

## CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

### B) PERSONAL

**SUMARIO:** I. SELECCIÓN: 1. La mayoría exigible para que un Tribunal de Oposiciones a profesor agregado integrado por siete miembros pueda acordar la propuesta de un nombramiento es la de cuatro votos favorables. 2. Desviación de poder del acto por el que se convoca concurso para cubrir en propiedad plazas de directores de bandas de música civiles, porque ante la reiteración de la actuación administrativa al convocar concurso, en lugar de oposición, se está persiguiendo un resultado distinto al fijado por el ordenamiento jurídico. 3. Ilegalidad de acuerdo de un Ayuntamiento de Euzkadi de contratar con carácter fijo a unos operarios contratados anteriormente por un año, por establecer un régimen funcional del establecido por el artículo 103 del Decreto 6 octubre 1977, que establece la oposición o concurso-oposición como procedimiento para seleccionar a este personal.—II. DERECHOS: 1. Derecho al cargo. No es persona contratada y si funcionario local el médico de una antigua fundación gestionada por el Ayuntamiento y luego disuelta para convertirse en establecimiento público de beneficencia municipal. 2. Inexistencia de desviación de poder en el acuerdo de cese en el desempeño de una plaza de libre designación por pérdida de confianza de la Corporación en su titular debido a las críticas que éste hacía de la Diputación y su presidente en la prensa local. 3. La regulación de los haberes de los funcionarios de la Administración local excluye la alteración de las retribuciones complementarias generalmente establecidas. Ilegalidad manifiesta de acuerdo de la Diputación provincial. 4. Los derechos de los funcionarios sólo pueden ser los que hayan sido establecidos por disposición legal, puesto que los derechos y obligaciones de la Administración y del funcionario no nacen de una relación contractual, sino del «status» reglamentario. 5. Ilegalidad manifiesta del acuerdo municipal de aplicar el Convenio de la Administración local de Euzkadi, por apartarse la normativa de este Convenio de las disposiciones generales que regulan el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local y en particular de la Ley 41/1975 en cuanto a la regulación de los derechos económicos de los funcionarios y los conceptos determinantes de sus retribuciones. 6. Ilegalidad de acuerdo que concede a los funcionarios una indemnización por utilización de vehículo propio superior a la establecida con carácter general por la OM 3-XII-1979, por suponer una infracción del principio de igualdad y la concesión de privilegios en favor de los funcionarios de una Corporación frente a los que prestan sus servicios y han de ser indemnizados a costa de otra. Después de la CE (arts. 103, 1, y 106, 1) queda excluido el libre arbitrio y subjetiva discriminación en el trato a los funcionarios.—III. INCOMPATIBILIDADES: 1. Es ya reiterada la jurisprudencia en que se proclama que los arquitectos municipales —superiores o técnicos— son incompatibles para el ejercicio libre de su profesión, dentro del término de sus respectivos Ayuntamientos, en todos aquellos supuestos en que puedan producirse «áreas de coincidencia».—IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. La denegación de recibimiento a prueba en un expediente disciplinario constituye una grave infracción procedimental, que no puede entenderse subsanada, ni tampoco sustituirse, dada la garantía de defensa que implica, por el mero ejercicio del recurso jerárquico, sin vista ni traslado de actuaciones y sin constancia de audiencia. 2. Dadas las consecuencias inherentes a la infracción consistente en falta de probidad moral y material y cualquier conducta constitutiva de delito doloso, se exige que la acción realizada por el funcionario tenga tal entidad que merezca la calificación de muy grave o sea constitutiva de delito doloso, pues lo contrario supondría romper la ecuación que ha de existir entre la gravedad del hecho que origina y la medida disciplinaria aplicada, con vulneración del principio de proporcionalidad entre infracción y sanción.

## I. SELECCIÓN

*La mayoría exigible para que un Tribunal de Oposiciones a Profesor Agregado integrado por siete miembros pueda acordar la propuesta de un nombramiento es la de cuatro votos favorables.*

«A la vista de la temática litigiosa, la única cuestión, a enjuiciar y resolverse por este Alto Tribunal, consiste en determinar si durante la vigencia del Decreto de 23 de agosto de 1975, que amplió de cinco a siete el número de miembros de los Tribunales para el ingreso en los Cuerpos de Catedráticos Numerarios y Profesores Agregados de Universidad, se requiere o es suficiente que existan tres votos favorables para que haya propuesta, conforme con la Orden Ministerial de 12 de marzo de 1974, cuyo artículo 22 sólo requiere tres votos para provistar la plaza convocada, en el supuesto de autos, la de Profesor Agregado de 'Mecánica Técnica' de la Facultad de Ciencias de Salamanca, teniendo en cuenta que el número de miembros del Tribunal era el de cinco, artículo 6.º de la calendada Orden Ministerial, o bien, por el contrario, a la vista de que el precitado Decreto de 1975 aumentó a siete el número de miembros del Tribunal, el número de votos favorables para la respectiva propuesta tiene que ser cuatro, tesis aquélla del apelado y de la representación de esta Administración, respectivamente.

Con independencia de cualquier exégesis sobre el tema, es evidente que el número de votos favorables a la propuesta que nos ocupa tenía que ser el de cuatro, pues la 'ratio legis' de los preceptos analizados es el de que siempre existe mayoría relativa, de ahí que, con la composición de cinco miembros del Tribunal, es incuestionable que esta mayoría se logró con tres votos favorables, mas no ocurre lo mismo si el Tribunal lo componen siete miembros, ya que, en tal supuesto, esa mayoría sólo se logra si se dan cuatro votos, por lo que estando constituido el Tribunal a que se refieren estas actuaciones con siete miembros, es evidente que se requerían cuatro votos y, en tal sentido, la Administración al declarar desierto el concurso a que se contrae este proceso, se ajustó a la estricta legalidad vigente en la materia, no debiendo olvidarse que fue el propio apelado el que consintió esa composición del Tribunal de litis y, en consecuencia, él ha de someterse a los efectos que de esa composición derivan o puedan derivarse.

Contra lo que versado queda, no puede argüirse el que el D. de 1975 no derogó la materia de votos exigidos por la O. de 1974, puesto que, según razona la parte apelada, el mencionado Decreto sólo incidió en la aludida Orden en todo aquello a que se refiere a composición de los Tribunales, es decir, en la norma 6.ª de la misma, pero no en el resto de las cuestiones, o sea, en el número de votos exigidos, que conserva toda su plenitud y eficacia, razonamiento que no puede compartir este tribunal, por cuanto, por un lado, frente a la derogación expresa está la tácita, y es evidente que si durante la vigencia de la Orden de 1974 sólo se

componían los Tribunales de cinco miembros, requiriéndose solamente tres votos, mayoría relativa, al variarse la composición de los Tribunales y exigirse siete miembros, esa mayoría sólo se logra con cuatro, por lo que frente a la letra fría de la Ley, ha de regir su espíritu vivificador, siendo este espíritu o 'ratio legis' la que debe imperar y, a mayor abundamiento, tampoco puede prescindirse de otros dos elementos que han de tenerse en cuenta en toda hermenéutica interpretativa, los que hacen referencia al aspecto teleológico y sistemático de toda norma, y que subyacen en todo el conexo articulado de la misma, y es, primero, ese elemento teleológico el que pregona que el número de votos sean cuatro y no tres, pues, con esa calidad y número de votos se logra la mayoría relativa, finalidad a la que se dirigen las normas referenciadas, pues, si bien en la Orden Ministerial, sólo se requerían tres votos, ello lo era por la potísima razón de ser cinco los miembros del Tribunal, mientras que si se componen éstos de siete, esa mayoría relativa sólo se logra con cuatro y, en segundo lugar, esta interpretación también deviene de una correcta interpretación sistemática de las normas de juego, pues no puede aislarse la composición de los Tribunales de la cuantía de los votos emitidos por éstos para formular la respectiva propuesta, ya que éstos son devenir o corolario necesario de la composición de los Tribunales que los emiten, criterio éste ya sostenido por esta Sala en sus sentencias de 30 de junio de 1981 y 10 de abril de 1982, entre otras.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, 11 de junio de 1983.*)

2. *Desviación de poder del acto por el que se convoca concurso para cubrir en propiedad plazas de Directores de Banda de Música civiles, porque ante la reiteración de la actuación administrativa al convocar concurso, en lugar de oposición se está persiguiendo un resultado distinto al fijado por el ordenamiento jurídico.*

«En el presente recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado muestra éste su disconformidad con la sentencia apelada en cuanto estimó que existía desviación de poder en el actuar administrativo al convocar el concurso para proveer en propiedad plazas vacantes de Directores de Banda de Música Civiles de primera categoría, por cuanto en opinión del Defensor de la Administración era el medio idóneo para proveer vacantes determinadas, al haber una clara distinción entre plazas vacantes en Corporaciones y plazas vacantes en el Cuerpo, en el sentido de que las primeras se han de cubrir necesariamente por Concurso y sirven de base a los nombramientos en cualquiera de sus formas.

Precisamente al haber una manifiesta diferencia entre concurso y oposición en las normas por las que se rigen los citados funcionarios en el sentido de que el primero es el medio selectivo que ha de utilizarse para cubrir las plazas vacantes en las Corporaciones, en tanto que la oposición es el único medio de ingreso en el Cuerpo en cualquiera de sus categorías —artículo 213 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local—, la persistencia de la Administración en no convocar oposiciones desde hace quince años, pese a haber convocado cinco concursos desde el

año 1966, según datos ofrecidos por los demandantes, no negados por la Administración demandada, está demostrando que al menos la convocatoria de un nuevo concurso —el impugnado— está persiguiendo un fin distinto del previsto por el Ordenamiento Jurídico, cual es la reiteración de cubrir vacantes de Directores de Bandas de Música Civiles de Primera categoría, sin sacar a oposición dichas plazas, cuando éste es el único medio que tienen los Directores de 2.<sup>a</sup> categoría para alcanzar la 1.<sup>a</sup>, puesto que con el sistema de Concurso aunque cubran vacantes de 1.<sup>a</sup> categoría, no adquieren este rango, sino que se mantienen en el de 2.<sup>a</sup>, hasta que por oposición adquieran la de primera.

Establecidas en el artículo 211 del citado Reglamento dos categorías de Directores de Banda de Música Civiles, y como forma de ingreso en cada una de ellas la oposición, es disconforme con el Ordenamiento Jurídico, el haber dejado transcurrir quince años sin ofrecer a los funcionarios de categoría inferior la posibilidad de acceder a la superior, y como esta disconformidad se mantenía una vez más al convocar el concurso impugnado existiendo vacantes en la primera categoría, es procedente mantener la sentencia que ha estimado había desviación de poder en el actuar administrativo, sin que sea necesario esperar a que los recurrentes formularan una petición a la Administración para que convocara oposiciones, y ante su negativa, promover el recurso contencioso-administrativo, pues encontrándonos ante la repetición de la actuación administrativa al convocar el recurso, con este acto está persiguiendo un resultado distinto al fijado por el Ordenamiento Jurídico, plasmado en los diferentes preceptos citados en la Sentencia apelada, y debe ser anulado de conformidad con lo prevenido en el artículo 83 2 y 3 de la Ley reguladora de la jurisdicción.» (*Sentencia de la Sala 5.<sup>a</sup>, 8 de julio de 1983.*)

3. *Ilegalidad de acuerdo de un Ayuntamiento de Euzkadi de contratar con carácter fijo a unos operarios contratados anteriormente por un año, por establecer un régimen funcional del establecido por el artículo 103 del Decreto de 6 de octubre de 1977, que establece la oposición o concurso-oposición como procedimiento para seleccionar a este personal.*

*Considerandos de la sentencia apelada:*

«En el procedimiento especial, regulado en el artículo 118 de la Ley Jurisdiccional, la función revisora de la Sala, se proyecta, en realidad, sobre dos distintos actos administrativos: el originario o municipal, tachado de manifiestamente ilegal, y el dictado por la Presidencia de la Corporación o por la Autoridad Gubernativa suspendiendo aquél, si bien, ordinariamente, la resolución judicial que se adopte sobre el primero, determina automáticamente la declaración de ilegalidad, o ilegalidad (sic), del segundo que acordó suspender su ejecutividad y dar traslado a esta especializada jurisdicción a efectos de anular el acto municipal o alzar la suspensión.

No obstante ser éste el normal planteamiento de la cuestión a debatir en todo recurso contencioso-administrativo promovido por comunicación del Excmo. Sr. Gobernador Civil al amparo de la Ley de Régimen Local, como sea que la facultad de suspensión de acuerdos municipales por parte del Gobernador Civil conferida por dicha Ley ha sido puesta en tela de juicio después de la aparición del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, en otros recursos contencioso-administrativos que obligaron a esta Sala a pronunciarse sobre tal problema, es inexcusable que abordemos nuevamente esta cuestión invirtiendo así excepcionalmente el orden expositivo de aquel planteamiento; y lo haremos atendiendo al sistema de fuentes establecido, como prescribe el artículo 1 del Código Civil, analizando con detalle la legalidad vigente sin olvidar la adecuación que siempre debe existir entre Derecho y realidad social en unas coordenadas de espacio y tiempo, y buscando siempre también la armonía y el equilibrio entre la norma y las circunstancias.

La exposición de motivos del Real Decreto-Ley de 4 de enero de 1978, que instituía el Consejo General del País Vasco, recordaba que el Gobierno había proclamado en su declaración Programática la necesidad de la institucionalización de las Autonomías a través de fórmulas de transición desde la legalidad vigente, y que consciente de la aspiración del Pueblo Vasco de poseer instituciones propias de autogobierno, dentro de la unidad de España, se quería dar satisfacción por medio de tal Decreto-Ley aunque fuese de forma provisional, a aquel antiguo anhelo y para ello se creaba el Consejo General del País Vasco con carácter provisional hasta la entrada en vigor del Régimen definitivo y de las instituciones que lo conforman, como concretaba en su artículo 1.º

Transferido un primer bloque de competencias por el Real Decreto (antes citado) de fecha 15 de julio de 1978, un segundo paquete de transferencias tenía lugar por otra disposición del mismo rango y de fecha 25 de agosto, la cual, en el núm. 4 del artículo 1.º, confería al Consejo General del País Vasco la facultad de suspender acuerdos de las Corporaciones Locales en los supuestos de los apartados 1, 2 y 4 del artículo 32 de la Ley de Régimen Local, y conservaba para el Gobierno Civil esta facultad, pero subsidiariamente, es decir, cuando el Consejo Vasco no hubiese hecho uso de ella, y en segundo grado, es decir, que si la suspensión hubiese sido acordada por ambas autoridades, prevalecería a todos los efectos la dictada por el Consejo General del País Vasco.

Este régimen de preautonomía finaliza, sin duda alguna, con la publicación de la Ley Orgánica de 18 de diciembre de 1979 por la que se constituye la Comunidad Autónoma del País Vasco dentro del Estado Español y de acuerdo con la Constitución; señalando en su artículo 10 —en armonía con el 148 de la Constitución y en desarrollo de tal precepto— las materias en las cuales la competencia que se reconoce a la Comunidad Autónoma es exclusiva, entre ellas, a efectos de nuestro estudio —lo ponemos de relieve— el Régimen Local y Estatuto de Funcionarios de su Administración Local.

La consecuencia jurídica, y también lógica, histórica y social que se

deduce palmariamente de toda esta trayectoria legislativa, es que el *ejercicio de la facultad de suspender acuerdos reservados a los Gobernadores Civiles en el Decreto de 25 de agosto de 1978, es radicalmente incompatible con la proclamación de exclusividad en las competencias reconocidas a la Comunidad Autónoma en su Estatuto de Autonomía; y esto es así, entre otras razones, porque, en caso de pugna normativa como la que hemos puesto de relieve, lo establecido en un Decreto no puede prevalecer frente a una Ley que, como el Estatuto norma posterior en el tiempo, tiene categoría de Orgánica, según el artículo 81 de la Constitución y por tanto de rango muy superior; porque aquella facultad compartida —aunque subsidiaria y de segundo grado— es atribuida al Gobernador en el régimen provisional de la preautonomía, pero no puede seguir ostentándola en el régimen definitivo y exclusivo de la Autonomía; porque sería inexplicable su mantenimiento, ya que supondría la existencia de dos controles o fiscalizaciones —el del Gobierno Vasco, ahora, y el del Gobierno Civil— sobre los acuerdos municipales, mientras en el resto del Estado, o al menos en los territorios no autónomos sólo existiría el del Gobierno Civil establecido en la Ley de Régimen Local.*

Cuanto hemos sentado hasta ahora no supone, ni mucho menos la desaparición de un control sobre las Corporaciones Locales, que en una buena técnica administrativa de coordinación de todas las administraciones públicas se puede estimar conveniente, como medio de respeto y observancia del ordenamiento jurídico, sino la constatación de la realidad jurídica del hecho autonómico vasco, en el que la facultad, y desde luego la seria responsabilidad —de controlar y hacer cumplir el ordenamiento vigente a los Entes Locales— la asume y la debe asumir por entero y exclusivamente, en primer lugar, el Gobierno Vasco, que tendrá que hacer frente, en su caso, a las extraviadas actuaciones en que, eventualmente, puedan incurrir las Corporaciones Locales, sometidas ahora a su control y tutela; y en segundo lugar como disponen el artículo 153 de la Constitución y el 38 del Estatuto de Autonomía la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y en esta línea interpretativa del verdadero espíritu de nuestra Constitución viene actuando el legislador, como se comprueba con la lectura del artículo 8 del Real Decreto-Ley de 16 de enero de 1981 que modificando la Ley de Régimen Local reservado a la Administración del Estado la facultad de suspender actos y Acuerdos de las Corporaciones Locales cuando afecten directamente a materias de la competencia estatal y constituyan infracción de Leyes; y más todavía la reciente Ley de 28 de octubre del año actual que en su artículo 8 ya no habla de suspensión como facultad de la Administración sino facultad de impugnación ante los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que decidirán en un plazo de treinta días sobre la suspensión de los actos o acuerdos y su sentencia contendrá alguno de los fallos a que se refieran los artículos 81 y siguientes de la Ley Jurisdiccional, y viene también pronunciándose el Tribunal Constitucional como se comprueba con la lectura de las Sentencias que hemos citado en los Vistos de la presente.

De todo lo anteriormente expuesto y razonado se desprende palma-

riamente la incompetencia del Gobernador Civil de Vizcaya para suspender el acuerdo del Ayuntamiento de Bermeo de fecha 15 de diciembre de 1980 sobre acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de la Administración Local de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya, para sus funcionarios y empleados, por el que en su virtud procede alzar la suspensión decretada sobre tal acuerdo; sin que ello permita suponer que el mismo es o no ajustado a derecho, cuestión ésta, en la que la Sala no entra.

Por todo lo anteriormente expuesto y razonado procede alzar la suspensión del acuerdo municipal decretado por el gobernador civil sin expresa condena en las costas de este recurso.

*Considerandos del Tribunal Supremo:*

Dada la diferencia que se viene estableciendo en estos recursos de suspensión de acuerdos de las Corporaciones Locales por parte de las autoridades gubernativas centrales, por causa de la autonomía municipal y más concretamente de los Ayuntamientos de Regiones Autónomas, es de ver que la doctrina recaída ya en los varios casos sometidos a esta vía revisora distingue la materia que versa sobre supuestos de exclusiva autonomía municipal y aquellos que interfieran la competencia de la Administración Central, en cuyo caso aparece más justificada esta intervención por parte de las autoridades centrales.

A este respecto, en el supuesto que se enjuicia, al versar sobre el acuerdo del Ayuntamiento de Arrigorriaga de contratar con carácter fijo a unos operarios contratados anteriormente por un año, se establece un régimen funcionarial que discrepa totalmente del que regula el D. de 6 octubre 1977, cuyo art. 103 determina la forma de acceso de los funcionarios que realicen actividades de carácter predominantemente manual, que es por oposición o concurso-oposición, lo cual implica una discriminación orgánica respecto de los demás funcionarios en los otros ayuntamientos del Estado.

Ello justifica la suspensión del acuerdo hoy recurrido e impugnado por la defensa de la Administración Central a través de este recurso de apelación que debe revocar la sentencia apelada en acatamiento al criterio sustentado por esta Sala en la sentencia de 30 junio último que revocó también supuesto análogo de régimen estatutario de funcionarios que debe ser unitario en acatamiento al art. 149-1-18 de la Constitución.» (*Sentencia de la Sala 4.ª, 13 de julio de 1983.*)

## II. DERECHOS

1. *Derecho al cargo. No es persona contratada y sí funcionario local el médico de una antigua fundación gestionada por el Ayuntamiento y luego disuelta para convertirse en establecimiento público de beneficencia municipal.*

«Para resolver esta apelación es necesario calificar la relación personal del recurrente señor C. L., con el Ayuntamiento de Ubeda, partiendo de los hechos acreditados.

El señor C., previa oposición convocada por el Ayuntamiento de Ubeda y superadas por aquél las pruebas exigidas, con fecha 1 abril 1935 fue nombrado médico cirujano del Hospital Santiago, Fundación de dicha localidad, tomando posesión del cargo en la misma fecha; posteriormente, en 1943, el Ministerio de la Gobernación, por así haberlo solicitado, lo incluyó en el escalafón de médicos de las Casas de Socorro, reconociéndole los servicios prestados desde 1935 hasta 1943; en 1950 tomó posesión del cargo anterior ante la Jefatura Provincial de Sanidad, siguiendo en esta situación hasta el 26 junio 1971, fecha en la que por acuerdo del Ministerio de la Gobernación 'se ratifica la modificación de los fines del Hospital Santiago, producida de hecho en tiempos anteriores y se declara que el expresado Hospital ha perdido su carácter particular y ha pasado a ser un establecimiento público de beneficencia municipal', asumiendo el Ayuntamiento de Ubeda los bienes y servicios de la Fundación, y, en consecuencia, a partir de esta fecha el recurrente percibió sus haberes, trienios y complementos mensualmente con cargo a los presupuestos del Ayuntamiento, como se acredita por las certificaciones obrantes en el respectivo ramo de prueba del recurso.

A la vista de los anteriores hechos se evidencia que el señor C. en ningún momento fue médico cirujano contratado por el Ayuntamiento, y sí su relación con esta entidad originariamente fue por ser el Ayuntamiento gestor de la Fundación que en 1971 se disolvió, absorbiendo sus bienes y los servicios a partir de esta fecha, el recurrente fue médico cirujano 'de un establecimiento público de beneficencia municipal', como se desprende de los hechos mencionados y de lo dispuesto en el art. 85 del Regl. de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 junio 1955, texto refundido, quedando incurso en la definición de funcionario local del art. 319 de la Ley de Régimen Local; no es persona contratada y sí funcionario local de un establecimiento público de beneficencia municipal, por lo que el acuerdo acordando su cese es nulo respecto del señor C. L., con derecho a que se le abonen sus haberes desde el momento de su cese, procediendo estimar su recurso respecto de estos particulares.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 25 junio 1983.*)

2. *Inexistencia de desviación de poder en el acuerdo de cese en el desempeño de una plaza de libre designación por pérdida de confianza de la Corporación en su titular debido a las críticas que éste hacía de la Diputación y su presidente en la prensa local.*

«Es doctrina legal que en los recursos por desviación de poder, como el actual, sólo puede discutirse si hubo o no tal desviación, al dictarse el acto administrativo, es decir, que éste, aun siendo discrecional, se hubiese dictado para fines distintos de los previstos en el Ordenamiento Jurídico, sentencia del T. S. de 20 marzo 1980, estableciéndose que para que pueda prosperar es preciso que quien la alega invoque los supuestos en que se



funda y los pruebe cumplidamente; en consecuencia con esta doctrina deben rechazarse los motivos segundo del recurrente y el de la apelada de anularse la aclaración de la sentencia recurrida, ya que se refieren a cuestiones que no afectan a la desviación de poder; el del recurrente porque ya hemos dicho que la resolución recurrida no se basa en la facultad sancionadora, y la aclaración de sentencia porque ésta es consecuencia de aquélla corriendo la misma suerte al resolverse este recurso.

El recurrente es un funcionario del Cuerpo General de la Diputación, ingresado sin exigencia de título, a quien se le destinó en enero de 1970 al puesto de trabajo de jefe del Servicio de Recaudación, de libre designación según el art. 18 del Regl. de Servicios de 11 mayo 1951, y si como funcionario de tal categoría no puede ser desposeído de ella sin expediente previo, sí puede serlo de la plaza concreta para cuyo desempeño se exigen condiciones idóneas y de confianza, en contraposición con los funcionarios de la Administración Especial designados directamente para un cargo del que no pueden ser desposeídos, como se deduce de los arts. 89 y 91 aplicables a los primeros y del 95 que se refiere a los segundos, todos ellos del D. 3046/77, de 6 octubre; consecuentemente con tal distinción al recurrente, le es de aplicación el art. 43 del citado decreto que regula el derecho al cargo de los funcionarios de las entidades locales, 'sin perjuicio de la adscripción a uno u otro puesto de trabajo, efectuado dentro de sus competencias respectivas'; doctrina que coincide con la de la normativa de los funcionarios de la Administración Civil, aplicable a los de la Administración Local, según el art. 23, sin que pueda afectar a esta tesis la del recurrente apoyándose en la disp. Transit. 6.ª, núms. 1 y 2, ya que no le es de aplicación por referirse a 'funcionarios que hubieran sido nombrados en propiedad conforme a la legislación anterior y que ahora resulten de libre designación', pues su destino es y fue de libre designación.

Concretada la normativa aplicable para poder concretar los fines a efectos de la posible desviación de poder, como el único motivo alegado por el recurrente se basa en que el fundamento de la sentencia para la anulación del cargo de recaudador que desempeñaba, es que era persona *non grata* a la Corporación, debe rechazarse, porque según el acuerdo recurrido, el de la Diputación, que no los fundamentos legales de la sentencia de la Audiencia que no se comparten por la Sala, se le cesó en el cargo de recaudar 'por estimarse que no reúne las condiciones de idoneidad para seguir desempeñando dicha jefatura, en consideración a que un puesto de tal categoría ha de ser de la absoluta confianza de la Corporación', confianza que perdió el recurrente por su conducta de reiterada crítica a la Diputación y su presidente por medio de la prensa local, y que ha dado lugar a un expediente disciplinario por falta administrativa, habiéndose cumplido los fines de la norma.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 11 junio 1983.*)

3. *La regulación de los haberes de los funcionarios de la Administración local excluye la alteración de las retribuciones complementarias generalmente establecidas. Ilegalidad manifiesta de acuerdo de la Diputación provincial.*

«El presente recurso se proyecta sobre la adecuación o inadecuación al Ordenamiento Jurídico de la resolución del Gobierno Civil de Cuenca, de 3 octubre 1979, suspendiendo, por infracción manifiesta la Ley, los acuerdos plenarios de la Excm. Diputación Provincial de dicha ciudad, adoptados en sesión de 26 septiembre anterior, que a la vez que reconocían y ratificaban el derecho de los funcionarios provinciales al incremento del 19,50 por 100 sobre las cantidades percibidas por servicios extraordinarios en 1977 para 1978 y siguientes y el de los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos Nacionales de la Administración Local al servicio de la Corporación al percibo de la indemnización por casa-habitación, desde el 1 junio 1974, en la cantidad de 3.750 ptas. mensuales a cada uno, actualizada en 15.000 ptas. a partir de septiembre 1979, reconocían los créditos oportunos en el presupuesto ordinario 1979, mediante el correspondiente expediente de modificación crediticia para la debida efectividad de tales derechos.

Para centrar debidamente los temas debatidos conviene precisar los siguientes *antecedentes*: 1) En sesión plenaria ordinaria celebrada el día 27 abril 1978, la Excm. Diputación Provincial de Cuenca adoptó acuerdo por el que, de una parte, se reconocía a los cuatro funcionarios pertenecientes a los Cuerpos Nacionales de Administración Local el derecho a percibir la indemnización por casa-habitación, en cuantía de 3.750 pesetas mensuales para cada uno de ellos, desde el 1 junio 1974, y de otra parte, se incrementaban para el año 1978 las dotaciones existentes en 1977 para gratificaciones individuales de carácter extraordinario en un 19,50 por 100. 2) En aplicación de tales acuerdos, las repercusiones económicas de estos derechos quedaron reflejadas en las oportunas partidas del Presupuesto Ordinario de 1978, que fue aprobado por el Pleno de la Corporación en sesión extraordinaria celebrada a continuación y en la misma fecha de 27 abril 1978, cuyo presupuesto, después de la preceptiva exposición al público sin reclamaciones, fue remitido a la Delegación Provincial de Hacienda para su posterior refrendo. 3) El Ilmo. señor delegado de Hacienda de Cuenca, por resolución de fecha 11 julio siguiente, decidió suspender la aprobación del Presupuesto Ordinario en su totalidad, por no resultar admisibles las partidas destinadas a satisfacer en metálico a los funcionarios de los Cuerpos Nacionales la indemnización por el concepto de casa-habitación y al resto de los funcionarios provinciales, el incremento del 19,50 por 100 en las gratificaciones individualizadas de carácter extraordinario que se venían percibiendo. 4) La Diputación de Cuenca, en sesión plenaria ordinaria de fecha 28 julio 1978, aceptó los reparos formulados, modificando las oportunas partidas presupuestarias. 5) No conforme los funcionarios afectados con la decisión de la Corporación Provincial, interpusieron recursos contencioso-administrativos, que

concluyeron con sentencia núm. 92 de 17 marzo 1979 y núm. 118 de 6 abril del mismo año, en las que se declaró la inadmisibilidad de tales recursos, sin entrar en el fondo del asunto por no haberse acudido previamente al T. Econ.-Adm. 6) La Diputación de Cuenca, en sesión de 26 septiembre 1979, dictó los acuerdos suspendidos.

Igualmente, es interesante resaltar que *la facultad gubernativa de suspender los acuerdos dictados por las Corporaciones, está condicionada a que tales actos constituyan una infracción manifiesta de las Leyes, es decir, que aparezca exteriorizada de forma notoria y patente sin necesidad de laboriosas tareas de interpretación* —SS. del T. S. de 6 noviembre 1964, 5 marzo 1969 y 24 mayo 1978, entre otras—, *ya que el propósito del legislador no es otro, como dice la sentencia del Alto Tribunal de 30 junio 1978, que 'el de evitar de forma cautelar el que lleguen a producir efectos acuerdos evidente y notoriamente opuestos a las leyes y disposiciones que las desarrollan'; no debiéndose olvidar tampoco que dada la naturaleza especial de los recursos que tienen por objeto conocer de la suspensión de los acuerdos locales, el control de los actos suspendidos deba realizarse en función de las supuestas ilegalidades reprochadas por el acuerdo de suspensión, razón por la que la Sala ha de limitarse, en este momento, a determinar si los motivos aducidos por la resolución de suspensión del Gobierno Civil de Cuenca son suficientes para reputar que los acuerdos de la Diputación Provincial a que se refiere el recurso han infringido manifiestamente las leyes.*

*Las razones de suspensión dadas por el Gobierno Civil de Cuenca son las siguientes:* 1.<sup>a</sup> Que aun cuando la Corporación se hubiese limitado a acordar un aumento de las gratificaciones por servicios especiales y extraordinarios para el ejercicio de 1979, ello supondría una infracción —en cuanto al tiempo— del art. 676, d) de la Ley de Régimen Local que dispone que el estado de gastos del presupuesto ordinario no podrá contener aumentos de sueldo, gratificaciones ni otros emolumentos de personal que no hubieran sido acordados por la Corporación en sesión anterior a la de aprobación del Presupuesto, y en cuanto al fondo del art. 7.º, 4 de la Ley 1/1979, de 19 junio de Presupuestos Generales del Estado, que dispone que las retribuciones complementarias mantendrán durante 1979 la estructura y cuantía vigentes en 1978. 2.<sup>a</sup> Que al tratarse de gratificaciones e indemnizaciones hipotéticamente devengadas en 1978 e incluso en años anteriores, se estaría infringiendo lo dispuesto en la Regla 19, a) de la Instrucción de Contabilidad, que prohíbe la ordenación de gastos con cargo al Presupuesto corriente, por atenciones de ejercicios anteriores, sin concepto específico que así lo autorice. 3.<sup>a</sup> Que en todo caso, la aceptación de los acuerdos supondría la vulneración del principio de seguridad jurídica, ya que aunque se admitiese hipotéticamente que la resolución del delegado de Hacienda de 11 junio 1978 fuera contraria a Derecho, el único camino para restablecer la juridicidad teóricamente conculcado habría sido el establecido en el art. 687 de la Ley de Régimen Local.

Habiendo aceptado la Corporación Provincial los condicionamientos

puestos por el delegado de Hacienda de Cuenca al Presupuesto Ordinario para el ejercicio de 1978, lo que impidió que llegase a producir efectos el acuerdo adoptado en la sesión ordinaria de 27 abril del mismo año, es evidente que la Diputación Provincial no podía volver a reconsiderar el asunto válidamente en un momento posterior, ya que el único camino para restablecer la juridicidad pretendidamente vulnerada era el recurso ante el T. Econ. Adm. Provincial contra el acuerdo del delegado de Hacienda de 11 junio 1978, como claramente se le indicaba en la notificación de dicha resolución, recurso que incluso puede ser interpuesto por las personas afectadas, como ya declaró esta Sala en sus SS. de 17 marzo y 6 abril del pasado año, por lo que la infracción de la Ley en este caso es patente.

Por otra parte, *la infracción del art. 676, d) de la Ley de Régimen Local es manifiesta, pues una vez aprobado el Presupuesto, no está permitido acordar aumentos de sueldo, gratificaciones ni otros emolumentos de personal*, sin que frente a lo anterior pueda alegarse con éxito que los acuerdos provinciales suspendidos traían su causa del anterior de 27 abril 1978, ya que, como se ha señalado, este último no llegó a producir efectos ante los reparos formulados por el delegado de Hacienda y aceptados por la propia Corporación, por lo que los acuerdos dictados en sesión de 26 septiembre 1979 deben estimarse como nuevos, a pesar de la terminología utilizada; no estando tampoco permitido ordenar gastos con cargo al Presupuesto corriente, por atenciones de ejercicios anteriores, sin concepto específico que así lo autorice, que en el presente caso sólo puede consistir en una resolución firme, bien del T. Econ.-Adm., bien de esta Sala, que obligue a consignar en el presupuesto de la entidad las cantidades precisas para que pueda alcanzar efectividad real los derechos hipotéticamente desconocidos en su día por el delegado de Hacienda.

*Considerandos del Tribunal Supremo:*

*El T. Const. afirmó en su S. de 2 de febrero 1981 la compatibilidad del principio de autonomía de las entidades locales con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de sus competencias cuando éstas incidan en intereses generales concurrentes con los propios de aquéllas y declaró, en consecuencia, en la sentencia de 29 abril del mismo año que, desde la entrada en vigor de la Constitución hasta la del D.-Ley de 16 de enero 1981 el art. 365,1, en relación con el 362.1, 4.º, ambos de la Ley de Régimen Local, sólo autorizan la suspensión gubernativa de acuerdos que afecten a la competencia del Estado o excedan de las privativamente atribuidas a dichas corporaciones para la gestión de sus intereses, interpretación recogida entre otras sentencias de esta Sala en las de 21 mayo, 1 y 3 junio, 16 julio y 11 octubre 1982, para restringir en tal sentido la facultad de suspensión examinada.*

Decretada en el período indicado la debatida, es oportuno puntualizar que a su eficacia no obsta la doctrina expuesta, porque *la regula-*

*ción de los haberes de los funcionarios de la Administración local, fundamentalmente definidos en lo que concierne a los discutidos en los artículos 59,1 y 2 y 66.3 y 4 del Texto articulado por D. 6 octubre 1977 excluye, como señalan tres de las precitadas sentencias —la de 3 junio y 2 y 16 julio—, la alteración de las retribuciones complementarias que, al tenor del art. 7.º, 4 del R. D.-Ley de 29 diciembre 1978, aplicable en virtud del 7.º, a) del R. D. de 26 enero 1979, han de mantener durante el año últimamente citado la estructura y cuantía vigentes en 1978; siendo obvio que, como en la sentencia apelada se razona, no cabe sostener la subsistencia de los acuerdos de 1978 y, por ende, que los emolumentos referidos, fijos y periódicos, se establecieran con anterioridad a los actos impugnados.» (Sentencia de la Sala 4.ª 23 abril 1983.)*

4. *Los derechos de los funcionarios sólo pueden ser los que hayan sido establecidos por disposición legal, puesto que los derechos y obligaciones de la Administración y del funcionario no nacen de una relación contractual, sino del «status» reglamentario.*

«Los derechos de la demandante sólo pueden ser los que hayan sido establecidos por disposición legal, puesto que los derechos y obligaciones de la Administración y del funcionario no nacen de la relación contractual, sino de un *status* reglamentario que conforme a la doctrina más extendida entre los tratadistas y sancionada por la jurisprudencia, 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 funcionario, simple requisito de eficacia del acto de nombramiento, vinculando al interesado en virtud del principio de los actos propios, como declara la sentencia de 5 junio 1978, por lo que será preciso examinar las normas legales o estatutarias que hayan establecido el *status* funcional de los profesores de Formación Política en los Centros Universitarios.» (Sentencia de la Sala 5.ª 11 junio 1983.)

5. *Ilegalidad manifiesta del acuerdo municipal de aplicar el Convenio de la Administración local de Euzkadi, por apartarse la normativa de este Convenio de las disposiciones generales que regulan el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local y en particular de la Ley 41/75 en cuanto a la regulación de los derechos económicos de los funcionarios y los conceptos determinantes de sus retribuciones.*

«El artículo 149.1.18 de la Constitución dispone que 'el Estado tiene competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y de régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas', estableciendo congruentemente con tal principio el art. 10.4 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco que 'La Comunidad Autó-

noma del País Vasco tiene competencia exclusiva en materia de Régimen Local y Estatuto de los Funcionarios del País Vasco y de su Administración Local sin perjuicio de lo establecido en el art. 149.1.18 de la Constitución, determinándose en la disp. transit. 7.ª del referido Estatuto de Autonomía para el País Vasco que 'mientras las Cortes no elaboren las leyes básicas o generales a las que este Estatuto se refiere y/o el Parlamento Vasco no legisle sobre las materias de su competencia, continuarán en vigor las actuales Leyes del Estado que se refieran a dichas materias, sin perjuicio de que su ejecución se lleve a cabo por la Comunidad Autónoma en los casos así previstos en este Estatuto'; preceptos los transcritos que suponen, como dice la sentencia de esta Sala antes citada de 20 abril 1983, que *el Estado posee competencia exclusiva para establecer las bases del régimen legal de los Funcionarios de las Administraciones Públicas y que la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco debe ser ejercitada respetando dichas bases*, siendo de recordar que, como declaró el T. Const. en S. de 27 julio 1982, que anuló el Decreto del Gobierno Vasco núm. 83/81 de 15 julio 'sobre regulación de la condición de trabajo de la Administración Local', 'el art. 10.4 del Estatuto Vasco, confiere competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia del Estatuto de los Funcionarios de la Administración Local, pero señalando que ello es sin perjuicio de lo establecido en el art. 149.1.18 de la Constitución, según el cual el Estado posee competencia exclusiva para establecer las bases del régimen estatutario de los Funcionarios de las Administraciones Públicas. De esta complementación de normas resulta que *al Estado le corresponde establecer las normas básicas en esta materia, y a la Comunidad Autónoma le corresponde la competencia legislativa respetando dichas bases*'.»

La normativa y doctrina antes aludidas conducen a estimar que el Acuerdo del Ayuntamiento de Marquina-Jemein adoptado en sesión plenaria celebrada el 29 mayo 1980, al decidir aplicar a los funcionarios municipales el primer Convenio de la Administración Local de Euzkadi, constituye una infracción manifiesta de las Leyes al apartarse la normativa que en dicho Convenio se contiene, de las disposiciones generales que regulan el Régimen Jurídico de los Funcionarios de la Administración Local, y en particular la Ley 41/75 aprobada por R. D. 3046/77, en cuanto a la regulación de los derechos económicos de los funcionarios y los conceptos determinantes de sus retribuciones.» (*Sentencia de la Sala 4.ª, 30 junio 1983.*)

6. *Ilegalidad de acuerdo que concede a los funcionarios una indemnización por utilización de vehículo propio superior a la establecida con carácter general por la O.M. 3-XII-1979, por suponer una infracción del principio de igualdad y la concesión de privilegios en favor de los funcionarios de una Corporación frente a los que prestan sus servicios y han de ser indemnizados a costa de otra. Después de la CE (arts. 103.1 y 106.1) queda excluido el libre arbitrio y subjetiva discriminación en el trato a los funcionarios.*

«El acuerdo del Pleno de la Diputación Foral de Guipúzcoa de 20 diciembre 1979 dispone que la indemnización a percibir por el personal de la Corporación por gastos de viajes de servicio cuando se utilice para realizarlos vehículo particular será de 11 ptas. por kilómetro, cantidad que el gobernador civil estimó excedía en dos pesetas a la legalmente establecida en el D. de 17 agosto 1973 (O. de 18 junio 1975, R. D. de 6 octubre 1977 y O. de 3 diciembre 1979) y por calificar dicho Gobierno Civil de manifiesta infracción de las leyes en dos pesetas más que a los funcionarios del Estado, dicho exceso suspendió el acuerdo y siguió a continuación la especial vía contenciosa prevista en el art. 118 de la Ley Jurisdiccional con pretensión de nulidad del acuerdo corporativo que fue estimada en la sentencia aquí recurrida, la cual, en la primera de sus consideraciones, define la materia del proceso en la forma ya relatada al principio y que es objeto de aceptación en el escrito de alegaciones de la Administración General del Estado apelada; mientras que por la Diputación apelante se alega la inexistencia de infracción de las leyes e incompetencia del gobernador civil de Guipúzcoa para disponer la suspensión de un acuerdo indemnizatorio y no retributivo de funcionarios, cuestión de la competencia de los organismos de gobierno del País Vasco de conformidad con el art. 10 del Estatuto aprobado por Ley Orgánica 3/79, de 18 diciembre, en relación con los arts. 148 y 149 de la Constitución, artículo 8-1 del R. D.-Ley 3/81, de 16 enero y sentencias del Tribunal Constitucional de 29 abril del mismo año relativa a delimitación del ámbito de competencia de los gobernadores civiles en materia de suspensión de acuerdos de las Corporaciones Locales por cuanto afecta a la aplicación del art. 365-1 en relación con el 362-1-4.º de la Ley de Régimen Local, texto refundido aprobado por D. de 24 junio 1955.

Para resolver las cuestiones planteadas es necesario definir los dos siguientes extremos: A) En cuanto a *legalidad aplicable*, el referente a que el acuerdo suspendido se adoptó el 20 diciembre 1979, cuando el anterior día 13 había entrado en vigor la Orden de la Presidencia del Gobierno de 3 diciembre 1979, la cual establecía con carácter general que la indemnización a percibir por funcionarios que utilizasen automóviles propios sería de 9 ptas. por kilómetro, mientras que el Estatuto del País Vasco, publicado en el «B.O.E.» de 22 diciembre 1979, comenzó a regir con posterioridad al acuerdo aquí impugnado, por lo que fue prematura su aprobación municipal cuando los fundamentos legales aducidos en su apoyo no habían alcanzado aún vigencia, y el hecho de que la indemnización consistiera en 9 u 11 ptas. por kilómetro no afectaba, a nivel de disposiciones reglamentarias, a derechos fundamentales del personal de la Corporación amparados por la Constitución y, por tanto, actuables por su propio imperio desde la entrada en vigor de la misma, sin perjuicio de los recursos, no utilizados, contra la susodicha O. de 3 diciembre 1979, o de la renovación del acuerdo que procediera después de la vigencia del Estatuto del País Vasco como vía siempre libre para la Diputación; y B) que *el carácter indemnizatorio y no retributivo de los servicios correspondientes a la relación funcional, no excluye la necesidad de aplicar el principio de*

*igualdad y rechazo de privilegios a favor de los funcionarios de una Corporación frente a los que prestan sus servicios y han de ser indemnizados a cuenta de otras, salvo circunstancias específicas de una determinada circunscripción que la Diputación apelante ni siquiera invocó o concretó como fundamento del acuerdo, ya que después de la Constitución (artículos 103.1 y 106.1) lo que ciertamente queda excluido es el libre arbitrio y subjetiva discriminación en el trato a los funcionarios con referencia para el caso a las cuestionadas indemnizaciones; sentado lo cual, queda como único tema a dilucidar si la infracción en el acuerdo fue o no manifiesta atendida la legalidad vigente anterior al Estatuto, calificación que debe apreciarse en sentido positivo por lo que implica de evidente infracción del principio de igualdad de trato a los funcionarios de los organismos de la Administración Local, incluso los del propio País Vasco, atendida la legalidad vigente en la fecha del acuerdo corporativo objeto de la suspensión. Ajustados a estos criterios los pronunciamientos de la Sentencia dictada el 22 diciembre 1980 por la Audiencia Territorial de Pamplona procede confirmar la misma y desestimar el recurso que la impugna; sin que sean de apreciar motivos de temeridad o mala fe determinantes de la expresa imposición de costas.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 28 septiembre 1983.)*

### III. INCOMPATIBILIDADES

1. *Es ya reiterada la jurisprudencia en que proclama que los arquitectos municipales —superiores o técnicos— son incompatibles para el ejercicio libre de su profesión, dentro del término de sus respectivos Ayuntamientos, en todos aquellos supuestos en que puedan producirse «áreas de coincidencia».*

*Considerandos de la sentencia apelada:*

«El Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Occidental y Badajoz, basándose en los arts. 37 del Reglamento de Funcionarios de las Corporaciones Locales —D. 30-V-1952— y arts. 82 y 83 de la Ley Funcionarios Civiles del Estado de 7 febrero 1964 (núm. 315) solicitó en 17 junio 1977 de la Corporación local demandada que se adoptase acuerdo por el que se diese exacto cumplimiento y observancia a dichas disposiciones legales sobre incompatibilidad de cuatro aparejadores municipales al servicio de dicha Corporación y provea los medios e instrumentos necesarios para impedir dentro de la circunscripción territorial de dicho Ayuntamiento el ejercicio profesional privado al servicio de particulares de dichos funcionarios y les requiera para que se abstengan de realizar trabajos profesionales en la expresada situación de incompatibilidad, todo ello sin perjuicio de la incoación de los oportunos expedientes disciplinarios; el día 15 julio siguiente la Comisión Municipal Permanente, tras oír a los interesados y vistos los informes jurídicos oportunos, declaró que dichos funcionarios 'no están incurso en causa de incompatibilidad', desesti-



mando así dicha petición, e interpuesto recurso de reposición en tiempo y forma, fue desestimado tácitamente por silencio; el referido Colegio pretende en este recurso que se declare la nulidad de dicho acuerdo, por el que se les declara compatibles con el ejercicio profesional privado y en su lugar se declare que los aparejadores-arquitectos técnicos referidos en la demanda, que prestan sus servicios como funcionarios municipales en la corporación demandada, son incompatibles para el ejercicio privado de su profesión al servicio de particulares, en todos aquellos trabajos que han de ser tramitados en la oficina municipal de que dependen o en las que hayan de intervenir como funcionarios.

Pocas dudas pueden ofrecerse sobre la legitimación de la Corporación actora para interponer y sostener este recurso, pues sobre las atribuciones específicas que se derivan de la normativa que le rige, D. de 13 junio 1931 y Ley de 13 febrero 1974, no debe olvidarse que tal legitimación se deriva aquí del ejercicio oportuno y correcto del derecho de petición, hoy plasmado en el art. 29 de la Constitución, y que le viene otorgado concretamente en el art. 372 de la vigente Ley de Régimen Local y 28 de nuestra ley; siendo una de las atribuciones de estos colegios la de velar por el buen orden de la arquitectura y el urbanismo, como se desprende de la importante intervención que en materia de licencias le otorga la vigente Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

Sobre el fondo del asunto basta con que nos refiramos a lo que sobre los arquitectos municipales tenemos dicho en orden a su incompatibilidad para el ejercicio profesional privado, especialmente en nuestras SS. de 25 junio y 24 octubre 1975, la normativa a aplicar es la misma: art. 328 Ley Régimen Local y 37 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, que a su vez nos reconducen al art. 82 de la Ley 7 febrero 1964, explicitado en el siguiente 83.2; tanto en el caso de los arquitectos como en el de los aparejadores (llamados también arquitectos técnicos) entendíamos entonces y hemos de seguir entendiendo que *el ejercicio profesional privado no puede menos de menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario, al poderse interferir su función como tal en aquellas operaciones al servicio de particulares; desde el punto de vista de la deontología moral inspiradora de las normas contenidas en los citados artículos hay que procurar a toda costa la inexistencia de tales áreas de coincidencia que puedan dar lugar a que los medios y facultades concedidas al funcionario por razón de su cargo puedan ser utilizadas en provecho particular, en perjuicio del interés público o por lo menos del prestigio que por su imparcialidad, objetividad e independencia debe rodear al funcionario, sin que sea precisa la prueba de que se hayan producido en la realidad concreta, bastando con la posibilidad; ni basta con que el funcionario se abstenga —tenemos dicho—, sino que debe cuidarse de disipar toda clase de dudas, no involucrando su actuación oficial con la particular; tal es el sentido, de la doctrina jurisprudencial contenida en las SS. de 24 febrero 1968 y 25 junio 1975, que tuvimos en cuenta entonces y es claro que es igualmente aplicable a estos llamados arquitectos técnicos dirigir prácticamente la ejecución de todas las que se llevan a*

cabo en el término municipal, intervención decisiva e importante, aunque se pretende, lo que es dudoso, que no tienen intervención alguna en la tramitación de los expedientes de licencia de obras; ni se diga que este Tribunal carece de competencia para hacer declaraciones genéricas, pues la presente resolución se mantiene dentro de los límites de lo dispuesto en el art. 43.1 de nuestra Ley jurisdiccional y su fin no ha de ser otro que la de resolver, dentro de las pretensiones y alegaciones de las partes, si es o no ajustado a derecho el acuerdo municipal que es objeto o materia del mismo, que es lo que estamos decidiendo, en sentido negativo, y por las razones expuestas, procediendo, sin más, estimar el recurso y pronunciar un fallo acorde con el suplico de demanda, sin pronunciamiento especial sobre las costas, por no apreciarse temeridad ni mala fe.

#### *Considerandos del Tribunal Supremo:*

Es ya reiterada la Jurisprudencia en la que se proclama —sentencias, entre otras, como más recientes, de 4 enero y 4 junio 1983— que, con arreglo a lo establecido en los arts. 328 de la Ley de Régimen Local de 24 junio 1955 y 37-1 del Reglamento de Funcionarios de las Corporaciones Locales de 30 mayo 1951 —que disponen serán aplicables a los funcionarios de la Administración Local las incompatibilidades que rijan para los funcionarios civiles del Estado— y a lo preceptuado en los artículos 82 y 83-2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 febrero 1964, ha de estimarse que *los arquitectos municipales* (tanto los superiores como los técnicos) *son incompatibles para el ejercicio libre de su profesión, dentro del término de sus respectivos Ayuntamientos, en todos aquellos supuestos en que pueda producirse lo que se denomina 'áreas de coincidencia', que dan lugar a la posibilidad de que los medios y facultades concedidas al funcionario por su razón de cargo puedan ser utilizadas en provecho particular, en perjuicio del interés público y, por lo menos, del prestigio que por su objetividad, imparcialidad e independencia debe rodear al funcionario, sin que sea preciso la prueba de que se haya producido, bastando con esa coincidencia y posibilidad, sentencias, entre otras, de 20 junio 1975 y 19 noviembre 1980.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 22 julio 1983.)*

#### IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *La denegación de recibimiento a prueba en un expediente disciplinario constituye una grave infracción procedimental que no puede entenderse subsanada, ni tampoco sustituirse, dada la garantía de defensa que implica, por el mero ejercicio del recurso jerárquico, sin vista ni traslado de actuaciones y sin constancia de audiencia.*

«La misma conclusión ha de ser deducida a propósito de aquel otro elemento integrante de la falta que fue sancionada, consistente en la exis-

tencia de un fin lucrativo por parte del personal médico, resultado imprescindible cuya realidad también se echa de menos al examinar las actuaciones, no obstante lo factible y simplista que resultaba el obligado acreditamiento de tal extremo por parte del instructor, ya que, constando, sin contradicción alguna, que los honorarios percibidos por la práctica de una operación de apendicitis y otra de fimosis sumaban veinte mil pesetas, nada más elemental que comparar esta cantidad con la que el mismo profesional tenía derecho a percibir de la Seguridad Social por tales conceptos, *falta de decisiva prueba que pudo subsanarse, a la vez que la de la adecuada constatación del conjunto de circunstancias que determinaron la actuación del sancionado del modo en que lo hizo* —incluso, con un posible resultado distinto del inicial criterio del instructor y del órgano sancionador— *si aquél hubiera accedido a la práctica de los medios probatorios propuestos por el expedientado, cuyo total rechazo, precisamente, resultaba opuesto al mandato del art. 136 de la L. Pro. Adm. y al criterio de la jurisprudencia de este Tribunal, declarativo, por una parte, de que la denegación del recibimiento a prueba constituye una grave infracción procedimental* —S. de 2 junio 1976—, *que no puede entenderse subsanada, ni tampoco sustituirse, dada la garantía de defensa que implica, por el mero ejercicio de un recurso jerárquico sin vista ni traslado de actuaciones y sin constancia de audiencia* —SS. de 3 marzo 1979 y 18 marzo 1980—, y, por otra, de que la exigida comprobación de los hechos no puede ser apreciada 'cuando aparecen incumplidos los concretos trámites que para efectuarla se señalan en la correspondiente normativa', S. 31 mayo 1978.» (Sentencia de la Sala 4.ª, 20 mayo 1983.)

2. *Dadas las consecuencias inherentes a la infracción consistente en falta de probidad moral o material y cualquier conducta constitutiva de delito doloso, se exige que la acción realizada por el funcionario tenga tal entidad que merezca la calificación de muy grave o sea constitutiva de delito doloso, pues lo contrario supondría romper la ecuación que ha de existir entre la gravedad del hecho que origina la sanción y la medida disciplinaria aplicada, con vulneración del principio de proporcionalidad entre infracción y sanción.*

«El R. D. 3046/77 de 6 octubre que articula parcialmente la L. 41/75 de Bases del Estatuto de Régimen Local en lo relativo a los funcionarios locales establece en su art. 52 que considera faltas muy graves b) la falta de probidad moral o material y cualquier conducta constitutiva de delito doloso, que cuando se trata de funcionarios que no pertenezcan a cuerpos nacionales sean corregidos según el art. 54.4 con las sanciones de los aps. d) y f) que consisten en suspensión de funciones y separación definitiva del servicio, respectivamente.

Las consecuencias inherentes a estas faltas pone de manifiesto que no se puede pretender que cualquier infracción del tipo lleve consigo la separación definitiva del servicio, sino que exige que la acción realizada por

el funcionario tenga tal entidad que merezca la calificación de muy grave o sea constitutiva de delito doloso, pues lo contrario supondría romper la ecuación que ha de existir entre la gravedad del hecho que origina la sanción y la medida disciplinaria aplicada, con vulneración del principio de proporcionalidad entre infracción y sanción y de aquí que no pueda admitirse que la conducta del expedientado sea de extrema gravedad —con ser grave—, dada la pequeña cuantía de lo indebidamente percibido, ni la tesis de la Corporación apelante que afirma que tal conducta es constitutiva de delito, lo que ha de rechazarse por no haber constancia que se hayan perseguido tales hechos por la jurisdicción penal, e incluso aquella afirmación —ser constitutivos de delito doloso los actos imputados— contradice los actos propios de la Corporación que no consta solicitara la apertura del correspondiente proceso penal cuando tuvo conocimiento de la comisión de los hechos.

Acotado así el único extremo de la apelación, los elementos que ha tenido en cuenta el Tribunal de Primera Instancia no han quedado desvirtuados por la parte apelante, por todo lo cual procede confirmar en todos sus extremos la sentencia apelada sin hacer expresa imposición sobre las costas causadas.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, 12 julio 1983.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

# CRONICA ADMINISTRATIVA

