

CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. CUERPOS DE FUNCIONARIOS: 1. *Improcedencia de la integración en el Cuerpo General Administrativo de funcionarios del Cuerpo Auxiliar, ingresados mediante oposición restringida.* 2. *Integración en el Cuerpo General Administrativo de funcionarios no escalafonados clasificados como auxiliares.*—II. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS: 1. *Derecho a trienios. Los funcionarios no escalafonados, sin excepción alguna, tienen derecho a ellos por los servicios prestados con arreglo al artículo 6.º de la Ley de Retribuciones.* 2. *Derecho a trienios. Catedrático separado del servicio de depuración. Criterio favorable.* 3. *Derecho a trienios. Funcionarios no escalafonados. Ilegalidad del Decreto 1436/66.* 4. *Derecho a trienios. Los servicios interinos o eventuales no pueden computarse.* 5. *Derecho al ascenso. Escala auxiliar del Ejército de Tierra. Derecho aplicable antes de la entrada en vigor de la Orden de 24 de noviembre de 1967.* 6. *Derecho, al cargo. No lo ostenta un funcionario nombrado como interino.* 7. *Derechos pasivos. Policía armado separado del servicio.*

I.—CUERPOS DE FUNCIONARIOS.

1. *Cuerpos de funcionarios. Improcedencia de la integración en el Cuerpo General Administrativo de funcionarios del Cuerpo Auxiliar ingresados mediante oposición restringida.*

«Se plantea en el presente recurso el problema de si los actores, funcionarios del Cuerpo Auxiliar de la Administración Civil, tienen derecho a integrarse en el Cuerpo administrativo a virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria de la Ley 106/1966, de 28 de diciembre que extendió los beneficios de artículo 2.º del Decreto-Ley 10/1964 de 3 de julio, a los funcionarios que en 31 de diciembre de 1964 formaban parte de Cuerpos o Escalas auxiliares de los distintos Ministerios civiles, que a más de reunir otros requisitos hubiesen alcanzado o puedan alcanzar en lo sucesivo alguna de las condiciones que en dicho precepto se establecen, afirmando los actores frente a lo sostenido por la Administración en la Resolución recurrida que reúnen la condición c) de las establecidas en el artículo 2.º del Decreto-Ley de 3 de julio de 1964, que literalmente dice: 'c) Que habiendo sido ingresados por oposición libre cuenten por lo menos en

1 de enero de 1965 con diez años de servicios efectivos en el Cuerpo o Escala auxiliar de que inmediatamente procedan', consistiendo la discrepancia entre ambas partes, única y exclusivamente, en si concurre el requisito de haber ingresado los demandantes por oposición libre, problema éste que por otros funcionarios en idénticas circunstancias a los actores fue ya planteado ante esta Sala y resuelto por la misma de forma categórica y desestimatoria en sentencia de 29 de mayo del corriente año.

Como expresa la sentencia antes citada, el artículo 2.º del Decreto de Oposiciones y Concursos de 27 de junio de 1968 enumera y define los sistemas de selección hasta entonces existentes, según su Exposición de Motivos, para el ingreso en la Administración Pública, que, aun no enumerados en el Decreto de 10 de mayo de 1957, hasta entonces vigente, eran establecidos en las bases de la convocatoria y que podían determinar la libre concurrencia o darle carácter restringido, estableciendo que pueden ser: la oposición, el concurso y el concurso-oposición, y ante conceptos tan claros, diferenciados y definidos actualmente en nuestro Ordenamiento jurídico, forzoso es estimar que si una Ley, como en el presente caso la 106/1966, en relación con el Decreto Ley 10/1964, concede determinados beneficios a quienes han ingresado en un Cuerpo por oposición libre, inequívocamente excluye de los mismos beneficios a quienes han ingresado por otro de los sistemas de selección, concretamente en el caso que se enjuicia el de concurso-oposición restringida, pues no es posible al interpretar la Ley modificar sus palabras para equiparar conceptos tan contrapuestos como son la oposición convocada por libre concurrencia y el concurso-oposición al que sólo pueden concurrir los específicamente convocados.

Los recurrentes ingresaron en el Cuerpo Auxiliar en virtud de un concurso-oposición, cuya convocatoria no determinó la libre concurrencia, pues se restringió a quienes ya eran funcionarios interinos o temporeros, por lo que es evidente que no se cumple la condición c) del artículo 2.º del Decreto-Ley de 3 de julio de 1964 de haber ingresado por oposición libre y todos los razonamientos que puedan oponerse para poner de relieve lo que pueda estimarse erróneo del criterio legal, podrá tener un valor especulativo o un derecho constituyente, pero carecen de eficacia para impugnar el acuerdo de la Presidencia del Gobierno de 5 de marzo de 1968 ante esta jurisdicción, ya que sus facultades revisoras no se extienden a la actividad legislativa, sino sólo por imperativo de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley de la jurisdicción a la actuación administrativa, que en el presente caso se ha ajustado a lo que la Ley dispone.

Tampoco pueden admitirse consecuencias anulatorias de la resolución administrativa recurrida, de la comparación puesta de relieve en la demanda entre la Ley 106/1966, que le sirve de base, y la Ley 103/1966, de la misma fecha que la anterior, o sea, 28 de diciembre, y que con referencia a los funcionarios civiles de los Ministerios militares, autoriza la

integración en el Cuerpo Administrativo de los procedentes del Cuerpo Auxiliar con la condición de que habiendo ingresado por oposición o por concurso-oposición cuenten por lo menos en la fecha de entrada en vigor de la Ley con diez años de servicios efectivos en el Cuerpo o Escala auxiliar de que inmediatamente procedan, pues aparte de que el texto íntegro de la disposición regula de distinta manera el acceso al Cuerpo Administrativo de tales funcionarios mediante nuevos concursos restringidos que se convoquen, es lo cierto que de ello nunca podría deducirse otra cosa que un tratamiento distinto establecido por el legislador para dos clases de funcionarios que podrá merecer el concepto que proceda en orden a la equidad o la crítica científica, pero que mientras no sea modificado legislativamente obliga a la Administración a su cumplimiento y no puede ser revocado por el Órgano jurisdiccional.

En virtud de lo expuesto procede desestimar el presente recurso por hallarse ajustados a Derecho los actos administrativos recurridos, absolviendo de la demanda a la Administración» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 6 de noviembre de 1969*).

2. *Integración en el Cuerpo general administrativo de funcionarios no escalafonados clasificados como auxiliares.*

«Los demandantes tanto en su recurso de reposición contra la Orden de 26 de julio de 1967, que publicó relación de funcionarios del Cuerpo General Auxiliar que pasaban a integrar el Administrativo, como en su demanda, pretenden integrarse en dicho Cuerpo administrativo, invocando el derecho que estiman les asiste, a virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria de la Ley 106/1966, de 28 de diciembre, por lo que no puede estimarse que concurra la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado, basada en que los interesados consintieron la orden de la Presidencia de 30 de junio de 1966, complementaria de la de 30 de octubre de 1965, relativas a la integración de funcionarios en los Cuerpos generales de la Administración del Estado, y en la que figuran como integrados en el Cuerpo General Auxiliar, ya que tales consentidas Ordenes son, como evidencia su fecha, anteriores a la promulgación de la Ley al amparo de cuyos preceptos los actores formulan su pretensión, por lo que es procedente examinar la cuestión de fondo que la misma plantea, reducida a dilucidar si en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria de la Ley 106/1966, los demandantes tienen o no derecho a integrarse en el Cuerpo General Administrativo.

La disposición transitoria de la Ley 106/1966, de 28 de diciembre, extendió los beneficios que el artículo 2.º del Decreto-Ley de 3 de julio de 1964 concedió, de pasar al Cuerpo General Administrativo, a funcionarios que habían sido integrados en el Cuerpo General Auxiliar en los que concurrían los requisitos que enumeraba, a los funcionarios que en 31 de diciembre de 1964 formaban parte de

Cuerpos o Escalas Auxiliares de los distintos Ministerios civiles que habiendo sido integrados en el Cuerpo General Auxiliar de la Administración Civil reuniesen las condiciones que especificaba, y, como se sostiene en las resoluciones recurridas, sin que otra cosa demuestren los documentos acompañados a la demanda, los recurrentes en 31 de diciembre de 1964 no pertenecían a ningún Cuerpo Auxiliar de los Ministerios civiles, sino que ocupaban plazas no escalafonadas de auxiliares administrativos de la Escuela Especial de Ingenieros Industriales de Madrid, y cuando se integraron en el Cuerpo General Auxiliar por Orden de 30 de junio de 1966 («B. O.», 160) complementaria de la de 30 de octubre de 1965, fue según en ella explícitamente se expresa, como procedentes de plazas no escalafonadas, lo que obliga a concluir, dado el texto transcrito de la invocada Ley 106/1966, que aun cuando los interesados cumplan las demás condiciones, no concurre en ellos el requisito previo inexcusable exigido para poder pasar al Cuerpo General Administrativo» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 16 de diciembre de 1969*).

II.—DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS.

1. *Derecho a trienios. Los funcionarios no escalafonados, sin excepción alguna, tienen derecho a ellos por los servicios prestados con arreglo al artículo 6.º de la Ley de Retribuciones*

«El Ordenamiento jurídico que regula la retribución de los funcionarios civiles no escalafonados no está integrado exclusivamente por el Decreto 1.436/1966, de 16 de junio, pues esta disposición se promulgó para la ejecución y cumplimiento de lo ordenado con carácter preceptivo por las Leyes de Funcionarios y de Retribuciones de 20 de julio de 1963 y 4 de mayo de 1965, que contienen las directrices generales y básicas del régimen retributivo de los funcionarios públicos, de tal forma que si disposiciones complementarias posteriores y de rango inferior no se ajustan a las normas constitutivas de esas Leyes, la conclusión no puede ser otra que acatar y respetar aquéllas que por ser de jerarquía y rango superior tienen valor prevalente por imperativo de lo dispuesto en los artículos 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Dic. 1.726).

Si los funcionarios de carrera tienen derecho a ser remunerados por los conceptos que se determinan en el presente capítulo y en la *cuantía* que establezca en la correspondiente Ley de Retribuciones' (art. 95-1 del texto articulado) y si también 'tienen derecho a pagas extraordinarias y a trienios, cuyos importes se fijarán por la Ley de Retribuciones en relación con el sueldo' (art. 97), es indudable que esos derechos al sueldo base y a los trienios son de carácter general e imperativo para todos los funcionarios de carrera y que la remisión a la Ley de Retribuciones se

hace a los solos efectos de la determinación de la 'cuantía' y 'de los importes' de aquellos conceptos, y ello sin excepción de los no escalafonados, puesto que el número 4 de la disposición transitoria segunda, que regula la integración de estos funcionarios en alguno de los Cuerpos Generales Técnico-Administrativo, Administrativo, Auxiliares y Subalternos, dispone 'que los funcionarios que ocupen plazas no escalafonadas serán integrados por la Comisión Superior de Personal en los Cuerpos a que se refiere esta Disposición transitoria, de acuerdo con las normas que en la misma se establecen', luego si la integración de los no escalafonados, sin excepción alguna, tiene que efectuarse por imperativo de esa norma, tendrá que ser con los derechos inherentes a todos los funcionarios; esto es, con el sueldo base y trienios asignados con carácter general.

El artículo 6.º de la Ley de Retribuciones, complementaria de la de Funcionarios, también con carácter general y sin excepción alguna, ordena que 'los funcionarios tendrán derecho a un incremento sucesivo del 7 por 100 de su sueldo personal inicial en el Cuerpo o Plantilla a que pertenezca por cada tres años de servicios efectivos *prestados a la Administración Civil del Estado*, desempeñando plaza o destino en propiedad', y si bien es cierto que la disposición final cuarta dispone que 'el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda, e iniciativa, en su caso, de los Ministerios enterados, regulará el régimen y *cuantía* de las retribuciones correspondientes al personal no escalafonado que perciba sueldos con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado con arreglo a las reglas siguientes': '1.ª Dentro de los dos meses siguientes a la publicación de esta Ley, los Ministerios interesados propondrán al de Hacienda, previo informe de la Comisión Superior de Personal, la *clasificación* del personal no escalafonado a efectos de retribución'. '2.ª En esta clasificación se agruparán como funcionarios de carrera los que hubieren sido nombrados legalmente... y se les aplicará el régimen de esta Ley con las adaptaciones necesarias en la misma fecha que a los demás funcionarios de carrera incluidos en el ámbito de la misma', no es menos cierto, en cambio, que el sentido literal e intencional de esta disposición no es otro que el de limitar esta 'autorización' a la 'clasificación' de estos funcionarios, con objeto de integrarlos en los Cuerpos Generales del Estado o en escalas a extinguir según la naturaleza de las funciones que les está atribuidas para que, en armonía con esta clasificación, se determine la cuantía de la retribución que les corresponda 'aplicando el régimen de dicha Ley con las adaptaciones necesarias', lo que implica que se puede y se debe 'adaptar', pero en manera alguna 'modificar'.

Para que el objetivo del derecho, que en definitiva consiste en la realización de la justicia, sea cumplido en beneficio del bien individual y colectivo es preciso, según jurisprudencia reiterada en sentencias de 17 de febrero y 11 de abril de 1967, el sometimiento de todas y cada una de las entidades administrativas a un estado de derecho que lleve a su plenitud el régimen jurídico de la Administración. Inspirándose en estos principios para incorporarlos a nuestro ordenamiento legal

positivo, la Ley Reguladora de esta jurisdicción dispone en su artículo 83 que 'la estimación o desestimación de la pretensión básica depende de que el acto impugnado sea o no conforme a derecho', no existiendo esta conformidad 'cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del Ordenamiento jurídico', y según aclara y precisa el preámbulo de esa Ley, 'al derecho u Ordenamiento jurídico en general y no a un precepto concreto o particular', puesto que reconducir simplemente a las Leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad immanente en la naturaleza de las instituciones.

Si con arreglo a lo dispuesto en las Leyes básicas y fundamentales que integran el Ordenamiento jurídico general en materia de organización y retribución de los funcionarios civiles del Estado; esto es, las Leyes 109/1963, su texto articulado y la de Retribuciones, los funcionarios de carrera, sin discriminación alguna tienen derecho al sueldo base, y a trienios 'por los servicios efectivos prestados a la Administración Civil del Estado, desempeñando plaza o destino en propiedad' y la autorización remitida por ambas Leyes a disposiciones complementarias posteriores, tenía por objeto la clasificación del personal no escalafonado con arreglo a la naturaleza, de las funciones que desempeñaban para concretar la 'cuantía' o los importes de esos conceptos, es obvio que si disposiciones de rango complementario e inferior, como el Decreto 1.436/1966 no se circunscriben a la adaptación ordenada y se extienden a modificar los preceptos substantivos y constitutivos del Ordenamiento general, el acto administrativo que se pronuncia con observancia de los preceptos subordinados y olvido de los superiores, infringe el Ordenamiento jurídico conforme a la doctrina expuesta en el cuarto Considerando. Por ello y porque ya esta Sala en jurisprudencia reiterada en sentencia de 6 de octubre de 1969 ha precisado que los funcionarios no escalafonados, sin excepción alguna, tienen derecho a trienios y que estos trienios comprenderán todos los servicios prestados a la Administración en sus Cuerpos de origen con los requisitos exigidos en el artículo 6.º de la Ley de Retribuciones, procede, sin hacer pronunciamientos sobre costas, estimar el recurso contencioso-administrativo» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 8 de noviembre de 1969*).

2. *Derecho a trienios. Catedrático separado del servicio por depuración. Criterio favorable.*

«La cuestión planteada por el recurrente tanto en vía administrativa como en la jurisdiccional es la de reconocimiento, como tiempo de servicio, no sólo del prestado efectivamente a la Administración como Profesor de Dibujo de Institutos Nacionales de Enseñanza Media, sino también del comprendido en el periodo en que estuvo separado del servicio con motivo de expediente de depuración político-social hasta que por

consecuencia de revisión del mismo fue reintegrado al cargo, sin sanción, y se le incorporó al Escalafón de los de su clase en el lugar que le habría correspondido de haber permanecido en activo durante dicho periodo, habiéndose suscitado esta cuestión ante la Dirección General de Enseñanza Media en 15 de abril de 1967, no obstante estar acordada por ésta su jubilación en 16 de octubre de 1963 por cumplimiento de la edad reglamentaria, en atención a que a pesar de ello no se había resuelto por la Dirección General del Tesoro, Deuda Pública y Clases Pasivas el expediente para la clasificación del haber pasivo que pudiera corresponderle, cuya tramitación trataba por ello de solicitar y para efectuar, lo cual pedía a la Administración se le expidiese la adecuada certificación con inclusión del tiempo en que estuvo separado por el concepto antes expresado, lo que no era evidentemente de la competencia del Centro Directivo de Clases Pasivas y que según reconoce la Dirección General mencionada en primer término, que era la competente para tal cómputo, si no reunía el interesado el mínimo de tiempo de años de servicio requerido para la clasificación pasiva por aquel otro Centro Directivo competente en el que debían encontrarse los títulos administrativos del indicado funcionario, unidos al referido expediente de clasificación, habiéndose resuelto que por ello no procedía expedir la aludida certificación.

Promovido contra dicha resolución recurso de reposición en que se solicitaba fuese dejada sin efecto y se ordenase la expedición de la certificación solicitada con inclusión en la misma, como de servicio, del periodo de tiempo en que el interesado estuvo separado por depuración y reingresado con las características antes señaladas no recayó resolución expresa desestimatoria, figurando en el expediente administrativo un informe sobre ese recurso del Jefe de Sección de la Dirección General de Enseñanza Media al Jefe de la de Recursos del Departamento ministerial respectivo, en el que se exponen detalladamente la fecha de ingreso por oposición del funcionario recurrente en virtud de Orden ministerial de 23 de marzo de 1935, su separación del servicio por expediente de depuración en 30 de septiembre de 1937, el reintegro al servicio por revisión del mismo en 4 de enero de 1961, sin imposición de sanción, colocándole en el Escalafón de su clase en el lugar que le correspondería de haber estado en activo; la circunstancia de su jubilación en 16 de octubre de 1963 contando en esta fecha con siete años, ocho meses y veintiocho días de servicios efectivos y que entonces no le fue concedida la prórroga de servicio hasta completar los veinte años abonables para su clasificación al no tener los diez años exigidos al efecto por el Estatuto de Clases Pasivas, que era la legislación a él aplicable, manifestando finalmente que la Dirección General vería con agrado el cómputo del tiempo de separación con lo que completaría veintiocho años, seis meses y veinticuatro días, tiempo más que suficiente para obtener la clasificación pasiva con arreglo a dicho Estatuto.

La Ley de 10 de febrero de 1939, reguladora de la depuración de los funcionarios públicos, estableció, de manera taxativa, las sanciones de posible imposición a aquellos que hubiesen incurrido en alguno

de los motivos de responsabilidad en ella determinados señalándose una sanción de separación del servicio y otras de menor entidad que podrían imponerse conjuntamente, ninguna de las cuales era la de suspensión de empleo, o sea, que en caso de no acordarse la primera sanción expresada, las demás que pudieran ser impuestas no llevaban consigo la suspensión de empleo o cargo, siendo, además, principio fundamental de tal Ley el de que, al tener el carácter de 'pronunciados' las resoluciones que impusieran las sanciones, eran susceptibles de ser revisadas en todo momento, no regulándose expresamente en sus disposiciones las consecuencias que, en relación con la prestación de servicios podían derivarse y únicamente en lo que concierne a la percepción de sueldos o haberes se dieron posteriormente normas que determinaron cómo y en qué casos deberían ser satisfechos, de todo lo cual cabe inferir la conclusión de que las separaciones del servicio dimanantes de la aplicación de la referida Ley, que quedaron sin efecto a virtud de revisión del 'pronunciado' recaído en el expediente de depuración, no pueden originar como accesoria no prevista en la aludida Ley la suspensión de empleo o cargo durante aquel tiempo y que, por ello, al no imponerse al funcionario sanción alguna en la indicada revisión, tiene derecho a que el tiempo que estuvo separado del servicio se le considere como servido a efectos del consiguiente reconocimiento como tal, ya que el no desempeño del cargo no le era imputable, asistiéndole derecho a ser reintegrado en el Escalafón de su Cuerpo en el lugar que le correspondía, como así estableció el Decreto de 22 de abril de 1940, al reconocer en su artículo 3.º el derecho a la incorporación a los escalafones de los funcionarios depurados y que no habían sido sancionados en definitiva con la separación del servicio, al lugar que habrían disfrutado si no hubiesen sido baja en el mismo, y por consecuencia de dicho precepto vino figurando el recurrente en el lugar y categoría que en relación con sus compañeros le pertenecía por su ingreso en el servicio del Estado percibiendo como ellos sus correlativos haberes, siendo de tener presente a este respecto lo preceptuado en el artículo 6.º del Reglamento de 7 de septiembre de 1918, dado para ejecución de la Ley de Bases de funcionarios públicos de 22 de julio del mismo año en cuanto a la antigüedad del funcionario y cuando esta antigüedad le ha sido reconocida para su colocación escalafonal no puede serle posteriormente negada al efecto del cómputo de ese tiempo como de servicio, ya que ello significaría ir contra los actos propios e implicaría vulneración del principio de reconocimiento y respeto de los derechos adquiridos, como sucedió en el caso contemplado al ser reintegrado el actor en 4 de enero de 1961 a su puesto en el Escalafón en el lugar que por su antigüedad le correspondía con sus efectos consiguientes, según la legislación en vigor, pues de otro modo quedaría en situación de desigualdad con sus compañeros de escalafón y objeto de sanción en lo que atañe a la repercusión en materia de derechos pasivos, siendo así que ha de considerársele como si no hubiese sido sancionado con la separación, ya que, en su día, se le impuso ésta con carácter pro-

visional y posteriormente fue anulada y dejada sin efecto en la revisión, restableciendo su antigüedad en el servicio.

Los anteriores razonamientos conducen a la conclusión de que la resolución impugnada, que fue confirmada tácitamente en reposición, no se halla ajustada a Derecho y, en su consecuencia, procede la estimación del recurso interpuesto contra la misma, dando así cumplimiento a lo establecido en los artículos 83, 2) y 84 de la Ley jurisdiccional, sin que sean de apreciar temeridad o mala fe a fines de imposición de costas» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 11 de noviembre de 1969*).

3. *Derecho a trienios. Funcionarios no escalafonados. Ilegalidad del Decreto 1.436/1966.*

«Aun admitida la tesis de la Administración de que los antiguos Profesores Auxiliares de las Escuelas Oficiales de Náutica que regularon su *status* jurídico y económico por el Real Decreto de 7 de febrero de 1925, que establecía aumentos periódicos de retribución por años de servicio, cambiaron radicalmente en dicho *status* al promulgarse las Leyes 144/1961 y 156/1961, ambas de 23 de diciembre, que reorganizaron las Escuelas Náuticas y fijaron las dotaciones de su profesorado, ya que fueron englobados en la nueva organización respetándoseles tan sólo en virtud de las correspondientes disposiciones transitorias el derecho de permanencia del que no gozaban los nuevos Profesores adjuntos de carácter temporal y conservar sus haberes si por la nueva Ley les pudieran corresponder otras inferiores, mas perdiendo el derecho a los incrementos por años de servicio, del que, por tanto, carecían al publicarse el Decreto 1.436/1966, de 16 de junio, no queda con ello resuelta la cuestión en este recurso planteada, pues no hay que olvidar que la retribución de los funcionarios civiles no escalafonados no está únicamente regulada por el Decreto 1.436/1966, de 16 de junio, que no pueda ser aislado del resto del Ordenamiento jurídico del que forma parte, máxime cuando se dictó en cumplimiento y ejecución de lo preceptuado en las Leyes sobre Funcionarios Civiles de Estado y Ley de Retribuciones de los mismos de 20 de julio de 1963 y 4 de mayo de 1965, que constituyen las normas básicas del régimen retributivo de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, y en su consecuencia ha de examinarse si las disposiciones complementarias de dichas Leyes se ajustan a ellas, pues en otro caso habrá de darse valor prevalente a las normas de superior rango a tenor de lo dispuesto en los artículos 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Si como ya declaró esta Sala en sentencia de 8 de noviembre de 1969, con arreglo a las Leyes básicas y fundamentales que integran el Ordenamiento jurídico general en materia de organización y retribución de los funcionarios civiles del Estado, es decir, las Leyes 109/1963, de 20 de julio, texto articulado de 7 de febrero de 1964 y Ley de Retribuciones de los Funcionarios Civiles del Estado 31/1965, de 4 de mayo,

los funcionarios de carrera sin discriminación alguna, tienen derecho al sueldo base y a trienios por los servicios efectivos prestados a la Administración Civil del Estado desempeñando plaza o destino en propiedad, y la autorización remitida por ambas Leyes a disposiciones complementarias posteriores, tenía por objeto la clasificación del personal no escalafonado con arreglo a la naturaleza de las funciones que desempeñaban para concretar la cuantía de esos conceptos, resulta evidente que si el Decreto 1.436/1966, en que se funda la negativa de la Administración, se extendió a modificar los preceptos substantivos y constitutivos de dicho Ordenamiento general, el acto administrativo pronunciado con observancia de los preceptos subordinados y olvido de los superiores quebranta el Ordenamiento jurídico; habiendo igualmente declarado esta Sala en sentencia de 6 de octubre del presente año que los funcionarios no escalafonados sin excepción tienen derechos a trienios por todos los servicios prestados a la Administración en sus cargos de origen, cuando como en el caso que se debate reúnen los requisitos exigidos por el artículo 6.º de la Ley de Retribuciones, doctrina que conduce inexorablemente a la estimación del presente recurso contencioso-administrativo con revocación de la resolución impugnada» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 29 de noviembre de 1969*).

4. *Derecho a trienios. Los servicios interinos o eventuales no pueden computarse.*

«En el fondo la cuestión a dilucidar en este recurso es si las recurrentes que son funcionarias en propiedad desde la Orden de 19 de abril de 1967, tienen derecho a que se les compute a todos los efectos, especialmente a efectos de trienios, el tiempo servido como interinas o eventuales con anterioridad, o sea, desde 7 de febrero de 1953, 1 de enero y 1 de marzo de 1956, que expresan en el hecho primero de la demanda, y es visto que en cuanto a trienios, que es lo que esencialmente pretenden las recurrentes, los servicios interinos o eventuales no pueden computarse conforme al artículo 6.º de la Ley 31 de 4 de mayo de 1965, que exige servicios efectivos prestados a la Administración desempeñando plaza o destino en propiedad, confirmado tal precepto por la Orden de 19 de junio de 1965, que expresa claramente que no se computarán los servicios prestados con carácter interino, eventual, temporero o contratado, debiendo por todo ello desestimarse el recurso» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 30 de diciembre de 1969*).

5. *Derecho al ascenso. Escala auxiliar del ejército de tierra. Derecho aplicable antes de la entrada en vigor de la Orden de 24 de noviembre de 1967).*

«Las resoluciones recurridas referentes al ascenso a Teniente Auxiliar de los recurrentes deniegan solamente el derecho al ascenso por no reunir los interesados la condición que determina el apartado C) del artículo 77 del Reglamento Provisional para el reclutamiento del voluntariado de 30 de enero de 1956, o sea, el requisito de no haber cumplido cuarenta y cinco años, y siendo así, es visto que dichas resoluciones no se ajustan a Derecho, ya que tal precepto no es aplicable en virtud de la Orden de 28 de julio de 1960 en relación con la Ley de 21 de julio del mismo año, cuya orden elevó la edad de cuarenta y cinco años al límite de la edad de retiro para el Cuerpo de Suboficiales, y como quiera que los recurrentes fueron convocados al noveno curso de aptitud para su ascenso a Tenientes Auxiliares por Orden de 3 de octubre de 1964, con apoyo en la Orden de 28 de julio de 1960, la edad que rige es la de esta Orden, no obstante la Orden de 24 de noviembre de 1967, que comenzó a regir a los veinte días de publicación oficial, pues aunque volvió a modificar la edad, no tiene efectos retroactivos como claramente expresa la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre último.

Por aplicarse un precepto improcedente respecto a la edad de los recurrentes deben ser anuladas las resoluciones recurridas, pero como la Administración no se pronunció expresamente respecto a los demás requisitos legales para el ascenso, no es posible declarar en esta jurisdicción el ascenso tal como se solicita en el apartado b) de la demanda, debiendo tenerse en cuenta lo que respecto a tal particular se sostiene en la sentencia mencionada de 12 de noviembre último» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 17 de diciembre de 1969*).

6. *Derecho al cargo. No lo ostenta un funcionario nombrado como interino.*

«Según el escrito interpositorio, se entabla el recurso contra la resolución de la Dirección General de Sanidad de 26 de enero de 1968, por la que se desestima recurso promovido respecto a acto de la Jefatura de Sanidad Civil de Melilla, en que comunicó al recurrente, en 29 de septiembre de 1967, el cese en el cargo de Médico interino de la Casa de Socorro de dicha ciudad, no obstante lo cual el actor alega que esto tuvo lugar por orden de aquella superioridad y su notificación debió ser cursada directamente al interesado con sujeción a lo que preceptúa el artículo 78 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no cumpliendo además con los requisitos determinados en el 79, 2), por lo que ha de estimarse defectuosa, salvo manifestación expresa en contrario, conforme señala el número 3 del propio artículo e incide, a su juicio, en nulidad

con arreglo al apartado c) del artículo 47 de la indicada Ley, pero esta argumentación carece de consistencia, porque, en primer lugar, es de poner de manifiesto que el cese de referencia fue adoptado por el Jefe de Sanidad Civil de la mencionada ciudad y no por la aludida Dirección General, aunque al efectuarlo lo hiciese aquél en virtud de las instrucciones recibidas del expresado Centro Directivo, y, en segundo término, ha de tenerse presente que si la mentada notificación podía adolecer de alguna omisión formal en relación con lo prevenido en el artículo 79, 2), de la referida Ley procesal y ser por ello defectuosa, tal vicio quedó convalidado y surtió aquélla sus efectos legales por consecuencia de lo establecido en el número 3 del propio artículo al interponerse contra la resolución el recurso pertinente que fue el de alzada promovido por el interesado ante la precitada Dirección General, sin que, por lo expuesto, pueda ser estimada la invocada nulidad de pleno derecho a que se contrae el apartado c) del artículo citado 47, toda vez que tal precepto se refiere a los actos 'dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello', lo que no puede, evidentemente, atribuirse a lo ocurrido en el caso que se contempla, ni siquiera determinar la anulabilidad de acto si se tiene en cuenta las circunstancias en él concurrentes, ya que, a tenor del artículo 48, 2), el defecto de forma sólo determinará tal anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados, lo que no cabe predicar de la comunicación de que se trata.

La indefensión aducida por el recurrente se refiere de modo más preciso al hecho de que no por la tan repetida notificación de la Jefatura de Sanidad Civil de Melilla sobre cese de aquél como Médico, interino de la Casa de Socorro de dicha ciudad, sino a través de las posteriores resoluciones confirmatorias de la Dirección General de Sanidad y, por consiguiente, de la aquí recurrida de 26 de enero de 1968, se advierte que tal cese se acordó sin la previa instrucción de expediente en que fuese oído el interesado, quien reputa aquél por ello como sanción disciplinaria impuesta sin observancia de las normas contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo y dejando de tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 91, 92 y 105 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, el último de los cuales establece la aplicación por analogía a los funcionarios de empleo, como son los interinos y con la sola excepción del derecho a la permanencia en la función, a niveles de remuneración determinados o a clases pasivas, del régimen general de los funcionarios de carrera, con cuyos alegatos reconoce realmente que el cese de Médico interino de Casa de Socorro puede llevarse a cabo libremente, incluso sin expresión de causa y desde luego sin tramitación de expediente previo, toda vez que no le asiste derecho a la permanencia en la función, tratándose, en definitiva, de funcionario público de empleo, interino, con arreglo a la normativa establecida en el texto articulado de la mencionada Ley de 1964, artículo 5.º, número 2, los cuales, a tenor de lo prevenido en el artículo 102, 'podrán ser nomi-

brados y separados libremente, sin más requisitos que los establecidos, en su caso, por disposiciones especiales², como lo fue el actor, sin necesidad de que se observaran los requisitos necesarios para los funcionarios de carrera que pasan de la permanencia en la función, al derecho al cargo y la inamovilidad en los términos que previene el artículo 63, no habiéndose aducido por el interesado que respecto al cargo por él ostentado se hallen establecidos para ello requisitos por disposiciones especiales en armonía con el transcrito precepto del 102, todo lo cual, aplicado al caso contemplado, impone concluir que al disponerse el cese del actor como funcionario interino, en los términos en que se llevó a cabo no se incurrió en vicio de forma, no habiéndose invocado concretamente precepto alguno conforme al cual haya de preceder a dicha decisión la tramitación de expediente con audiencia del funcionario interino interesado, doctrina ya declarada por esta Sala entre otras sentencias en las de 26 de febrero y 30 de noviembre de 1968, recaídas en recursos interpuestos también por funcionarios interinos cuyo cese había sido dispuesto por la Administración, lo que determina la desestimación del recurso objeto del proceso, al hallarse ajustada a Derecho la resolución recurrida, dando así cumplimiento a lo prescrito en el artículo 83, 1), de la Ley jurisdiccional» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 17 de diciembre de 1969*).

7. *Derechos pasivos. Policía armado separado del servicio.*

«El artículo 94 del Estatuto de 22 de octubre de 1926 prescribe que la separación del servicio o cesantía, cualquiera que sea su causa, no priva al funcionario de los derechos pasivos que hubiera adquirido tanto para sí como para sus familias³, aspecto a que también se remite el Código de Justicia militar en su artículo 224, y la Orden de 25 de julio de 1935, con el propósito de garantizar tales extremos, previno que a fin de que los funcionarios públicos, civiles o militares, a quienes se imponga la pena de separación del servicio, tengan derecho a hacer efectivos los haberes aludidos es necesario que por los Ministerios de que dependen se declare, cuando sea procedente, que se hallan en situación de jubilados o retirados, por concurrir para ellos las condiciones exigidas por los artículos 6.º, 9.º, 49 y 55 del expresado texto legal⁴, particularidades que encuentran su justificación, entre otros motivos, según el preámbulo de la Orden, en soslayar la infracción de artículo 9.º, que acabó de citarse, el cual sólo concede pensión de retiro a los empleados militares que hubiesen completado veinte años de servicios abonables y conseguido esa situación mediante una de las causas consignadas en el artículo 55, petición propia, edad o imposibilidad física.

El actor, separado del Cuerpo de Policía Armada el 7 de agosto de 1962, como consecuencia de la pena que le fue impuesta por delito de estafa en grado de tentativa, recaba, al amparo de las normas mencionadas, que se le declare en situación de retirado a efectos exclusivamente

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

de los derechos pasivos que pudiera señalarle, en su momento, el Consejo Supremo de Justicia Militar, y esta solicitud se rechaza en las resoluciones recurridas, ya que aquella situación no corresponde a la de separación, que es la que se acordó, y cabe el reconocimiento de la pensión que fuese viable con la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la baja en el Cuerpo.

A pesar de la diferencia que existe entre la situación de retirado, a la que se llega por voluntad propia, edad o imposibilidad física, y la de separado del servicio, que supone la ruptura de la relación jurídica que vincula al militar o funcionario a la Administración, como puntualizó la sentencia de 9 de julio de 1960, es indudable que no puede orillarse el cumplimiento de las prescripciones legales apuntadas, imperantes en el momento en que el recurrente dejó de pertenecer al Cuerpo de Policía Armada —7 de agosto de 1962—, pues así se respetan las seguridades establecidas para la debida eficacia de los derechos con vistas a la decisión pertinente, en su día, del Consejo Supremo de Justicia Militar, y de aquí que, en armonía con las orientaciones de las sentencias, por ejemplo, de 28 de diciembre de 1959, 16 de febrero de 1960 y la misma que cita la demanda de 24 de octubre de 1966, relativas a casos idénticos o análogos al que se enjuicia, tenga que prosperar la tesis que se defiende en aquel escrito» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 22 de diciembre de 1969*).

RAFAEL ENTRENA CUESTA.