

## 2.—CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

### A) PERSONAL

*SUMARIO: I. CUERPOS DE FUNCIONARIOS: 1. Cuerpos de funcionarios. Integración en Cuerpo General Administrativo de funcionarios auxiliares ingresados mediante concurso oposición.—II. DERECHOS: 1. Derecho a trienios. Funcionarios no escalofonados. Se computa el comienzo del percibo de trienios desde la fecha en que se tomó posesión del primer destino de carrera y en propiedad. 2. Reconocimiento de trienios. Se computa como tiempo de servicio la separación del mismo por depuración posteriormente revisada y dejada sin efecto. 3. Derecho a ocupar vivienda.—III. SITUACIONES: 1. Excedencia voluntaria.—IV. FALTAS: 1. Delito de homicidio. La Autoridad que tiene conferida la potestad sancionadora de las faltas muy graves, cometidas por funcionarios municipales que usen armas, es el Alcalde Presidente de la Corporación. 2. Falta de probidad. Se sanciona en vía administrativa no sólo cuando los hechos suceden con motivo del cargo que desempeña al funcionario, sino cuando, los hechos se desenvuelven en el desempeño de otra función e incluso en la vida privada.*

#### I. CUERPOS DE FUNCIONARIOS.

*1. Cuerpos de funcionarios. Integración en Cuerpo General Administrativo de funcionarios auxiliares ingresados mediante concurso-oposición.*

«La sentencia de 29 de mayo de 1969 declaró ajustada a Derecho la resolución recurrida en el actual proceso, denegatoria del beneficio reclamado por otros recurrentes; criterio que es obligado reiterar, porque no es dable estimar cumplida la exigencia legal de haber 'ingresado por oposición libre', cuando los interesados lo hicieron en concurrencia limitada con otros funcionarios que ya venían prestando servicios a la Administración, y que si bien participaron en las pruebas selectivas, características de la oposición, lo hicieron en virtud de convocatorias restringidas anunciadas para *regularizar* su situación administrativa en virtud de la autorización conferida en el artículo 10 de la Ley de Presupuestos de 19 de diciembre de 1951 o mediante 'oposición convocada exclusivamente' para el personal a que se refiere el párrafo 2.º de dicho precepto al reconocerle 'plenitud de derechos administrativos', y quienes 'convalidaron' así su anterior ingreso, según reconoció la Ley de 22 de diciembre de 1955, y que la facultad de impugnar los actos de

aplicación individual, fundándose en que la normativa aplicada no es conforme a Derecho, reconocida en el artículo 39, párrafos 2.º y 4.º de la Ley jurisdiccional, se circunscribe a la antijuridicidad de las disposiciones que dicte la Administración, susceptibles de impugnación directa en vía contenciosa, a partir de su vigencia, pero no puede alcanzar a las Leyes, dada la limitación del ámbito de esta jurisdicción a 'las disposiciones de categoría inferior a la Ley', según preceptúa el artículo 1.º, de modo que no cabe enjuiciar la actividad del legislador, ni siquiera cuando se impugnan actos administrativos, fundándose en que las leyes correctamente aplicadas, no son conformes a Derecho, según la doctrina jurisprudencial reiterada últimamente en sentencias de 24 de septiembre, 13 de octubre, 24 de noviembre y 22 de diciembre de 1969 y 18 de febrero de 1970» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 4 de marzo de 1970*).

## II. DERECHOS.

1. *Derecho a trienios. Funcionarios no escalafonados. Se computa el comienzo del percibo de trienios desde la fecha en que se tomó posesión del primer destino de carrera y en propiedad.*

«Las recurrentes solicitaron en la vía gubernativa y ante esta jurisdicción que se les computasen sus servicios a partir de la toma de posesión de su primer destino en propiedad como Maestras de Taller en el Instituto de Enseñanzas Profesionales de la Mujer; pretensión a la que se opuso la Administración por entender que debía aplicarse a los casos controvertidos lo dispuesto en el artículo 7.º del Decreto 1.436/1966, de 16 de junio, que establece que los titulares de plazas no escalafonadas, a los que se fija coeficiente multiplicador, percibirán trienios determinándose como fecha inicial del devengo el 1 de enero de 1966.

Esta Sala —en reiterada jurisprudencia de la que son testimonio, entre otras las sentencias de 20 de octubre y 8 de noviembre pasados— ha resuelto que los funcionarios de carrera 'no escalafonados' tienen derecho a que se les compute para la fijación de trienios los servicios efectivos prestados desempeñando cargos en propiedad antes de 1 de enero de 1966, pues según los artículos 95, 1 y 97 del texto articulado de 7 de febrero de 1964, tales funcionarios de carrera han de ser remunerados 'por los conceptos que se determinan en dicha normativa y en la cuantía que se establezca en la correspondiente Ley de Retribuciones' y entre aquéllos se mencionan los trienios, cuyo importe incumbía fijar a la última Ley citada; siendo indudable que el sueldo base y los meritados trienios son de general aplicación a todos los funcionarios que reúnen los requisitos del artículo 4.º de la Ley articulada y que la remisión a la de Retribuciones se hace a los solos efectos de la determinación de la cuantía, y ello sin establecer la excepción de los 'no escalafonados', y buena prueba de esto es el número 4.º de la disposición

transitoria segunda de la Ley articulada, el cual al disponer la integración de aquéllos en los Cuerpos generales manda que se efectúe la oportuna clasificación de acuerdo con las normas que en dicha Ley se establece; lo que equivale a reconocer a los no encuadrados en un Escalafón, pero que son funcionarios de carrera y en propiedad, los derechos inherentes a los funcionarios en general, y entre ellos los atinentes al sueldo base y trienios.

El artículo 6.º de la Ley de Retribuciones, complementaria de la de funcionarios, asimismo con carácter general y sin exclusión alguna, dispone que 'los funcionarios tendrán derecho a un incremento sucesivo del 7 por 100 sobre su sueldo personal inicial en el Cuerpo o Plantilla a que pertenezcan por cada tres años de servicios efectivos prestados a la Administración Civil del Estado desempeñando plaza o destino en propiedad', y si bien es cierto que la disposición transitoria cuarta estatuye que el Gobierno, a propuesta del Ministro de Hacienda e iniciativa de los Ministros interesados, regulará el régimen y 'cuantía' de las retribuciones correspondientes al personal no escalafonado que perciba sueldos con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado, fija al efecto las reglas oportunas cuidando de precisar que se aplicará (a los funcionarios no escalafonados de carrera) el régimen de la Ley de Retribuciones 'con las adaptaciones necesarias' desde la misma fecha que a los demás funcionarios incluidos en el ámbito de la misma. Que a la vista de lo consignado es claro que el designio del legislador no fue otro que el de limitar la autorización a la 'clasificación' de tales funcionarios con objeto de integrarlos en los Cuerpos generales o en Escalas a extinguir, según la naturaleza de los servicios de su incumbencia, para que, en armonía con esta clasificación, determinase la cuantía de la retribución; pero aplicando el régimen de dicha Ley; adaptación que en modo alguno puede implicar modificación, al menos en cuanto a los principios cardinales de la Ley articulada entre los cuales figura el derecho a computar trienios como premio al número de los años servidos.

Las demás disposiciones complementarias y de inferior rango a las antes glosadas han de interpretarse a la luz de los principios inspiradores de las últimas y no en contradicción con los mismos; pues lo último pugnaría abiertamente con lo estatuido en los artículos 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico, 47 de la de Procedimiento-administrativo y 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En su consecuencia no puede prevalecer frente a las supramentadas normas, que tienen el carácter y valor de Ley formal, las contenidas en el Decreto 1.436/66, pues éste debe circunscribirse a la adaptación ordenada.

Por todo ello y visto que la resolución recurrida y la norma inferior a la Ley en que la misma se apoya, al no reconocer el derecho al percibo de trienios a las recurrentes desde la posesión de su primer destino de carrera y en propiedad, contradice las disposiciones con el valor de Ley formal a que se alude en las motivaciones que anteceden; procede estimar el recurso anular tal resolución, así como la norma que le sirve de

fundamento; esta última en cuanto sea preciso para los estrictos fines del presente proceso» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 7 de marzo de 1970*).

2. *Reconocimiento de trienios. Se computa como tiempo de servicio la separación del mismo por depuración posteriormente revisada y dejada sin efecto.*

«Si la falta de impugnación de los anexos, ni la percepción sin protesta de los nuevos haberes —en todo caso superiores a los devengados con anterioridad a la implantación del nuevo sistema retributivo— pueden significar la renuncia anticipada a la íntegra percepción de los que legalmente correspondan, y, la propia naturaleza de aquellos anexos, como la de los escalafones y nóminas, no impone al funcionario la carga de impugnarlos, dado que no constituyen actos declaratorios de derechos, susceptibles de otorgarlos o desconocerlos, quedando siempre expedita al perjudicado la acción para reclamar los indebidamente dejados de percibir, sin otra limitación que la establecida en el artículo 25 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, ya que las 'certificaciones' y las 'hojas de liquidación' confeccionadas conforme a los modelos de los anexos II y IV de la Orden de 19 de junio de 1965 no constituyen actos administrativos emanados de autoridad competente para declarar la voluntad de la Administración, en orden al reconocimiento de los derechos económicos de funcionario, sino simples actos de ejecución material, no susceptibles de impugnación autónoma y cuyos posibles errores o inexactitudes son siempre rectificables y no deben prevalecer, frente a lo que resulte acreditado en los expedientes personales, o se reconozca en verdaderos actos administrativos, ni deben impedir la ulterior impugnación de los que se dicten expresamente o puedan presumirse que ratifican el criterio inspirador de los desprovistos de alcance decisorio y definitivo, conforme a la doctrina expuesta en las sentencias de 4 y 19 de junio de 1969 y 26 de enero de 1970, reiterando la declarada anteriormente en las mismas.

Los servicios reconocidos como efectivamente prestados a todos los efectos, al resolver definitivamente la situación administrativa de los funcionarios suspendidos o separados, acordando reintegrarlos sin pérdida de puestos en el escalafón y computándole 'como de servicio activo' el tiempo de duración de la suspensión o separación no pueden ser desconocidos por la Administración con ocasión de la reforma del régimen retributivo que, suprimiendo las categorías, condiciona los aumentos de sueldo, al transcurso automático del tiempo de servicios, toda vez que lo contrario representa imponer extemporáneamente la degradación de quienes fueron reintegrados al servicio activo, reconociéndoseles la antigüedad y la categoría administrativa alcanzada mediante aquélla, como si hubiesen permanecido en situación de actividad.

La circunstancia de que el artículo 6.º de la Ley de Retribuciones se refiera en su primer párrafo, exclusivamente, a 'servicios efectivos', reiterando en el siguiente que 'para el devengo de trienios se compu-

tará el tiempo de servicio efectivamente prestado por el funcionario en la situación de activo', no es suficiente para rechazar la doctrina jurisprudencial invocada en la demanda, toda vez que precisamente la previsión de los supuestos específicos de situaciones en las que no concurriendo aquélla se establece el cómputo de servicios no prestados, desempeñando plaza o destino, remitiéndose el precepto discutido, tan sólo a 'las situaciones reguladas en los artículos 43, 44 y 46' sin aludir a los 47 y 49 de la Ley de Funcionarios, demuestra que el legislador de 1965 se vio obligado a declarar para las situaciones de excedencia especial y forzosa y supernumerario, lo que era innecesario con relación a la situación de suspensos, porque el artículo 49 de la Ley de 7 de febrero de 1964 había preceptuado, ya que 'cuando la suspensión no sea declarada firme, el tiempo de duración de la misma se computará como de servicio activo, debiendo acordarse la inmediata reincorporación del funcionario a su puesto de trabajo, con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha de efectos de la suspensión', lo que evidencia la procedencia de abonar a efectos de trienios, el tiempo transcurrido durante la situación involuntaria de suspensión o separación provisional, siempre que no sea declarada firme o se eleve a definitiva, imponiendo al funcionario suspendido o separado la sanción de pérdida del abono de esos servicios a fin de determinar su antigüedad.

El problema planteado en los procesos entablados contra las resoluciones, expresas o presuntas, denegatorias del cómputo, a efectos del artículo 6.º de la Ley de Retribuciones —4 de mayo de 1965—, del tiempo durante el que los funcionarios recurrentes estuvieron en situación de separados del servicio, con anterioridad a su reingreso, debe circunscribirse, exclusivamente, a la juridicidad de las resoluciones recurridas, limitándose a examinar y decidir si con arreglo a lo establecido en la citada disposición legal procedía o no computar como si se hubieren prestado efectivamente los servicios no desempeñados a causa de las separaciones dejadas sin efecto, sin que aquella cuestión pueda extenderse o ampliarse, sometiendo a revisión nada menos que la conveniencia, oportunidad o juridicidad de lo acordado, al revisar los expedientes de depuración, de cuya firmeza es obligado partir cuando se trata de dilucidar los efectos económicos que debe producir al aplicarse la nueva normativa; y que debiendo partirse, ineludiblemente, para el cálculo de los nuevos incrementos trienales, de lo definitivamente resuelto al determinar las categorías y sueldos de los funcionarios reingresados al servicio activo, teniendo en cuenta la antigüedad que sirvió de base a la Administración para señalar la remuneración que venían percibiendo aquéllos, al implantarse al nuevo sistema retributivo, carece de trascendencia la circunstancia de que el ingreso no se hubiere acordado con abono de los haberes dejados de percibir durante la separación, toda vez que ni ello faculta para reclamarlos extemporáneamente —como opone acertadamente la Administración—, ni tampoco cabe negar eficacia, a los servicios no prestados, por el hecho de que fueren reconocidos sin haberse acordado su retribución, cuando lo que se pretende exclusivamene es que

surtan efecto análogo, al atribuido al reconocerlos, es decir, que sirvan para determinar el sueldo personal de los funcionarios reclamantes.

Como la resolución de 15 de abril de 1958 acordó la readmisión del recurrente, imponiéndole la sanción de 'cinco puestos de postergación', y 'en su consecuencia' no le asignó como antigüedad en la categoría, para todos los efectos, la fecha de su ingreso en el Cuerpo ni acordó su ingreso en el lugar del Escalafón, 'que le hubiere correspondido estar si no hubiera sido baja en el mismo', con arreglo a lo preceptuado en el artículo 3.º del Decreto de 22 de abril de 1940, sino que decretó la 'reincorporación del Topógrafo Ayudante separado del servicio por Orden de 10 de agosto de 1939', 'como Topógrafo Ayudante Principal de Geografía y Catastro, Jefe de Administración civil de tercera clase, con el sueldo anual de 25.200 pesetas, colocándose con número bis en el escalafón de dicho Cuerpo, entre don Leopoldo de S. H. y don José G. B.', si bien procede rechazar, como inexacta, la afirmación de que 'le situaba en el mismo lugar que hubiera alcanzado de no haber sido nunca separado' y desestimar la pretensión del reconocimiento íntegro del tiempo en que estuvo separado, comprendido entre las fechas de ambas órdenes, como si hubiera prestado servicio durante el mismo, no por ello procede declarar ajustada a Derecho la denegación impugnada en el proceso que le privó totalmente de la antigüedad reconocida anteriormente como base de los ascensos concedidos primero al reingresarle y después mediante las Ordenes de 8 de julio de 1961 y 22 de agosto de 1964, confirniéndole las categorías y sueldos que vienen a dejarse sin efecto al prescindir de computar para la determinación de su nueva retribución, el tiempo durante el que, si bien no prestó servicios a causa de la separación, debe serle computado a efectos de trienios, con el sólo descuento del equivalente a la postergación decretada en la citada resolución de 15 de abril de 1958, cuya determinación debe practicarse en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta el correspondiente, al puesto en que se acordó colocarle en el escalafón, conforme a lo establecido en la Orden prevista en la de la Presidencia de 4 de abril de 1940» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 2 de febrero de 1970*).

### 3. *Derecho a ocupar vivienda.*

«Las disposiciones legales que han de entrar en juego y ser estudiadas por esta Sala para la resolución del presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de don Pascual R. B., contra la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 7 de febrero de 1969, sobre adjudicación de viviendas correspondientes al Patronato de Viviendas de dicho Ministerio, son las siguientes: Ley de 2 de marzo de 1963, Decreto de 9 de abril de 1964 y Orden de 17 de marzo de 1967. En virtud del artículo 1.º de la Ley de 2 de marzo de 1963 de la Jefatura del Estado, el apartado a) del artículo 5.º de la Ley de 15 de julio de 1954, sobre Viviendas de Renta Limitada amplía la adjudicación de viviendas de este tipo que se hará mediante la creación de Patronatos, y

con destino a sus funcionarios, empleados u obreros, ya se hallen en situación activa, de reserva, retirados o jubilados, así como a sus causahabientes, y en su artículo 3.º, que los distintos Departamentos ministeriales deberán acomodar en el plazo de un año los Estatutos de sus respectivos Patronatos, a las disposiciones contenidas en la presente Ley. Por su parte, el Decreto de 9 de abril de 1964, que específicamente se refiere a los funcionarios del Ministerio de Educación Nacional, en su preámbulo relaciona lo dispuesto en aquella Ley de 1963 con los beneficios a otorgar en la adjudicación de viviendas por medio del Patronato de tal Ministerio, y amplía también sus beneficios no sólo a los funcionarios, sino a los empleados u obreros en activo, así como los de en situación de reserva, jubilación o retiro y sus causahabientes, y de manera concreta modifica el anterior Reglamento de la misma materia de 9 de julio de 1954, al establecer en su artículo 31 'que tendrán derecho a ocupar viviendas en las casas edificadas por el Patronato todos los funcionarios, empleados u obreros del Ministerio de Educación Nacional, sea cual fuere el Cuerpo a que pertenezcan aquéllos', de todo lo cual aparece que la opción a las repetidas viviendas avoca tanto a funcionarios, como a empleados y obreros, lo que en consecuencia lleva a la insostenibilidad de la alegación opuesta por el Abogado del Estado, si bien no en términos procesales definidos, sino como cuestión de fondo, respecto a que el recurrente, por el hecho de ser jardinero del Grupo Escolar 'Padre Poveda' (antes Luis Vives) sólo está ligado al Estado por una relación meramente laboral, que le excluye de tal opción, y quedan por esta misma razón desvirtuadas cuantas alegaciones tangenciales, con la expuesta, pueden derivarse del contenido de la resolución recurrida, que en sí y en sus antecedentes no ha negado nunca la legitimidad para concursar al hoy recurrente.

La convocatoria del concurso para la adjudicación en arrendamiento de una vivienda en Madrid, y en su calle Casino, número 20, piso 3.º, letra D, lleva fecha 3 de junio de 1968, y en su párrafo 4.º expresa 'que las instancias se extenderán en el modelo oficial que se facilitará en la Secretaría del Patronato', a las cuales 'se acompañarán *imprescindiblemente* hoja de servicios y cuantas certificaciones y documentos sirvan para acreditar las circunstancias alegadas, *sin cuya aportación se considerará nula la petición*', exigencia que se hace necesario conectar con la de igual clase contenida en el artículo 9.º de la Orden de 17 de marzo de 1967, por la que se regula el sistema de adjudicación de viviendas del citado Patronato del Ministerio de Educación, y que textualmente establece 'que las instancias o certificaciones que no estén debidamente rellenas o que contengan inexactitudes, serán declaradas nulas, y en su caso, será privado el solicitante de su derecho, sin perjuicio de las sanciones de carácter administrativo o penal a que pudiera haber lugar', todo lo cual da lugar a que previamente a la valoración de puntos, cuyo baremo se constituye en el artículo 4.º de tal citada Orden, se haga preciso el examen del contenido de las instancias presentadas, que vienen a ser como pliego de condiciones a cumplir por los optantes y que presuponen la verdadera configuración de tal baremo.

Así como la instancia del recurrente don Pascual R. B. aparece extendida con detalle respecto a los apartados 1 al 9 del modelo de instancia, al aportar con ella certificación de haberes, declaración jurada de no estar incurso en Impuesto sobre la Renta, y de no pagar contribución por rústica, urbana o industrial, y también lo referente a la edad de los hijos menores que con él conviven, no ocurre así con la del otro concursante don Mariano S. R., a quien en definitiva se adjudicó la vivienda descrita, puesto que por él se omiten tales datos y sólo muy posteriormente a tal instancia, que lleva fecha 14 de junio de 1968, y aun posteriormente también a la misma resolución del concurso a su favor de 7 de agosto de 1968, esto es en 9 de noviembre del mismo año, aporta una certificación de la Sección de Habilitación del Ministerio, referente al año 1967, acreditativa de sus emolumentos en tal fecha, sin el resto de los de aquel pliego referentes a edad de sus hijos, declaración de renta, ni pago de contribuciones.

De ahí que la resolución actualmente recurrida no podía anteponer la valoración taxativa de puntos, y limitarse a señalar los que por el concepto de circunstancias familiares, antigüedad en el servicio, emolumentos y características de la vivienda que actualmente ocupan los concursantes, quedan establecidas en el repetido artículo 4.º ni a puntuar negativamente las circunstancias económicas y el hecho de ser o no cualquiera de ellos, propietarios de vivienda decorosa y suficiente, sino analizar en primer término lo que requiere el artículo 9.º, así como los propios términos de la convocatoria e incluso de las condiciones de la instancia, ya que por otra parte no se ha hecho uso de lo establecido en el artículo 3.º en cuanto a que la Secretaría del Patronato o la Comisión permanente del Consejo del Patronato, cuando lo considere necesario, podrá requerir a los peticionarios de viviendas para que presenten la documentación complementaria, que prueba fehacientemente las circunstancias y declaraciones alegadas en las instancias, ni tampoco es sostenible la afirmación que se hace en el considerando once de la resolución recurrida, de que la carga de la prueba de todo concursante, y en este caso la de las omisiones cometidas por don Mariano S. R., deben recaer sobre el hoy recurrente don Pascual R. B., pues es el propio concursante el que ha de probarlo.

Por todo lo expuesto y al ser automática la aplicación de declaración de nulidad de la instancia por mor de lo que ineludiblemente requiere el tan repetido artículo 9.º de la Orden de 17 de marzo de 1967, procede la estimación del presente recurso, al anularse la Orden recurrida, y en consecuencia la declaración de que procede adjudicar la vivienda materia del recurso al recurrente don Pascual R. B.» (*Sentencia de la Sala 3.ª de 20 de marzo de 1970*).



## III. SITUACIONES.

1. *Excedencia voluntaria.*

«En el recurso objeto del proceso se impugna la resolución de la Dirección General de Seguridad de 16 de mayo de 1968 por la que fue desestimado recurso de reposición promovido por el actor contra otra del propio Centro Directivo de 20 de noviembre de 1967 que denegó petición ya formulada en 12 de marzo de 1965 sin serle comunicada resolución alguna de ser colocado en el puesto y categoría escalafonal que creía corresponderle, así como que en la relación de funcionarios de su Cuerpo se consignase está en situación de excedente en activo o excedente con derecho a ascenso, basándose dicha denegación en que el puesto ocupado era el que tenía en 31 de diciembre de 1963 y le correspondía conforme a lo establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley articulada de funcionarios civiles de la Administración del Estado y en que las situaciones con que pretendía figurar en la aludida relación no existían en la legislación vigente y la de excedente voluntario con que en ella aparecía era la correcta, conforme a lo preceptuado en la indicada Ley acerca de esa materia, consistiendo la cuestión suscitada en decir si el recurrente, a quien fue concedida en 30 de septiembre de 1946 la excedencia voluntaria por tiempo superior a un año y no mayor de diez, según lo por él solicitado a causa de haber ingresado en la carrera de Jueces comarcales y pasar a prestar servicio en la misma cuando era Agente de tercera clase del Cuerpo General de Policía y que en 13 de septiembre de 1956 y a consecuencia de instancia suya, se le concedió pasara a la situación de excedencia voluntaria determinada en el apartado a) del artículo 9.º y disposición transitoria tercera de la referida Ley de 1954, le asiste derecho a ser colocado en el puesto y categoría que por ello pudiera corresponderle en la relación de funcionarios de tal Cuerpo por ostentar derecho a continuar ascendiendo en el mismo, según pretende con la consiguiente rectificación en la aludida relación o, por el contrario, este derecho a continuar ascendiendo quedó extinguido por haber transcurrido en septiembre de 1956 el plazo máximo de diez años con que le fue otorgado primero y reconocido más tarde.

El artículo 9.º de la Ley de 15 de julio de 1954, por la que se regularon las situaciones de los funcionarios públicos, dispone que procederá declarar la excedencia voluntaria, entre otros supuestos que determina, en el incluido en su apartado a) relativo al caso de que lo solicite el funcionario que pertenezca a otro u otros Cuerpos del Estado en el que se encuentre en activo o en cualquiera de las otras situaciones que expresa y el artículo 15 de la propia Ley establece que los excedentes voluntarios del apartado a) figurarán sin consumir plaza en plantilla, en el mismo puesto que ocupaban al pasar a tal situación no percibiendo sueldo ni otra clase de haberes, ni se les computará el tiempo que en

ella permanezcan, preceptuándose en la disposición transitoria tercera de la indicada Ley que, no obstante lo previsto en el mencionado artículo 15, los funcionarios que se encontrasen en situación de excedencia voluntaria tendrán derecho a continuar ascendiendo si al tiempo de entrar en vigor aquella Ley —16 de julio de 1954— tuvieran reconocido ese derecho en sus respectivos Cuerpos y por Decreto de 15 de abril de 1955, al llevarse a cabo la adaptación a la expresada Ley del Reglamento de la Policía Gubernativa de 25 de noviembre de 1930 se incluyó en la nueva redacción del artículo 229 del mismo, párrafo 7.º, la normativa referente a los excedentes voluntarios en el sentido que antes se reseña con mención del artículo 15 de la Ley, previniéndose en la disposición transitoria cuarta que los funcionarios del Cuerpo General de Policía excedentes voluntarios antes de publicarse la referida Ley seguirán rigiéndose en tal situación por lo dispuesto en el artículo 223 del mencionado Reglamento de 1930 y que en cumplimiento de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 21 de febrero de 1955, interpretativa de la disposición transitoria tercera de la misma Ley se respetarían a los funcionarios del Cuerpo de referencia los derechos adquiridos al amparo del mentado Reglamento y disposiciones concordantes, inherentes a la situación administrativa en que se hallasen a la entrada en vigor de aquella.

Encontrándose el recurrente en situación de excedencia voluntaria en el Cuerpo General de Policía al promulgarse la Ley de 15 de julio de 1954, concedida en 30 de septiembre de 1946 por período superior a un año y no mayor de diez cuando era Agente de tercera clase, le asistía derecho a continuar ascendiendo en dicho Cuerpo por imponerlo así la aplicación al caso de la disposición transitoria tercera de la misma Ley y la cuarta del Decreto de 15 de abril de 1955 y Orden de la Presidencia del Gobierno de 21 de febrero anterior en concordancia con lo preceptuado en el artículo 223 del Reglamento de la Policía Gubernativa de 25 de noviembre de 1930, según el cual el funcionario que pasaba a dicha situación continuaba ocupando en el escalafón el mismo lugar que tuviera al separarse, reconociéndosele el derecho a seguir el movimiento ordinario de las escalas y en observancia de cuyo precepto reglamentario había sido ya promovido en marzo de 1948, marzo de 1951 y enero de 1954 a Agente de segunda, Agente de primera e Inspector de tercera clase, respectivamente, pues se trataba de un derecho adquirido que era de obligado respeto en acatamiento a las indicadas disposiciones, pero esto sólo debe y puede serlo con el alcance y sentido que éstas determinan al reconocer la vigencia de la normativa anterior aplicable a su situación de excedencia voluntaria y por tener reconocido el derecho a seguir ascendiendo en el Cuerpo a que pertenece, y como quiera que la virtualidad y eficacia de tal derecho estaba condicionada a lo prescrito reglamentariamente en el sentido de que la duración de la excedencia voluntaria no podría exceder de diez años es visto que la posibilidad de ascenso tenía esa limitación, como la tenía también la propia situación, toda vez que, conforme a lo preceptuado en el artículo 230 del Reglamento, los excedentes voluntarios que dejaren transcurrir el plazo seña-

lado para solicitar su reingreso al servicio activo serían baja en el Escalafón.

Al transcurrir el indicado período de diez años y como consecuencia de solicitud suya y de las disposiciones que en otro lugar quedan reseñadas su excedencia voluntaria por servir en activo en otro Cuerpo del Estado, concedida al amparo de las mismas en 13 de septiembre de 1956 pasó a ser la prevista en el apartado a) del artículo 9.º de la Ley de 15 de julio de 1954, siéndole plenamente aplicables las demás disposiciones contenidas en aquella Ley y en el Reglamento de la Policía Gubernativa tal y como fue reformado por Decreto de 15 de abril de 1955, dado en cumplimiento de lo establecido en la misma para adaptación de las normas de aquél a las contenidas en dicha Ley, y en que por su artículo 229, párrafo 7.º, se previene que los excedentes voluntarios figurarán en el escalafón de origen sin consumir plaza en plantilla, no percibiendo sueldo ni otra clase de haberes, ni se les computará el tiempo que permanezcan en tal situación en relación todo ello con lo establecido en el artículo 15 de la Ley en el sentido de que permanecerán en el mismo puesto que ocupaban al pasar a esa situación y cuyo puesto no es otro que el que le correspondiese según su clase y categoría, como se dispuso en la Orden de la Presidencia del Gobierno de 28 de diciembre de 1954, dada en aclaración de lo prescrito en el referido artículo 15 de la Ley, en ejercicio de la autorización conferida por ésta, y por ello con el propio alcance de la misma según se declaró ya en sentencias de esta Sala de 14 de marzo de 1961 y 6 de abril de 1962.

La situación de excedencia voluntaria ostentada por el recurrente en 1945 había sido solicitada por él y concedida por la Administración con arreglo a lo establecido en el artículo 221 del Reglamento de la Policía Gubernativa de 25 de noviembre de 1930 y con los efectos determinados en sus preceptos, no siéndole de aplicación los del Reglamento de 7 de septiembre de 1919, dado para ejecución de la Ley de Bases de Funcionarios Civiles de 22 de julio anterior, ya que el derecho adquirido de obligado respeto a que se refieren las Disposiciones transitorias, 3.ª de la Ley de 15 de julio de 1954 y 4.ª del Decreto de 15 de abril de 1955, consecuencia de la anterior, a favor de los funcionarios declarados en tal situación antes de la entrada en vigor de dicha Ley en cuanto a ascensos no es otro como expresa la primera de ellas, que el reconocido en los respectivos Cuerpos, o sea, en este caso el Cuerpo General de Policía, como confirma la segunda norma citada al contraerse ya concreta y determinada al artículo 223 del aludido Reglamento, careciendo de fundamento la afirmación del actor de que, con arreglo al mencionado artículo tenía derecho al ascenso mientras lo tuviese a la excedencia voluntaria, y como ésta es desde entonces de duración indefinida, también lo es aquel derecho, porque olvida que, según dicho Reglamento de 1930, la indicada excedencia voluntaria sólo tenía como duración máxima diez años, y a ésta hay que referir el precepto reglamentario que otorga aquel derecho de ascenso y subsiguiente escalafonamiento, no siendo admisible, como se pretende, que para éste se acepte tal Reglamento y en cuanto a la naturaleza y duración de la excedencia se invoque, sin base alguna, el

Reglamento general de funcionarios civiles de 7 de septiembre de 1918 para la excedencia de quienes pasen a servir cargos no comprendidos en el escalafón del respectivo Ministerio, que no fue la pedida y concedida al actor, pero éste no tenga presente en cambio que, conforme al artículo 43 del último, 'el tiempo de la excedencia voluntaria no será de abono para la antigüedad, el ascenso, ni la jubilación.

La disposición transitoria tercera de la Ley articulada de funcionarios civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, al referirse a la publicación de las relaciones de funcionarios a que se contrae el artículo 27 de dicha Ley previene que las correspondientes a los funcionarios pertenecientes a Cuerpos especiales —y tal es la calificación que corresponde según sus preceptos al Cuerpo General de Policía— se publicarán por los Ministerios de los cuales dependan —el de Gobernación en este caso— respetándose el orden de colocación que se refleje en los respectivos escalafones en 31 de diciembre de 1963, como así se llevó a cabo, publicándose en el suplemento del *Boletín Oficial del Estado* del 26 de febrero de 1965, sin que el recurrente hubiese impugnado tal escalafón ni haya probado que la colocación a él asignada entonces no era la que le correspondía legalmente por aplicación de las normas que han sido objeto del precedente examen, como no tenía tampoco consistencia en pretensión ante la Administración de que su situación administrativa en 1967 debería ser la de excedente en activo a excedente con derecho a ascenso, sino la de excedencia voluntaria en los términos y con el alcance y regulación que quedan analizados y que se completa con lo establecido en relación con esa situación en el artículo 45 de la meritada Ley de 1954» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 7 de febrero de 1970*).

#### IV. FALTAS.

1. *Delito de homicidio. La autoridad que tiene conferida la potestad sancionadora de las faltas muy graves, cometidas por funcionarios municipales, que usen armas, es el Alcalde Presidente de la Corporación.*

«Como principal cuestión se plantea en este recurso, y previa a la de fondo, la de nulidad de los acuerdos del Ayuntamiento en Pleno de fecha 8 de noviembre de 1967 y de 12 de enero de 1968 —denegatorio del de reposición— por haber sido dictados por órgano notoriamente incompetente, con la pertinente pretensión de reposición del expediente al momento en que dicho defecto procesal se produjo, al efecto ha de recordarse la doctrina sobre la materia expuesta en reiteradas sentencias del Tribunal Supremo, según las cuales —principalmente la de 10 de octubre de 1966 en su Sala 5.ª— que la jurisdicción disciplinaria administrativa, estatuida con el designio de perfeccionar y sanear los servicios públicos, afecta de modo directo al prestigio y dignidad profesional del funcionario y a la integridad de sus derechos como tal, por lo que la

legislación trazó para su ejercicio normas de obligada observancia para asegurar no sólo la ponderación y acierto en las decisiones, sino estableciendo todo un sistema de garantías procesales para el funcionario sometido a expediente sancionador; es, por tanto, necesario, imprescindible incluso, que en cuestiones que afectan a la dignidad profesional del funcionario, el cumplimiento de los requisitos de orden, tanto procesal como material se efectúe con todo rigor, tanto en relación con el órgano que deba conocer y sancionar sus faltas, como teniendo en cuenta la personalidad individual de aquél y su categoría administrativa y procesal.

En el proceso actual, el recurrente don Emilio S. S., a consecuencia de un proceso penal, fue suspendido de su profesión de Guardia Municipal de Fuente del Maestre; que era funcionario que portaba armas, aparece en la sentencia que le condenó por el delito de homicidio al matar a Antonio C. R. con 'la pistola que portaba', 'marca Astra número 3.936, calibre 9 largo y pertenece al Ayuntamiento de Fuente del Maestre' y según se acredita además por el certificado, unido a estas actuaciones, expedido por el Secretario del Ayuntamiento de Fuente del Maestre, del que consta era funcionario con uso de armas cuando era Policía Municipal con la categoría de Guardia Municipal, ha de aplicársele, por tanto, lo que dispone el artículo 111 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 30 de mayo de 1952 y puesto que el expediente disciplinario que como consecuencia del proceso penal a que antes se hace mención, se instruyó, se calificó de falta muy grave a tenor de lo dispuesto en el 106 en su apartado 3.º del citado Reglamento en su letra b), supuesto que según el citado precepto 111 corresponde corregir: A) Al Presidente de la Corporación, cuando se trata de funcionarios que usen armas. Y como claramente se deduce de los documentos aportados, la corrección contra la que recurre el actor en este proceso es la de separación definitiva del servicio, fue acordada en sesión de 8 de noviembre de 1967 por el Ayuntamiento Pleno —incluso por unanimidad y cumplimentándose el *quorum* que la legislación exige para casos diferentes— es obvio que se incumplió lo dispuesto en el apartado A) del repetidamente citado artículo 111 del Reglamento de 30 de mayo de 1952, tanto más cuanto que incluso fue el Ayuntamiento Pleno también quien en 12 de enero de 1968 denegó la reposición que contra el primer acuerdo fue interpuesta por el interesado.

Contra tal decisión de la declaración de ser Organismo incompetente quien acordó la destitución definitiva del servicio contra la que el interesado recurre, no puede prevalecer la opinión de la Abogacía del Estado de que como el Ayuntamiento Pleno, es Organismo en el que ya interviene el Presidente de la Corporación, al ser tomado el acuerdo por unanimidad, ya está cumplido el requisito porque la primera autoridad legal forma parte del Pleno, y supone una ratificación por Organismo competente de lo hecho por otro incompetente. Pero ha de desecharse tal alegación por varias razones: A) Porque de la documentación aportada no aparece que el Alcalde titular de Fuente del Maestre formara

parte del Pleno tanto en la primera sesión que acordó la sanción, como en la segunda, que denegó la reposición de la misma. B) Porque la doctrina en que apoya esta argumentación, contenida en la sentencia de 8 de mayo de 1965, no es aplicable al serlo la referente a caso análogo —funcionario que usa armas— contenida entre otras sentencias de dicho Alto Tribunal una anterior —la de 21 de octubre de 1964—, pero otra posterior —la de 10 de octubre de 1966—, que explícitamente declara que la autoridad que el artículo 111, apartado A), del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, tiene conferida la potestad sancionadora de las faltas muy graves, cometidas por funcionarios municipales que usen armas, es el Alcalde Presidente de la Corporación, y como quiera que —en este caso don Emilio S. S.— pertenece a Cuerpo armado, a tenor del artículo 252 y siguientes del citado Reglamento, el Pleno del Ayuntamiento —en este recurso de Fuente del Maestre— obró con notoria incompetencia al separarle del servicio, y es por tanto nulo de pleno derecho el acto que así lo acordó. C) Porque razones de todo orden apoyan la tesis del Reglamento en el sentido de que sea el Presidente de la Corporación, y exclusivamente él, sin injerencias extrañas, el que acuerde la sanción, pues los funcionarios que usen armas en función eminentemente paramilitar deben tener el mismo criterio de jerarquización, y responsabilización ante un solo Jefe, quien, como el Alcalde en la Administración Local, es el Jefe de la Administración Municipal, Presidente del Ayuntamiento Pleno, y en su caso de la Comisión Permanente y Delegado del Gobierno, funciones ésta y la primera que independizándolo de las restantes, le confiere esa potestad sancionadora que no debe ser interferida ni por el Pleno ni por la Comisión Permanente según se desprende de los artículos 1, 19, b), y 20 del Reglamento de Organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales vigente y artículo 253 del Reglamento de Funcionarios de 30 de mayo de 1952. Razones todas ellas que ratifican la declaración de nulidad del acuerdo recurrido por estar dictado por Organismo incompetente, tanto más cuanto que por el Juez Instructor el expediente fue elevado al Presidente de la Corporación en 12 de agosto de 1967, según hace constar en la redacción del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, cuya incompetencia se declara.

Con los argumentos anteriores queda contestada la argumentación de la Abogacía del Estado, en que si bien estima que no se da un supuesto de inadmisibilidad, sí lo es de desestimación por defecto en el modo de proponer la demanda, por entender que el hoy recurrente debió denunciar la que llama supuesta infracción del Ordenamiento jurídico —al haber sido resuelto el expediente por el Ayuntamiento en Pleno en lugar de por el Presidente de la Corporación— no ahora en la demanda, sino en el recurso de reposición, esta alegación cae por su base porque en primer lugar el artículo 82 de la Ley de esta jurisdicción que trata de los casos de inadmisibilidad, en su apartado g), hace referencia al artículo 69 en cuanto a los requisitos de la demanda, y en este último precepto se expresa que en la demanda, precisamente, se harán constar cuantos motivos procedan aun cuando no se hubieren expuesto en el

previo recurso de reposición o con anterioridad a éste, y en segundo lugar porque en la función revisora que compete a los Tribunales respecto a los actos administrativos que contemplan, por ser de orden público es obligación de los propios Tribunales, aun cuando no se les haya ni expuesto ni pretendido, denunciar y corregir las infracciones procesales que advierta y declarar las nulidades a que las mismas hayan de dar lugar, razones todas ellas que obligan a desestimar la oposición que a la declaración de nulidad se hace por la Administración demandada.

A fin de resolver adecuadamente la única cuestión planteada en nombre del Ayuntamiento apelante, frente a la sentencia anulatoria del acuerdo plenario que impuso la separación impugnada, fundándose en la incompetencia del Organó municipal sancionador, no debe prescindirse de los siguientes hechos básicos, acerca de los cuales no existe controversia; que la incoación del expediente decretada por la Alcaldía, no tuvo lugar hasta que se recibió la certificación de la condena penal, remitida a través del Juzgado de Paz y en la que constaba la pena principal de privación de libertad y la accesoria de suspensión, durante el tiempo de la condena, pero sin contener los hechos declarados probados en la sentencia; que el Alcalde —según hizo constar en su informe al Secretario de la Corporación— sometió a *conocimiento y deliberación* de ésta, la resolución del expediente, 'aun siendo competencia de la Alcaldía, por deseo expreso de la misma'; que 'no aparece que el Alcalde titular de Fuente del Maestre, formara parte del Pleno, tanto en la primera sesión que acordó la sanción, como en la segunda que denegó la reposición', conforme se declaró en el apartado A) del tercer considerando de la sentencia apelada; y que, diez días después de la comisión del hecho delictivo, el propio Alcalde, aparte de calificar de *excelente* de conducta moral, pública, privada y religiosa, del inculpado, informó expresamente que 'como Guardia Municipal su conducta se califica de extraordinaria, celosísimo en cumplimiento de su deber y destacado del resto de la plantilla en el cumplimiento recto de sus deberes y obligaciones', lo que influyó esencialmente en la propuesta del Instructor del expediente, contraria a la separación definitiva impuesta, y favorable a lo que denomina 'destitución del cargo, durante la vigencia de la inhabilitación dictada judicialmente', equivalente al cumplimiento estricto de la pena accesoria impuesta en la ejecutoria.

La Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 —supletoria de las normas que regulan el de las Corporaciones Locales, conforme a lo preceptuado en su artículo 1.º, 4) — establece terminantemente que 'la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación, *previstas por las Leyes*' (art. 4) y que 'la incompetencia puede declararse incluso de oficio' (artículo 8), de manera que, para la transferencia válida del ejercicio de la competencia, no basta la manifestación volitiva del órgano competente, sino que es necesario la previa autorización legal, sin la que nunca está legitimado para entrar en funciones, el Organó que carece de com-

petencia propia, aunque haya querido transferírsela, el que la tiene otorgada por la Ley, de forma exclusiva y excluyente.

Aun en la hipótesis de que frente al criterio expuesto en la sentencia apelada, siguiendo el establecido por esta Sala en sentencias de 21 de octubre de 1964 y 10 de octubre de 1966, pudiera prevalecer el mantenido por el Abogado del Estado, con apoyo en las de la Sala 4.ª de 8 de mayo de 1965 y 22 de diciembre de 1967, dictadas en relación con licencias o autorizaciones, acordadas con intervención del Alcalde, 'sin abdicar de su propia competencia', y quedando en sus manos la decisión, sometida al Organó colegiado, para reforzar su criterio con el unánime Concejal, pero sin supeditarlo a éste, sería necesario, en todo caso, resolver sobre el fondo del asunto, por imperativo del artículo 100.7 de la Ley de la jurisdicción, de modo que la revocación del pronunciamiento apelado, no implicaría la declaración de ser conformes a Derecho, los acuerdos impugnados en el proceso, no sólo fundándose en el vicio de incompetencia, acogido en primera instancia, sino también en la improcedencia de la separación definitiva recurrida para sancionar la conducta, que no se estimaba por el funcionario recurrente, constitutiva de la falta prevista en el artículo 106, 3.º, b), del Reglamento de Funcionarios de las Corporaciones Locales, cuestión que debe ser resuelta previamente en vía administrativa, por el Alcalde competente, antes de que la jurisdicción revisora pueda pronunciarse acerca de si el *exceso* en el cumplimiento de su deber, apreciado en la sentencia condenatoria del Guardia Municipal demandante, para estimar sólo como eximente incompleta la circunstancia principal modificativa de su responsabilidad criminal, en concepto de autor del delito de homicidio voluntariamente cometido impide o no que tal conducta pueda calificarse en vía disciplinaria, como 'irregular', y en su forma más grave, por constituir un delito cometido 'con malicia', lo que obliga a resolver el problema discutido en el actual proceso, sobre el *grado de culpabilidad* del condenado, concurriendo la circunstancia de haber actuado en ejercicio de su cargo, pero excediéndose en el cumplimiento de su obligación, utilizando medios desproporcionados para repeler el intento de agresión, es decir, acerca de si el referido *exceso* debe imputársele a título de dolo « de culpa » (Sentencia de la Sala 5.ª de 18 de marzo de 1970).

2. *Falta de probidad.* Se sanciona en vía administrativa no sólo cuando los hechos suceden con motivo del cargo que desempeña el funcionario, sino cuando los hechos se desenvuelven en el desempeño de otra función e incluso en la vida privada.

«Por el hecho de que el recurrente siendo Comisario de segunda clase del Cuerpo General de Policía y desempeñando al propio tiempo funciones en la Delegación Provincial de Auxilio Social de Madrid al liquidar los ingresos de ficha azul se observó la falta de 221.400 pesetas, y previa tramitación de expediente disciplinario se le impuso la sanción de suspensión firme de funciones por un plazo de seis años prevista en



el apartado b) del artículo 91 de la Ley articulada de funcionarios por una falta muy grave de probidad moral y material comprendida en el apartado a) del artículo 88 de la misma Ley y concordantes, acordando al propio tiempo deducir testimonio para la responsabilidad penal si la hubiere, y contra tal resolución se alega en el presente recurso contencioso-administrativo, primero, que desde el momento que se acude a la vía penal debía suspenderse la actuación administrativa hasta que la jurisdicción ordinaria dictase resolución, y segundo, que la falta de probidad en todo caso no se cometió en el ejercicio de su cargo de Comisario del Cuerpo General de Policía y no puede sancionarse una falta ajena a tal función, pero ambas alegaciones es evidente que carecen de fundamento, porque la sanción disciplinaria que corresponde a la potestad administrativa es independiente de la jurisdicción penal, según reiterada jurisprudencia, y la falta de probidad se sanciona en la vía administrativa no sólo cuando los hechos suceden con motivo del cargo que desempeña el funcionario, sino cuando, como en el caso presente, los hechos se desenvuelven en el desempeño de otra función e incluso en la vida privada» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 18 de marzo de 1970*).

RAFAEL ENTRENA CUESTA.

