

A G R A V I O S

SUMARIO: I. RECURSO DE AGRAVIOS: 1) *Competencia*. a) *Materia de depuración*. b) *Vicios de forma*. 2) *Legitimación activa*. 3) *Cosa juzgada*. 4) *Nulidad de notificaciones*. 5) *Recurso previo de reposición*. a) *Naturaleza*. b) *Eficacia sustantiva*. 6) *Recurso de revisión*.—II. RÉGIMEN JURÍDICOS DE LOS FUNCIONARIOS, EXCLUIDOS SUS DERECHOS PASIVOS: 1) *Medalla de sufragios por la Patria*. a) *Doctrina del «riesgo específico»*. b) *Cuantía de la indemnización aneja*. 2) *Concursos*. a) *La convocatoria como ley del concurso y las convocatorias antireglamentarias*. b) *En el Magisterio; interpretación art. 57 del Estatuto*. 3) *Oposiciones*. 4) *Orden de San Hermenegildo*.—III. CLASES PASIVAS: 1) *Normas comunes*. a) *Prescripción del derecho a pensión*. b) *Error de hecho en el señalamiento*. c) *Pobreza legal de los padres de los causantes de pensión extraordinaria*. d) *Legitimación para pedir pensión*. e) *Servicios abonables*. f) *Sueldo regulador*. a') *De capitán*, b') *Pagos extraordinarios*. c') *Incremento del 10 por 100 del regulador*. 2) *Pensiones reguladas por leyes especiales*. a) *Leyes de 13-XII-1943 y 19-XII-1951*. a') *Doctrina general*. b') *Pensiones de retiro*. c') *En favor de las familias*. b) *Ley de 24-XI-1931; fluctuaciones Capellanes de la Armada*.

I.—RECURSO DE AGRAVIOS.

1) *Competencia*.

a) *Materia de depuración*.—No son susceptibles de impugnación en vía de agravios, como pertenecientes al orden político o de gobierno, las resoluciones, aun en materia de personal, cuando en ellas se impongan sanciones como consecuencia de expedientes de depuración o responsabilidades políticas. Sobre esta tesis, reiteradamente sostenida por el Consejo de Ministros —claramente establecida, por otra parte, en la Ley de 18 de marzo de 1944— insiste el Acuerdo de 11-XII-1953 («B. O. E.» 1-V-1954).

b) *Vicios de forma*.—Aun en el supuesto de que la jurisdicción de agravios no sea competente, por razón de la materia, en cuanto al fondo de la resolución administrativa ante ella impugnada, puede, no obstante, entrar a conocer, en todo caso, de los vicios de forma de que haya adolecido la propia resolución recurrida o el expediente administrativo que la haya precedido.

En tal sentido, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11-XII-1953 («B. O. E.» 1-V-1954) declara que, aun «impugnándose en el presente recurso un acuerdo de separación del servicio que, en cuanto a su motivación o fondo, no es susceptible de examen en vía de agravios, habida cuenta de que se alega el no haber sido oído el interesado a lo largo de las actuaciones...», lo que, de ser cierto, implicaría una separación adoptada indebidamente en cuanto a la forma y, por lo mismo, lesión de un derecho fundamental del funcionario... [tal vicio de forma constituye] materia de personal deferida a la jurisdicción de agravios».

2) *Legitimación activa.*

Reiterados Acuerdos del Consejo de Ministros han sentado la doctrina de que si no es preciso la existencia de un derecho lesionado para recurrir en agravios, sí es necesario, cuando menos, la existencia de un interés personal, directo y legítimo en recurrir.

Haciendo aplicación de esta tesis a un caso concreto, se afirma que para que exista interés *directo* en recurrir «se requiere que el recurrente obtenga en la revocación de la resolución impugnada un beneficio jurídico inmediato»; y que, en el caso concreto planteado (relativo a la concesión de diplomas a Jefes del Cuerpo Jurídico Militar) no «puede calificarse tampoco al interés del recurrente de legítimo, toda vez que aun en el supuesto de que se admitiera el principio de «unicidad de curso» invocado por el interesado, iría contra los intereses generales del servicio expuestos en la misma convocatoria» (A. C. M. de 9-IV-1954; «B. O. E.» 0-VI-1954).

Por supuesto, la falta del presupuesto procesal de legitimidad veda el conocimiento del fondo del asunto y fuerza, por tanto, a la declaración de improcedencia del recurso (mismo Acuerdo).

3) *Cosa juzgada.*

Por cuanto se desprende del Acuerdo del Consejo de Ministros que a continuación se cita, para que la existencia de cosa juzgada pueda apreciarse es precisa una absoluta identidad de pretensiones, identidad que ha de extenderse al fundamento de pedir: la aparición de una nueva norma jurídica puede generar una también nueva fundamentación en derecho y, con ello, romper la identidad de las pretensiones. Utilizando las palabras del Consejo de Ministros «a pesar de ser el mismo recurrente que formula la misma pretensión, no obstante, no se da la absoluta identidad entre las pretensiones que exige la aplicación de la cosa juzgada, puesto que la *causa petendi* recoge un supuesto legal nuevo, como es la promulgación entre uno y otro recurso de la Ley de 19-XII-1951, que sirve de nuevo fundamento a

la petición anteriormente denegada» (A. C. M. 14-V-1954; «B. O. E.» 24-VI-1954).

4) *Nulidad de notificaciones.*

La afirmación de que el derecho a recurrir en reposición y en agravios ha caducado por haber transcurrido con exceso los plazos legales, supone la existencia de una notificación válida. «Los actos administrativos han de ser notificados a los administrados, y en el acto notificante han de constar los recursos y plazos pertinentes en cada caso, hasta el extremo de que su incumplimiento lleva aparejada la nulidad de dicha notificación si no es subsanada por el propio administrado» (A. C. M. 7-XI-1953; «B. O. E.» 7-VI-1954).

Por otro lado la nulidad de la notificación es declarable, «de oficio», como cuestión de orden público (mismo Acuerdo).

5) *Recurso previo de reposición.*

a) *Naturaleza.*—Por la misma naturaleza del recurso administrativo de reposición, éste tiende a que la Administración revise de nuevo la totalidad del expediente y pueda revocar por un acto de contrario imperio su anterior resolución (A. C. M. 30-X-1953; «B. O. E.» 2-VI-1954).

b) *Eficacia sustantiva.*—No se debe alegar por la Administración como excusa para no haber resuelto sobre un recurso de reposición, que se estimaba atendible en cuanto a su fondo, «la perentoriedad del plazo legal...», toda vez que esta jurisdicción de agravios ha aceptado en diversidad de ocasiones la eficacia sustantiva de las resoluciones tardías de los recursos de reposición por la Administración, declarando que no ha lugar a resolver los recursos de agravios en que se producen estos supuestos de hecho, por haberse satisfecho ya por la propia Administración la pretensión de los recurrentes» (A. C. M. 30-X-1953; «B. O. E.» 2-VI-1954).

6) *Recurso de revisión.*

«Según ha declarado reiteradamente esta jurisdicción, sólo procede la revisión del Acuerdo del Consejo de Ministros, resolutoria de recurso de agravios, cuando se haya incurrido en el mismo en manifiesto error de hecho» (A. C. M. 14-V-1954; «B. O. E.» 8-VII-1954).

II.—RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS FUNCIONARIOS, EXCLUIDOS SUS DERECHOS PASIVOS.

1) *Medalla de sufrimientos por la Patria.*

a) *La doctrina del «riesgo específico».*—Como tesis general, «el apartado c) del artículo 6.º del Reglamento de la Medalla de Sufrimientos por la Patria ha sido interpretado por esta jurisdicción en el sentido de que no basta, para tener derecho a la Medalla, el haber sufrido un accidente en acto de servicio, sino que es preciso, además, que éste implique un riesgo específico, de forma que el afrontarlo sea un mérito que justifique la recompensa». Y, como aplicación concreta, el dirigir las prácticas de conducción de automóviles, como profesor, «implica un riesgo específico del servicio que se presta» (A. C. M. 26-III-1954; «B. O. E.» 20-VI-1954).

a) *Cuantía de la indemnización aneja a la Medalla.*—La indemnización aneja a la Medalla de Sufrimientos por la Patria que, según el Reglamento de la recompensa, se regula por la «dieta reglamentaria», ha de ser fijada en la cuantía que se derive del Reglamento de Dietas y Viáticos aprobado por Decreto-Ley de 7-VII-1949, si las hospitalidades reconocidas al interesado se han producido en fecha posterior a la de promulgación de este Reglamento (A. C. M. 26-III-1954; «B. O. E.» 19-VII-1954).

Y si son anteriores al mismo, para la fijación de su cuantía ha de tenerse en cuenta tanto la «dieta reglamentaria» que fijaba el Reglamento de Dietas y Viáticos de 1924, como la «sobre-dieta» que establecía la Ley de 16-VI-1942 (A. C. M. 26-III-1954; «B. O. E.» 20-VII-1954).

2. *Concursos.*

a) *La convocatoria como Ley del Concurso y las convocatorias antirreglamentarias.*—Las dos cuestiones del epígrafe se abordan en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26-III-1954 («B. O. E.» 29-VII-1954) de la siguiente forma:

«La convocatoria es la Ley del concurso, y, si no ha sido impugnada por los solicitantes que toman parte en él, se entiende que se someten a las normas contenidas en aquélla, con todas sus consecuencias, y si la Administración no las modifica, tiene que ajustarse a ellas en la [provisión] de las plazas.»

«No puede llegarse a la conclusión de que una norma que no esté vigente sirve para regular la adjudicación de vacantes de un concurso, no obstante haber sido citada en la convocatoria, puesto que un error de la Administración no tiene como efectos consiguientes la puesta en vigor de disposiciones derogadas.»

En definitiva, se llega a la conclusión de que «al ser anunciado el concurso sin tener en cuenta la Orden de 1-VII-1952, que dejó sin efecto la de 26-XII-1950, la convocatoria infringe la primera disposición citada; y al ser resuelto el concurso con arreglo a normas distintas de las señaladas como básicas en la Orden de convocatoria, el acuerdo que adjudica los destinos infringe aquella orden ministerial, ley del concurso; violaciones legales que cualquiera de ellas es por sí sola suficiente para fundar la admisión del recurso de agravios». Si las dos doctrinas sentadas por este Acuerdo, tomadas en su puridad e independientemente la una de la otra, son aceptables, su conjugación puede conducir a resultados insospechados y que invaliden cualquiera de ellas; salvo que se acepte la tesis de que las convocatorias antirreglamentarias pueden ser anuladas de oficio, lo que el Acuerdo no hace, por lo menos claramente, y salvo que se admita también, y esto es mucho más fuerte, que esta anulación de oficio puede ocurrir aun después de agotada la virtualidad de la convocatoria y de haberse provisto plazas con arreglo a la misma.

b) *En el Magisterio; interpretación del artículo 57 del Estatuto.*—Según el artículo 57 del Estatuto del Magisterio pueden acudir al concurso especial de traslados entre maestros de localidades de más de 10.000 habitantes «los maestros que hayan aprobado el concurso oposición» a plazas de tal censo. Por ello hay que reputar ilegal una convocatoria de concurso de traslados que exige el que para poder concursar se haya tomado posesión en escuela correspondiente a población de más de 10.000 habitantes; pues «si bien es cierto que los derechos derivados de un empleo se pierden cuando se toma (*sic*) posesión del mismo, tal principio general no es aplicable al presente caso, por cuanto el derecho a acudir al concurso regulado en el artículo 57 del Estatuto no se condiciona al desempeño del empleo de maestro en localidades de más de 10.000 habitantes, sino tan sólo al hecho de haber aprobado los ejercicios del correspondiente concurso-oposición» (A. C. M. 15-I-1954; «B. O. E.» 20-V-1954).

3. Oposiciones.

La convocatoria de unas oposiciones a regencia de escuelas graduadas anejas a escuelas del Magisterio exceptuaba de la posibilidad de opositar a quien estuviera sometido a expediente gubernativo.

Tal excepción ha de ser interpretada, como de naturaleza sancionadora que es, «en sentido restrictivo, por lo que la expresión *sometido a expediente* ha de ser referida no a aquellos funcionarios respecto a los cuales existe la orden de proceder, sino a aquellos realmente sometidos a expediente por haberse iniciado las correspondientes actuaciones». En consecuencia, la mera decisión de la Administración de que se instruya expediente gubernativo a un funcionario no le impide a éste participar en unas

oposiciones convocadas al tenor de las a que el acuerdo se refiere; es preciso que el expediente se haya iniciado (A. C. M. 23-I-1954; «B. O. E.» 5-V-1954).

4. *Orden de San Hermenegildo.*

Según el artículo 7.º del Reglamento de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, «los expedientes que se instruyan para ingreso, ascenso o baja en la Orden, como igualmente los que se tramiten por incidencias relacionadas con ella, serán, antes de someterlos a la Asamblea, informados por el Fiscal Militar del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Se desprende de este precepto que el informe del Fiscal militar es puramente consultivo y de asesoramiento de una decisión que sólo a la Asamblea corresponde; por lo que la devolución de una solicitud hecha por el Fiscal militar, aunque se base en motivos obvios, y aunque recoja una doctrina inconeusa por lo reiterada, es un acto nulo por falta de competencia (A. C. M. 13-XI-1953; «B. O. E.» 31-V-1954).

III.—CLASES PASIVAS.

1) *Normas comunes.*

a) *Prescripción del derecho a pensión.*—El recurrente dirigió una instancia en solicitud de pensión extraordinaria al Consejo Supremo de Justicia Militar, en 11-XII-1947, sobre la que no recayó resolución alguna; y en 10 de septiembre de 1952 insistió en su petición.

No puede estimarse prescrito su derecho a pensión; la primera instancia «ha interrumpido el curso del año de caducidad a quo se refiere el mencionado artículo 71 [del Estatuto de Clases pasivas], puesto que dicho término es para la petición y no para la resolución de la misma (A. C. M. de 14-III-1954; «B. O. E.» 1-V-1954).

b) *Error de hecho en el señalamiento.*—«Versando la reclamación del interesado sobre un típico error de hecho en el cómputo del tiempo para quinquenios, el acuerdo es siempre revisable, de oficio o a petición de parte, con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento dictado en aplicación del Estatuto de Clases pasivas» (A. C. M. 25-IX-1953; «B. O. E.» 10-V-1954).

c) *Pobreza legal de los padres de los causantes de pensión extraordinaria.*—Los padres tan sólo acreditan derecho a pensión extraordinaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 del Estatuto de Clases Pasi-

vas (en los casos a que este artículo se refiere), «si fuesen pobres en concepto legal, bien porque tuviesen esta condición al nacer el derecho a su percepción o porque la hayan adquirido después». Precepto que ha de ser interpretado en el sentido de que «si bien es requisito indispensable para que los padres de los causantes de pensión extraordinaria tengan derecho a pensión, que se acredite su condición de pobreza legal, no es menos cierto que su derecho no desaparece porque no reunieran los requisitos indicados en la fecha del fallecimiento del causante, sino que, por el contrario, se conserva latente el expresado derecho, a reserva de que sobrevenga su condición de pobreza, a partir de cuyo momento pueden exigir y obtener su reconocimiento» (A. C. M. 11-VIII-1953; «B. O. E.» 4-V-1954).

d) *Legitimación para pedir pensión.*—Se debe distinguir cuidadosamente entre dos problemas distintos que responden a la existencia dentro del régimen general de clases pasivas, de dos tipos de pensiones: las pensiones directas (jubilación o retiro) y las indirectas (en favor de las familias); estos tipos de pensión son autónomos el uno del otro y tienen vida independiente; «las segundas no son continuación de las primeras y por ello el titular no sucede *iure hereditario*, sino *iure proprio*». Si el padre solicita una pensión para sí, de naturaleza indirecta, plantea un problema de legitimación para pedir pensión; pero si entra en el procedimiento a título de heredero del fallecido, el problema es puramente de legitimación procesal; y ha de resolverse en sentido afirmativo si lo que trata es de sostener una petición de pensión que ya en su propio nombre había hecho su hijo y titular fallecido (A. C. M. 27-XI-1953; «B. O. E.» 3-VI-1954).

Pero si el titular de la pensión directa no ha hecho ninguna petición, no puede hacerla en su nombre ninguna otra persona, dado el terminante tenor del artículo 91 del Estatuto, según el cual «todas las pensiones a que se contrae este Estatuto habrán de reclamarse por los propios interesados o por sus representantes legales, bien por sí o por medio de apoderados, pero nunca en defecto de ellos, por personas que por cualquier concepto traigan causa de los mismos». Por ello carece de legitimación la viuda para pedir mejora de la pensión de retiro que en su día fué concedida a su difunto esposo (A. C. M. 27-XI-1953; «B. O. E.» 23-VII-1954).

Este precepto del Estatuto es también aplicable a las pensiones que se regulan por leyes especiales, si en éstas falta una norma concreta sobre la materia, «por el carácter subsidiario general que tiene el Estatuto para la determinación de cualesquiera derechos pasivos» (mismo Acuerdo).

e) *Servicios abonables.*—El abono de tiempo permanecido en zona roja, con arreglo a la Orden del Ministerio del Ejército de 30-VI-1948, procede aunque durante aquel período no se hubiera consolidado el empleo de Cabo, dado que «la Orden no establece distinción alguno... y, además, por el hecho de que quien pide ahora su aplicación ha llegado a consolidar su empleo y a ser militar con carácter de permanencia» (A. C. M. 6-XI-1963; «B. O. E.» 29-V-1954).

f) *Sueldo regulador.*

a') *De capitán.*—Quienes pasaron a la situación de retirados con el empleo de Mayor del Cuerpo de Suboficiales de la Armada, y con más de treinta años de servicio abonables en la fecha de su retiro..., «tienen derecho a regular sus haberes pasivos por el sueldo de Capitán, más los trienios y gratificación de destino, al amparo de lo dispuesto en el artículo 45 del vigente Reglamento del Cuerpo de Suboficiales de la Armada, aprobado por Orden ministerial de 7 de mayo de 1949, que se limita a reproducir preceptos contenidos ya en el Decreto de 31 de julio de 1940 y en la Ley de 6 de mayo del propio año» (A. C. M. 4-XII-1953; «B. O. E.» 18-V-1954).

La misma doctrina en los Acuerdos del Consejo de Ministros de 4 y 18 de diciembre de 1953 («B. O. E.» 31-V-1954 y 1-VII-1954, respectivamente). También la misma doctrina referida a los Celadores Mayores de Puerto y Pesca en Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de diciembre de 1953 («B. O. E.» 30-VI-1954),

b') *Pagas extraordinarias.*—La paga extraordinaria anual concedida a los funcionarios civiles y militares por la Ley de 15 de marzo de 1951, es computable para la determinación del sueldo regulador del haber pasivo (A. C. M. 27-XI-1953; «B. O. E.» 23-VII-1954).

c') *Incremento del 10 por 100 del sueldo regulador.*—«Los beneficios del artículo 12 del Estatuto de Clases pasivas no son incompatibles con la concesión de un sueldo regulador mayor al que corresponda con arreglo al empleo con que se retire el interesado; pero los años exigibles son los que en el propio artículo 12 del Estatuto se señalan precisamente para el empleo al que corresponda el sueldo superior que se toma como regulador (A. C. M. 18-XII-1953; «B. O. E.» 1-VII-1954).

2) *Pensiones reguladas por leyes especiales.*

a) *Leves de 13 de diciembre de 1943 y 19 de diciembre de 1951.*

a') *Doctrina general.*—Para determinar si concurre o no la circunstancia de «haber tomado parte en la campaña», requisito imprescindible para acreditar derecho a las pensiones reguladas por las leyes 13-XII-1943 y 19-XII-1951 (y por el Decreto de 11-VII-1949, que remite a la primera de ellas), hay que estar a los preceptos del Decreto de 30-1-1953 (Acuerdos del Consejo de Ministros de 11-VIII-1953; «B. O. E.» de 2 y 6 de mayo de 1954).

«La Ley de 13 de diciembre de 1953 y sus disposiciones complementarias constituyen un régimen de derechos pasivos independiente de todo otro

de forma que, como se dice en el artículo 2.º de la misma, los interesados podran optar entre las pensiones extraordinarias de retiro concedidas por esta Ley y las que tuvieran consolidadas con arreglo a la legislación vigente, pero no acumular uno y otro sistema en lo que tengan de favorable» (A. C. M. 11-IX-1953; «B. O. E.» 7-VII-1954).

b') *Pensiones de retiro.*—«Si bien la incapacidad del interesado (Policía Armada y de Tráfico) es notoria... no tuvo por origen las penalidades sufridas en la guerra de liberación a que hace referencia el Decreto-Ley de 12 de enero de 1951, siendo, pues, evidente que al interesado no le podían ser de aplicación las pensiones extraordinarias reguladas en la Ley de 13 de diciembre de 1943» (A. C. M. 19-II-1954); «B. O. E.» 15-VI-1954).

Se reitera que carecen de derecho a las pensiones extraordinarias reguladas por la Ley de 19-XII-1951, los separados del servicio (A. C. M. de 11-XII-1953; «B. O. E.» 8-VI-1954).

Dado que, según la Ley de 19-XII-1951, las pensiones extraordinarias reguladas por la Ley de 13-XII-1943, se conceden a los empleados comprendidos en el párrafo segundo del artículo 4.º de ésta, «cualquiera que sea la causa del retiro», es evidente que tiene derecho al reconocimiento de pensión extraordinaria el retirado voluntariamente (A. C. M. 13-XI-1953; «B. O. E.» 7-VI-1954).

c') *En favor de las familias.*—«La pensión de viudedad debe consistir en los veinticinco céntimos del sueldo que se hallaba disfrutando el causante en el momento del fallecimiento, entendiéndose por tal el que hubiera servido de regulador de su pensión de retiro. Si la Ley de 19 de diciembre de 1951 considera a estos efectos a quienes fallezcan en situación de actividad como si hubieran pasado en la fecha del fallecimiento a la situación de retirado, con los beneficios concedidos en dicha Ley, no es para entender que el sueldo que se hallaban disfrutando en la fecha del fallecimiento era la pensión de retiro, pues nunca una pensión se puede calificar de sueldo, sino para que se dé el supuesto de aplicación del artículo 69 del Estatuto (de Clases Pasivas), a saber, que el causante se hallaba percibiendo una pensión extraordinaria» (AA. CC. MM. de 10-VII-1953; «B. O. E.» 1-V-1954, y 11-IX-1953; «B. O. E.» 7-V-1954).

Reconocido que el causante de la recurrente había tomado parte en la Guerra de Liberación y habiéndosele señalado una pensión extraordinaria de las reguladas en la Ley de 19 de diciembre de 1951 por tal causa, esta circunstancia no puede ser ignorada cuando se trata de señalar pensión a su viuda: que, por ende, tiene también derecho al propio tipo de pensión extraordinaria (A. C. M. 11-XII-53, «B. O. E.» 20-VI-54).

b) *Ley de 24 de noviembre de 1931; fluctuaciones de Capellanes de la Armada.*—La finalidad perseguida por el artículo 5.º adicional de la Ley de 24 de noviembre de 1931, a cuyo tenor los sueldos del personal a que se refiere seguirán «las mismas fluctuaciones que los sueldos del personal en activo hasta que por edad les corresponda el retiro en su empleo», no

es otra sino «la de igualar a todos los efectos económicos las pensiones de los retirados extraordinarios en 1931, con los sueldos correspondientes al empleo con que pasaron a la situación de retirados»; por lo que es incuestionable que tal beneficio alcanza también a las modificaciones que puedan producirse legalmente en la edad de retiro, de forma que si ésta pasa a ser la de sesenta años, desde la de cincuenta y ocho, los beneficios que se produzcan antes de que el retirado cumpla la edad de sesenta años repercuten, como fluctuación, en su haber pasivo; por consiguiente, «debe concluirse que por cumplir [el recurrente] los sesenta años en 1950, tiene derecho a que su haber pasivo se incremente con los aumentos habidos para el personal en activo en el año 1949» (A. C. M. de 4-XII-1953; «B. O. del E.» de 9-VI-1954)

MANUEL ALONSO OLEA,
Letrado del Consejo de Estado.

CRONICA ADMINISTRATIVA

