

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. SELECCIÓN: 1. La selección de los funcionarios administrativos municipales ha de efectuarse por oposición, conforme a la regla básica de la Ley 7/85, confirmada por el artículo 169 del RD 781/86. 2. Pruebas selectivas. Los Tribunales pueden anularlas cuando se incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, sin que puedan sustituir a las Comisiones y Tribunales que por sus conocimientos científicos o técnicos han de valorar el historial académico, méritos y capacidad de los aspirantes. 3. La discrepancia hecha constar en acta por uno de los miembros del Tribunal respecto de la calificación dada por la mayoría en un ejercicio oral no es suficiente para acreditar la desviación de poder. 4. Discrecionalidad del nombramiento de Presidente de la Audiencia Territorial. Aunque se juzgase aplicable el artículo 103 CE, relativo a los funcionarios, en cuanto establece el principio de mérito y capacidad, no es precisamente la antigüedad escalafonal el sistema más idóneo para dar satisfacción a tal principio, pues es bien claro que no todos los méritos y no toda la capacidad quedan reflejados en la escueta lista que integra el escalafón.—II. DERECHOS Y DEBERES: 1. Funcionarios. Cuestión sobre el derecho de huelga. Posibilidad de apelación, en cuanto el derecho que se trata de hacer valer no es un derecho derivado de la situación estatutaria, a través de la intermediación de un derecho fundamental, sino, directamente, un derecho de esa naturaleza. Derecho de huelga. 2. No infringe el derecho a la igualdad la denegación de retiro voluntario por el Ministerio de Defensa pese a que en otras situaciones, consideradas idénticas por el recurrente, la Administración militar ha dictado 134 órdenes de pase a situaciones de retiro a otros tantos Jefes y Oficiales del Arma de Aviación por deducirse de los informes técnicos que no se perseguía un propósito discriminatorio, sino velar por un interés tan cualificado como es la Defensa Nacional impidiendo que la plantilla de la Escala del Aire quedara infradotada. 3. Imposibilidad de anular de oficio un acto de reconocimiento de pensión sin seguir el cauce de los artículos 109 y 110 LPA, ya que el esclarecimiento de la situación existente, en cuanto entraña un despliegue probatorio no intentado por la Administración que lo aduce, requiere también unas valoraciones de conceptos jurídicos, difíciles de identificar con los errores materiales o numéricos susceptibles de rectificación. 4. Circular del Subdirector General Operativo del Ministerio del Interior que no tiene la naturaleza de reglamento, al ir dirigida a los Comisarios y Jefes Superiores de las Fuerzas de Seguridad del Estado y no incorporarse al ordenamiento jurídico. 5. Derecho de Asociación. Guardia Civil. Inexistencia. Improbación de la inscripción de la «Unión Democrática de Guardias Civiles». 6. Directores Escolares. Inexistencia de derechos adquiridos frente a la potestad organizatoria: lo contrario equivaldría a petrificar la organización de las estructuras existentes condenándolas a una inmovilidad que las alejaría de la realidad social. Legalidad del RD 2376/85, de 18 de diciembre, que aprobó el Reglamento de los Organos de Gobierno de los Centros Públicos de EGB, Bachillerato y FP. 7. Jubilación anticipada. Responsabilidad del poder legislativo. Incompetencia del Consejo General del Poder Judicial para resolver la solicitud de indemnización formulada por un Magistrado. Competencia del Consejo de Ministros.—III. INCOMPATIBILIDADES: 1. Docencia. Cuando se exige dedicación a tiempo completo sólo cabe la compatibilidad como Profesor Asociado. El cargo de Juez o Magistrado sólo es compatible con el desempeño de un puesto de trabajo en la esfera docente como Profesor Universitario asociado en régimen de dedicación no superior a la de tiempo parcial y con duración determinada. 2. Dado el artículo 6.7 LO 2/1986, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, la pertenencia a éstos genera incompatibilidad para el

desempeño de la plaza de Profesor Asociado a tiempo parcial. Las únicas actuaciones que podrán realizar serán las compartidas en el artículo 19 de la Ley 53/84. — IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO 1. Funcionarios locales. En aplicación del artículo 147 RD 781/86, las faltas muy graves serán las tipificadas en el artículo 16 del Reglamento de 10 de enero de 1986. Supresión de la falta de probidad profesional moral o material. 2. Faltas. Abandono de servicio. Existe cuando se sigue una conducta absolutamente abstencionista que evidencia el total incumplimiento de los deberes propios de la función, con una clara intencionalidad de no prestar servicio. No cabe invocar el principio «non bis in idem» en base a un Auto que declaraba la improcedencia de procesamiento por delito de desobediencia, por cuanto se refiere a una tipificación distinta a la que sirvió de base a la sanción.

I. SELECCIÓN

1. *La selección de los funcionarios administrativos municipales ha de efectuarse por oposición, conforme a la regla básica de la Ley 7/85, confirmada por el artículo 169 del RD 781/86.*

«Lo anteriormente dicho, significa que en el cuadro normativo del régimen de selección de funcionarios municipales subsiste el ingrediente estatal que ha de establecerse las "reglas básicas y los programas mínimos" dentro del texto articulado aprobado por el Real Decreto 3046/77, de 6 de octubre. Este texto no había sido derogado —a salvo, claro es, lo que se oponga o contradiga por nueva Ley de Bases 7/85, hasta el Real Decreto 781/1986— y suministra la única regla básica que puede considerarse vigente, a saber, la de que la selección de los funcionarios administrativos municipales se realizará *por oposición*, de modo que mientras no se modifique esta regla básica, que confirma el artículo 169 del Real Decreto 781/1986, sigue en vigor.

No se trata pues de normas opuestas entre las cuales debe elegirse una que sea acorde con el principio de autonomía municipal, como argumenta el Ayuntamiento apelante en esta instancia, sino de preceptos que se complementan entre sí para delinear el mínimo de exigencias que deben cumplir los municipios en la selección de su personal conforme al derecho hoy vigente, mínimo que en el caso que nos ocupa no ha sido respetado por el acuerdo del Ayuntamiento de San Justo Desvern, por lo que procede desestimar la apelación y confirmar la sentencia recurrida, sin apreciar méritos que aconsejen hacer expresa imposición de las costas de esta instancia.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 9.ª, 23 enero 1990.*)

2. *Pruebas selectivas. Los Tribunales pueden anularlas cuando se incurre en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, sin que puedan sustituir a las Comisiones y Tribunales que por sus conocimientos científicos o técnicos han de valorar el historial académico, méritos y capacidad de los aspirantes.*

«La sentencia apelada, después de examinar las irregularidades cometidas en la constitución de la Comisión de Contratación designada para la provisión durante el curso 1983/84, entre otras, de las Cátedras de Química I y Química III de la Escuela Universitaria Politécnica, Sección Industriales, de Las Palmas de Gran Canaria, que afectaban a la titulación exigida y área de conocimiento de sus componentes; a la inclusión en dicha Comisión de quienes, por ser encargados de las Cátedras que debían cubrirse, tenían la obligación legal

de abstenerse al estar presumiblemente interesados en que las mismas quedasen desiertas, y por no haberse fijado y dado la exigible publicidad a los criterios a seguir para calificar los méritos de los aspirantes, llega a la conclusión de que la citada Comisión incurrió en desviación de poder al eliminar, bajo una apariencia de legalidad, a la totalidad de las aspirantes a las mencionadas plazas, siendo por ello acertado el pronunciamiento que declara la nulidad de los actos administrativos recurridos, lo que conlleva la desestimación de la pretensión formulada con carácter subsidiario.

Sin embargo, es doctrina reiteradamente mantenida por el Tribunal Supremo —Sentencias, entre otras muchas, de 17 de diciembre de 1986, dictada en un recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley sobre pruebas de acceso a la categoría de Profesor Titular de Escuela Universitaria, y la de 16 de marzo de 1989— que los artículos 1, 41, 42 y 83 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa atribuyen competencia a los Tribunales para anular los actos administrativos cuando incurrieren en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, sin que los mismos puedan sustituir a las Comisiones y Tribunales que por sus conocimientos científicos o técnicos han de valorar el historial académico, méritos y capacidad de los aspirantes, de acuerdo con cuya doctrina debe estimarse en parte el recurso de apelación y revocar la sentencia apelada en el único extremo en que, atribuyéndose facultades que únicamente corresponden a las Comisiones o Tribunales que han de valorar las pruebas de selección, reconoció el derecho del actor a que le fuere adjudicada una de las plazas de Química I o Química III de la Escuela Universitaria Politécnica de Las Palmas objeto del concurso, arrogándose indebidamente la facultad de valorar los requisitos necesarios y méritos que concurrían en los varios aspirantes a cubrir dichas plazas.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 9.ª, 20 febrero 1990.*)

3. *La discrepancia hecha constar en acta por uno de los miembros del Tribunal respecto de la calificación dada por la mayoría en un ejercicio oral no es suficiente para acreditar la desviación de poder.*

«El apelante estima que la protesta hecha constar en el acta correspondiente por uno de los miembros del Tribunal, unida a otras circunstancias que detalla, es suficiente para formar la convicción de que se produjo la acusada desviación de poder, convicción no compartida por la sentencia apelada en su fundamento sexto, en el que se explica que la discrepancia de uno de los miembros del Tribunal respecto a la puntuación dada por la mayoría a un ejercicio oral sobre cuyo desarrollo nada consta en la protesta mencionada no es suficiente, ni por sí misma ni con el añadido de esas otras circunstancias que pudieran despertar sospechas sobre la predisposición favorable de esos miembros del repetido Tribunal Calificador hacia un concursante por razones de afinidad política con el padre de éste, para dar como probada la expresada desviación de poder.

La sentencia apelada examinó todos los indicios que podrían apuntar en la dirección que señalaba el recurrente y sopesando el valor de tales indicios, concluyó que sólo hay base para meras suposiciones o sospechas, insuficientes para alcanzar una razonable convicción sobre el propósito de favorecer a uno en detrimento de otro de los aspirantes.

En esta instancia no se han alterado los términos en que se planteó esta cuestión en la primera, de modo que esta Sala, tras de reexaminar las contrapuestas posiciones de las partes y la convicción que refleja la sentencia apelada, no encuentra fundamentos sólidos para apartarse de la misma, por lo

que procede desestimar la apelación y confirmar la sentencia recurrida sin apreciar motivos para hacer expresa imposición de costas.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 9.ª, 7 marzo 1990.*)

4. *Discrecionalidad del nombramiento de Presidente de la Audiencia Territorial. Aunque se juzgase aplicable el artículo 103 CE, relativo a los funcionarios, en cuanto establece el principio de mérito y capacidad, no es precisamente la antigüedad escalafonal el sistema más idóneo para dar satisfacción a tal principio, pues es bien claro que no todos los méritos y no toda la capacidad quedan reflejados en la escueta lista que integra el escalafón.*

«La provisión del cargo de Presidente de Audiencia Territorial, por las funciones de gobierno que lleva consigo, se ha configurado tradicionalmente como un nombramiento de carácter discrecional siempre que el designado reuniera determinados requisitos de categoría y antigüedad establecidos en la ley. Así, ya la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 establecía en su artículo 141 que las presidencias de las audiencias —a excepción de la de Madrid, para la que se establecía un régimen propio en el artículo 142— se proveerán por elección libre del Gobierno entre quienes hubiesen desempeñado los cargos que en dicho precepto se establecían, sistema que mantuvo la Ley Adicional de 14 de octubre de 1882 en su artículo 46. En fechas más próximas, la Ley 11/1966, de 18 de marzo, siguió este mismo sistema de designación discrecional —artículo 22.2.º— que quedó recogido también en el Reglamento Orgánico de la Carrera Judicial —artículo 20—, aprobado por Decreto 3330/1967, de 28 de diciembre. Con igual carácter se configuró la designación de los Presidentes de Audiencia Territorial (y de Audiencia Provincial) en la Base 13.ª, número 67.2, de la Ley 42/1974, de 28 de noviembre.

La vigente Ley Orgánica del Poder Judicial no contempla en su articulado, como lógica consecuencia de la nueva planta diseñada en su artículo 26, la provisión del cargo de Presidente de Audiencia Territorial, pero de su disposición transitoria decimotercera se infiere que la provisión de dicho cargo, durante el período que transcurra hasta la constitución de los Tribunales Superiores de Justicia, sigue siendo de carácter discrecional, discrecionalidad que igualmente informa el sistema de designación —artículo 337— para los cargos de Presidentes de los expresados Tribunales.

Este sistema de discrecionalidad condicionada por los requisitos de categoría y antigüedad de los candidatos, cuya justificación se encuentra en la especial aptitud requerida para el desempeño de funciones tan complejas como son las inherentes al cargo de Presidente de Audiencia Territorial, no es contrario, como pretende el recurrente, al contenido de los artículos 14, 23.2 y 103 de la Constitución, por la sencilla razón de que ninguna ruptura del principio de igualdad, genéricamente considerado, o en su proyección en el acceso a los cargos públicos, se produce como consecuencia de un sistema de designación que dirime las aspiraciones de los candidatos en favor de aquel que reúne las mejores aptitudes y condiciones y que difícilmente podrían discernirse, por la índole de las funciones del cargo, apelando exclusivamente al escalafón. Otro tanto cabe decir respecto a la invocación que en la demanda se hace del artículo 103 del propio texto constitucional, pues en la hipótesis de que se pudiera inferir de este precepto —referido a la función pública— un principio de mérito y capacidad para la provisión del cargo judicial que ha motivado este recurso no es precisamente la antigüedad escalafonal el sistema más idóneo para dar satisfacción a tal principio, pues como ya se dijo en

Sentencia de 10 de febrero de este año "es bien claro que no todos los méritos y no toda la capacidad quedan reflejados en la escueta lista que integra el escalafón".

En consecuencia, no procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad instada en la demanda.

Despejado este problema hay que añadir que corresponde al Consejo General del Poder Judicial, órgano de gobierno del mismo, valorar discrecionalmente la especial aptitud y condiciones de los candidatos para la provisión de los cargos de Presidentes de las Audiencias Territoriales, sin perjuicio de la competencia de este Tribunal Supremo para enjuiciar la conformidad con el ordenamiento jurídico de los acuerdos que se tomen por aquél cuando sean residenciados ante él.

En el caso que nos ocupa no se ha alegado vicio específico alguno que pueda afectar al nombramiento impugnado. Las alusiones genéricas que se hacen en la demanda a discriminaciones por razón de opinión y a una política de nombramientos inspirada no en la valoración de méritos sino en la elección de personas con criterios extraprofesionales no se proyectan en realidad sobre el acto recurrido, en el que no se detecta que su adopción haya venido determinada por otra finalidad que la de escoger al solicitante más idóneo para la provisión del cargo de Presidente de la Audiencia Territorial de Valladolid. Por ello, para el supuesto de que se haya querido imputar desviación de poder en la adopción del nombramiento impugnado rechazada queda.» (*Sentencia de la Sala de Pleno, 4 abril 1988.*)

II. DERECHOS Y DEBERES

1. *Funcionarios. Cuestión sobre derecho de huelga. Posibilidad de apelación, en cuanto el derecho que se trata de haber valer no es un derecho derivado de la situación estatutaria, a través de la intermediación de un derecho fundamental, sino, directamente, un derecho de esa naturaleza. Derecho de huelga.*

«Alegan los apelantes don Francisco del C. P. y demás personas que actúan bajo la representación de la Procuradora doña Consuelo R. Ch. la inapelabilidad del asunto por tratarse de una cuestión de personal que no implica separación de empleados públicos inamovibles, y ello con cita de los artículos 6.º y 9.º de la Ley 62/1978 y 94,1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Pero tal alegación no puede ser atendida, pues como ya tuvo ocasión de resolver este Tribunal en el Auto de 15 de febrero de 1989, decidiendo el recurso de queja planteado en relación a esta apelación, la cuestión suscitada en este proceso no puede ser calificada como de personal, aunque algunos de los demandantes fueran funcionarios, dado que el acto recurrido, que no reconocía el carácter legal de una huelga comunicada por los funcionarios al servicio del Parlamento de Navarra, excede del ámbito propio de las cuestiones de personal, ya que el derecho que los recurrentes pretenden hacer efectivo no es un derecho derivado de la situación estatutaria, a través de la intermediación de un derecho fundamental que sirva de base a la pretensión, sino directamente un derecho de esa naturaleza, concretamente el derecho de huelga del artículo 28 p 2 de la Constitución, que entienden vulnerado por un acuerdo de la Mesa del Parlamento que niega el carácter legal de una huelga comunicada a dicho órgano por sus funcionarios.

Respecto de lo que constituye el objeto de la apelación, el Ministerio Fiscal, en fase de apelación y en su escrito de alegaciones apelatorias, a pesar de no haber apelado la sentencia ante la Audiencia en el momento de serle notificada, pretende la revocación de la misma, en cuanto declaró la inadmisibilidad de los recursos acumulados números 723, 731 y 735, presentados por AFAPNA, USO y CC.OO. además solicita la confirmación de la sentencia en el aspecto en que estimando el Recurso número 727/1988, suscitado por el señor del C. y demás codemandantes declara la anulación del acuerdo impugnado, por vulnerar el artículo 28 p 2 de la Constitución. Dicha pretensión revocatoria no puede ser atendida, dado que la construcción del proceso especial de la Ley 62/1978, en lo relativo a la apelación, no permite que el apelado, que es la postura procesal que correspondía al Fiscal en este concreto proceso, se adhiera a la apelación en el momento de la personación ante el Tribunal Supremo, pues no existiría, en caso de que admitiera esa postura procesal, trámite hábil para que el apelado pudiera contestar a esas alegaciones apelatorias interpuestas por adhesión, visto el contenido del artículo 9.º de la Ley 62/1978. Añádase a ello, en el caso ahora enjuiciado, que los Sindicatos promoventes de esos Acuerdos 723, 731 y 735, a pesar de haber apelado en forina, no comparecieron ante este Tribunal dentro del término de emplazamiento, por lo que, por Auto de esta Sala de 27 de septiembre de 1989, se declaró desierta la apelación interpuesta por dichos Sindicatos en los recursos de referencia; resolución que ha quedado firme al no ser recurrida.

En relación a la apelación promovida por el Parlamento de Navarra, este Tribunal comparte la postura de la Audiencia de Pamplona en el sentido de que el Acuerdo del Parlamento de Navarra, de 27 de mayo de 1988, que declaró la ilegalidad de la huelga anunciada el día 25 anterior por el Comité de Huelga de los funcionarios de esa Institución, debía ponerse en relación con la generalidad de las actuaciones iniciadas, no ya el 21 de abril de 1988, en que se anunció la huelga que llegó a tener efectividad, sino incluso desde que el anterior día 9 de ese mes y año, el Comité comunicó la intención de utilizar el instrumento legal de la huelga para intentar lograr determinadas reivindicaciones relativas a su régimen de trabajo, y ello por las razones que se exponen en el fundamento legal 3.º de las sentencia apelada que se dan por reproducidos. Sin que quepa romper la trama de los acontecimientos, como pretende el Parlamento, para entender que la comunicación del 25 de mayo de 1988, venía referida a una huelga diferente, que podía legítimamente ser declarada ilegal, por incumplir los requisitos de plazo y demás impuestos por el artículo 3.º del Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo. Por lo que apareciendo respetados los requisitos legales en aquellas iniciales comunicaciones, pues cabe observar que incluso desde la Comunicación de la suspensión del Comité de Huelga de fecha 9 de mayo de 1988, hasta el día final de la última prórroga, de 24 de mayo siguiente, se respetan los plazos legales de preaviso, no había por qué reiterar tales requisitos en la nueva comunicación del 25 de mayo, determinante del acto impugnado. Por cuya razón, la improcedente declaración de ilegalidad de huelga en curso, realizada por el Parlamento, debía entenderse vulneradora del derecho fundamental de huelga, indiscutiblemente ejercitable para los funcionarios, en cuanto que de un modo implícito encerraba una conminación actual de sometimiento a medidas disciplinarias a quien la secundara.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 9.ª, 15 enero 1990.*)

2. *No infringe el derecho a la igualdad la denegación de retiro voluntario por el Ministerio de Defensa pese a que en otras situaciones, consideradas idénticas por el recurrente, la Administración militar ha dictado 134 órdenes de pase a situaciones de retiro a otros tantos Jefes y Oficiales del Arma de Aviación, por deducirse de los informes técnicos que no se perseguía un propósito discriminatorio, sino velar por un interés tan cualificado como es la Defensa Nacional impidiendo que la plantilla de la Escala del Aire quedara infradotada.*

«Entrando ya en el examen del problema de fondo, hay que decir que el debate ha girado en torno al principio de igualdad jurídica proclamado en el artículo 14 de la Constitución, en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley, pues la invocación que en la demanda se hace del artículo 35 del Texto fundamental es ajena al contenido y límites de esta garantía especial que únicamente puede tener por objeto la tutela de los derechos y libertades reconocidos en el mencionado artículo 14 y en la Sección 1.ª, Capítulo Segundo, Título I, de la Constitución, como puntualiza el artículo 53.2 de ésta, en relación con la disposición transitoria segunda, apartado 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, entre los que no se encuentra el derecho a la libre elección de profesión u oficio. También hay que precisar, como acertadamente indica la sentencia apelada, que en este proceso no cabe discutir vicios de legalidad ordinaria del acto impugnado, sino exclusivamente su dimensión constitucional, concretamente en función del derecho fundamental a la igualdad, que es el que se invoca en la demanda como fundamento básico de la pretensión.

Para el actor, en síntesis, la resolución impugnada vulnera la igualdad en la aplicación de la ley y entraña una discriminación prohibida por el artículo 14 de la Constitución, porque en otras situaciones idénticas la Administración militar ha dictado 134 órdenes de pase a la situación de retiro a otros tantos Jefes y Oficiales del Arma de Aviación, Escala del Aire, a petición de los interesados, aportando como prueba al efecto varias copias parciales de distintos Boletines Oficiales de Defensa, correspondientes a días comprendidos entre los meses de enero a septiembre de 1988. Pues bien, se puede adelantar que no es, precisamente, un propósito discriminatorio lo que resulta del expediente administrativo. En el informe técnico de la Jefatura de Mando de Personal, con ocasión de las solicitudes de retiro voluntario que por diferentes causas ha efectuado el personal de la Escala del Aire, se dice ya que la plantilla prevista en esta Escala para el año 1991 se encontraba cubierta, en febrero de 1989, al 82 por 100, por lo que en caso de concederse las 118 solicitudes de retiro voluntario existentes entonces la plantilla de la Escala del Aire quedaría reducida al 73 por 100, con lo que las misiones a desarrollar por las Fuerzas Armadas, de las que forma parte el Ejército del Aire, y que vienen asignadas en el artículo 8.º de la Constitución y en el 23 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, sobre normas básicas de la Defensa Nacional, se verían afectadas llegando a dificultar su cumplimiento. Y en la prueba practicada por el Tribunal *a quo*, a petición de la parte actora, se informa por el Director de Personal que aunque en los expedientes de retiro voluntario resueltos en sentido estimatorio durante el año 1988 no se contiene ciertamente certificación alguna —la pregunta iba dirigida a acreditar que no se tuvieron en cuenta en ninguno de tales casos los efectivos de personal de la Escala del Aire, ni el déficit existente en su caso— se añade que "sí se tuvo en cuenta el déficit de personal en el momento de conceder los retiros, oscilando éste dentro de unos márgenes tolerables para cubrir las necesidades operativas de este Ejército". Pero es más, en la certificación librada por la misma

autoridad, también a solicitud del actor, se afirma en relación con un compañero de éste que tenía el mismo destino y que pasó a la situación de retiro voluntario en 1988, que "ello se vino haciendo conforme a la política de conceder retiros mientras los márgenes de déficit de los pilotos en el Ejército del Aire fueran considerados tolerables. Cuando dicho déficit alcanzó niveles que comprometían la operatividad y eficacia necesaria para cubrir las misiones de Defensa Nacional que tienen asignados los Ejércitos, cesó la concesión de retiros".

Cuanto se ha expuesto hasta ahora es suficiente para colegir que la finalidad del acto impugnado no fue dar un tratamiento discriminatorio al recurrente, sino velar por un interés general tan cualificado como es la Defensa Nacional, las misiones a desarrollar por las Fuerzas Armadas en el artículo 8.º de la Constitución con la indispensable operatividad y eficacia, precepto éste que no tiene un mero carácter programático, como el actor pretende atribuirle. No se detecta, por tanto, en la actuación de la Administración militar infracción alguna del artículo 14 de la Constitución, pues aunque no puede negarse que el acto recurrido se ha separado de otros precedentes, lo ha hecho de manera objetiva y razonable. No ha agraviado comparativamente al actor respecto a sus compañeros que obtuvieron con anterioridad el retiro a petición propia, por la sencilla razón de que el término de comparación propuesto no es válido, no contempla situaciones iguales, justamente por haberse atendido unas peticiones de retiro voluntario, hasta donde eran compatibles con la operatividad y eficacia necesarias del Ejército del Aire, se ha producido un cambio en las situaciones comparadas, impuesto por las necesidades de la Defensa Nacional, que impide que éstas sean parangonables.

La prueba obrante en el expediente y en los autos ha quedado corroborada por el Informe del Ministerio de Defensa de 24 de julio de 1989, cuya incorporación a las actuaciones judiciales tramitadas por la Audiencia Nacional no podría tacharse de incorrecta, pues aunque la regulación de la segunda instancia en este procedimiento especial difícilmente consiente la apertura de un periodo probatorio, el artículo 863, número 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite, sin necesidad de recibir el pleito a prueba, que las partes presenten documentos que se hallen en alguno de los casos expresados en el artículo 506 de la misma Ley, hasta la citación para sentencia, norma ésta perfectamente compatible con la tramitación prevista en el artículo 9 de la Ley 62/1978, y que hace posible también la unión a este rollo de la copia parcial del Boletín Oficial de Defensa de 1 de agosto de 1989, aportado por la propia apelada, al que luego nos referiremos.

En el informe a que se acaba de hacer mención destaca la posición constante de la Administración militar en las decisiones que toma durante los nueve primeros meses del año 1988, hasta que varían las circunstancias fácticas de la eficacia de la Defensa Nacional. En este sentido —se dice—, "tanto las normas internacionales occidentales sobre doctrina de actuación de las Fuerzas Armadas —normas homologadas por la Organización del Tratado del Atlántico Norte— como las propias españolas, afirman que la operatividad y eficacia de los Ejércitos del Aire quiebra cuando sus plantillas de Oficiales de Vuelo están cubiertas en una proporción inferior al 80 por 100 de sus necesidades, y que difícilmente el Estado podrá reaccionar con eficacia ante una situación de posible conflicto". Y en relación directa con este cambio de situación también se dice "que no se ha concedido el retiro a ninguno de los Oficiales de Vuelo que lo solicitaron después de la fecha en que la situación crítica en la operatividad del Ejército del Aire se manifiesta, octubre de 1988".

La parte apelada para reforzar su postura de que no existe diferencia alguna entre los supuestos de hecho en que se concedieron los retiros y el presente, en que se deniega, ha traído a colación el Boletín Oficial de Defensa de 1

de agosto de 1989, que publica un total de 39 órdenes por las que otros tantos Jefes y Oficiales del Arma de Aviación, Escala del Aire, pasan a la situación de retiro, a petición propia, por lo que "parece —dice— que las necesidades de la Defensa Nacional permiten la concesión de nuevos pases a la situación de retiro voluntario". Ahora bien, cuando así arguye omite decir que con anterioridad a esta fecha, el 10 de julio del corriente año, se publicó en el mismo periódico oficial la incorporación de la nueva promoción de Tenientes del Arma de Aviación, Escala del Aire, en número suficiente para que, sin merma de la operatividad y eficacia de la Defensa Nacional, pudieran concederse los retiros publicados el 1 de agosto siguiente, quedando atendidas así una parte de las solicitudes pendientes por el cambio de circunstancias operado, retiros respecto de los cuales el actor no se ha sentido preterido, aunque ésta sería en realidad una cuestión ajena al recurso que ahora nos ocupa y que sólo podría ser objeto, en su caso, de discusión en la vía o vías procedentes. En definitiva, los retiros publicados el 1 de agosto de 1989 no suministran base alguna a la tesis actora; al contrario, corroboran un proceder de la Administración militar, desde la dimensión constitucional del acto impugnado y en los términos en que el debate está planteado, ajeno a toda vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. El Ministerio de Defensa no actuó arbitraria e infundadamente al apartarse de los precedentes ni al pronunciarse, con posterioridad al acto recurrido, de conformidad con aquéllos, por la incidencia que en estos últimos tuvo la incorporación al Ejército del Aire de una nueva promoción de Tenientes.

Resta por analizar un extremo que la sentencia de la Audiencia Nacional destaca y que suscita también el apelado, que el cambio de criterio de la Administración respecto a los precedentes invocados en la demanda no puede producirse sin una disposición general que señale unos límites objetivos a este modo de proceder. No vamos a entrar aquí, naturalmente, en el análisis de la normativa específica de las situaciones militares y concretamente de la situación de retiro, a petición propia, pues desbordaríamos el ámbito objetivo de este proceso, que no tiene por finalidad efectuar un juicio de legalidad del acto recurrido y requeriría interpretar dicha normativa en el contexto de otras de superior rango, como son el propio texto constitucional y la Ley Orgánica sobre normas básicas de Defensa Nacional. Pero sí es preciso decir que para que la Administración militar pudiera apartarse de tales precedentes, sin vulnerar el artículo 14 de la Constitución, bastaba que ofreciera, como así ha sido, una fundamentación objetiva y razonable.» (*Sentencia de 7 de febrero de 1990.*)

3. *Imposibilidad de anular de oficio un acto de reconocimiento de pensión sin seguir el cauce de los artículos 109 y 110 LPA, ya que el esclarecimiento de la situación existente, en cuanto entraña un despliegue probatorio no intentado por la Administración que lo aduce, requiere también unas valoraciones de conceptos jurídicos, difíciles de identificar con los errores materiales o numéricos susceptibles de rectificación.*

«La pensión de jubilación primeramente reconocida a don Lorenzo S. P. —Subcomisario del Cuerpo Superior de Policía cuando finalizó la guerra civil española—, por Resolución del Ministerio del Interior de 15 de diciembre de 1979, en virtud de la amnistía concedida a los funcionarios públicos, con arreglo a la Ley 46/1977, de 15 de octubre, que determinó el libramiento por la Dirección General del Tesoro, de 12 de junio de 1980, del correspondiente título para la percepción de los haberes pasivos devengados, no puede anular-

se válidamente por la propia administración autora del acto al amparo del artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, porque ni se cumplió con la exigencia del dictamen favorable del Consejo de Estado, ausente en este caso, ni el acto de concesión reúne los requisitos del artículo 47 del mismo Cuerpo Legal citado. Tampoco encaja la declaración de nulidad entre los supuestos previstos en el artículo 110, para los actos declarativos de derechos, como es obvio, al prescindir del régimen previsto en dicho precepto y en cuanto a la posibilidad de considerar el acuerdo revocatorio como simple rectificación de errores materiales o de hecho a que alude el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en base a la confusión padecida en orden a la nacionalidad del afectado, la improcedencia de calificar esta circunstancia como simple error material es manifiesta pues aun ahora, no hay base en el expediente para afirmar que el señor S. P. recupera la nacionalidad española con posterioridad a la fecha de su jubilación, subsistiendo la duda de que no la hubiera perdido nunca. En cualquier caso, el esclarecimiento de tal situación, en cuanto entraña un despliegue probatorio, no intentado por la administración que lo aduce, requiere también unas valoraciones en conceptos jurídicos, difíciles de identificar con los errores materiales o numéricos susceptibles de rectificación. Por lo expuesto procede confirmar la sentencia impugnada sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia.» (*Sentencia de 8 de febrero de 1990.*)

4. *Circular del Subdirector General Operativo del Ministerio del Interior que no tiene la naturaleza de reglamento, al ir dirigida a los Comisarios y Jefes Superiores de las Fuerzas de Seguridad del Estado y no incorporarse al ordenamiento jurídico.*

«El primer punto a determinar, dado que incide de modo previo y sustancial en la mayoría de las cuestiones propuestas por las partes, es el de la naturaleza de la Circular impugnada. La autodenominada por el Subdirector General Operativo, Circular, va dirigida exclusivamente a Comisarios y Jefes Superiores de las Fuerzas Policiales de Seguridad del Estado, integrantes, sí, de un grupo funcional con matices de generalidad suficientes para determinar la competencia de esta Sala, pero no para precisar que estamos en presencia de una norma sustantiva que se integra para siempre en el ordenamiento jurídico; por el contrario, las instrucciones allí contenidas se velan como dirigidas a los funcionarios indicados a que se refiere el último inciso del artículo 23.2 y del 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y no como una verdadera disposición de carácter general, cuya elaboración debe regir el artículo 129 y concordantes de la Ley de Procedimiento Administrativo. Es claro el carácter meramente instrumental de la Circular impugnada dirigida a los órganos inferiores de la Administración y no a los administrados, que sólo se han de ver implicados por ella mediante los correspondientes actos expresos de dichos funcionarios, pero no directamente.

Los artículos 18 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo autorizan a los órganos superiores a dictar circulares e instrucciones que se refieran a la organización interna de los servicios dependientes de los mismos o para dirigir con carácter general la actividad de los inferiores del órgano de quien ha emanado la Circular, exclusivamente dirigida a ellos. No tiene, pues, ésta, carácter ordinamental ni por lo tanto naturaleza de disposición general.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 8.ª, 12 febrero 1990.*)

5. *Derecho de Asociación. Guardia Civil. Inexistencia. Improcedencia de la inscripción de la «Unión Democrática de Guardias Civiles».*

«La sentencia apelada desestima el recurso interpuesto por el actor, en calidad de promotor, fundador y socio de la pretendida asociación “Unión Democrática de Guardias Civiles”, contra la denegación presunta de solicitud de inscripción de ésta en el Registro de Asociaciones.

La Audiencia Nacional, valorando que en el acta fundacional — fechada en Sevilla el 22 de julio de 1988— no se reseñan los nombres y circunstancias personales de los socios fundadores, a excepción del recurrente cuya firma es la única que figura en el acta, llega a la conclusión de que tal escrito es contrario al artículo 3.º de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 y que, no existiendo propiamente una asociación no se ha conculcado el artículo 22,3 de la Constitución.

Ciertamente, para que pueda inscribirse una asociación en el correspondiente registro, en este caso, en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior, a los solos efectos de publicidad, es preciso que aquélla se haya constituido, que exista, es decir, que haya tenido lugar un concierto de voluntades dirigido a constituirla, reflejado en el acta fundacional. También lo es que en el caso litigioso el acta sólo aparece suscrita por el recurrente y que los demás socios fundadores tan sólo se identifican por su cualidad de miembros en activo de la Guardia Civil. Ahora bien, este defecto, en principio, sólo afecta a la falta de constancia de las circunstancias personales de quienes —se dice— concurrieron con el actor a la constitución de la “Unión Democrática de Guardias Civiles” y no puede legitimar, en sí mismo considerado, el acto presunto recurrido, por no haber mediado requerimiento alguno de la Administración enderezado a dar ocasión al peticionario de subsanar el defecto apreciado por el Tribunal *a quo* — artículo 71 de la Ley de procedimiento Administrativo en relación con el artículo 11 de la Ley de Asociaciones— como determinante de la desestimación del recurso.

El Abogado del Estado insiste también en otro motivo de oposición al recurso que ya adujo ante la Audiencia Nacional. Que el escrito dirigido a la Administración aparece firmado por el recurrente en nombre propio y, además, como mandatario verbal —según afirma— de otros miembros en activo de la Guardia Civil, hecho que, a su juicio, supone efectuar una petición colectiva, prohibida por los artículos 29,2 de la Constitución y 15,2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Tampoco este argumento es definitivo. No hay que confundir el derecho de petición a los órganos institucionales, que asiste a todos los españoles, para impetrar decisiones de carácter político o de mera oportunidad, y se agota por su sólo ejercicio —lo solicitado no tiene por qué ser necesariamente aceptado, Auto del Tribunal Constitucional 749/1985, de 30 de octubre—, con el ejercicio, valga la redundancia, por una persona o pluralidad de personas, de un derecho subjetivo, en este caso, de un derecho subjetivo público, el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución, que sólo puede quedar satisfecho mediante un pronunciamiento de la Administración o, en su caso, de los Tribunales que resuelva con arreglo a Derecho la reclamación deducida. Sólo en el primer supuesto, no en éste, cobra significado la restricción constitucional y legal de efectuar peticiones colectivas por parte de los miembros de las Fuerzas o Institutos Armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar, en general, y de los miembros de la Guardia Civil, en particular, para salvaguardar la disciplina y la libertad de decisión de los poderes públicos —para preservar aquélla está también la exigencia de que las peticiones individuales de los mismos se produzcan con arreglo a su legislación específica—, que en cambio no pueden verse afectadas cuando se

impetra una decisión administrativa que debe producirse con sujeción al principio de legalidad.

Rechazados, pues, los motivos de oposición, de naturaleza formal, que el Abogado del Estado mantiene en sus alegaciones, el problema nuclear que plantea este litigio es si la denominación "Unión Democrática de Guardias Civiles" es una asociación en sentido genérico, que goza de la cobertura del artículo 22 de la Constitución, como sostiene el recurrente, o se trata propiamente de un sindicato, como argumenta el representante de la Administración, cuya prohibición, en este segundo supuesto, sería consecuencia automática de lo que preceptúa el artículo 15 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuyo número 2 dispone que "los miembros de la Guardia Civil no podrán pertenecer a partidos políticos o sindicatos...", prohibición que comporta tanto la afiliación a un sindicato ya constituido —esté o no vinculado a un partido político— como el ejercicio del derecho a la libertad sindical en su conjunto y por tanto el derecho a fundar sindicatos, como resulta de lo prevenido en el artículo 1.º,3, en relación con el artículo 2.º,1,a), de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, el primero de los cuales dice: "Quedan exceptuados de este derecho (del derecho a sindicarse libremente) los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de naturaleza militar", cualidad ésta que concurre en la Guardia Civil —artículo 9,b) de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad—, todo ello con la cobertura que supone el artículo 28,1 de la Constitución.

Pues bien, no deja de tener razón el Abogado del Estado cuando arguye que la agrupación cuya inscripción como asociación se solicita tiene los fines propios de los sindicatos. En efecto, entre los distintos fines que se asignan a la "Unión Democrática de Guardias Civiles" en el artículo 5.º de sus estatutos destaca, en primer lugar, "la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos", expresión que por su amplitud comprende, indudablemente, los intereses de carácter económico y social, cuya promoción es precisamente la razón de ser de los sindicatos —artículo 7.º de la Constitución y artículo 1.º,1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical—. Además, hay que tener en cuenta que cuando en el artículo 18,1 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se reconoce a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía el derecho a sindicarse —con determinadas limitaciones—, se fija como objetivo de las organizaciones que pueden constituir "la defensa de sus intereses profesionales".

Tal vez podría sostenerse, en la hipótesis de que sea posible trazar una línea divisoria, que la "Unión Democrática de Guardias Civiles" es más una asociación profesional con fines reivindicativos que un sindicato propiamente dicho, si se pone la atención en que sólo está abierta —a tenor del artículo 8.º de sus estatutos— a los miembros de la Guardia Civil, en situaciones de activo o de reserva activa, a diferencia del derecho de libertad sindical que se extiende a todos los trabajadores, entendiéndose por tales, a los efectos de la Ley Orgánica 11/1985 —artículo 1.º,2—, tanto aquellos que son sujetos de una relación laboral como los que lo son de una relación administrativa o estatutaria al servicio de las Administraciones Públicas. En apoyo de esta solución podría invocarse, a primera vista, el artículo 401 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que con la cobertura del artículo 127,1 de la Constitución, reconoce el derecho de asociación profesional a Jueces y Magistrados, fijando como fines lícitos, entre otros, de las asociaciones constituidas por éstos, la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos, es decir, los mismos que se recogen en el artículo 5.º de los estatutos de la cuestionada asociación. Pero en tal caso, no debe olvidarse, se trata de una forma particular de asociación —asociaciones de relevancia constitucional en la terminología de la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1981, de 2 de febrero (R. T.

Const. 3) —, cuya válida constitución se condiciona a la inscripción en un Registro especial, a cargo del Consejo General del Poder Judicial, mientras que lo que se debate en este litigio es el genérico derecho de asociación. Además, si cupiera la calificación que aquí se considera, podría predicarse también de las denominadas organizaciones sindicales que pueden constituir los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, pues éstos sólo pueden afiliarse —artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1986— a organizaciones formadas exclusivamente por miembros del propio Cuerpo, y es revelador que tal derecho no se reconozca a los miembros de la Guardia Civil, sin duda por la naturaleza militar de este Instituto armado, declarada en el artículo 9.º de la Ley Orgánica que se acaba de citar y reiterada, a propósito de su estructuración jerárquica por empleos y a efectos disciplinarios, en los artículos 13,1 y 15,1 de la misma Ley, cuyo régimen estatutario, además, es no sólo el establecido en la misma —y en las normas que la desarrollen—, sino también el previsto en el ordenamiento militar, como reza su artículo 13,2; naturaleza militar en la que insiste el artículo 4.º de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, cuando en su número 3 dice que “los miembros de la Guardia Civil, por su condición de militares, están sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas, a las leyes penales y disciplinarias militares así como a su normativa específica”, régimen del que forman parte las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas —Ley 85/1978, de 28 de diciembre—, pues en ellas se definen las obligaciones y derechos de los miembros de la Institución Militar —artículo 1—, a los que expresamente se prohíbe participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa —artículo 181—, prohibición esta última que ya era aplicable al personal de la Guardia Civil por imperativo del artículo 13,2 de la Ley Orgánica 2/1986, en cuanto remite al ordenamiento militar para la regulación de su régimen estatutario.

En conclusión, ya se considere a la “Unión Democrática de Guardias Civiles” como un sindicato o como una asociación profesional reivindicativa —en los términos ya examinados—, lo cierto es que estamos ante un caso de fraude de ley, pues bajo la aparente cobertura del artículo 22 de la Constitución sus fundadores persiguen un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él —artículo 6,4 del Código Civil—, la inscripción en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior de una agrupación de personas que realmente no ejercitan el genérico derecho de asociación reconocida en aquel precepto, sino que quieren constituir un sindicato o una asociación con finalidad reivindicativa, tratando de eludir la prohibición de los artículos 1,3 de la Ley Orgánica de la Libertad Sindical y 15,2 de la de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o bien el artículo 18,2 de esta última, que por la naturaleza militar de la Guardia Civil y la condición de militares de sus miembros concreta su ámbito de aplicación al personal del Cuerpo Nacional de Policía, normativa que impide al recurrente el depósito de los estatutos de la pretendida asociación en la oficina pública a que se refiere el artículo 4,1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical o el Registro Especial previsto en el artículo 20 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Y tampoco puede hablarse de silencio positivo —en la súplica de la demanda se alude a la adquisición de personalidad jurídica *ex lege* por haber transcurrido, se dice, el plazo preclusivo para proceder a la inscripción—, ya que difícilmente puede producirse aquel efecto cuando la inscripción solicitada se refiere a materia ajena al Registro de Asociaciones; y aunque no fuera así, que lo es, el silencio positivo no está admitido en la Ley de Asociaciones, a diferencia de lo que se establece en el artículo 2.º de la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos.

Por último, con el pronunciamiento que vamos a hacer —confirmatorio del fallo apelado— no se conculca el artículo 24 de la Constitución, ya que el

derecho de todos —en este caso, del actor y de la Administración demandada— a obtener la tutela judicial efectiva queda satisfecho con una resolución jurídicamente fundada, coincida o no con las pretensiones y motivos de oposición esgrimidos por las partes.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 9.ª, 12 marzo 1990.*)

6. *Directores Escolares. Inexistencia de derechos adquiridos frente a la potestad organizatoria: lo contrario equivaldría a petrificar la organización de las estructuras existentes condenándolas a una inamovilidad que las alejaría de la realidad social. Legalidad del RD 2376/85, de 18 de diciembre, que aprobó el Reglamento de los Organos de Gobierno de los Centros Públicos de EGB, Bachillerato y FP.*

«Solicitada como primer pedimento de la demanda que se declaren “inconstitucionales, ilegales y nulos” los artículos 4 al 14 del Reglamento impugnado aprobado por Real Decreto 2376/85, de 18 de diciembre, la primera cuestión que se plantea en este recurso es la de la legalidad de las disposiciones impugnadas a la luz de las alegaciones de los recurrentes: los expresados artículos se refieren a los órganos unipersonales de gobierno de los Centros Públicos de Educación General Básica, Bachillerato y Formación Profesional y más concretamente (artículos 5 al 15) al Director del centro, ordenación que se realiza en desarrollo conforme al Título III de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación que expresamente prevé en su Disposición Final primera, tal desarrollo para su aplicación. Las disposiciones reglamentarias impugnadas están, por tanto, amparadas por una norma legal habilitante y sirven con objetividad los intereses generales, ya que se dirigen al mejor funcionamiento de los Centros Públicos de Educación expresados, habiendo actuado la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho y a los fines que justificaban la actividad impugnada, de conformidad con los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución, procediendo, en consecuencia, desestimar este primer pedimento de la demanda.

Los demandantes también solicitan que en su calidad de funcionarios del Cuerpo de Directores Escolares se les reconozca el derecho a continuar en el ejercicio de las funciones propias del citado Cuerpo invocando, al respecto, unos derechos reconocidos al amparo del artículo 76 de la Ley de Enseñanza Primaria de 21 de diciembre de 1965 y del Decreto 985/1967, de 20 de abril, que aprueba el Reglamento del Cuerpo de Directores Escolares, y respetados por la Disposición Transitoria sexta de la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiación de la Reforma Educativa, por el artículo 2 del Decreto de 19 de octubre de 1972 sobre integración del Cuerpo de Profesores de Educación General Básica, por las Disposiciones Transitorias del Decreto de 30 de agosto de 1974 —que regula el ejercicio de las funciones directivas en los Colegios Nacionales estableciendo un cargo de Director en virtud de nombramiento y con mandato temporal— y por la Disposición Transitoria tercera de la derogada Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, que regula el Estatuto de Centros Escolares. Los demandantes pretenden, pues, una declaración judicial sobre los derechos que estiman corresponderles como funcionarios del Cuerpo a extinguir de Directores Escolares en la dirección de los Centros docentes, amparándose en la legislación anterior a la vigente Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, ya que esta Ley no contiene Disposición Transitoria alguna y el puesto de Director del Centro Docente Público viene ordenado en el Título III citado (artículo

los 37, 38 y 39) previendo que ha de ser elegido por la Administración educativa y competente por un mandato de tres años (artículos 37.1 y 46.1), regulación que estiman incompatible con sus pretendidos derechos.

Desestimada la pretensión relativa a la declaración de nulidad de las disposiciones del Real Decreto impugnado que ordenan los órganos unipersonales de gobierno de los expresados Centros Públicos de Educación General Básica, Bachillerato y Formación Profesional, ha de desestimarse también el segundo pedimento de la demanda de que se les reconozca su derecho a continuar en el ejercicio de las funciones propias del Cuerpo de Directores Escolares, ya que —como se declara en la Sentencia de esta Sala de 9 de octubre de 1987— no cabe en el contencioso-administrativo una declaración de derechos con separación de la nulidad del acto o disposición impugnados, como resulta del artículo 84, en relación con los artículos 42 y 28.2 de la Ley Jurisdiccional que determina que el reconocimiento de una situación jurídica queda condicionado a que el derecho se derive del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnada. Pero en el presente caso se han declarado ajustadas a derecho las disposiciones del Reglamento impugnado y los demandantes han alegado expresamente que esa reglamentación no prevé en qué medida los funcionarios que pertenecen al Cuerpo a extinguir de Directores Escolares van a continuar ejerciendo esas mismas funciones, por lo que invocada una omisión normativa, no pueden con arreglo a derecho solicitar el reconocimiento genérico de unos derechos que se basan en normas jurídicas distintas sin que se haya producido el acto singular que afecte a cada uno de los demandantes, por lo que se ha de desestimar, igualmente, el segundo pedimento del suplico de su demanda al no ser procedente hacer en este recurso declaraciones genéricas comunes a todos los demandados.

No obstante lo expuesto en el fundamento de derecho anterior, procede declarar, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la Administración tiene una *potestas variandi* de la normativa legal y reglamentaria que ejercita lícitamente cuando así lo aconsejan o demandan las cambiantes circunstancias de su actividad para una mejor organización de las estructuras necesarias para el ejercicio de derechos o cumplimiento de deberes del individuo en sociedad o de los servicios públicos establecidos con ese fin, pues sostener lo contrario equivaldría —en los términos de las Sentencias del Tribunal Constitucional 27/1981, de 20 de julio (R. T. Const. 27), o 6/1983, de 4 de febrero (R. T. Const. 6)— a “petrificar” la organización de las estructuras existentes condenándolas a una inmovilidad que las alejaría de la realidad social e impediría su perfeccionamiento. Como consecuencia de esta facultad de cambiar la organización administrativa, el funcionario público no tiene un derecho adquirido frente a la ley que pueda oponer a la nueva organización establecida por la respectiva norma legal o estatutaria, ello sin perjuicio de los derechos que la propia ley les reconoce relativos a su categoría administrativa, a su inmovilidad de residencia y al sueldo consignado en los Presupuestos que —como declara la Sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 1986— son derechos adquiridos que vinculan a la Administración y que, como tales derechos “incorporados al patrimonio del funcionario” podrán ser reclamados por los interesados, si fueran despojados de ellos, por los procedimientos que el ordenamiento establece.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 3.ª, 12 marzo 1990.*)

7. *Jubilación anticipada. Responsabilidad del poder legislativo. Incompetencia del Consejo General del Poder Judicial para resolver la solicitud de indemnización formulada por un Magistrado. Competencia del Consejo de Ministros.*

«La cuestión relativa a la incompetencia del Consejo General del Poder Judicial para conocer de una reclamación fundada en la responsabilidad del Estado por un acto del Poder Legislativo ha sido resuelta ya en otros supuestos idénticos al que es objeto de este recurso en base a los siguientes fundamentos: Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1987, Recurso 134/86: "Septimo: La petición de indemnización formulada subsidiariamente en el escrito de interposición del recurso de alzada no fue resuelta expresamente por el Consejo General del Poder Judicial, estando condicionada esa pretensión al rechazo de la nulidad del Acuerdo declarativo de la jubilación; falta de resolución expresa que, a efectos de esta reclamación contencioso-administrativa, entraña la desestimación implícita de una pretensión fundada en que de la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años, artículo 386, y Disposición Transitoria 28-I relativa al régimen transitorio establecido por los Magistrados y Jueces, modificando el anterior regulado por la Ley de 24 de abril de 1980, dimana una privación de derechos o intereses patrimoniales valorables que dan lugar, según el artículo 1.º de la Ley de Expropiación Forzosa, a un derecho de indemnización para aquellos funcionarios judiciales que hubieren ingresado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de 1 de julio de 1985 al afectar ésta negativamente a una relación funcional ya establecida; indemnización solicitada y concretada en la diferencia entre las cantidades a percibir por el funcionario de haber continuado en activo conforme a la legislación anterior y los derechos pasivos a devengar al ser jubilado según la ordenación establecida en la nueva ley y el incremento correspondiente en los derechos pasivos por el reconocimiento como prestados en activo los servicios en que se disminuye la actividad del funcionario; importe de la indemnización determinada en base a estos presupuestos o en su caso a fijar por el Jurado de Expropiación Forzosa." "Octavo: La petición de indemnización parte del supuesto de la obligación del Estado, según el recurrente, de reparar la lesión económica que dimana de un acto legislativo que modifica el régimen jurídico o estatuto orgánico de los Magistrados y Jueces, sin entrar a dilucidar, lo ya resuelto, acerca de la constitucionalidad de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por ello al margen de toda consideración sobre la legalidad del acuerdo declarativo de la jubilación, y de los daños y perjuicios que pueda ocasionar un acto o disposición administrativa que se declare no conforme a Derecho, artículos 42 y 84-c) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, sin que pueda incluirse la pretensión objeto de este proceso entre los supuestos de responsabilidad a que se refiere el artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico del Estado, de 26 de julio de 1957, por el funcionamiento de los servicios públicos, a que se refiere el artículo 106 de la Constitución, toda vez que el caso enjuiciado trae causa de la aplicación de una ley, que no prevé ningún tipo de indemnización, y no de la Administración que como titular de un servicio público viene obligada al resarcimiento de los daños y perjuicios que ocasione su prestación." "Noveno: La responsabilidad dimana de un acto legislativo se halla huérfana de regulación específica en nuestro Derecho y su procedencia o improcedencia debe dilucidarse al amparo de los valores y principios expresamente reconocidos en nuestra Constitución y de los Principios Generales de Derecho ínsitos en nuestras leyes, artículo 1.º del Código Civil, a cuyo efecto, y en relación con el caso particular objeto de esta reclamación contencioso-administrativa, el Tribunal Constitucional en su resolución, ya citada, de 29 de julio de 1986, fundamento

vigésimo segundo, adujo literalmente: 'Una última observación suscita la Disposición Transitoria 28-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también impugnada, establece esta Disposición un escalonamiento de edades para aplicar de forma gradual la nueva edad máxima de jubilación y, en este sentido, su constitucionalidad viene confirmada por todos los razonamientos anteriores. Su finalidad evidente es la de paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos. Es posible incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que estos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación. Pero esta cuestión queda, en todo caso, fuera del ámbito del presente recurso.' "Décimo: La cuestión referente a la competencia del Consejo General del Poder Judicial, planteada por este Tribunal al amparo del artículo 43 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debe ser resuelta según la Constitución, artículo 122-2, y la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 104, atendiendo a que a este Órgano le concierne el gobierno del Poder Judicial, sin que del artículo 107 de esa Ley se pueda inducir competencia alguna respecto a declarar la responsabilidad del Estado por actos de aplicación de las leyes susceptibles de impugnación en vía contencioso-administrativa, sin perjuicio de la competencia de esta Jurisdicción de condenar a la Administración al resarcimiento de daños, y perjuicios que deriven de actos del Consejo de naturaleza administrativa declarados nulos por no ser conformes a Derecho: correspondiendo al Ministerio de Justicia la competencia para resolver las peticiones que se le dirijan por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, artículos 292 y 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de lo que se infiere que estando concretada la lesión al recurrente, según su apreciación, en el quebranto económico sufrido, por anticipación de la edad de jubilación, cifrado en la pérdida de unos emolumentos que una vez decretada aquélla no pueden tener reparación si no es a través del incremento, por los conceptos indicados en el apartado séptimo de esta sentencia, en los derechos pasivos del funcionario jubilado, para cuya concreción debe intervenir el Ministerio de Economía y Hacienda, y concierniendo a la Administración del Estado al declarar la responsabilidad de sus órganos de Gobierno y Administración, en este caso referida a una presunta privación de derechos económicos por un acto legislativo, sin concreción, por tanto, en ningún Departamento Ministerial, procede declarar competente al Consejo de Ministros como órgano superior de la Administración y Gobierno al que se le atribuye la función ejecutiva, artículo 97 de la Constitución, que al venir radicada en este caso en una rama determinada de la Administración corresponde al titular de la gestión administrativa el Estado en su conjunto y totalidad; competencia que respecto a la determinación de responsabilidad de daños y perjuicios por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos se atribuye, artículo 40 de la citada Ley del Régimen Jurídico del Estado, al Departamento Ministerial en que esté incardinado el servicio público, o al Consejo de Ministros cuando una ley especial así lo disponga; por lo cual, tratándose de un acto legislativo, y encarnar el Consejo de Ministros la unidad de la Administración, y ser participe y ostentar la máxima representación del Poder Ejecutivo del Estado, su competencia para discernir la procedencia o no de la reclamación indemnizatoria formulada ante el Consejo del Poder Judicial resulta adecuada a nuestro ordenamiento jurídico, del que se desprende que, a falta de una incardinación expresa del órgano del que dimana el acto objeto de la pretensión de reparación, en este caso las Cortes Generales, sea el Consejo de Ministros a quien compete resolver una cuestión que afecta al Estado como organización jurídico-política de la Nación al derivar su planteamiento de un acto legislativo de las Cortes Generales." (*Sentencia de la Sala de Pleno, 17 marzo 1988.*)

III. INCOMPATIBILIDADES

1. *Docencia. Cuando se exige dedicación a tiempo completo sólo cabe la compatibilidad como Profesor Asociado. El cargo de Juez o Magistrado sólo es compatible con el desempeño de un puesto de trabajo en la esfera docente como Profesor Universitario asociado en régimen de dedicación no superior a la de tiempo parcial y con duración determinada.*

«El recurrente, como titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de La Laguna, solicitó del Consejo General del Poder Judicial autorización para llevar a cabo su actividad judicial con desempeño de un segundo puesto de trabajo en la esfera docente como Profesor de Historia del Derecho Español en la Facultad de la Universidad de La Laguna. La autorización solicitada fue concedida en julio de 1985. En el año siguiente el recurrente recibió notificación del indicado Consejo General en la que se le indicaba que debía reiterar su solicitud de compatibilidad, la que le fue denegada por Acuerdo de 31 de octubre de 1986, acto éste que es el impugnado en estas actuaciones. En el mismo se dice que la denegación de la compatibilidad se acuerda "de conformidad con la Ley Orgánica 1/1985, de 18 de enero, y la Ley 53/1984, de 26 de diciembre", y se expresa "sin perjuicio de que pueda solicitar nueva compatibilidad como Profesor Asociado, a tiempo parcial".

Conforme al artículo 389.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cargo de Juez o Magistrado es incompatible con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. El Consejo General del Poder Judicial entiende, en virtud de la indicada remisión a la legislación sobre incompatibilidades, y por imperativo también de lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/85, de 18 de enero, que a los Jueces y Magistrados les es aplicable la normativa de la Ley 53/84, de 26 de diciembre. Conforme a esta Ley, y tal como dispone su artículo primero, "el personal comprendido dentro del ámbito de la misma no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, salvo en los supuestos previstos en la misma", y en el artículo cuarto se establece que "podrá autorizarse la compatibilidad, cumplidas las restantes exigencias de esta Ley, para el desempeño de un puesto de trabajo en la esfera docente como Profesor Universitario asociado en régimen de dedicación no superior a la de tiempo parcial y con duración determinada".

Frente al expresado criterio del Consejo General del Poder Judicial que se refleja en el acto impugnado, el recurrente alega en primer término que el expresado acto adolece de falta de motivación, alegación que no puede ser acogida pues si conforme al artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo, la motivación exige una "sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho", esta exigencia hay que entenderla cumplida en el acto administrativo que nos ocupa, pues en éste, tal como quedó ya indicado, se expresan las Leyes en que se apoya la resolución adoptada y se indicaba al interesado que la compatibilidad de que se trata únicamente cabe si la actividad docente se desarrolla como Profesor Asociado. Aparte de lo expuesto, si la motivación del acto administrativo tiene como finalidad la de hacer llegar al interesado las razones de la decisión de la Administración a fin de evitar que aquél sufra indefensión, en el caso presente no puede entenderse que al recurrente se le haya ocasionado indefensión por desconocimiento de los motivos de la Administración para adoptar la resolución impugnada, pues al resolver el Consejo General del Poder Judicial el recurso de alzada en su día planteado, expuso con detalle en la correspondiente resolución de las razones del criterio adoptado.

Alega también el recurrente que la Administración demandada incumplió lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Se dice que al actor le fue concedida la compatibilidad, tal como se señaló en el primer razonamiento de esta sentencia, en julio de 1985, y que el acuerdo en dicha fecha tomado se ha dejado sin efecto por el acto aquí cuestionado sin haberse hecho la correspondiente declaración de lesividad y seguido el adecuado procedimiento. Tampoco puede acogerse la alegación que ahora se examina. Quedó ya indicado que el recurrente al año siguiente de habersele concedido la compatibilidad fue requerido para que la solicitara de nuevo, requerimiento que fue aceptado por aquél. Resulta, por tanto, que la compatibilidad discutida fue, como se dice en el acto impugnado, "solicitada" por el interesado.

Se hizo ya constar en el segundo razonamiento que el Consejo General del Poder Judicial considera que la remisión del artículo 385.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la legislación de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas hay que entenderla referida a la Ley 53/1984. El recurrente, por el contrario, mantiene que la indicada remisión debe entenderse referida al conjunto de leyes sobre incompatibilidades en las Administraciones Públicas. Se indica que existen supuestos que permiten compatibilizar dos puestos públicos sin perder la condición docente como profesor numerario, y, concretamente, se alude al Estatuto del Personal de las Cortes Generales, que determina que los funcionarios de las Cortes Generales podrán ser titulares de plazas en servicio activo o contratado en el ámbito público docente; al propio artículo 4 de la Ley 53/84, que autoriza a los Catedráticos y Profesores Titulares de las Facultades de Medicina a compartir su puesto docente con otro público y también con el ejercicio privado de sus actividades; y al Real Decreto de 21 de noviembre de 1986, que declara compatible el puesto docente universitario con otros puestos públicos investigadores dependientes de Ministerios diversos del de Educación, siempre que ambos puestos lo sean a tiempo parcial. No pueden prosperar estas alegaciones de la parte recurrente. Aparte de que, como se hace notar por la Abogacía del Estado, la normativa indicada no puede extenderse a supuestos distintos de los que las mismas contemplan, parece más que dudoso que lo determinado por el Estatuto de Personal de las Cortes Generales, al admitir la docencia como profesor universitario en activo, se ajuste a lo preceptuado en la Ley 53/1984, habida cuenta de los términos claros y precisos del artículo 4 de ésta, que, como ya se señaló, determina como único cauce posible a la actividad docente la figura del Profesor Universitario Asociado. También hay que destacar que el Real Decreto de 21 de noviembre de 1986 autoriza una compatibilidad pero de puestos que lo sean a tiempo parcial, y que el otro supuesto específico que se aduce está previsto precisamente por la Ley 53/84, que es la tenida en cuenta por la resolución administrativa impugnada.» (*Sentencia de la Sala de Pleno, 23 abril 1988.*)

2. *Dado el artículo 6.7 LO 2/1986, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, la pertenencia a éstos genera incompatibilidad para el desempeño de la plaza de Profesor Asociado a tiempo parcial. Las únicas actuaciones que podrán realizar serán las compartidas en el artículo 19 de la Ley 53/84.*

«Solicitada por un Inspector Jefe del Cuerpo Nacional de Policía compatibilidad para ejercer la actividad docente de Profesor Universitario Asociado, a tiempo parcial, en el Colegio Universitario de Las Palmas, dependiente de la Universidad de La Laguna, le ha sido denegada por la Administración, al

entender que el artículo 6.7 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, cuando dispone que la pertenencia a éstos "es causa de incompatibilidad para el desempeño de cualquier otra actividad pública o privada, salvo aquellas actividades exceptuadas de la legislación sobre incompatibilidad", vino a establecer que las únicas actuaciones que podrían realizar serían las comprendidas en el artículo 19 de la Ley 53/84, criterio que no ha sido aceptado por la sentencia apelada, que considera que en realidad aquel precepto debe interpretarse en el sentido de una remisión en bloque al último de los textos legales citados, de modo que el régimen de incompatibilidades de los miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad sea el mismo que el del resto del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Esta tesis no la consideramos ajustada a derecho.

La Ley 2/86 nace con una vocación reguladora de la práctica totalidad de los aspectos esenciales del estatuto personal de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (promoción profesional, régimen de trabajo, sindicación, incompatibilidades, responsabilidad), como se nos dice expresamente en su Exposición de Motivos.

La regulación peculiar mencionada, cuyo origen constitucional lo encontramos en la misión también especial que les encomienda el artículo 104 de la Constitución, nos permite aceptar como normal que su estatuto personal sea diferente del previsto para el resto de los funcionarios públicos, al admitirlo así la Norma Suprema citada, en la que se mencionan en calidad de distintos el estatuto de los funcionarios públicos y el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, estableciendo, incluso, que la regulación del de éstos se lleve a efecto mediante Ley Orgánica.

Una vez fijado este presupuesto, hemos de observar, por otra parte, que en el tiempo en el que se dicta la Ley Orgánica 2/86 el tema de las incompatibilidades aparece como uno de los más intensamente tratados, por su carácter polémico, en todos los ámbitos jurídicos, de forma que no es razonable creer que se regulara en una Ley Orgánica con un texto que no hubiera sido ampliamente meditado y precisado, habida cuenta que, además, existía un cuerpo legal genérico sobre la cuestión, que era el constituido por la Ley 53/84, cuyos conceptos básicos habrían de tenerse presentes, al ser, en principio, el texto legal aplicable a todos los funcionarios públicos.

En atención a este conjunto de circunstancias, si el apartado séptimo del artículo 6 de la Ley Orgánica 2/86 sólo exceptúa de la incompatibilidad "aquellas actividades exceptuadas de la legislación sobre incompatibilidades", lo lógico es referir esta noción a la legal descrita en el artículo 19 de la Ley 53/84 o a la que pueda establecerse con este carácter en una eventual futura legislación sobre esta materia, porque inclinarse por otro criterio obliga a argumentos poco convincentes, tales como el utilizado en la sentencia de primera instancia, que pretende extraer una misma conclusión de fórmulas legales tan diferentes como la utilizada en el artículo 389.5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la del artículo de la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad sobre el que se ha centrado el debate procesal.

Siendo suficientemente claro dicho artículo y habiendo una previsión constitucional de un estatuto personal diferenciado para quienes pertenezcan a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no hay razón para seguir una interpretación que no es la que fluye de la norma y que, además, no viene impuesta por motivo jurídico alguno.» (*Sentencia de la Sala 3.ª, Sección 9.ª, 23 enero 1990.*)

IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. *Funcionarios locales. En aplicación del artículo 147 RD 781/86, las faltas muy graves serán las tipificadas en el artículo 16 del Reglamento de 10 de enero de 1986. Supresión de la falta de probidad profesional moral o material.*

«El artículo 147 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo de 18 de abril de 1986, establece en su apartado 1) que las faltas muy graves de los funcionarios de Administración Local serán las tipificadas por la legislación básica de la función pública, es decir, en el artículo 31 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, que tiene el carácter de básica según el artículo 1.º.3 de la misma, en el que ha desaparecido como muy grave la falta de probidad moral y material, y sin que la conducta del Guardia Municipal sancionado, condenado penalmente por un delito de hurto, pueda tipificarse como incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución del apartado a) de dicho precepto o la falta de rendimiento a que se refiere el apartado f) del mismo artículo 31, siendo correcta la calificación como falta grave que hace la sentencia de instancia como tipificada en el artículo 7.º.1 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, aplicable de conformidad con el artículo 147.2 del Texto Refundido antes citado, y ajustada a lo dispuesto en el artículo 16 del referido Reglamento de 10 de enero de 1986 la sanción de suspensión de funciones por tiempo de tres años que impuso la sentencia recurrida.» (*Sentencia de 6 de febrero de 1990.*)

2. *Faltas. Abandono de servicio. Existe cuando se sigue una conducta absolutamente abstencionista que evidencia el total incumplimiento de los deberes propios de la función, con una clara intencionalidad de no prestar servicio. No cabe invocar el principio «non bis in idem» en base a un Auto que declaraba la improcedencia de procesamiento por delito de desobediencia, por cuanto se refiere a una tipificación distinta a la que sirvió de base a la sanción.*

«Se impugna mediante este proceso el acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de marzo de 1987, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto por don Fernando C. P., contra el anterior del 6 de junio de 1986, que le impuso la sanción de separación de servicio como autor de una falta muy grave de abandono de servicio, prevista en el artículo 206.d) del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, aprobado por Decreto 2038/1975, de 17 de julio; en consideración a no haber dado cumplimiento a la Resolución de la Dirección General de la Seguridad del Estado de 6 de abril de 1981, por la que, para dar efectividad a una sanción de traslado con cambio de residencia decretada en anterior expediente, se le trasladaba a la Comisaría de Granollers, por cese en su anterior destino en Marbella, desde el 25 de agosto de 1981, con la obligación de incorporarse a aquélla el siguiente 2 de septiembre del mismo año, sin que desde el cese hubiera prestado servicio por propia decisión, conservando los atributos del cargo hasta que le fueron retirados el 14 de diciembre de 1981, por suspensión provisional de funciones.

Los hechos constitutivos de la infracción imputada han quedado suficientemente acreditados en las actuaciones, hasta el punto que el actor no cues-

tiona su existencia, sino su valoración jurídica, y la efectividad de las normas que los apoyan. Por otro lado, no ofrece duda que la conducta del señor C., Inspector del Cuerpo Superior de Policía, al permanecer en su domicilio habitual de Marbella, una vez notificada la sanción de traslado forzoso a Granollers, y transcurrido el plazo de siete días que se le había dado para cumplir la sanción, manifestando reiteradamente al serle comunicada la orden de traslado y en sus posteriores declaraciones en el expediente sancionador, su intención de no dar efecto a los requerimientos que se le hacían para que procediera a su incorporación al nuevo destino, sin comparecer tampoco en las dependencias policiales donde habitualmente desarrollaba su trabajo policial, era encuadrable en el tipo de infracción de abandono de servicio, tipificado en el antes citado artículo 206.d) del Reglamento Orgánico de Policía Gubernativa, según la interpretación jurisprudencial del precepto manifestado en las Sentencias de 18 de diciembre de 1952 y 11 de abril de 1988, entre otras; en cuanto que con tal conducta absolutamente abstencionista se evidenciaba el total incumplimiento de los deberes propios de la función policial, con una clara intencionalidad de no prestar servicio. Siendo por demás irrelevantes las alegaciones en contrario que se exponen en la demanda, pues no cabe aducir los efectos del principio *non bis in idem* respecto de las declaraciones contenidas en el Auto de la Audiencia de Málaga de 24 de noviembre de 1983 (folio 85 del expediente), que declaró que no procedía el procesamiento del actor por un delito de desobediencia, en diligencias penales seguidas por los mismos hechos, dado que, aparte de que dicha resolución judicial, por los efectos que está llamada a cumplir dentro del proceso penal, no parece ser el vehículo adecuado para la definitiva fijación de hechos, debe tenerse en cuenta que aparecía referida a una tipificación distinta a la de abandono de servicio, que sirvió de cauce a la sanción cuestionada. Careciendo, asimismo, de virtualidad la alegación de falta de tipicidad del artículo 206.d) del Decreto 2038/1975, ya que tanto desde el punto de vista de la categoría normativa utilizada como desde el de la estructura formal del tipo, debe considerarse suficiente la expresión normativa aplicada, vista la fecha de la norma en cuestión, a la que no es trasladable la reserva material de la Ley del artículo 25 de la Constitución, y dado que la tipificación es lo suficientemente expresiva para la concreción de los hechos que han de constituirlos. De modo que las pretensiones del actor deben ser desestimadas, pues, en definitiva, la sanción impuesta era encuadrable en el precepto elegido por la Administración, y adecuada, en su proporcionalidad, a la importancia de los hechos perseguidos.» (Sentencia de 21 de febrero de 1990.)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

