

**JURISPRUDENCIA
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
DEL TRIBUNAL SUPREMO**

Por JAVIER MONTERO

Sumario: RÉGIMEN JURÍDICO: 1. Convenios colectivos en el campo de la Administración Pública.- SELECCIÓN: La preterición de los veterinarios en la convocatoria quebranta el principio de igualdad al no dar igual trato con idénticas atribuciones profesionales.-DERECHOS: 1. Los derechos adquiridos se consideran desde el punto de vista de su aspecto patrimonial. 2. La normativa refundidora de Cuerpos no vulnera derechos adquiridos por otros Cuerpos. 3. No es válida la modificación de las retribuciones en perjuicio de los contratados, vigente el contrato.-DEBERES: 1. Incompatibilidades entre el cargo de concejal y el ejercicio libre de la profesión. 2. No puede aceptarse la existencia de un derecho adquirido al simultáneo desempeño de dos cargos y percepción de dos retribuciones. 3. La función pública será compatible con lo que no produzca las perjudiciales consecuencias que se enumeran en el 103 de la Constitución. 4. La obligación de residencia es una limitación legal legítima impuesta como regulación autorizada por el 53 de la Constitución.-DERECHO SANCIONADOR: 1. El grado de imputabilidad del sancionado fue disminuido en función de la depresión psíquica determinante de la inasistencia.

REGIMEN JURIDICO

1. Sala 4.^a Sentencia de 7 de febrero de 1984

La filosofía a que responden los convenios colectivos en el mundo laboral no encuentra justificación en el campo de la Administración que ha de ordenar los servicios con miras preferentes en el interés público que en muchos puntos puede estar en contradicción con el de los funcionarios.

DOCTRINA:

Considerando: Que bastaría para la estimación del presente recurso de apelación, promovido por el recu-

rrente procesal de la Administración General del Estado, frente a la sentencia de la Sala de la Jurisdicción, de la Territorial de Valencia, con referirnos a las sentencias dictadas con anterioridad por nosotros, con fechas 18 de mayo y 16 de julio de 1982, 1 de marzo, 20 y 23 de abril, 22 de julio y 20 de octubre de 1983; así como las dictadas por el Tribunal Constitucional en 2 de febrero y 29 de abril de 1981, 27 de julio de 1982; en las que se sienta la doctrina, perfectamente aplicable al supuesto de autos, de que la autonomía reconocida en la Constitu-

ción a los Municipios en su artículo 140 hay que compaginarla, en materia de la función pública de los mismos, con la reserva formulada a favor del Estado, en el propio texto Constitucional, en su artículo 149.1.18, lo que permite, ante determinadas actuaciones de estas Corporaciones Locales, el poder seguir utilizando la Administración estatal los resortes anteriormente previstos en el artículo 362.4.º de la Ley de Régimen Local y ahora en el artículo 8 de la Ley 40/1981, de 28 de octubre, cuando tales actuaciones impliquen una infracción de las leyes y afecten directamente a materias de la competencia del Estado, que es lo que en esos casos y en éste ha ocurrido.

Considerando: Que, además, en este caso, como en algún que otro de los resueltos en las sentencias citadas anteriormente, concurre un motivo específico invalidatorio del acuerdo del Ayuntamiento de Valencia, y justificativo de la impugnación del mismo por parte del gobernador civil de dicha provincia, en cuanto tal acuerdo se limita a prestar aprobación al «convenio colectivo que ha de regir las relaciones de trabajo entre los funcionarios y la Corporación», y, por lo tanto, el contenido de dicho acuerdo no viene formado por la voluntad unilateral de esta Entidad Local, sino de forma negocial, con sus funcionarios, degradando y adulterando la forma de producirse los verdaderos actos administrativos, y dando entrada al funcionario en la ordenación de su estatuto jurídico, con reformas e innovaciones que alteran el vigente y legalmente establecido.

Considerando: Que al acceder el Ayuntamiento valenciano a este procedimiento, ha introducido un sistema que sí encuentra vigencia, y hasta buenos resultados, en el ámbito laboral, tras ser ideado por conocidos

sociológicos, pensando en la conveniencia de no yugular los conflictos sociales, sino canalizarlos y resolverlos por vía de consenso, puede provocar en la Administración, y más en la Administración Local, graves distorsiones, potenciando y desorbitando el poder de la burocracia, concediéndole un protagonismo que, hasta ahora, no viene reconocido en nuestro ordenamiento, sin duda porque la filosofía a que responden los convenios colectivos en el mundo laboral, en el que se ventilan intereses concretos de las partes comprometidas en una misma empresa o sector de trabajo (e incluso en este ámbito pueden surgir motivos de orden público determinantes del intervencionismo de los Poderes públicos, para poner toques al poder dispositivo de las partes), no encuentra justificación en el campo de la Administración, que ha de ordenar los servicios con miras preferentes en el interés del público —de los usuarios— que en muchos puntos pueden estar en contradicción con el de los funcionarios, como puede ser, por ejemplo, en los horarios o jornada de trabajo y en otros extremos, por no hablar de las remuneraciones, de tanta trascendencia para el erario de estas Corporaciones.

Considerando: Que prueba lo fundado de nuestro razonamiento el que la Corporación valenciana, en su escrito de alegaciones en esta alzada, no se haya atrevido a defender frontalmente la técnica por ella utilizada —la del convenio—, tratando de enmascararla, al argumentar que, más que un convenio, lo que ha existido ha sido un contacto y unas conversaciones con representantes de los funcionarios, tesis desmentida por los propios términos empleados en el acuerdo impugnado por el gobernador civil y por las actuaciones que le precedieron.

SELECCION

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

La preterición de los veterinarios en la convocatoria para las concretas plazas referidas quebranta el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución al no dar igual trato a quienes tienen en esta materia las mismas atribuciones profesionales.

DOCTRINA:

Considerando: Que la pretensión ejercitada, en los términos en que se formuló en el escrito de alegaciones presentado ante esta Sala, se contrae a la anulación de la convocatoria de la oposición para cubrir 17 plazas de Ingenieros Superiores en el Instituto Nacional de Investigaciones Agrarias, porque con ella se infringe el Decreto de 10 de octubre de 1945 y la vigente Constitución y, subsidiariamente, por incidir en desviación de poder los actos impugnados.

Considerando: Que en aquella disposición, para evitar el confusionismo existente y con el fin de aprovechar íntegramente las actividades de quienes, por sus títulos profesionales, están debidamente capacitados para intervenir en los problemas zootécnicos, se reconoció la competencia común de los Ingenieros Agrónomos y de los Veterinarios en cuanto se relacione con la investigación y experimentación en animales vivos y sanos, con vistas a su mejora zootécnica, así como respecto al fomento de la ganadería nacional; autorizando al Ministerio de Agricultura para organizar y delimitar sus funciones, en el área de

las actividades oficiales, de acuerdo con el criterio expuesto.

Considerando: Que, la mera denominación de las tres plazas de especialistas en producción animal y el examen del programa según el cual han de seleccionarse los aspirantes, ponen de manifiesto el carácter zootécnico de la actividad de que dichas plazas han de ejercerse y, por consiguiente, que con arreglo al Decreto transcrito correspondía indiscriminadamente a ambas clases profesionales; por lo que la preterición de los veterinarios en la convocatoria para las concretas plazas referidas, ya que las otras tienen un contenido evidentemente agrícola, quebranta el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución al no darles igual trato a quienes, según dicho Decreto, tienen en esta materia las mismas atribuciones profesionales, sin que a esta conclusión quepa objetar que el Ministerio mencionado no realizó las previstas organización y delimitación en el área de las actividades oficiales, en las que se encuentran comprendidas las plazas debatidas, porque esta omisión no puede impedir que, en tanto que aquella regulación no se efectúe, haya de seguirse «el criterio establecido» en la repetida disposición, al que había de sujetarse el Ministerio al dictar las normas consiguientes a tal autorización, como tampoco puede oponerse la existencia de una plantilla aprobada por Decretos que no fueron publicados.

DERECHOS

1. Sala 5.^a Sentencia de 10 de febrero de 1984

Los derechos adquiridos se consideran desde el punto de vista de su aspecto patrimonial y de la totalidad de las remuneraciones de los funcionarios afectados, nivel retributivo global que se ha mantenido mediante el complemento compensador.

DOCTRINA:

Considerando: Que en el presente recurso la Asociación de Funcionarios del Cuerpo Administrativo de la Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales (Administración denominada en adelante por sus siglas AISS), único de los recurrentes que iniciaron el proceso que lo ha continuado, al haberse declarado decaídos los demás en su derecho, impugna la disposición transitoria del Real Decreto 2146/1978, de 7 de agosto, en la que se establecen los coeficientes multiplicadores para los Cuerpos o Escalas de Funcionarios de la AISS, concretamente en cuanto que a la Escala a extinguir de funcionarios administrativos se le asigna el coeficiente 2,3, en vez del 3,6, que, según la demandante, es el que procede, debiendo reiterarse a este respecto la doctrina de este Tribunal establecida como consecuencia de anteriores impugnaciones formuladas contra la disposición transitoria expresada por funcionarios de los distintos Cuerpos o Escalas de la AISS en numerosas sentencias dictadas a lo largo de los años 1979, 1980 y 1981, dos de ellas —las de 1 de febrero y 11 de noviembre de 1980—, relativas a la misma Escala de que ahora se trata, doctrina cuyos elementos esenciales son:

1.º Que por Real Decreto-ley 19/1976, de 8 de octubre, se creó como Organismo autónomo la AISS, integrándose en ella los funcionarios procedentes de la extinguida Organización Sindical como funcionarios públicos, aplicándoseles, como establece el artículo 2.º del Real Decreto-ley 31/1977, de 2 de junio, la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, el Estatuto de su personal, aprobado por el Decreto 2043/1971, de 23 de julio, y demás normas concordantes y, en cuanto a su régimen económico, el propio de los funcionarios de los Organismos Autónomos (art. 3.º del Decreto-ley 906/1978, de 14 de abril), es decir, el establecido en el Decreto 1086/1977, de 13 de mayo, y por ello no puede admitirse que se haya vulnerado el principio de seguridad jurídica y jerarquía de normas al no mantenerse el coeficiente 3,6 que se atribuyó en la Orden de 20 de marzo de 1972 que sanciona el acuerdo del Comité Ejecutivo Sindical de 29 de febrero anterior, ya que se ha aplicado la normativa que procedía, ya expuesta, siguiendo sus principios; debiendo puntualizarse, por una parte, que el coeficiente multiplicador controvertido es, como los demás establecidos en la disposición transitoria, a efectos de retribuciones complementarias y no de sueldo como lo era el señalado por la Organización Sindical, y por otra parte, que se han continuado los criterios del Decreto 3065/1973, de 23 de noviembre, conforme a lo previsto en la disposición del mismo rango que tiene el número 157/1973, de 1 de febrero, dentro del

cuadro general trazado en la Ley 31/1965, coeficientes que han servido para determinar el índice de proporcionalidad, en este caso el 6, equivalente al nivel de titulación de Enseñanza Media, artículo 3.º y concordantes del Decreto 1086/1977 ya citado, siendo el título exigido para el ingreso en la Escala Administrativa de la Organización Sindical, el de Bachillerato Unificado Polivalente o asimilado, llegándose, de asignar el coeficiente 3,6 a los funcionarios a que se refiere este recurso, a su inclusión en el índice de proporcionalidad 8, que exige título de nivel superior al mencionado, lo que daría lugar a una discriminación con respecto a los funcionarios de otros Organismos autónomos en posesión del mismo título de ingreso y con idénticas funciones, discriminación no justificada, impidiendo éste asimismo apreciar infracción alguna del principio de igualdad.

2º Que no se han vulnerado los derechos adquiridos de los integrantes de la Escala con la atribución del coeficiente impugnado, pues, aun cuando se establezca el respeto a aquéllos, tanto en el Decreto-ley 31/1977, como en el Decreto 906/1978, dichos derechos adquiridos se consideran desde el punto de vista de su aspecto patrimonial y de la totalidad de las remuneraciones de los funcionarios afectados, y en estos casos se ha mantenido el nivel retributivo de los funcionarios de la AISS contemplado globalmente, mediante el complemento compensador creado el 7 de agosto de 1978 por el Consejo de Ministros con el carácter de personal y transitorio, siguiendo el sistema adoptado para los funcionarios civiles de la Administración del Estado en la Ley 31/1965, de 4 de mayo y para los funcionarios de los Organismos autónomos en los Decretos 157/1973 y 1086/1977.

2. Sala 5.ª Sentencia de 28 de marzo de 1984

La normativa refundidora de Cuerpos no vulnera derechos adquiridos por otros Cuerpos, dado que en esta parcela organizativa no existen derechos adquiridos a una función concreta, ya que de existir algún derecho adquirido sólo podría predicarse en un funcionario en concreto, pero no en un determinado Cuerpo.

DOCTRINA:

Considerando: Que el Cuerpo Especial de Inspectores Financieros y Tributarios del Estado tiene en los artículos 52 y 109 de la Ley General Tributaria, sin necesidad de que el Real Decreto-ley 40/1977 descienda a más cuestiones de detalle, la cobertura legal necesaria y suficiente para osten-

tar facultades de valoración de bienes, derechos y patrimonios en general, para un mejor ejercicio de sus funciones y con este único designio, por lo que el artículo 2.º, f), del Decreto 425/1981, al conferirle tales facultades se halla ajustado a derecho, pues no en vano en el Cuerpo se integran Cuerpos anteriores de Inspectores, con sus propias facultades, de lo que buen ejemplo es el artículo 4.º, 1, d), del Decreto 3348/1969, Reglamento de los Ingenieros Industriales al Servicio de la Hacienda; y siendo esto así, el precepto impugnado no vulnera norma de rango superior como el que se invoca en la Ley de 23 de marzo de 1906, creadora del Cuerpo de Ingenieros Agrónomos del Estado, con facultades de valoración de la riqueza rús-

tica y comprobación de bases imponibles, que subsisten con su designio concreto, pues la norma impugnada no atribuye una facultad valorativa con exclusividad y monopolio, sino en orden a un más expedito ejercicio de tareas inspectoras, por lo que no hay ni incompatibilidad, ni exclusión de facultades, ni innovación alguna, y más cuando el tributo por riqueza rústica ha sido transferido a municipios, dejando de ser estatal.

Considerando: Que la nueva normativa, en buena medida refundidora de Cuerpos de Inspectores en lo funcional y en lo funcional, no vulnera derechos adquiridos por otros Cuerpos, por mucha que sea la coincidencia de tareas, dado que la Administración tiene la facultad de organizar sus servicios adscribiendo su personal a un determinado organigrama y dado que en esta parcela no existen derechos adquiridos a una función concreta, ya que de existir algún derecho adquirido sólo podría predicarse en un funcionario en concreto, mas no de un determi-

nado Cuerpo, que no sufre agravio comparativo como tal por la existencia de facultades semejantes, aunque diversas por sus finalidades, que ostente otro Cuerpo, dado que todos no encuentran más justificación que la de sus particulares tareas dentro de una única Administración Así es que es de rechazar la nulidad que se postula del particular impugnado en el que por lo demás no se descubre desviación de poder de clase alguna, sino el propósito de una más óptima organización inspectora en orden a su mejor eficacia y agilidad, sin trabas burocráticas internas que permitan dentro de dichas tareas una valoración autónoma sin necesidad de acudir para la función meramente inspectora a otros peritos, que en su momento oportuno hallarán justificadas las funciones que le son atribuidas en concreto, razones por las que se impone la desestimación del recurso interpuesto, sin que hallemos motivos a los que anudar un concreto pronunciamiento en cuanto a costas.

3. Sala 5.^a Sentencia de 29 de marzo de 1984

No es válida la modificación de las retribuciones en perjuicio de los contratados, vigente el contrato y con posterioridad a su celebración y por ello es nulo el acuerdo del Consejo de Ministros en cuanto modificó, disminuyendo, las retribuciones de los recurrentes.

DOCTRINA:

Considerando: Que en la relación de servicios funcionariales, los derechos y las obligaciones de la Administración y del funcionario no nacen de la relación contractual, sino de un *status* reglamentario que conforme a la doctrina sancionada por esta Sala surge de un acto administrativo unilateral de

nombramiento —acto condición— que aplica a una persona el estatuto legal ya existente del cual derivan sus derechos y obligaciones, constituyendo la aceptación del empleado simple requisito de eficacia del acto de nombramiento, siendo por tanto la relación entre los funcionarios o personal contratado y la Administración la propia de la normativa legal o estatutaria, que la Administración tiene la facultad de modificar unilateralmente en virtud de su potestad organizatoria, con el fin de adecuar su actividad a las exigencias que el interés público demande, sin más límites en el caso de los funcionarios que los derechos que

hayan alcanzado la cualidad de adquiridos que una reiterada jurisprudencia ha limitado a los de orden económico o al contenido de la función a realizar y de aquí que celebrado con los recurrentes un contrato de colaboración temporal el 30 de septiembre de 1980, los derechos económicos han de ser los vigentes en esa fecha, no siendo válida la modificación de las retribuciones en perjuicio de los contratados vigente al contrato y con posterioridad a su celebración y por ello ha de declararse nulo el acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 1980 en cuanto modificó, disminuyendo, las retribuciones de los hoy recurrentes y, en consecuencia, la nulidad del contrato de colaboración temporal de 30 de septiembre de 1980 en cuanto a la remuneración que en él se establece, la cual ha de estimarse igual a la que percibieron los recurrentes durante el curso académico 1979-1980 por entenderse era la entonces vigente, puesto que las normas que regulan la contratación de personal de los Organismos autónomos sólo autorizan la reducción del sueldo en atención a la disminución de la jornada de trabajo.

Considerando: Que aunque se entendiera que la vigencia de la cuantía de las remuneraciones de estos contratos de colaboración temporal

cesa con ellos, en el caso aquí debatido, al solicitar la Administración los servicios de los profesores que habían sido contratados el curso anterior, con las particularidades recogidas en el segundo considerando de esta resolución -las mismas obligaciones, igual horario y horas lectivas, etc.- sin precisar previamente el importe de las retribuciones originó en los recurrentes la lógica y razonable creencia que había de consistir cuando menos en la retribución fijada durante el curso anterior; en cualquier caso, la falta de determinación de la remuneración no puede dar lugar a la nulidad del contrato porque su carácter reglamentario hace presumir se encuentra predeterminada; la existencia de precio cierto en la relación de servicios exigida por el artículo 1.544 del Código Civil se ha estimado concurre no sólo cuando está pactado expresamente, sino también cuando está determinado por la costumbre o uso frecuente en el lugar en que tales servicios se prestaron, por donde se ve que aunque nada pactasen expresamente las partes sobre ellos y no estuviese predeterminado por la norma, lo convinieron tácitamente, debiendo fijarse el precio a través de la buena fe y al uso como elementos de integración, conforme al artículo 1.258 del Código Civil

DEBERES

1. Sala 4.^a Sentencia de 23 de enero de 1984

El derecho de participación en la actividad política tiene un carácter básico y fundamental, pudiendo regularse solamente por Ley el ejercicio de tales derechos, no existiendo en la Constitución Española precepto alguno que establezca la incompatibilidad entre el desempeño del cargo de

concejal y el ejercicio libre de la profesión de arquitecto.

DOCTRINA:

a) *De la sentencia apelada.*

Que el artículo 23 del Texto constitucional recoge de un modo decidido

el denominado por Jellinek *status activae civitatis*, al decir en su inciso primero que «dos ciudadanos tienen derecho de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal», añadiendo en su inciso segundo que, «asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes», derecho de participación en la actividad política que tiene un carácter básico y fundamental, como lo demuestra la especial protección que le dispensa el artículo 53, que después de establecer en el párrafo primero una vinculación de todos los poderes públicos a los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 2.º del presente título, pudiendo regularse solamente por Ley el ejercicio de tales derechos y libertades, regulación que en todo caso «deberá respetar su contenido esencial», fija la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 -principio de igualdad ante la Ley-, y en la Sección 1.ª del capítulo 2.º -en la que se encuentra precisamente el derecho de participación en los asuntos públicos- ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumaria y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, primacía de rango y de protección jurisdiccional que tiene que obligar necesariamente a una interpretación restrictiva de las normas o disposiciones que, con la finalidad de salvaguardar a otros intereses necesitados de protección, pueda limitar o condicionar el ejercicio de tan básico derecho, estableciendo los medios menos onerosos y que en menor

medida puedan menoscabar la participación en los asuntos públicos.

Que al margen del Ordenamiento Constitucional y a nivel de normativa de rango legal, es lo cierto que en la Ley 39/1978, de 17 de julio, sobre elecciones de Corporaciones Locales, y al regular en el artículo 7.º las causas de ineligibilidad y en el 9.º los supuestos de incompatibilidad, no aparece entre éstos la mención de los arquitectos que ejerzan profesionalmente en el término municipal, como incluidos en alguna de aquellas causas o supuestos, como no aparecen otros profesionales que, desde la perspectiva de las tesis de la parte recurrida y demandada, podrían también encontrarse en una situación de incompatibilidad entre su interés profesional y su condición de concejal sin que tampoco sea de aplicación al caso debatido el artículo 82 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, en relación con el 37 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local, así como el 49 del Decreto 3045/1977, en razón de que todos estos preceptos no se refieren a los concejales, sino a las situaciones de incompatibilidad de los funcionarios del Estado en el primer caso y de los locales en los otros, aplicación que se invoca por la representación del colegio de Arquitectos de Galicia y que por su significación analógica no pueden ser aplicados a situaciones que suponen una evidente restricción de derechos reconocidos constitucionalmente.

Que tampoco aparece como sólida fundamentación de los acuerdos recurridos la invocación que se hace por el señor abogado del artículo 5, c), de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, que establece las normas reguladoras de los Colegios Profesionales, que faculta a éstos para ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional

de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares, y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial, ni en el artículo 25 del Reglamento de Normas Deontológicas de actuación profesional, conforme al cual «ningún arquitecto podrá aceptar o asumir cargo alguno en condiciones de incompatibilidad. Se entiende que existe incompatibilidad, además de cuando esté legalmente establecida, cuando existe colisión de derechos e intereses que puedan colocar al arquitecto en una posición equivoca, implicando un riesgo para rectitud o independencia», ya que esa función de velar por la «Ética y dignidad profesional», que por desgracia tantas veces ha quedado desvalorizada en relación a arquitectos funcionarios, debe quedar subordinada no sólo al derecho constitucional de participación en las funciones públicas de carácter representativo, sino al también reconocido constitucionalmente del derecho al trabajo, debiendo por consiguiente utilizarse los medios menos gravosos para que, sin merma de esa función de velar por la «dignidad y ética de la profesión», no se impida el ejercicio del repetido derecho de participación ni se obligue al ciudadano a una lamentable opción entre el ejercicio de aquel derecho y la privación de sus medios habituales de trabajo, como se pretende hacer en las resoluciones impugnadas.

Que la situación del ciudadano concejal que al mismo tiempo desempeña una actividad profesional es esencialmente diferente de la del funcionario profesional en razón de que la actividad de éste al servicio de la Administración de que dependa tiene o debe tener un carácter continuo, por lo que la situación de incompatibilidad tiene también un carácter permanente, en

tanto que con respecto al concejal profesional no se da aquella continua incompatibilidad, sino una posible en el caso de intervenir ejercitando su actividad pública, en algunos de los órganos municipales, en asuntos en que haya intervenido profesionalmente, por lo que la solución en estos casos es la que apunta, para rechazarla, el representante del Colegio de Arquitectos de Galicia, o sea, la abstención cuando se produzca algún debate en el que el mismo o algún cliente esté interesado, del mismo modo que lo tendrá que hacer cualquier otro profesional libre que haya accedido al desempeño del cargo de concejal sin perjuicio, como es lógico, de que si aquella obligada abstención no se produce, la entidad colegial pueda tomar las medidas disciplinarias para las que está facultada, pero sin que pueda admitirse una solución tan radical *a priori* como la que se propugna en las resoluciones combatidas, que en definitiva vienen a partir del principio de la desconfianza en la gestión de la actividad pública de rechazable funcionalización en un sistema democrático.

Que por lo que se deja razonado se impone la estimación del recurso y la anulación de los acuerdos recurridos, sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

b) *Del Tribunal Supremo.*

Que al no existir en la Constitución Española ni en nuestro ordenamiento legal vigente precepto alguno que establezca la incompatibilidad entre el desempeño del cargo de concejal y el ejercicio libre de la profesión de arquitecto -sin que sea de aplicación al caso la incompatibilidad fijada a los archi-

tectos municipales, superiores o técnicos, en los artículos 328 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, 37.1 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 30 de mayo de 1952 y 82 y 83, 2, de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, para el ejercicio libre de la profesión dentro del término del respectivo Ayuntamiento, que ha sido proclamada en cuanto a tales funcionarios (cuyo carácter no tienen los concejales) en reiterada Jurisprudencia— la cuestión que en los presentes autos se plantea es, concretamente, la de determinar si tal incompatibilidad puede ser establecida

—como de naturaleza «deontológica»— por el correspondiente Colegio profesional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.º c), de la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974; cuestión que ha de ser resuelta en sentido negativo atendido a lo preceptuado en el artículo 36 de la Constitución, conforme al cual sólo por Ley cabe regular «el ejercicio de las profesiones tituladas» (entre las que se encuentra la de arquitecto), siendo manifiesta la trascendencia que en dicho ejercicio producen las situaciones de incompatibilidad, que, en consecuencia, únicamente por Ley pueden establecerse.

2. Sala 5.ª Sentencia de 8 de febrero de 1984 (extraordinario de revisión)

No puede aceptarse la existencia de un derecho adquirido al simultáneo desempeño de dos cargos y percepción de dos retribuciones, por lo que al no haber optado el recurrente a ninguno de ellos, la declaración en excedencia voluntaria es la adecuada.

DOCTRINA:

Que si bien es cierto que las circunstancias personales de los recurrentes en los procesos a que pusieron fin las sentencias que se comparan en este juicio son distintas, también lo es que existe una contradicción esencial entre las mismas, pues partiendo de la declaración de excedencia voluntaria del funcionario de la AISS, en lo que ambas coinciden, por causa de que al desempeñar dos cargos, uno en la Administración Institucional y otro en la Estatal, no ha optado por uno o por

otro al entenderlos incompatibles, los acuerdos recurridos, en la impugnada. Se declara conforme a derecho tal decisión, y en la otra se anula el procedimiento seguido en el caso de la combatida, y se repone al recurrente en su puesto hasta tanto se siga el procedimiento adecuado, por lo que ha de resolverse cuál de las dos soluciones es la adecuada, cuando se produce esta dualidad de desempeño de cargos y no se opta por el interesado, en cuál de ellos desea permanecer y en cuál quedar en la situación de excedencia voluntaria.

Considerando: Que, como acertadamente dice la sentencia impugnada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, el recurrente impugna la resolución que le declaró en situación de excedente voluntario en la AISS, por desempeñar simultáneamente un puesto incompatible con aquél en la

Administración Civil del Estado y como funcionario de la misma, y en base a los derechos que había adquirido, con anterioridad a la integración de dicho personal como funcionarios de los Organismos autónomos, con sujeción a su Estatuto de Personal, contrario por completo a lo dispuesto en los Reales Decretos-leyes 19/1976 y 31/1977 y al Decreto 2043/1971, al que quedaron sujetos en virtud de lo dispuesto en los anteriores y sin que pueda aceptarse la existencia de un derecho adquirido al simultáneo desempeño de ambos cargos y percepción de las dos retribuciones; y al no haber optado el recurrente a la permanencia en ninguno de ellos, la decisión

de ser declarado en excedencia voluntaria es la adecuada, sin que exista defecto de procedimiento alguno; pues en último caso, no se trata por el recurrente de que su excedencia se produzca en el otro Cuerpo a que pertenece, sino seguir percibiendo las retribuciones de dos puestos de trabajo incompatibles por ministerio de Ley; y siendo conforme a derecho la declaración de la resolución impugnada ante la Audiencia Territorial de Madrid e inadecuado acordar nueva tramitación del expediente, ha de ser declarado improcedente este recurso de revisión con las consecuencias que establece el artículo 1.809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Sala 3.^a Sentencia de 2 de febrero de 1984

Con base en el artículo 103 de la Constitución, la función pública será compatible con lo que no produzca las perjudiciales consecuencias que para ella se enumeran en dicho artículo.

DOCTRINA:

Considerando: Que para proteger el ejercicio adecuado de la función pública, el artículo 103 de la Constitución dice que su ejercicio será incompatible con el de cualquier cargo público, profesión o actividad, ya sean públicos ya privados, ya retribuidos ya honoríficos, pero precisando que esa incompatibilidad lo es en cuanto que «impida o menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario, comprometan su imparcialidad o independencia o perjudiquen los intereses generales», de donde se deduce que, con base precisamente en un

precepto de rango constitucional, la función pública será compatible con lo que no produzca las perjudiciales consecuencias que para ella se enumeran; que esto es así lo demuestran los actos de la propia Administración, ya que en el caso concreto de los letrados pertenecientes a la Administración Institucional de los Servicios Socio-Profesionales como recoge alguna de las sentencias que se incluyen en el recurso ante la Sala Territorial, la Administración denegó la autorización para ejercer la profesión de abogado a 100 letrados de los adscritos al Organismo mencionado, compatibilizando en cambio el ejercicio de otros 51, lo que está poniendo de manifiesto que el ejercicio de la profesión libre no vulnera no ya la Constitución, sino ni siquiera la Ley de Incompatibilidades de 9 de junio de 1982, si bien tal autorización no debe concederse para un ejercicio pleno y total de la profe-

sión, sino imponiendo las limitaciones precisas para que tal ejercicio no se realice dentro de las horas en las que el funcionario deba desempeñar su función, no desarrollar su actividad dentro de las materias laborales, que son las propias de su función, y no intervenir en los juicios en los que el Estado sea parte, ya que imponer otras limitaciones o prohibirle el ejercicio de modo absoluto, equivale a infringir un precepto con rango constitucional.

Considerando: Que además de lo dicho, la Ley de 9 de junio de 1982 sobre incompatibilidades en el sector público se limita a establecer las prohibiciones transcribiendo literalmente el artículo 103 de la Constitución y, por lo tanto, al amparo de esa Ley no puede prohibirse, de modo absoluto, el ejercicio de la profesión de letrado, al

no disponerlo así ninguno de los preceptos, y al haber entendido la Administración que no existía inconveniente en autorizar el ejercicio de la profesión en el elevado número de peticiones antes mencionado —más de un 33 por 100 de las solicitudes—, por lo que la negativa absoluta equivaldría a infringir el principio de igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución, siempre y cuando las peticiones hechas se refieran a situaciones iguales a las autorizadas; por todo ello, debe concluirse que habiendo llegado la sentencia apelada a las mismas conclusiones antes expuestas, procede su confirmación, por estar ajustada al Ordenamiento Jurídico, lo que produce como consecuencia la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra ella.

4. Sala 3.^a Sentencia de 3 de marzo de 1984

La obligación de residencia impuesta a los funcionarios es una limitación legal legítima impuesta como regulación autorizada por el artículo 53 de la Constitución de la libertad de residencia.

DOCTRINA:

Considerando: Que piden los apellados les sea reconocido el derecho a elegir libremente su residencia, que según el artículo 19.1) de la Constitución tienen todos los españoles, cuyo derecho estiman no puede resultar limitado por su cualidad de funcionarios integrantes del Cuerpo de Médicos Titulares, alegando a tal efecto sustancialmente que el deber de residencia, establecido en el artículo 148 del Reglamento de Personal de los

Servicios Sanitarios Locales de 27 de noviembre de 1953, en el que se fundamentan los actos administrativos recurridos, ha de estimarse derogado en cuanto carece de rango de Ley y no cumple por tanto con lo previsto en el artículo 53 de la Constitución; pero el referido artículo 19 ha de ser interpretado, como dispone el artículo 10.2) de la misma Constitución, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, por lo que habrá de estimarse, según el artículo 29 de ésta, que toda persona tiene, además de derechos, deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad y, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el disfrute de sus libertades, está sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley con el

fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática; lo que concuerda con el 53 de la Constitución en cuanto faculta la regulación del ejercicio de tales derechos y libertades fundamentales, sólo por Ley; con lo que se legitima la vigencia del artículo 77 de la Ley de Funcionarios Civiles de 7 de febrero de 1964, conforme al que los funcionarios públicos en general deben residir en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios y, por virtud de lo dispuesto en el artículo 2.3) de la misma Ley, el referido precepto tiene carácter supletorio respecto de todas las disposiciones legales y reglamentarias relativas a funcionarios, cualquiera que sea la clase de éstos y la entidad administrativa a la que presten sus servicios; siendo en consecuencia aplicable el referido precepto legal y exigible la correspondiente obligación de residencia a los apelantes.

Considerando: Que, independientemente de las consideraciones anteriores, bastantes por sí mismas para legitimar la exigencia del deber de

residencia a que se refieren los actos administrativos recurridos, se advierte que la Ley de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944 establece, en su base 24, que para la debida atención de las necesidades sanitarias de los Ayuntamientos, en cada municipio o mancomunidad de municipios habrá médicos y otro personal sanitario en el número y condiciones que fije el Reglamento correspondiente, con lo que el impugnado artículo 148 del Reglamento de Personal de los Servicios Sanitarios Locales al establecer la referida condición de residencia en algún municipio de la demarcación médica, desarrolla un precepto legal, y análoga exigencia aparece establecida también para los funcionarios dependientes de la Administración Local en las disposiciones que la sentencia apelada cita; lo que lleva a estimar que la obligación de residencia impuesta a los apelantes en su consideración de funcionarios es una limitación legal ligitimamente impuesta como regulación autorizada por el artículo 53 de la Constitución de la libertad de residencia, siendo consecuencia de todo ello que los actos administrativos recurridos son conformes a derecho y debe ser confirmada la sentencia apelada que así lo declara.

DERECHO SANCIONADOR

1. Sala 5.^a Sentencia de 14 de febrero de 1984

El grado de imputabilidad del sancionado fue disminuido en función de la depresión psíquica determinante de la inasistencia al desempeño de su función, habiendo de ponderarse también el conocimiento de dicha situación por los superiores del inculpado,

por lo que la separación del servicio no es congruente.

DOCTRINA:

Considerando: Que la Diputación Provincial de Valencia apelante insiste

en primer término en la inadmisibilidad por extemporaneidad del recurso contencioso que la Sala de instancia rechaza por entender que no puede tomarse como fecha cierta de recepción por el interesado de la notificación del acuerdo desestimatorio de la reposición (adoptado por dicha Corporación en 15 de noviembre de 1980) la de 24 de noviembre de 1980, que figura en el último folio del expediente, al parecer suscrita por persona cuya razón de parentesco y permanencia en el domicilio no se acredita, de tal modo que, siguiendo el acertado criterio de la sentencia apelada, no puede partirse de tal fecha para el cómputo del plazo de dos meses del artículo 58, 1, de la Ley de esta Jurisdicción al tratarse de una notificación practicada con infracción de lo dispuesto en el artículo 80.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, carente de eficacia conforme al artículo 5.º de la citada Ley Jurisdiccional, siguiendo así el criterio sustentado por esta Sala en caso similar en sentencia de 18 de octubre de 1983. No cabe, por otra parte, inferir el carácter de familiar, y más concretamente de esposa del interesado, en la persona receptora, a través del juego de las presunciones, porque ello desvirtuaría el claro sentido del precepto antes citado (art. 80 de la Ley procedimental) con designio garantizador, y menos aún puede decidir el problema la aplicación de presunciones en materia como la sancionadora, que requiere extremar las garantías del inculpado para evitar toda la indefensión, proscribida por el artículo 24.1 de nuestra Constitución, razones que abonan el rechazo de la alegada causa de inadmisibilidad.

Considerando: Que, entrando en el examen del fondo del recurso, éste se constriñe a si es jurídicamente correcta

la sentencia de primera instancia, al mantener la calificación de falta muy grave de abandono del servicio imputada al interesado, y reducir la sanción, en virtud del principio de proporcionalidad, a la más benigna de suspensión de funciones a imponer por la Corporación dentro de los límites previstos para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, eliminando así la de reparación definitiva del servicio impuesta por los acuerdos provinciales recurridos.

Considerando: Que, como ha establecido la Jurisprudencia, el régimen sancionador, y en este caso el disciplinario, se rigen por los principios informantes del Derecho Penal, y entre ellos el de intencionalidad del sujeto sometido a expediente disciplinario; y si bien en este caso, de modo objetivo, la ausencia injustificada al servicio del interesado, como auxiliar administrativo en el Hospital Psiquiátrico de Bétera, es encuadrable en el apartado d) del artículo 52 del texto articulado parcial de 6 de octubre de 1977, dada su duración temporal y su persistencia a pesar de la incoación y sustanciación del expediente disciplinario, poniendo en relación dicho precepto con el artículo 102.1, número 3.º, del Reglamento de Funcionarios de Administración Local de 30 de mayo de 1952 (vigente en cuanto no se oponga al citado Decreto legislativo), si bien es ello cierto y de aquí el que la Sala de instancia mantenga la calificación de falta muy grave, no lo es menos que el grado de imputabilidad del sancionado se ve aquí sensiblemente disminuido en función de la depresión psíquica que le aquejaba, y que fue determinante de la inasistencia al desempeño de su función, habiendo de ponderarse también el conocimiento de dicha situación por los superiores del inculpado así como que éste se

sometió a tratamiento clínico por médicos de la Corporación Provincial, situación que no fue formalmente precedida, o al menos no hay constancia de ello en el expediente, de advertencia o requerimiento explícitos para su reintegración al trabajo, y estas singulares circunstancias hacen que en este caso la sanción máxima de separación definitiva del servicio no sea la condigna o congruente para dicha falta, en los términos de imputabilidad con que la misma ha de ser apreciada.

Considerando: Que un caso de perfiles muy similares al que ahora se decide fue resuelto por sentencia de esta Sala de 6 de octubre de 1978, y en ella se sientan estos dos criterios: a) que «el concepto de imputabilidad penal puede ser estimado con igual valor en esta Jurisdicción que en lo criminal», y b) que «la calificación de esta clase de faltas y conductas en orden a sus consecuencias disciplinarias tienen siempre una naturaleza eminentemente circunstancial, y fácilmente se advierte que el funcionario expedientado no tuvo intención de abandonar el servicio ni de insubordinarse...», criterios perfectamente trasladables al presente caso al referirse este precedente jurisprudencial a funcionario de Administración Local que se hallaba también afectado por una fuerte depresión psíquica y en tratamiento médico.

Considerando: Que el destacar las circunstancias concurrentes en el caso no incide en subjetivismo a través del cual eludir las calificaciones jurídico-administrativas y sustituir a la Administración en su potestad disciplinaria, sino que tiene asiento en el derecho positivo, como lo revela la configuración de la falta de abandono o de servicio en la Administración Local, dado que el artículo 102.1.3.º del

Reglamento de Funcionarios de dicha esfera administrativa se remite a las circunstancias que concurren en la ausencia injustificada del servicio; por ello, y al hallarse dentro de las facultades revisoras de esta Jurisdicción, con base en el principio de proporcionalidad que inspira la materia sancionadora el determinar la concreta sanción procedente y adecuada a la falta cometida ha de ratificarse el criterio de la sentencia apelada en orden a entender que, en este caso y dadas las circunstancias y el grado de imputabilidad del inculpado, la sanción a imponer, dentro de las señaladas por el artículo 54 del citado texto articulado parcial, debe ser la de suspensión de funciones con remisión a los límites legales señalados para la misma en el Reglamento de Régimen Disciplinario de Funcionarios de la Administración Civil del Estado (Decreto de 16 de agosto de 1969), supletoriamente aplicable en virtud de su artículo 3.º y por lo establecido en la disposición transitoria quinta del texto articulado parcial de 6 de octubre de 1977, determinación de la sanción pertinente que incumbe a esta Jurisdicción como ha establecido esta Sala en sentencia de 5 de noviembre de 1983 en función del mencionado principio de proporcionalidad.

Considerando: Que no puede aceptarse la alegación de la Corporación Provincial apelante que para graduar la responsabilidad y justificar la sanción de separación del servicio acude al criterio de la perturbación del servicio del artículo 53 del Decreto de 6 de octubre de 1977, pues es lo cierto que no se ha acreditado dicha perturbación ni de ello se hizo cuestión el instructor al sustanciar el expediente disciplinario, sin que tal perturbación sea inferible de lo actuado, antes bien teniendo en cuenta el puesto no relevante de

auxiliar administrativo y las funciones desempeñadas por el inculpado, no cabe atribuir a su conducta el resultado dañoso para el servicio en los términos exigidos por dicho módulo o criterio de graduación de la responsabilidad disciplinaria, por todo lo cual

las alegaciones del recurso no desvirtúan las fundadas razones de la Sala sentenciadora que merecen plena confirmación, con la consecuencia de desestimación del recurso a tenor del artículo 83 y demás preceptos concordantes de la Ley de esta Jurisdicción.

da LIBROS Y REVISTAS

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

