

# CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

## B) PERSONAL

**SUMARIO:** I. DERECHOS: 1. Frente al poder organizatorio de la Administración, el funcionario no puede esgrimir con éxito más que los derechos que, por consolidación, hayan alcanzado la cualidad de adquiridos y que una constante jurisprudencia ha limitado a los de orden económico o al contenido de la función a realizar, pero que no cabe alegar cuando entran de lleno en la «potestas variandi» de la Administración, que afecta indudablemente a las edades de jubilación y retiro, reconociéndose una vez más la doctrina de que la relación funcional es el resultado de un «acto condición» por virtud del cual el funcionario queda sujeto a un «status» legal y reglamentario, sometido en cualquier momento a la posibilidad innovadora de la Administración que puede alterar así su situación anterior. 2. La tesis municipal según la cual no puede considerarse prestando servicios a la corporación en 1 de junio de 1977 a efectos de la aplicación del Real Decreto de 2 de junio de 1977 el personal originariamente del Ayuntamiento absorbido por la concesionaria del servicio de limpieza resulta extremadamente formalista, raquítica y como tal contraria a la finalidad del propio Real Decreto y al mismo tiempo desconocedora del principio de protección de los intereses de los trabajadores, inspirador de nuestra legislación social. 3. Cese de funcionario honorífico. Arquitecto municipal. El cese puede ser acordado en cualquier momento, sin necesidad de motivo alguno, por lo que de estimarse que los motivos alegados no eran ciertos, ello no impediría el cese y, en todo caso, su inexactitud podría dar lugar a exigencias de responsabilidades por la vía penal si existiesen imputaciones injuriosas. 4. Las facultades que tiene atribuidas el Consejo Supremo de Justicia Militar son las de reconocimiento y concesión de las pensiones causadas por el personal militar, pero no el reconocimiento de servicios, que corresponde a la autoridad militar y vinculan al citado organismo. 5. Señalamiento de haber pasivo. Aplicación de la Ley 22/1977. 6. Pensión extraordinaria de viudedad. No procede si la muerte del esposo no se produce en acto de servicio. 7. Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo. Su artículo 2.º ha de ser interpretado en el sentido de que habida cuenta de que los trienios remuneran servicios efectivamente prestados o reconocidos, el conjunto de aquéllos no sólo determina la cuantía del haber regulador, sino que ha de traducirse también en tiempo de servicios prestados a efectos de fijar el porcentaje determinante de la pensión.—II. FALTAS: 1. La insubordinación supone faltar a la subordinación debida a persona determinada, lo que implica una situación de jerarquía y presupone la existencia de una negativa expresa a cumplir o acatar las órdenes o mandatos impartidos por un superior dentro de la esfera de sus atribuciones, quebrantando la relación de dependencia que lleva implícita la sumisión jerárquica.—III. RÉGIMEN JURÍDICO: La palabra «separación» a efectos de admisión del recurso de apelación en los pleitos de personal, ha de interpretarse en un sentido amplio que comprende todos aquellos supuestos en que se produce la extinción de la relación de servicio, estando en juego la inamovilidad del funcionario, y no sólo a la sanción disciplinaria, cuya limitación ni esta expresamente establecida en la Ley, ni puede ser interpretada en ese sentido estricto conforme a las normas de hermenéutica, que precisamente, prescriben una interpretación amplia en todas las normas restrictivas de los derechos individuales.

## I. DERECHOS

1. *Frente al poder organizatorio de la Administración, el funcionario no puede esgrimir con éxito más que los derechos que, por consolidación, hayan alcanzado la cualidad de adquiridos y que una constante jurisprudencia ha limitado a los de orden económico o al contenido de la función a realizar, pero que no cabe alegar cuando entran de lleno en la «potestas variandi» de la Administración, que afecta indudablemente a las edades de jubilación y retiro, reconociéndose una vez más la doctrina de que la relación funcional es el resultado de un «acto condición» por virtud del cual el funcionario queda sujeto a un «status» legal y reglamentario, sometido en cualquier momento a la posibilidad innovadora de la Administración que puede alterar así su situación anterior.*

«La parte recurrente, entrando ya en el fondo del asunto, combate la sentencia apelada utilizando los mismos argumentos ya esgrimidos tanto en el expediente administrativo como en la Primera Instancia de la vía jurisdiccional y que, en síntesis, consisten en mantener que la Orden ministerial de 21 de febrero de 1975 le reconoció el derecho a jubilarse a los setenta y cinco años y que pese a publicarse la Ley de 28 de febrero de 1978 que derogó el sistema anterior, como quiera que las Leyes no pueden tener efectos retroactivos, si otra cosa no se dispone en las mismas, no podía la Administración revisar su acto de 1976, declarativo de derechos, sino por el cauce rituario de los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo, invocando, por último, la infracción del Ordenamiento Jurídico por desviación de poder.

Lo primero que hay que tener presente, como así lo hizo la sentencia apelada, es que nos encontramos ante una normativa estatutaria en la que la Administración tiene la facultad de modificarla unilateralmente, y que como ya tiene declarado este Tribunal Supremo (Sentencia de 25 de febrero de 1977) frente al poder organizatorio de la Administración el funcionario "no puede esgrimir con éxito más que los derechos que, por consolidación, hayan alcanzado la cualidad de adquiridos y que una constante jurisprudencia ha limitado a los de orden económico o al contenido de la función a realizar, pero que no cabe alegar cuando entran de ello en la 'potestad variandi' de la Administración, que afecta indudablemente a las edades de jubilación y retiro", reconociéndose una vez más la doctrina de que la relación funcional es resultado de un "acto condición" por virtud del cual el funcionario queda sujeto a un "status" legal y reglamentario sometido en cualquier momento a la posibilidad innovadora de la Administración que puede alterar así su situación anterior, sin que en modo alguno quepa hablar de retroactividad de la Ley ni de revocación de sus actos aplicativos; de ahí que la Ley de 1978 al variar la edad de jubilación que resultaba de la Ley de Bases de 1974, por la vía de

derogar ésta y resultar aplicable el régimen general, no hizo más que utilizar aquella potestad.

El recurrente, en escrito de 7 de febrero de 1975 concreta en la súplica "que le sea aplicada la reforma introducida en el nuevo Ordenamiento legal, en lo concerniente a la edad de jubilación de los Letrados del Cuerpo Especial Técnico de este Ministerio" y, en consecuencia "no ser jubilado a la edad de los setenta años" y la Orden del Ministerio de Justicia de 21 de febrero de 1975 estimando dicha solicitud acuerda declarar "procedente su continuación en el servicio activo en los términos prescritos en las normas a que se ha hecho mérito" y que eran los números 55 y 56 de la Ley de Bases número 42/1974, de 28 de noviembre, mas al llegar a este punto, nos encontramos con que los referidos números de dicha Ley no han estado nunca vigentes, pues en el artículo 1.º de esta Ley 42/1974 se establecía que "se autoriza al Gobierno para que en los términos del artículo 51 de la Ley Orgánica del Estado se someta en el plazo de un año a la sanción del Jefe del Estado la Ley Orgánica de la Justicia con sujeción a las siguientes Bases", plazo que se prorrogó hasta el 28 de noviembre de 1976 por el artículo 1.º del Real Decreto-ley 14/1975, de 17 de noviembre, y fue objeto de nueva prórroga hasta el 28 de noviembre de 1977 por el Real Decreto-ley 24/1976, de 26 de noviembre, conforme a la moción formulada por la Comisión general de Codificación exponiendo las dificultades existentes para el desarrollo actual de la citada Ley de Bases de la Justicia y la eventual necesidad de proceder a la revisión de alguno de sus preceptos, añadiendo que, sin embargo, la existencia en las propias Bases de preceptos no afectados por aquellas consideraciones hace conveniente prever la posibilidad de un desarrollo parcial e incluso la inmediata vivencia de preceptos que tienen el contenido propio de una norma y no requieren por ello ulterior desarrollo, por lo que este Real Decreto-ley, luego de prorrogar aquel plazo autorizó al Gobierno para someter a la sanción del Jefe del Estado las disposiciones que articulen parcialmente los extremos contenidos en aquellas Bases, cuya aplicación anticipada se estima de urgente necesidad, sin perjuicio de la ulterior refundición en un solo texto articulado definitivo y completo; y conforme a las disposiciones antes citadas sólo han entrado en vigor los extremos que el Gobierno ha sometido a sanción del Jefe del Estado, entre los que no se encuentra la variación en la edad de jubilación y sistemas de prórrogas anterior a la Ley de Bases, por todo lo cual carece de apoyo legal la pretensión del recurrente basada precisamente en lo dispuesto en la referidas bases.

Por último, que el acto propio de la Administración al dictar la Orden de 21 de febrero de 1975 consistió en no jubilar al recurrente a los setenta años de edad como preceptuaba el Reglamento Orgánico de su Cuerpo lo que sólo se justifica por su equiparación a los Magistrados y Fiscales, y éstos podían seguir en activo desde los setenta y dos a los setenta y cinco años mediante prórrogas anuales, sistema que seguía vigente cuando se dictó aquella Orden permitiéndole seguir en servi-

cio activo y que ha sido expresamente derogado por la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley 17/1980, de 24 de abril.

En cuanto a la desviación de poder, asimismo alegada, tiene aún menor acogida ya que el apelante la basa en la presunción de que la interpretación de las leyes hecha por el Ministerio de Justicia se ha verificado no con criterios objetivos, sino bajo la presión de los funcionarios en activo que desean ascender y a los que, por tanto, favorece tal interpretación, pero aparte de la acertada consideración que hace la sentencia apelada de que el hecho de que haya otros funcionarios más o menos interesados en remover los obstáculos que para sus ascensos nacen de la continuación en servicio activo del recurrente, no es suficiente para predicar una torticera actuación de la Administración; es muy de tener en cuenta que la desviación de poder, como reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, presupone el ejercicio de actos límites pero con fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico, desviación teleológica que no cabe basar en simples conjeturas, sino que necesita de una prueba plena; prueba que, de acuerdo con los principios generales en esta materia, corresponde a la parte actora, y que no existe en el presente caso. (*Sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup>, 28 de enero de 1981.*)

2. *La tesis municipal según la cual no puede considerarse prestando servicios a la Corporación en 1 de junio de 1977 a efectos de la aplicación del Real Decreto de 2 junio de 1977 el personal originariamente del Ayuntamiento absorbido por la concesionaria del servicio de limpieza resulta extremadamente formalista, raquítica y como tal contraria a la finalidad del propio Real Decreto y al mismo tiempo desconocedora del principio de protección de los intereses de los trabajadores, inspirador de nuestra legislación social.*

*Considerandos de la sentencia apelada que se aceptan:*

El segundo recurso, que ahora nos corresponde examinar, es el promovido por la propia Corporación, que por vía de lesividad impugna la legalidad de las bases del concurso, al disponer que el personal adscrito al servicio de limpieza que fue cedido a la empresa concesionaria en el año 1972, podría aspirar a las plazas convocadas por entender que al tratarse de un concurso restringido y extraordinario anunciado al amparo de la facultad concedida a las entidades locales para normalizar la situación de su personal interino, temporal, eventual o contratado por el Real Decreto de 2 de junio de 1977 resultaba requisito "*sine qua non*" encontrarse prestando servicios a la Corporación en 1 de junio de 1977, situación que no se daba en el personal absorbido por C. y C. al hacerse cargo del servicio de limpieza.

La tesis municipal resulta extremadamente formalista y raquítica y como tal contraria a la finalidad del propio Real Decreto a cuyo amparo se convocó el concurso, y al mismo tiempo desconocedora del

principio de protección de los intereses de los trabajadores, inspirador de toda nuestra legislación social.

En efecto, por el mero hecho de que una empresa privada se hiciera cargo del servicio de limpieza, hasta ese momento gestionado directamente por el Ayuntamiento, por medio de personal sujeto a una relación laboral, pasando ésta a depender de la empresa concesionaria, no quiere ello decir que aquella relación que vinculaba el ente municipal con sus trabajadores haya quedado totalmente extinguida y así lo prueba el propio contrato de concesión del servicio, en el que claramente el Ayuntamiento de Bilbao se compromete a recoger al personal cedido una vez finalizado el contrato (art. 7.4), lo que revela que él mismo considera que retiene la titularidad de la relación laboral y por otra parte hay que tener en cuenta que dicha transferencia de personal se realizó al margen de los trabajadores afectados, por lo que en modo alguno pueden ahora resultar perjudicados por unos actos ajenos a su voluntad.

Igualmente se ha de tener presente que el Real Decreto de 2 de junio de 1977 pretendió, como es patente, resolver de una vez por todas las situaciones irregulares que en materia de personal se habían ido acumulando en los últimos años, poniendo fin a la prestación de servicios públicos por modalidades distintas de la propia del funcionario, finalidad que se frustraría de mantenerse la pretensión municipal, puesto que a la finalización de la concesión del servicio de limpieza, y tal como se había obligado, tendría que recoger al personal temporalmente cedido en la misma condición de contratado laboralmente.

Por todo lo expuesto hay que estimar que a los solos efectos de poder beneficiarse de la convocatoria que nos ocupa, el personal que contratado originariamente por el Ayuntamiento de Bilbao para el servicio de limpieza fue posteriormente absorbido por la empresa concesionaria continuaba en 1 de junio de 1977 prestando servicios a la Corporación, lo cual no sólo jurídicamente, sino realmente, es así, pues este personal seguía realizando las mismas labores, en el mismo servicio público y percibiendo sus retribuciones de la misma fuente, aunque fuera por mediación, ahora, de una personalidad jurídica interpuesta, que en este sentido resultaba mera gestora de los intereses municipales.

Como resumen final procede declarar la inadmisibilidad del recurso promovido por el grupo de concursantes y la desestimación del interpuesto en vía de lesividad por el Ayuntamiento de Bilbao, y desde luego, todo ello sin que hagamos ninguna declaración especial sobre las costas causadas.

#### *Considerandos del Tribunal Supremo:*

Por sus propios fundamentos, aceptados en lo sustancial por esta Sala, procede confirmar la sentencia apelada que trató acertadamente la cuestión planteada, sin que puedan prosperar las alegaciones que

se hacen por la parte recurrente, que son reproducción de las producidas en primera instancia, sin que se añada nada nuevo a lo ya tenido en cuenta por el Tribunal "a quo", pretendiendo sólo y exclusivamente que prevalezca su propio y particular criterio frente al de la Audiencia que no ha sido desvirtuado. (*Sentencia de la Sala 5.ª de 10 de febrero de 1981.*)

3. *Cese de funcionario honorífico. Arquitecto municipal. El cese puede ser acordado en cualquier momento, sin necesidad de motivo alguno, por lo que de estimarse que los motivos alegados no eran ciertos, ello no impediría el cese y, en todo caso, su inexactitud podría dar lugar a exigencias de responsabilidades por la vía penal, si existiesen imputaciones injuriosas.*

«Admitido por el recurrente que su cese como Arquitecto municipal honorífico puede acordarse unilateralmente, queda como motivo del recurso si fundamentado en determinadas afirmaciones, no probadas, es motivo de nulidad por desviación de poder. Alega el interesado que la Corporación no acredita los hechos que menciona como motivo de su cese, como le corresponde por aplicación del artículo 1.214 del Código Civil, ignorando la reiterada doctrina del Tribunal Supremo de que, presumiéndose que la Administración ejerce sus actividades conforme a derecho, es a la parte que alega lo contrario quien ha de probar que ha usado de sus facultades para fines distintos de los perseguidos por el Ordenamiento Jurídico, por lo que debe rechazarse tal razonamiento, y consecuentemente, desestimar el recurso, máxime teniendo en cuenta las razones invocadas por la sentencia recurrida que estimando que podía ser cesado en la designación de Arquitecto honorífico sin razón o motivo alguno, si los motivos alegados no eran ciertos, ello no impediría su cese, y en todo caso, su inexactitud podría dar lugar a exigencia de responsabilidades por el cauce penal, si existiesen imputaciones injuriosas, o por el civil, para la exigencia de los perjuicios a que se refiere el artículo 1.902 del Código Civil.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 17 de marzo de 1981.*)

4. *Las facultades que tiene atribuidas el Consejo Supremo de Justicia Militar son las de reconocimiento y concesión de las pensiones causadas por el personal militar, pero no el reconocimiento de servicios, que corresponde a la autoridad militar y vinculan al citado organismo.*

«La cuestión planteada en el recurso se circunscribe a determinar si han de computarse al recurrente, a efectos de fijar la pensión de retiro por edad, once trienios de Oficial y dos de Suboficial, como ha resuelto el Consejo Supremo de Justicia Militar al fijarle la base regula-

dora para señalarle la pensión, o bien si tiene derecho a que se le fijen trece trienios de Oficial que le venían siendo concedidos por la Administración Militar.

El demandante ha percibido los últimos haberes en situación de activo en la cantidad correspondiente a trece trienios de Oficial, figurando en la propuesta de señalamiento de haber pasivo efectuada por la Capitanía General de la Cuarta Región Militar, Zona de Reclutamiento y Movilización, por trece trienios de grado de Oficial, desprendiéndose igualmente, de la hoja de servicios unida al expediente, el reconccimiento de estos trienios.

El supuesto estudiado es idéntico al resuelto en las sentencias citadas en los vistos, por lo que debe mantenerse la misma línea argumental, y concluir que habiendo reconocido la Administración Militar trece trienios de Oficial, este particular debió tomarse como base por la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar para fijar la pensión, en cuanto las facultades que tiene atribuidas son las de reconocimiento y concesión de las pensiones causadas por el personal militar, pero no el reconocimiento de servicios que corresponde a la autoridad militar y vinculan al citado Organismo, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 20-1 del Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, al expresar que servirá de base reguladora para la determinación de las pensiones "la suma del sueldo, grado y trienios reconocidos".

En virtud de lo expuesto, la base reguladora que debe tenerse en cuenta para señalar el haber pasivo del demandante es la de trece trienios que le venían siendo reconocidos por la autoridad militar y con los que fue propuesto al Consejo Supremo para la determinación de haber pasivo, y al no haberlo entendido así este Organismo, procede la anulación del Acuerdo recurrido, de conformidad con el artículo 83-2 de la Ley de la Jurisdicción, por no ser conforme a derecho, declarando en su lugar el derecho del recurrente a que le sean computados los trienios en la cuantía y forma solicitada en la demanda, coincidente con la que venía disfrutando por reconocimiento de la Administración Militar, mientras estaba en la situación activa.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 27 de enero de 1981.*)

##### 5. Señalamiento de haber pasivo. Aplicación de la Ley 29/1977.

«El motivo de este recurso es el de dilucidar si el trienio que consolidó en la categoría de Alférez, se le ha de abonar con la proporcionalidad 10 como pretende, o con la de 6 que le fijó el acuerdo recurrido. Esta Sala ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en varias resoluciones, entre otras las sentencias de 17 de junio y 24 de septiembre últimos en las que reconocen tales trienios con la proporcionalidad 10, cuando así expresamente se les hubiese recono-

cido, circunstancias que concurren en el interesado; por todo lo cual procede estimar el recurso y anular los acuerdos recurridos para que se practique una nueva liquidación de haberes, teniendo en cuenta que el trienio consolidado en la categoría de Alférez se le computará con proporcionalidad 10, todo ello sin hacer expresa condena de costas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 30 de enero de 1981.*)

6. *Pensión extraordinaria de viudedad. No procede si la muerte del esposo no se produce en acto de servicio.*

«Don José W., esposo de la recurrente, guardia civil, y luego perteneciente a Guardia Nacional Republicana, fue fusilado en 1937 por intentar pasarse a zona nacional, habiéndosele concedido a su viuda, hoy recurrente, pensión alimenticia del 50 por 100 del sueldo del causante; con fecha 17 de julio de 1941, la interesada solicitó del Consejo Supremo de Justicia Militar que se le concediera pensión equivalente al sueldo íntegro, solicitud que le fue denegada por acuerdo de 9 de agosto de 1941; posteriormente, con fecha 27 de enero de 1979 solicitó se le concediese pensión extraordinaria del 200 por 100 de la base reguladora, demanda que le fue denegada por acuerdo de 4 de abril siguiente, lo mismo que el recurso de reposición contra este acuerdo por el de fecha 27 de junio, que son los actualmente recurridos. Es evidente que, según los hechos mencionados, la muerte del esposo de la interesada no se produjo en acto de servicio, requisito necesario para obtener la pensión extraordinaria que se regula en el artículo 34 del Decreto de clases pasivas de 13 de abril de 1972; la recurrente percibe una pensión alimentaria, que no tiene el carácter de extraordinaria del precepto antes citado, y que son las únicas revisables por aplicación del artículo 3.º de la Ley de 4 de enero de 1977, en relación con la Orden de 31 de enero de 1978; así lo reconoció la Administración en 1941, al denegarle la pensión del 100 por 100 del regulador, de la Ley de 13 de diciembre de 1940, procediendo desestimar el recurso.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 6 de febrero de 1981.*)

7. *Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo. Su artículo 2.º ha de ser interpretado en el sentido de que habida cuenta de que los trienios remuneran servicios efectivamente prestados o reconocidos, el conjunto de aquéllos no sólo determina la cuantía del haber regulador, sino que ha de traducirse también en tiempo de servicios prestados a efectos de fijar el porcentaje determinante de la pensión.*

«Acogido el recurrente, ex Cabo mecánico de la Aviación en situación de retirado, a los beneficios del Real Decreto-ley 6/1978, de 6 de marzo, sobre pensiones a militares que tomaron parte en la guerra civil, el problema a resolver consiste en determinar si el módulo re-

regulador de la pensión de retiro ha de ser el 30 por 100 del haber regulador, como ha concedido el Consejo Supremo de Justicia Militar en el acuerdo impugnado, por entender que el tiempo de servicios a todos efectos computable es el completado hasta el 18 de julio de 1936, en cuya fecha no había completado diez años de servicios, o si, como sostiene el recurrente, es el 80 o el 90 por 100 el módulo aplicable, toda vez que según la Orden del Ministerio de Defensa de 21 de marzo de 1979 declara que su retiro por edad le habría correspondido el 30 de agosto de 1967.

Como ya tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 28 de mayo, 17 de junio y 20 de octubre de 1980, el artículo 2.º del Real Decreto-ley anteriormente citado ha de ser interpretado en el sentido de que, habida cuenta de que los trienios remuneran servicios efectivamente prestados o reconocidos, el conjunto de aquéllos no sólo determina la cuantía correspondiente de la base o haber regulador, sino que ha de traducirse también en tiempo de servicios prestados a efectos de fijar el porcentaje determinante de la pensión que, por tanto, no puede ser fijada atendiendo solamente a los servicios prestados hasta el 17 de julio de 1936, sino también al correspondiente a los trienios que se reconocen con efectos posteriores a dicha fecha.

A la vista de lo anteriormente razonado ha de estimarse que la fijación de la pensión de retiro del recurrente en un 30 por 100 del haber regulador, no es ajustado a derecho, antes bien, con fundamento en las Leyes de 12 de julio de 1940 y 13 de diciembre de 1943, en relación con el artículo 8.º del Real Decreto-ley 10/1976, de 20 de julio, sobre amnistía, ha de concluirse que el porcentaje regulador de la pensión de retiro para el caso que nos ocupa, dado que se ha retirado al interesado con doce trienios, lo que implica un reconocimiento de servicios superior a los veinte años, debe ser el 90 por 100, que es lo previsto por el artículo 2.º de la Ley de 13 de diciembre de 1943.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 3 de febrero de 1981.*)

## II. FALTAS

1. *La insubordinación supone faltar a la subordinación debida a persona determinada, lo que implica una situación de jerarquía y presupone la existencia de una negativa expresa a cumplir o acatar las órdenes o mandatos impartidos por un superior dentro de la esfera de sus atribuciones, quebrantando la relación de dependencia que lleva implícita la sumisión jerárquica.*

«La apelación interpuesta por el abogado del Estado muestra su disconformidad con la sentencia recurrida en cuanto en ella no se estiman plenamente probados los hechos que han servido de base a la sanción de tres meses de suspensión de empleo y sueldo impuesta al demandante-apelado por el Ministerio de Trabajo y, en todo caso, ade-

más, por estimar que los hechos probados si no constituyen una falta grave de insubordinación individual y colectiva prevista en el artículo 66-4-d) del Estatuto de Personal Médico de la Seguridad Social aprobado por Decreto de 23 de diciembre de 1966, como ha entendido el Tribunal de Primera Instancia, integran la falta injustificada de asistencia o permanencia en el puesto de trabajo calificado de grave en el artículo 66-3-b) del citado Estatuto y castigada con la misma sanción.

Tras una apreciación conjunta y racional de las actuaciones administrativas, se llega a la conclusión de que no está claramente probado que el médico sancionado acudiera a la reunión a las once treinta horas, sino que parecen más dignas de crédito las numerosas manifestaciones relativas a que asistió a partir de las doce treinta, e igualmente que no debe valorarse desde el punto de vista sancionado la atribución que se le hace al expedientado de tener una participación activa y destacada en la reunión, pues tal afirmación queda envuelta en una ambigüedad insuficiente para imponer una sanción que ha de basarse en hechos concretos, determinados, ciertos y circunstanciados, según declaró esta Sala en la sentencia de 2 de octubre de 1969, oponiéndose la ambigüedad con que está relatada la actividad del sancionado en la reunión con la concreción recogida en los hechos declarados probados por la resolución recurrida, en orden a la actitud conciliadora mostrada por el expedientado al invitar a los que asistían a la reunión a que se retiraran cuando se presentaron en el local los dos agentes del Cuerpo Superior de Policía indicando que la reunión no estaba autorizada.

Después de esta apreciación en conjunto de la prueba practicada, los hechos quedan concretados en que la hora de asistencia a la reunión fue las doce treinta horas y desprovistos de la acusación relativa a la participación activa y destacada del expedientado, pero aun aceptando los hechos declarados probados por la Administración en la resolución recurrida, que ha de ser la base de la resolución, no se puede admitir que constituyan la falta de insubordinación individual y colectiva por la que fueron sancionados, y ello en razón de que la insubordinación supone faltar a la subordinación debida a persona determinada, lo que implica una situación de jerarquía y presupone la existencia de una negativa expresa a cumplir o acatar las órdenes o mandatos impartidos por un superior dentro de la esfera de sus atribuciones, quebrantando la relación de dependencia que lleva implícita la sumisión jerárquica, y estas circunstancias no concurren en el caso presente, según los hechos declarados probados por la Administración, en los que no se recoge que existiera orden o mandato que prohibiera al sancionado asistir a la reunión, ni tampoco se aducen en los razonamientos los motivos que llevarán a la Administración a estimar la asistencia a una reunión como una falta de insubordinación.

Si bien es cierto que el médico sancionado al acudir a la reunión tuvo que dejar su puesto de trabajo, también lo es que, según recoge

la sentencia apelada, no hay un solo antecedente en el expediente demostrativo de que en el espacio de tiempo comprendido entre las doce treinta y las trece quince horas que duró la reunión, tuviera que permanecer en un lugar determinado del centro sanitario, ni que hubiera queja alguna de falta de asistencia a los enfermos a su cargo o a otros en los que hubiera de intervenir o colaborar; por estos razonamientos no puede admitirse la pretensión formulada por el Abogado del Estado relativa a que se califiquen los hechos como constitutivos de la falta injustificada de asistencia o permanencia en el puesto de trabajo prevista en el artículo 66-3-b) del citado Estatuto, pues tal infracción hay que valorarla en función del tiempo que dure de la ausencia y en relación con el cumplimiento normal o anormal de las labores asistenciales encomendadas, y como en este caso la asistencia a la reunión fue de tres cuartos de hora, sin que durante ese tiempo sufrieran alteración o deterioro las funciones encargadas al expedientado, no procede tipificar el hecho en la falta grave que pretende el Abogado del Estado.

En definitiva, la conducta del recurrente se condensa en la asistencia a una reunión en un local anexo al Centro Sanitario en el que presta sus servicios, en la que intervino para interesar de los recurrentes que abandonaran el local ante la presencia de la Policía gubernativa, que les manifestó que la reunión no estaba autorizada, y esta conducta no está tipificada como sancionable en el citado Estatuto del Personal Médico de 23 de diciembre de 1966, por lo que procede confirmar la sentencia recurrida que, razonando en el mismo sentido, anuló el Acto administrativo que sancionó al médico expedientado con tres meses de suspensión de empleo y sueldo.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 10 de febrero de 1981.*)

### III. RÉGIMEN JURÍDICO

*La palabra «separación», a efectos de admisión del recurso de apelación en los pleitos de persona!, ha de interpretarse en un sentido amplio que comprende todos aquellos supuestos en que se produce la extinción de la relación de servicio, estando en juego la inamovilidad del funcionario, y no sólo a la sanción disciplinaria, cuya limitación ni está expresamente establecida en la Ley, ni puede ser interpretada en ese sentido estricto conforme a las normas de hermenéutica, que, precisamente, prescriben una interpretación amplia en todas las normas restrictivas de los derechos individuales.*

«Alegada la inadmisibilidad del presente recurso por el Abogado del Estado en base a lo dispuesto en el párrafo a) del Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, creando la Audiencia Nacional, que limita la admisibilidad de la apelación en materia de personal a los casos de separación de funcionarios públicos inamovibles, habrá que estudiar

en primer término la aludida causa de inadmisibilidad, dado su carácter preclusivo, y esta Sala entiende que no puede prosperar, puesto que la distinción que a estos efectos hace el representante de la Administración entre la jubilación y la separación del servicio no es aplicable en casos como el presente en que precisamente la cuestión consiste en la extinción de la relación de servicio del funcionario con la Administración, producida aquí por una declaración de jubilación que se combate como contraria a Derecho; y como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal (Sentencia de 26 de septiembre de 1979), la palabra "separación", a efectos de admisión del recurso de apelación en los pleitos de personal, ha de interpretarse en un sentido amplio que comprende todos aquellos supuestos en que se produce la extinción de la relación de servicio, estando en juego la inamovilidad del funcionario, y no sólo a la sanción disciplinaria, cuya limitación ni está expresamente establecida en la Ley ni puede ser interpretada en ese sentido estricto conforme a las normas de hermenéutica que precisamente prescriben una interpretación amplia en todas las normas restrictivas de los derechos individuales.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 28 de enero de 1981.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

# CRONICA ADMINISTRATIVA

