de noviembre de 1965 (A. 6028), 26 de noviembre de 1964 (A. 5467), 20 de mayo de 1970 (A. 2431), 20 de mayo de 1970 (A. 2432).

(20) Véase, por ejemplo, sentencia de 29 de noviembre de 1985 (A. 6028).

valoración económica, porque lo indudable es que el calificativo de probo no corresponde al funcionario que así procede en cuanto deja de comportarse con la bondad, moralidad e integridad en el obrar que conviene a lo que la probidad significa en su acepción gramatical y jurídica» (21).

También la sentencia de 10 de junio de 1961 (A. 2604; ponente, excelentísimo señor don Francisco Camprubí Pader) es significativa a este respecto. El Tribunal Supremo califica de falta de probidad profesional la comisión de actos de aberración sexual por un funcionario de la Administración local, confirmando las resoluciones que habían impuesto a dicho funcionario la sanción de separación definitiva del servicio (22).

Otra sentencia en la que el Tribunal Supremo catalogó los hechos como falta de probidad sin que se aprecie en ellos contenido o trascendencia en materias económicas es la de 21 de octubre de 1966 (A. 4477), de la que fue ponente el excelentísimo señor don Antonio Esteva Pérez (23).

La sentencia de 26 de enero de 1970 (A. 241; ponente, excelentísimo señor don Miguel Cruz Cuenca) reitera el criterio de la de 3 de mayo de 1960 (A. 2125) ya citada, en el sentido de que el concepto de falta de probidad no queda constreñido a los actos de naturaleza económica, sino que abarca también «cualquier acción u omisión que signifique carencia de la debida bondad, rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad u honradez

(21) Se trataba de un caso de comisión por parte del jefe de la Guardia Municipal de B. «de actos gravemente inmorales, realizados en personas que concurrían al teatro C. de la localidad, al amparo de la oscuridad que ofrecía la proyección de películas cinematográficas». Otros informes demuestran también—continúa la sentencia—que dicho funcionario era persona «tarada de varias lacras, bajo el punto de vista moral y profesional» y que «en el concepto general se considera que su permanencia en el cargo envuelve un evidente desprestigio de la autoridad, e incluso peligro de alteración del orden e indisciplina entre sus subordinados, al sentirse mandados por persona de tales antecedentes». Este criterio se repite en sentencia de 29 de noviembre de 1965 (A. 6026).

(22) A efectos de descripción de la falta, dice el Considerando más relevante de la sentencia: «... cometió repetidamente y a veces en la propia oficina de Secretaría, aunque las más fuera de ella, actos de aberración sexual en sus más graves manifestaciones prevaleciendo de su ascendiente como secretario del Ayuntamiento», utilizando para ello el señuelo de promesas de impunidad en faltas de pastoreo u otras análogas y otros engaños o seducciones, llegando a trascender y produciendo la indignación popular.

(23) Los actos en cuestión, realizados por un inspector de Policía y calificados por el Tribunal Supremo como «falta muy grave de probidad moral», consistían, en esencia, en la utilización asidua de la coacción, basada en su ascendiente profesional, para obtener ventajas inmorales, mayormente reprobables dada su condición de profesional y actuar, generalmente, dentro de la demarcación de su Comisaría.

en el obrar, rigurosamente exigibles en el desempeño de funciones públicas».

Es también representativa la sentencia del Tribunal Supremo que lleva fecha de 18 de marzo de 1970 (A. 1277; ponente, excelentísimo señor don Miguel Cruz Cuenca). Se trata de un difícil fallo de nuestro Tribunal Supremo que hace referencia a un supuesto de exceso en el cumplimiento de sus obligaciones por un guardia municipal (utilizando medios desproporcionados para repeler un intento de agresión, con consecuencia de muerte del agresor). La conducta habitual del inculpado fue calificada por el alcalde del municipio de «extraordinaria», en cuanto guardia municipal, «celosísimo en el cumplimiento de su deber y destacado del resto de la plantilla en el cumplimiento recto de sus deberes y obligaciones». El Tribunal Supremo no estima la existencia de falta de probidad en ese «exceso en el cumplimiento de sus deberes» —confirmando los términos de la sentencia de la Audiencia Territorial apelada por el abogado del Estado—, pero es significativo, a nuestro propósito, que se discuta esta calificación en un supuesto en el que resulta evidente la ausencia de motivación económica en los actos cuestionados.

También las sentencias de 9 de marzo de 1959 (A. 990; ponente, excelentísimo señor don José María Cordero de Torres) y 5 de diciembre de 1958 (A. 4072; ponente, excelentísimo señor don José María Suárez Vence) contemplan supuestos en los que la trascendencia de los actos objeto de cuestión no es preponderantemente económica (24).

La consecuencia que se extrae del análisis de estos fallos jurisprudenciales es, por una parte, la distinción, clara para el Tribunal Supremo, de faltas de probidad constituidas por actos que tienen trascendencia económica, y faltas de probidad por actos que, sin una relevancia en materias económicas, afectan a la honorabilidad y dignidad a que está obligado el funcionario.

(24) En el primer supuesto, se inculpa a un subinspector de Policía Municipal de «hacer objeto de trato desconsiderado al público en general y a sus subordinados, aceptar obsequios, anular denuncias, inclinación a la bebida, utilizar para su uso particular coches de un industrial y permanecer impasible, sin adoptar medida alguna, ante el estado de corrupción e indisciplina del Cuerpo de Policía Urbana».

La segunda sentencia citada contempla un supuesto más complejo, en el que se mezclan motivaciones económicas con actos de otro carácter (llevar vida marital con quien no era su esposa), que el Tribunal Supremo utiliza para calificar, a mayor abundamiento, la conducta del inculpado como «falta de probidad profesional».

Lo que ya no parece elogiabile es la utilización confusa de la terminología en las sentencias de nuestro Tribunal Supremo.

Un esquema lógico, ajustado al texto de los preceptos disciplinarios vigentes, podría ser éste:

a) Falta de probidad: abarcaría actos objeto de infracción disciplinaria tanto por motivos «económicos» como por motivos «morales».

b) Falta de probidad material: actos de trascendencia económica.

c) Falta de probidad moral: actos sin trascendencia económica, pero sí con relevancia en el orden moral o de dignidad profesional.

d) Falta de probidad profesional: Cabría estimar esta expresión como sinónima de «falta de probidad», porque tanto afecta al orden profesional la comisión de acciones, punibles disciplinariamente, con contenido o trascendencia económica como sin ella.

En la jurisprudencia examinada, sin embargo, el Tribunal Supremo cataloga los actos cuestionados sin cuidar terminológicamente sus expresiones. En muchas ocasiones, cuando se trata de supuestos de contenido económico, utiliza la expresión «falta de probidad profesional», con lo que parece identificarla con la «falta de probidad material» de la ley (25).

En cambio, cuando tal contenido económico no existe, utiliza preferentemente —aunque sin mucha precisión— la terminología de «falta de probidad moral» (26).

Por supuesto que la trascendencia de esta imprecisión terminológica no es grande, ya que tanto la falta de probidad material como la moral están sancionadas con la misma «pena» discipli-

(25) Así se hace en las sentencias de 13 de diciembre de 1957 (A. 3557), 19 de mayo de 1958 (A. 2259), 9 de junio de 1958 (A. 2344), 14 de febrero de 1959 (A. 909), 16 de febrero de 1960 (A. 778), 25 de junio de 1962 (A. 3030), 2 de marzo de 1964 (A. 1272), 24 de febrero de 1964 (A. 776), 31 de marzo de 1966 (A. 1926), 29 de noviembre de 1965 (A. 8026), 13 de diciembre de 1960 (A. 4208), 20 de mayo de 1970 (A. 2431).

(26) Así ocurre en la sentencia ya citada de 21 de octubre de 1966 (A. 4477). El criterio quiebra, sin embargo, en otros fallos del Supremo: sentencia, también citada, de 10 de junio de 1961 (A. 2604), en donde se califican los hechos—sin contenido económico—de «falta de probidad profesional», y, asimismo, sentencia de 28 de enero de 1970 (A. 241), en la que se utiliza idéntica terminología.

naría (27). Si es trascendente, sin embargo, el perfeccionar en lo posible la terminología y las instituciones todas de un Derecho, que, como el disciplinario, no ha sabido todavía superar su complejo frente al Derecho penal y adolece de una innegable imperfección a pesar de la numerosa bibliografía a él dedicada (28).

5. El juego de los conceptos de «reiteración», «falta de probidad» y «conducta irregular» a efectos de la sanción disciplinaria

En el ámbito de la Administración local, el Reglamento de 30 de mayo de 1952 recoge cinco tipos de faltas en su artículo 101,1): ausencia injustificada del servicio; irrespetuosidad en acto de servicio; revelación indebida de datos que se conozcan por razón del cargo; defectuoso cumplimiento de las funciones, y conducta irregular.

Este texto no dice, sin embargo, qué se entiende por conducta irregular. En opinión de González Nieto (29), tal calificación deberá reservarse para aquellas anomalías que, susceptibles de sanción disciplinaria, no encajen en los otros tipos de faltas que el Reglamento describe. No obstante, el Reglamento, en su artículo 106, intenta una cierta delimitación de la llamada conducta irregular (30), estableciendo unos grupos sancionables dentro de la misma; la conducta irregular se estimará muy grave cuando implique «falta de probidad profesional» o bien «actos u omisiones cometidos con malicia, constitutivos de delito».

El intento de delimitación pierde, sin embargo, a mi parecer, su efectividad desde el momento en que los criterios para la catalogación, según los casos, de la conducta irregular como leve, grave o muy grave, son meramente orientativos y susceptibles de

(27) Sirva esta terminología, aun sin desconocer que resulta difícil catalogar la sanción administrativa como pena en sentido técnico. *Vid.*, en este sentido, los concluyentes argumentos de MONTORO PUERTO en su obra *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*, Barcelona, 1965, pp. 336 y ss.

(28) *Vid.* NIETO GARCÍA, A.: «Problemas capitales del Derecho disciplinario», *RAP*, número 63. 1970.

(29) «La falta administrativa muy grave de conducta irregular del artículo 106-3.º, b), del Reglamento de Funcionarios de Administración Local», *REVL* núm. 116, página 224.

(30) La enumeración que realiza, estima MONTORO PUERTO, *op. cit.*, «Régimen...», páginas 88 y ss., no es tampoco exhaustiva, es decir, no agota todas las formas de realización de la conducta irregular.

interpretación (31), y también porque la referencia a la falta de probidad para catalogar de muy grave la conducta irregular no resulta ilustrativa al no ser éste un concepto claramente determinado, como hemos visto en apartados anteriores.

Resulta, además, importante clarificar algunos términos legales. El Reglamento utiliza, como decimos, la expresión conducta irregular. En principio, el término «conducta» parece aludir a una serie repetida de actos; en otro caso—así se hace normalmente—se hablaría de actos o hechos delictivos. Sin embargo, el mismo artículo 106 del Reglamento utiliza la presencia de la reiteración como elemento que va a cualificar de grave la conducta irregular. Nos parece que el término conducta subsume una reiteración de actos—o la comisión repetida de actos distintos, pero que suponen habitualidad en una directriz general de comportamiento—; esto sería un primer problema a tratar.

Por otra parte, el acudir a la falta de probidad como cualificante de una conducta irregular muy grave tampoco parece correcto; abordaremos el análisis de ambos puntos.

5.1 *La «conducta irregular» y la reiteración*

El primer tema que se plantea es el de si es posible la existencia de conducta irregular en la actuación del funcionario cuando sólo se ha producido la comisión de un hecho sancionable.

La conclusión que se extrae de las numerosas sentencias del Tribunal Supremo examinadas sobre este tema de la aplicación del artículo 106 del Reglamento de 1952 es la de que no es posible la conducta irregular por la comisión de un acto delictivo único. Esta doctrina es sentada claramente por nuestro más Alto Tribunal en una sentencia de 13 de mayo de 1958 (32). Dice el Tribunal Supremo que los actos concretos que se estimen constitutivos de conducta irregular «apreciados en conjunto han de venir a constituir una *conducta*, es decir, una forma de producirse o de actuar, constante o continuada, que si no es permanente, por lo menos *implique un hábito o reiteración, sin que*

(31) Juegan en ellos conceptos como «escasa entidad», «importancia», «riesgo para el prestigio de la función», etc., en los que caben todo tipo de valoraciones y matizaciones.

(32) AZ. 1867; ponente excelentísimo señor don Manuel Cerviá Cabrera.

pueda comprenderse en este concepto un hecho aislado o la actuación del funcionario de que se trata en un solo asunto, pues aunque éste revista una multiplicidad de actos, no se produce la repetición de aquellos que... viene a constituir un modo de actuar que, por no ajustarse a las normas de ética administrativa o particular, venga a constituir una conducta irregular» (33).

En otra sentencia que lleva fecha de 9 de marzo de 1959 (AZ. 990; ponente, excelentísimo señor don José María Cordero de Torres), el Tribunal Supremo insiste en un aspecto ya apuntado en la anteriormente citada. Se trata del exquisito cuidado que debe observarse para no estimar como conducta irregular «hechos heterogéneos y dispares por naturaleza, discontinuos en su acaecimiento y ligados sólo por su origen procesal». Evidentemente, de aceptar tal criterio se daría una desmesurada extensión del concepto cuestionado, de manera que «todas las faltas tipificadas por una pluralidad de actos se reducirían a una sola, la enumerada en quinto lugar por el artículo 101 del Reglamento de 1952».

Lo que sí parece evidente es la exigencia de una serie de actos que puedan estimarse como «conducta», de tal manera que un acto aislado nunca podrá dar lugar a la estimación de «conducta irregular» del funcionario.

Y siendo esto así, parece difícil articular la concurrencia de la reiteración como cualificante de gravedad para la «conducta irregular». Esta falta subsume en sí la reiteración y hace inviable su papel de circunstancia agravante.

En la sentencia de 20 de mayo de 1970 (A. 2432; ponente, excelentísimo señor don Antonio Esteva Pérez) se expone un criterio que puede ser orientativo respecto de la interpretación que debe darse al término «reiteración» utilizado en el Reglamento de 1952. La reiteración aludida, según este fallo del Supremo, no debe interpretarse en el sentido que es clásico en el Derecho penal (como circunstancia agravante), sino exactamente como circunstancia que hace posible la existencia de la conducta irregular (34).

(33) Subrayado mío.

(34) Dice literalmente uno de los Considerandos de esta sentencia que esta reiteración, si es ciertamente concurrente, «no puede ser enjuiciada para considerar gra-

La alusión, por tanto, al término reiteración es confusa y plantea un tema de difícil solución: ¿cuántos actos «reiterados» son necesarios para que se estimen «conducta»? No he encontrado, y parece lógico, en las sentencias del Tribunal Supremo un criterio cuantitativo. Sí, no obstante, se ha hecho valer un criterio cualitativo o de ponderación de los actos. Concretamente la sentencia de 3 de mayo de 1960 (AZ. 425), ya citada, manifiesta el parecer de que la reiteración de actos será constitutiva de «conducta irregular» grave [art. 106, 3.º, a)] cuando no obstante el riesgo que tales actos representen, queda, sin embargo, a salvo en todo «el prestigio de la función y el cabal cumplimiento del servicio». Cuando esto no suceda, es decir, cuando se quebranten ambas, convirtiéndose en realidad el desprestigio y quebranto para la función y el servicio «por actos deliberados y queridos» del funcionario, estaremos en presencia de una conducta irregular muy grave por «falta de probidad».

Se observa, por tanto, un juego valorativo del Tribunal, que es quien, en todo caso, va a ponderar estas circunstancias y variar, si lo estima procedente, la previa catalogación de los hechos que haya efectuado la Administración.

5.2 La «conducta irregular» y la «falta de probidad»

También aquí se plantean difíciles problemas en orden a la aplicación del artículo 106 del Reglamento de 1952.

Ante todo, la primera cuestión es la desmesurada facultad que se concede a los Tribunales para matizar de muy grave o simplemente grave una conducta perseguible disciplinariamente. Es decir, la imprecisión de lo que debe entenderse por *falta de probidad* desapodera a la Administración de una facultad que, creo, debe ser indiscutible de matizar y valorar las faltas cometidas por sus funcionarios. No debe olvidarse que en el De-

ves cada uno de los actos reiterados, y sí para tipificar el supuesto comprendido en aquel apartado a) del número 2.º. Esto parece consecuente, sobre todo porque es tradicional que la reiteración, en su sentido clásico, no «convierta» las faltas graves en muy graves, sino sólo las leves en graves, como pone de relieve GARCÍA-TREVILJANO (para los funcionarios de la Administración central, pues no examina el Reglamento de 1952), p. 990 del Tratado.

Sobre la analogía con la figura penal del «delito continuado», puede verse GONZÁLEZ NIETO, E.: «Las sanciones disciplinarias a los funcionarios de la Administración local», *REVL* núm. 119, septiembre-octubre 1961.

recho disciplinario juegan muy importantes factores de oportunidad (35). Nieto ha escrito excelentes páginas (36) que fundamentan la conveniencia de una mayor elasticidad en las facultades de la Administración a la hora de determinar el régimen de sus funcionarios, sin que por ello deba entenderse su postura como alabanza de la arbitrariedad administrativa (37).

En segundo lugar, se ha dicho (38) que en Reglamento de 1952 hay una zona carente de regulación en la que, sin embargo, pueden producirse faltas muy graves de conducta irregular. Se hace referencia, en concreto, a posibles actos del funcionario que no integren falta de probidad profesional ni tampoco delito, por ejemplo, la embriaguez habitual fuera de las horas de servicio. Y se propone la creación, para llenar el vacío apuntado, de un nuevo tipo de falta muy grave de conducta irregular, en cuya definición se recojan los hechos censurables ajenos al servicio que desprestigien notoriamente al funcionario.

Tal creación, me apresuro a señalar, me parece por completo innecesaria. El Tribunal Supremo ha matizado suficientemente en los últimos años el contenido de la falta de probidad, de tal manera que también estas acciones ilegales «ajenas» al servicio entran en la consideración de falta de probidad si producen desprestigio de la Administración, de la función o del funcionario (39). Y esto, porque existe una conexión clara entre tal tipo delictivo y el deber genérico del funcionario de mantener en todo momento una conducta de máximo decoro. Tal deber, que

(35) Pueden verse las páginas de GARCÍA-TREVILJANO FOS, *Tratado...*, cit., pp. 870 y ss.

(36) NIETO, A.: «Reducción...», cit. *supra*.

(37) Los ejemplos de NIETO en este trabajo son bien ilustrativos: En ocasiones sucede que un funcionario se encuentra en una situación que bordea de modo permanente la ilegalidad o que, incluso, es francamente ilegal—apreciada en conciencia—, pero lo bastante hábil como para escapar a la constatación suficiente de tal ilegalidad. En estos supuestos, el jefe o inspector se encuentra psicológicamente predispuesto en contra del funcionario, aunque no pueda abrirle un expediente formal. Naturalmente, cuando, al fin, tiene lugar el hecho habilitador del expediente, la Administración actúa con un rigor aparentemente excesivo. La Administración, entonces, «sanciona forzando la letra de la ley, pero con la convicción moral de que actúa en justicia y en defensa del interés común. Ahora bien, como el Tribunal no tiene acceso a otras conexiones psicológicas y morales, puesto que se limita a resolver el caso concreto, no hay medio de encauzarlos en una fórmula jurídica». El Tribunal, entonces, «fuerza la letra de la Ley en apoyo de una convicción moral para corregir una acción administrativa que, en definitiva, puede haberse basado en el mismo proceso psicológico-moral».

(38) GONZÁLEZ NIETO: «La falta administrativa...», cit. *supra*.

(39) Quizá la sentencia del Tribunal Supremo más reveladora en este sentido sea la de 3 de mayo de 1960 (A.Z. 2125).

ya hemos analizado en el ámbito de la Administración central, rige también en la local, como prescribe el artículo 74, 6.º, del Reglamento de 1952.

Por supuesto, la existencia de un vicio arraigado en un funcionario resulta difícil que no afecte al desempeño del servicio mismo; es muy poco probable, por seguir con el ejemplo de González Nieto, que quien adolezca del vicio de embriaguez habitual no concurra alguna vez en ese estado a su oficina. Por ello, las sentencias del Supremo se refieren en la mayoría de los casos a supuestos complejos (40), en los que no aparece con pureza la comisión de actos sancionables exclusivamente fuera del servicio.

Pero ello no debe nublar la intención, que me parece clara, del Tribunal Supremo de sancionar como faltas de probidad los actos que afecten con gravedad y notoriedad, al ser suficientemente conocidos por el público, al prestigio de la Administración.

(40) Vid., por ejemplo, sentencia de 31 de octubre de 1958 (AZ. 3844) o también la de 10 de junio de 1961 (AZ. 2604).