

2. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA EXISTENTE ENTRE LOS FUNCIONARIOS Y LA ADMINISTRACIÓN: 1. *Funcionarios del I. N. P.*—II. SELECCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS: 1. *Estado Mayor del Aire. Acto político.* 2. *Oficial Mayor de Ayuntamiento. Plazas análogas.* 3. *Cuerpo Nacional Veterinario. Competencia sobre el mismo.*—III. CAPACIDAD REQUERIDA PARA SER FUNCIONARIO: 1. *Carencia de antecedentes penales. Decreto de indulto.*—IV. CONTENIDO DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL: A) Derechos de los funcionarios: 1. *Derecho al cargo. Asesores Inspectores del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones locales.* 2. *Derecho al sueldo. Derechos obvenacionales. Ilegalidad de la Orden de 28 de marzo de 1959.* 3. *Derecho al sueldo. Gratificaciones. Diplomados de Armamento y Construcción.* 4. *Derechos pasivos. Pensiones de jubilación. Guardias civiles.* 5. *Derechos pasivos. Naturaleza y efectos del acto de clasificación.* B) Deberes de los funcionarios: 1. *Profesores Adjuntos numerarios de Institutos Nacionales de Enseñanza Media.*—V. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS FUNCIONARIOS: 1. *Excedencia voluntaria. Desviación de poder.* 2. *Analogías y diferencias entre la excedencia voluntaria y la forzosa.*—VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. *Expediente disciplinario. Vicios que no determinan la nulidad.* 2. *Expediente disciplinario. Secretarios de la Administración Local. Juez Instructor.*

I. NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA EXISTENTE ENTRE LOS FUNCIONARIOS Y LA ADMINISTRACIÓN.

1. *Funcionarios del I. N. P.*

«Planteada por la representación del Instituto Nacional de Previsión la inadmisibilidad del presente recurso contencioso-administrativo, al amparo del apartado a) del artículo 82 de la ley reguladora de esta jurisdicción, es cuestión previa al examen de toda otra, incluso a las relativas a la inadmisibilidad por los motivos formulados por el señor abogado del Estado, el resolver sobre la competencia jurisdiccional que tenga este Tribunal para conocer del asunto que ante él se controvierte y a este tenor, señalados por el artículo 1.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, los actos de la Administración Pública sujetos a la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien no puede ponerse en duda que el

Instituto Nacional de Previsión se encuentra comprendido en el apartado c) del párrafo 2.º de dicho precepto, por estar sometido plenamente a la tutela del Estado—como se ha establecido en todo momento, desde recién creado por Ley del 27 de febrero de 1908, por medio de su primitivo Reglamento Provisional del 24 de diciembre de dicho año, que en el párrafo 3.º de su artículo 2.º dispuso que estaba «afecto al Ministerio de Trabajo, el cual ejerce en él una intervención constante y directa por medio del Presidente y una fiscalización periódica e indirecta por medio de la Comisión revisora de los balances quinquenales», hasta los últimos Estatutos del 24 de enero de 1958, que en su artículo 1.º previenen que «... es una entidad autónoma de Derecho Público, dependiente del Ministerio de Trabajo y creada por el Estado Español...», añadiendo en su artículo 24 la obligación de comunicar al Ministerio de Trabajo todos los acuerdos del Consejo de Administración y de la Comisión Permanente, «dentro del plazo de cuarenta y ocho horas de haber sido adoptados, considerándose firmes y ejecutivos si en el término de otras cuarenta y ocho horas no se recibiera comunicación en contrario»—, no basta dicha condición de tutelado para que esta jurisdicción deba conocer en orden a sus acuerdos, pues la competencia de la misma ha de entenderse limitada a aquellos que, como requiere el párrafo 1.º del artículo 1.º de la Ley Jurisdiccional, se encuentran «sujetos al Derecho Administrativo», con exclusión de todos los que sean de índole distinta y que tienen posible impugnación en diferente vía, por lo que se hace preciso discriminar sobre la naturaleza intrínseca de los actos impugnados...

La legislación vigente, para el Instituto Nacional de Previsión, en el momento de dictarse las resoluciones impugnadas, constituida fundamentalmente en los particulares que a su personal se contraen, por la Orden del 30 de diciembre de 1947, el Decreto del 14 de junio de 1957 y la Orden del 24 de enero de 1958, no define en forma clara la naturaleza de la relación existente entre él y sus funcionarios, pero dada la índole de la misma, al estar constreñida a la prestación de servicios por éstos a aquél mediante retribución, tiene un marcado matiz laboral, sujeto no al Derecho Administrativo—por sólo ser un ente de Derecho Público el órgano causante de esta relación—, sino exclusivamente a los nexos que unen a todo productor o arrendador de su trabajo con quien los utilice, contrate o arriende; criterio que implícitamente aparece recogido en el apartado f) del artículo 9.º del citado Decreto y en el propio apartado del artículo 26 de la Orden del año 1958, al atribuir a la Comisión Permanente del Instituto la facultad de «imponer las correcciones disciplinarias» distinguiendo entre las «correspondientes a las faltas graves y muy graves», para otorgar a sus acuerdos en cuanto a las primeras «carácter definitivo», y admitir que puedan ser recurridos los que se refieran a las segundas «ante el Consejo en Pleno», pero haciéndolo siempre con la salvedad de «sin perjuicio de las acciones

precedentes ante las Magistraturas de Trabajo», cuya reserva jurisdiccional ya estaba efectuada al final del artículo 85 de la Orden del año 1947, con lo que manifiestamente queda consignado la consideración de tipo laboral que merece al legislar la expresada relación entre el Instituto Nacional de Previsión y sus funcionarios, así como la Jurisdicción que debe entender de las cuestiones que se susciten entre ambas partes...

Por lo tanto, cuantas incidencias surjan entre el Instituto Nacional de Previsión y sus funcionarios, con motivo de la relación laboral existente entre ambos, escapan al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues los acuerdos que aquél adopte sobre tales asuntos, no versan sobre derechos de índole administrativa, ni están amparados por preceptos de esta naturaleza, sino de orden laboral, que tienen su protección jurídica y amparo jurisdiccional ante las Magistraturas de Trabajo, no siendo competente este Tribunal para conocer de los mismos...

No puede ser obstáculo al criterio antes consignado, lo establecido en el apartado b) de la disposición adicional 3.ª del Decreto de fecha 14 de junio de 1957, que atribuye a la Comisión Permanente la facultad y el deber de elaborar y presentar a la aprobación del Consejo en Pleno los proyectos de el Estatuto de Personal, teniendo en cuenta que tales textos reglamentarios deberán ser aprobados por la superioridad, ni lo dispuesto en el artículo 38 de la Orden del 24 de enero de 1958, determinante de que «los funcionarios del Instituto Nacional de Previsión se regirán por un Estatuto especial aprobado en el Ministerio de Trabajo», pues ambos preceptos sólo establecen la obligación de sujetarse a normas futuras cuando éstas se promulguen y en tanto no se produzcan las mismas tienen plena validez y eficacia jurídica las actualmente en vigor, máxime desde lo dispuesto—aun cuando no rija para las entidades autónomas, Seguros obligatorios, según su artículo 5.º—, en la posterior Ley del 26 de diciembre de 1958, sobre entidades estatales autónomas, en la que—tras definir en el párrafo 1.º de su artículo 82 quiénes son funcionarios públicos de los organismos autónomos y atribuir, en el párrafo 2.º del mismo, a la Presidencia del Gobierno la elaboración del Estatuto general de aquéllos, que ha de ser aprobado en Consejo de Ministros, así como establecer, en su párrafo 3.º, que es de Derecho Administrativo «la relación jurídica existente entre estos funcionarios y los organismos autónomos», siéndoles aplicables «con carácter supletorio... las normas relativas a los funcionarios de la Administración del Estado»—, en su cuarta Disposición Transitoria, limita la aplicación de dicho precepto a los funcionarios de los organismos autónomos que ingresen después de la promulgación del mencionado Estatuto, ordenando continúen «rigiéndose por las normas citadas con anterioridad «los actualmente existentes, hasta que, en cum-

plimiento del indicado artículo 82, se regule su situación.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 9 de diciembre de 1959.*)

II. SELECCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS.

1. *Estado Mayor del Aire. Acto político.*

«Planteada por la representación de la Administración la inadmisibilidad del presente recurso contencioso-administrativo, con base en que, según el apartado b) del artículo 2.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, no corresponde a esta Jurisdicción conocer de las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos que afecten a la defensa del territorio nacional, mando y organización militar, no puede ponerse en duda que corresponde a esta última potestad cuanto concierne a la selección del personal a quien cada momento se juzgue interesante para el mejor servicio del Estado Mayor del Aire, y a este tenor es obligado acoger el motivo de inadmisión alegado, declarando la del presente recurso contencioso-administrativo, según lo previsto en el apartado a) del artículo 82 de la Ley Jurisdiccional.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 10 de noviembre de 1959.*)

2. *Oficial mayor de Ayuntamiento. Plazas análogas.*

«Establecida en la base sexta de las aprobadas para el concurso por el Ayuntamiento de S., el 21 de agosto de 1957, en cumplimiento del párrafo 2.º del artículo 350 de la Ley de Régimen Local, «la escala graduada de méritos», con «el siguiente orden de preferencia: 1.º Haber desempeñado con laboriosidad y eficacia plaza análoga en ésta o en otras Corporaciones Locales y la especialización de las funciones», es fundamental discriminar la situación de los litigantes en orden a este extremo, pues por su situación o condición de preferente, no pueden entrar en juego otros factores extraños al mismo y, por lo tanto, la segunda parte de dicha base, de que «caso de que varios concursantes acrediten estar en posesión de este mérito, serán preferidos los que pertenezcan al escalafón de funcionarios de este Excmo. Ayuntamiento», la cual sólo surtirá efecto si se da la paridad en cuanto al expresado extremo entre los concursantes objeto de estas actuaciones...

Siendo aceptable el distinguo efectuado en el 5.º Considerando de la Sentencia apelada, entre lo que debe entenderse por «analogía», la que equipara a semejanza o parecido, en contraposición con «identidad», sin embargo, no son de estimar los razonamientos que de ello deduce en los Considerandos siguientes, pues ni el hecho de que sea única la plaza de Oficial mayor en las Corporaciones Locales ni la posible reducción del ámbito del llamamiento si se constriñe a éstos, puede justificar una interpretación extensiva de lo que deba entenderse por «plaza aná-

loga» a la que se trata de cubrir, es decir, a la de Oficial mayor del Ayuntamiento de S....

En efecto, si por análogos se reputan aquellos puestos que, como expresa la Sentencia apelada, no tienen «identidad absoluta, sino simplemente semejanza, similitud o parecido en lo esencial, con un prudente margen de divergencia en lo accidental o secundario», no cabe duda que el cargo de Oficial mayor del Ayuntamiento de S. sólo tiene identidad absoluta consigo mismo, pero, en cambio, en lo esencial, es decir, en lo que afecta a su naturaleza, rango administrativo, atribuciones y deberes, es semejante, similar y parecido a todos los otros cargos de Oficiales mayores de las demás Corporaciones Locales, aun cuando exista el prudente margen de divergencia en cuanto a los elementos accidentales y secundarios, derivados de la importancia, ámbito de competencia territorial o económica y demás extremos concernientes al Municipio de que se trate...

A tenor de lo establecido en el párrafo 4.º del artículo 350 de la Ley de Régimen Local, ésta es la única interpretación que cabe dar a la base del concurso, pues de acuerdo con dicho precepto, la redacción más terminante y clara que aquélla «se estimara como mérito preferente haber desempeñado cargos de la misma naturaleza en otras entidades de Administración Local»...

Si por análogos a la plaza de Oficial mayor del Ayuntamiento de S. sólo se estimaran las de idéntica naturaleza y designación de otras Corporaciones Locales, no cabría duda que, al no reunir dicha condición ni el señor R. ni el señor de la O. por no haber desempeñado plazas de Oficial mayor, no les sería de aplicación el primer mérito preferente de las bases del concurso, en ninguno de sus dos apartados, ya que no estaban en posesión del mismo, por lo que sería forzoso resolver el concurso en favor de quien ostentara el segundo de los méritos establecidos en la base sexta como concluyente, consignado en acatamiento de los artículos 6.º de la Ley de 6 de septiembre de 1940 y 30 del Reglamento del 24 de junio de 1941, consistente en los «relacionados con la Administración Local, preferentemente estar en posesión del diploma o certificado expedido por el Instituto de Estudios de Administración Local en la especialidad de que se trate» y a este tenor se encuentra acreditado en el expediente municipal la aportación de este mérito por el señor de la O. y su carencia por el señor R., lo que obligará a reconocer el mejor derecho de aquél y acertadas, tanto la propuesta del Tribunal que juzgó los méritos de los concursantes, como la designación efectuada por el Ayuntamiento...

Si se da un más amplio sentido al concepto de «plaza análoga», para poder discernir cuáles deberán entenderse por similares o semejantes a las de Oficial mayor—aun cuando realmente no haya ninguna que reúna tal carácter—, en una prudente aproximación análoga, no puede estimarse exista entre aquella plaza y la de jefe de sección de una

Corporación Local, puesto que la primera difiere totalmente de la segunda, no sólo por su superior catalogación administrativa, de mayor rango en aquélla que en ésta, sino por cuanto que la naturaleza de las funciones de una y otra son totalmente dispares, pues mientras el Oficial mayor las ejerce genéricamente sobre todas las actividades de índole administrativa de la Corporación—apartado 1.º del artículo 236 del Reglamento del 30 de mayo de 1952, en relación con el apartado *d*) del artículo 140 del mismo, las de los jefes de sección son específicas en relación con determinada y una sola rama de dichas actividades, extremo que impide reconocer al señor R. el tener complicado el mérito preferente de haber desempeñado plaza análoga a la que se trata de proveer...

Abonan el criterio expuesto, sobre la distinta naturaleza de las plazas de Oficial mayor y jefe de sección, el hecho evidente de que las últimas corresponden al Cuerpo Técnico-Administrativo de la Corporación de que se trate, mientras que las primeras son totalmente ajenas a él, pues aun cuando puedan ser provistas por éstos y el párrafo 3.º del artículo 233 del Reglamento de 30 de mayo de 1952 reconoce como mérito señalado, pero no preferente o excluyente, el ser funcionario del mismo, no es obligatorio que así sea, sino al contrario, deben ostentar conocimientos y condiciones de secretario, ya que se exige tener esta categoría personal y como de primera clase, por imperativo del propio artículo 233 del Reglamento del 30 de mayo de 1952, en su párrafo 1.º, de donde se infiere un apartamiento de toda analogía con las funciones de jefe de sección y por lo contrario una mayor similitud o semejanza con las de secretario...

Reafirman esta categoría del Oficial mayor y el secretario, no ya sólo la identidad de ser genéricas sus funciones sobre toda la Administración Municipal y el tener que ostentar esta categoría personalmente, sino la declaración expresa de la norma 13 de la Orden del 29 de enero de 1953, de que «las plazas de Oficial mayor... se entenderán comprendidas en el Cuerpo Nacional de Secretarios y los servicios prestados en las mismas... los serán computados a todos los efectos...», con lo que no sólo se establece un reconocimiento de la analogía discutida, sino aún más, la consideración de tratarse de servicios del propio Cuerpo de Secretarios, con la diferencia fundamental de que, por el contrario, los servicios realizados en el Cuerpo Técnico Administrativo Municipal no son computables en el Cuerpo de Secretarios, para los que pertenezcan a éste, en el cual figuran como excedentes, según se comprueba en el escalafón publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 2 de junio de 1956, con lo que queda patente la falta de similitud y semejanza entre el jefe de sección administrativa y un secretario u Oficial mayor, cargos que, por el contrario, van hermanados escalafonalmente...

Asimismo, difieren los cargos de jefe de sección y Oficial mayor, asemejándose éste al secretario, en lo que concierne a sus respectivas

sustituciones, pues mientras que, al último en casos de ausencia, por imperio del apartado 2.º del artículo 236 del Reglamento del 30 de mayo de 1952, le reemplaza el Oficial mayor, a éste para ser sustituido, en idénticas circunstancias, por un jefe de sección, es preciso o requisito previo un acto de habilitación, con lo que carece de todo valor el argumento de la Sentencia apelada, sobre analogía de los cargos, derivados de la mera posibilidad de suplencia...

Frente a estas fundamentaciones, que obligan a estimar como faltas de analogía las plazas de Oficial mayor y jefe de sección, no cabe argüir la razón de vecindad de los cargos o desempeño por sustitución o interinamente de aquel puesto, pues ni el orden en que se anuncien o reseñen en la Ley los cargos administrativos y el ser de inmediato inferior en categoría el uno del otro, da o produce analogía alguna, sino ratifica la inferior condición o calidad del jefe de sección que precisamente por esta situación no puede parangonarse con el de superior categoría —como no es factible equiparar un capitán a un comandante y un profesor auxiliar o adjunto a un catedrático—, ni el desempeño de una plaza de Oficial mayor circunstancialmente, no siendo en propiedad, puede producir efectos en un concurso, ya que lo prohíbe el artículo 25 del Reglamento tantas veces citado de Funcionarios de Administración Local, del 30 de mayo de 1952...

No pueden tampoco ser obstáculo a cuanto queda expuesto, las apreciaciones que la Sentencia apelada verifica, sobre falta de objeto en el privilegio otorgado a los funcionarios del Ayuntamiento de S., porque de equipararse la plaza de Oficial mayor sólo a otros análogos de distintas Corporaciones o las de secretario, no podrían utilizar aquel mérito, pues no es de estimar la negativa en términos tan absolutos, ya que siempre cabría la posibilidad de que al servicio de dicha Corporación existieran funcionarios de la misma, que con anterioridad hubieran sido Oficiales mayores o secretarios de otras, pues el rango propio del cargo a proveer, dado el Municipio y localidad de que se trate, era muy natural provocara tal hecho como se justificó en el concurso, con la afluencia de solicitudes de quienes eran secretarios u Oficiales mayores de otras Corporaciones, lo que también podía ser factible anteriormente para quienes desearan residir en S., dentro del ejercicio de funciones administrativas municipalistas y sin que la circunstancia de que no surgiera funcionario alguno que reuniera tal condición, pueda privar al mérito preferente primero del concurso de su recta interpretación, pues no debe olvidarse que el privilegio a que se refiere la Sentencia apelada, por su condición de tal, no puede interpretarse extensivamente y que sólo podía surtir efectos en el supuesto de analogía clara o evidente entre la plaza de Oficial mayor y la que hubiere desempeñado el funcionario del Ayuntamiento de S. o de quien se tratara, lo que no ocurre con la de jefe de sección...

De conformidad con cuanto queda expuesto, ni aun dando un amplio concepto al término «plaza análoga», de la primera condición preferente de la base sexta del concurso, cabe atribuir esta condición a los jefes de sección, sino a lo más a los secretarios, por su superior jerarquía y rango administrativo, así como por la identidad de naturaleza genérica y condiciones de capacitación personal exigida para el desempeño de dichos puestos, con inclusión en el mismo escalafón profesional; por lo que es visto carecía del referido mérito el señor R. al no haber desempeñado en propiedad plaza análoga o de secretario, a pesar de su aptitud legal para ello, siendo, en cambio, poseedor del mismo el señor De la O., por estar en activo ejercicio del cargo de secretario de otro Ayuntamiento, razón por la cual también habrá que reconocer el derecho preferente para ocupar la plaza para la cual ha sido designado.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 1 de diciembre de 1959.*)

3. *Cuerpo Nacional Veterinario. Competencia sobre el mismo.*

«La base 17 de la Ley de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944 establece que tanto los servicios centrales como los provinciales y de Puertos y Fronteras, serán desempeñados por facultativos pertenecientes al Cuerpo Nacional Veterinario, incrementado y especializado en materia sanitaria según el criterio que determine la Dirección General de Sanidad, y como quiera que el recurrente pretende que las oposiciones de que se trata sean convocadas por el Ministerio de la Gobernación y no por el de Agricultura, hallase en contradicción, en principio, con el precepto antes expuesto, que ordena que los Servicios a que se refiere sean desempeñados por facultativos pertenecientes al Cuerpo Nacional Veterinario, organismo que indudablemente pertenece a la Dirección General de Ganadería en el Ministerio de Agricultura, siendo a éste a quien exclusivamente corresponde regir dicho Cuerpo y regular, por consiguiente, el ingreso en el mismo, a cuyo criterio se sujetan ambos Ministerios, dictando el de Agricultura, con autorización del de Gobernación, orden para convocar las oposiciones en el Cuerpo Nacional Veterinario y anulando el de la Gobernación mediante la Orden recurrida, la suya de 10 de enero de 1958, todo ello por estimar que las plazas de que se trata estaban reservadas a dicho Cuerpo Nacional Veterinario por imperativo del precepto de la Ley de Bases de Sanidad Nacional comentado, como ha declarado ya esta Sala en su reciente Sentencia de la de febrero del corriente año, dictada en idéntica reclamación producida por otros veterinarios, también titulados de oficiales sanitarios, sin que exista, por ahora, como expresa también la misma sentencia, disposición legal alguna que limite al Ministerio de Agricultura las facultades para convocar las oposiciones al expresado Cuerpo.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 18 de marzo de 1960.*)

III. CAPACIDAD REQUERIDA PARA SER FUNCIONARIO.

1. *Carencia de antecedentes penales. Decreto de indulto.*

«Dispuesto por el artículo 23 de la Ley de 8 de junio de 1947, en relación con el 6.º de la misma y por el artículo 8.º de la Ley de 22 de diciembre de 1955, que «no podrán ejercer el cargo de oficial de la Administración de Justicia... los que hubieren sufrido condena por razón de delito, cualquiera que sea, con excepción de los culposos», resulta claro y evidente, del contenido de tales preceptos, la existencia de una incapacidad para el desempeño de dichos puestos, la cual impide el acceso a ellos, en forma permanente, de quienes se encuentren comprendidos en las causas que la motivan y por dicha razón, el haber sufrido condena el recurrente, por delito no culposo, se encuentra incurso en la incapacidad precitada...

Frente a esta imposibilidad legal de desempeñar plaza de oficial de la Administración de Justicia, nacida de un precepto concreto y especial, nada significa el que se hubiere encontrado el interesado comprendido dentro de un Decreto general de indulto, ni aun siquiera el que, previo el cumplimiento de los correspondientes requisitos, se le hayan cancelado sus antecedentes penales, puesto que lo primero, o sea el indulto, no constituye una inexistencia del delito y su subsiguiente pena, sino un perdón de ésta, diferenciándose claramente de la amnistía, por lo que siempre queda viva la realidad de la condena sufrida y dado que lo segundo, o cancelación de antecedentes penales, si bien borra esta manifestación pública oficial de cuáles haya tenido el interesado, para sus relaciones futuras con los particulares y aun con la misma Administración, no puede impedir que en las que anteriormente haya sostenido con ésta conste la certeza del hecho delictivo y de la condena sufrida, derivándose de ello la consecuencia inmediata de que en aquellos Cuerpos que por su especial relación con la Justicia exista norma específica prohibitiva de admisión de quien quiera que haya sido condenado, ni aun después de desaparecidos los citados antecedentes del Registro Oficial de los mismos, puede ser miembro de ellos el que se encontrare en tales circunstancias, pues aun cuando en los documentos que expida la Administración figure el interesado sin antecedentes penales, sin embargo, corresponde a sus facultades fijar las normas de selección de su personal y cabe en sus atribuciones rechazar como tal a quien le conste tuvo una condena, aun cuando la misma haya sido totalmente cancelada; criterio además acorde con la reiterada doctrina jurisprudencial, de que las vías administrativa y judicial son completamente independientes, por lo que, cualquiera que sean los pronunciados que en esta última se hubieren efectuado y sus consecuencias, no son vinculantes a los fines de aquéllas, en la que conforme a sus normas pro-

pías se han de estimar los hechos, resolviendo de acuerdo con ellas.»
(Sentencia de la Sala 5.^a de 2 de marzo de 1960.)

IV. CONTENIDO DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL.

A) Derechos de los funcionarios.

1. Derecho al cargo. Asesores inspectores del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales.

«La limitación establecida en el párrafo segundo del artículo 25 del Decreto de fecha 26 de julio de 1956, en cuanto a la permanencia de los funcionarios de plantilla de dicho Servicio, que procedan de la Administración Local, al consignar literalmente, tras que se les reservará la plaza que vinieron desempeñando durante un año—norma creadora de un nuevo derecho en favor de aquéllos, en sentido más beneficioso aún que la Ley—, «transcurrido el cual se decidirá su adscripción al Servicio o vuelta a la Corporación de procedencia», no cabe duda alguna que, en la forma interpretada por la Administración en el acto recurrido, contradice no sólo el espíritu, sino también la letra de la Ley, por cuanto que no tendrá efectividad el pleno reconocimiento de la condición de funcionario de plantilla, establecida por el artículo 21 del Decreto de fecha 26 de julio de 1956 y la aplicabilidad del Reglamento de Funcionarios de Administración Local del 30 de mayo de 1952, ordenada por el párrafo quinto del artículo 359 de la Ley del 24 de junio de 1955, con la consiguiente inamovilidad que el artículo 78 de dicho Reglamento fija para los mismos y de la cual no están excluidos expresamente en disposición alguna, ni podrían estarlo, ya que los párrafos primero y sexto del citado artículo 359 de la Ley indicada, al referirse a sus nombramientos, no constriñe los derechos que reconoce, ni por razón de tiempo ni considerada la existencia de período alguno de prueba o la posible cesación discrecional por parte de la Administración transcurrido determinado número de meses, sino que los sitúa desde el primer instante de la toma de posesión, en la condición de funcionarios adscritos al Servicio y en la situación de existencia activa, lo que efectúa con carácter que tiene que deducirse como limitado, puesto que se refiere a mientras permanezca adscrito a la plantilla del servicio de Inspección y Asesoramiento...

De interpretarse literalmente en la forma en que aparece redactado el párrafo segundo del artículo 25 del mencionado Decreto de 1956—aparte su contradicción con normativas de superior rango—, carecería de sentido o llevaría en su aplicación al absurdo, pues mientras por un lado establece que a los citados funcionarios procedentes de la Administración Local habría de reservárseles sus plazas de origen sola-

mente durante un año. por otra parte, dispone que transcurrido éste se decidirá sobre la permanencia en el Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento, es decir, cuando ya el interesado hubiera perdido el derecho a ocupar la plaza que se le reservaba, lo cual haría ineficaz tal beneficio, por lo que es más razonable estimar que dicha facultad decisoria necesariamente debe verificarse dentro del año que reserva establecida, única forma de que tenga razón de ser efectividad la mencionada concesión otorgada en favor de los funcionarios, para posibilitar su vuelta a su anterior situación administrativa, si no les interesara continuar en el nuevo Servicio en el que habían obtenido plaza...

Abona esta interpretación del párrafo segundo del artículo 25 del Decreto de 1956, la apreciación de que ciñéndose a la letra de dicha disposición, ningún nombramiento de funcionario del expresado Servicio de Inspección y Asesoramiento tendría el carácter de definitivo y en propiedad, en tiempo o momento alguno, pues si la Administración se reserva la facultad, pasado un año, de decidir sobre la permanencia del empleado designado en la adscripción al Servicio, sin limitación de plazo o término, que dicho precepto no la consigna, se establecería una interinidad de tipo permanente, contra toda la sistemática y normativa legal, pero fundamentalmente en contraposición con los artículos 360 y 359, respectivamente, de las Leyes del 16 de diciembre de 1950 y 24 de junio de 1955, en los cuales al preceptuar que el personal de dicho Servicio será designado mediante concurso, no indica la menor limitación en cuanto al carácter de en propiedad que tengan tales nombramientos, por lo que hay que estimar los de dicha índole, conforme los mencionados preceptos y la constante interpretación jurisprudencial, entre otras, las Sentencias del 7 de noviembre de 1957 y del 31 de enero de 1959, en las que respectivamente se mantiene que si el nombramiento no especifica el carácter de interino y se hace por concurso, hay que entenderlo efectuado en propiedad; y que aun cuando la designación se encuentre viciada de nulidad en su origen, no puede tenerse por funcionario interino.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 15 de diciembre de 1959.*)

2. *Derecho al sueldo. Derechos obvencionales. Ilegalidad de la Orden de 28 de marzo de 1959.*

«La acción ejercitada en las presentes actuaciones, insta la nulidad de la Orden recurrida, con base en dos extremos distintos, constituido el primero por vicios de procedimiento en la elaboración de la misma y siendo el segundo, la infracción que por ella se comete de normas jurídicas de superior rango, en cuanto establece la obligatoriedad de desempeñar actividades docentes en asignaturas distintas de la propia y condicionan la percepción de derechos obvencionales al cumplimiento de un horario mínimo con la inclusión de aquellas asignaturas, cuyos

extremos deben ser examinados separadamente y por el orden con que se han enunciado, por cuanto que la aceptación del primero de ellos vedaría entrar a conocer del segundo de los mismos...

En lo que afecta a la primera de dichas cuestiones, en el caso presente no se trata de la elaboración de una norma jurídica de carácter general, que exigiría la aplicación de todos y cada uno de los requisitos exigidos en los artículos 129 y 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo, del 17 de julio de 1958, pues constituyendo la Orden impugnada, de fecha 28 de marzo de 1959, una simple reproducción de la anterior Orden de 27 de marzo de 1958, con transcripción casi literal de extremos de su propia redacción y mínimas modificaciones de tipo adjetivo o accidental, que no se relacionen directamente con los extremos fundamentales de la misma, salvo en los puntos concretos en que se ejecuta la Sentencia de esta Sala del 20 de febrero de dicho año 1959, es visto que no procedía imponer el cumplimiento de aquellas normas de procedimiento elaborativo, ya que, si no pudieron ser de aplicación en cuanto a la Orden del 27 de marzo de 1958, pues la Ley citada no entró en vigor hasta el 1.º de noviembre de dicho año, por así preceptuarlo su octava Disposición Final, tampoco era pertinente exigirles en relación a la Orden del 28 de marzo de 1959, gestada desde que lo fué la anterior y a la que, por lo tanto, era de considerarla comprendida en la Disposición Transitoria de la propia Ley, según la cual «los expedientes ya iniciados antes» de su vigencia, «se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones hasta» entonces en vigor, y como quiera que conforme a ellas no se exigían requisitos, no eran los mismos de obligado cumplimiento...

Rechazado el extremo antes referido, conociendo ya del fondo de las cuestiones controvertidas, en lo que se relaciona con la obligatoriedad de dar clases en asignaturas distintas a la propia, como ya declaró la Sentencia de 20 de febrero de 1959, «surge la discrepancia en cuanto pretende la mencionada Orden, sin sólida base legal en que apoyarse, imponer con carácter obligatorio a los catedráticos numerarios, profesores especiales y adjuntos numerarios, titulares de las cátedras de asignaturas concretas, para la enseñanza de cuyas disciplinas obtuvieron el título base de sus derechos y deberes como funcionarios, con perfecta e individualizada determinación, la extensión de sus actividades docentes a materias científicas distintas de la propia de su profesorado, extensión inadmisible, ya que no existe precepto legal alguno que lo autorice y, por el contrario, se opone a la naturaleza del cargo que desempeñan estos funcionarios, cuya adscripción concreta a la enseñanza de una determinada disciplina se presupone en toda la legislación relacionada con los Institutos de la Enseñanza Media; y así la Ley de Ordenación de la Enseñanza Media de 26 de febrero de 1953 enuncia en su artículo 44 como derecho, que es a la vez deber del catedrático «el desempeño de las funciones de su cátedra titular» y no de otras más o menos afines

de la misma; y en su artículo 51 al regular las pruebas de aptitud para ser nombrado catedrático numerario de Instituto, se circunscribe a las pruebas teóricas de la especialidad científica de la asignatura o asignaturas objeto de la oposición y a ejercicio de doctrina pedagógica, tanto general como de las técnicas especiales docentes exigidas por la materia que ha de profesarse, es decir, que concreta la oposición de unas pruebas de aptitud, teórica especializada en la rama científica que constituye la asignatura, sin relación alguna con otros fines; y, por último, el título administrativo que se les expide configura también la misma idea de especialización, ya que no se les otorga con carácter genérico título de catedrático de Instituto de Enseñanza Media, sino concretamente título de catedrático de determinada asignatura de Instituto Nacional de Enseñanza Media...

La propia Sentencia del 20 de febrero de 1959 declaraba que «frente a la clara conclusión que se deriva de la naturaleza del cargo y que está patente o presupuesta en cuantas disposiciones legales hacen relación al mismo, no cabe tratar de desvirtuarla con apoyo en el mismo artículo 44 de la Ley de Enseñanza Media, al consignar en último lugar entre los deberes catedráticos las comisiones que la superioridad les confie, ya que no puede estimarse como comisión de servicio la imposición con carácter general de todos los profesores que constituyen los Cuerpos de catedráticos numerarios, profesores especiales y adjuntos numerarios, de un profesorado constante sobre materias distintas a la de su especialidad, pues la comisión de servicio tiene carácter excepcional, contingente, para llenar accidentalmente una necesidad administrativa, no de obligación con carácter ordinario y permanente, y por eso aquélla va normalmente acompañada de dietas cuando obliga al funcionario a desplazarse de su residencia o de asignación de alguna gratificación, remuneradora de la carga accidentalmente impuesta al funcionario, nunca de disminución de sueldo o sanción económica para el funcionario que no desempeñe comisión o lo haga con rendimiento insuficiente»...

Asimismo la Sentencia dictada añadía que «aún menos puede apoyarse tan insólita extensión o ampliación de los deberes propios del cargo, en circunstancias de excepcionalidad... por el carácter que a ésta se da de generalidad y permanencia, por faltar las circunstancias de absoluta necesidad que la determinen, por poder subvenir a ella la Administración por otros medios más adecuados, cuales son las comisiones de servicio convenientemente recompensadas y porque en último término nunca se justificaría su imposición por una Orden en discordancia con la naturaleza del cargo configurada por una Ley y en pugna con lo preceptuado en los artículos 26, 27 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado»...

En lo relacionado con el segundo extremo que se controvierte, o sea la limitación o privación de los derechos convencionales, cuando los pro-

fesores no cumplieren las unidades de trabajo semanal en sus asignaturas o en otras distintas a las propias, es de señalar que la meritada Sentencia decía que esta privación «aunque no se le da tal denominación, implica una sanción económica de extraordinaria gravedad, llegando a condenar a precaria situación económica a los profesores por ella afectados, siendo preciso discriminar su legalidad, ya que no es posible partir de una definición legal de vocablo obvenciones, por no existir, ni poder deducirse de las características que rodean a su percepción en los diferentes cuerpos en que se hallan establecidas, puesto que en unos tiene carácter sustantivo como parte normalmente integrante de la retribución del funcionario y objetivo y especial en otros, en función con actividades del empleado devengadoras de ingresos para el Estado en concepto de tasas unas veces y al margen de la actividad del funcionario originadora del ingreso otras, aunque se nutra de fondos procedentes de tasas o derechos; se hace preciso partir de la naturaleza de las establecidas en los Institutos de Enseñanza Media, creadas como complemento de la remuneración del personal docente, dada la reconocida insuficiencia del sueldo y su inadecuación no sólo a la importancia de la función pedagógica, al nivel cultural que su desempeño requiere, al esfuerzo intelectual a que obliga una preparación adecuada y a la dignidad con que deben ser dotados los órganos de tan indispensables funciones para el progreso y elevación moral de los pueblos como la Justicia, la Cultura y el Ejército, sino a las más imprescindibles y modestas necesidades del funcionario en el costo y nivel de vida impuesto por la contingente situación económica en los tiempos presentes; y siendo esto así, ni constituyen las obvenciones una gratificación por determinados servicios como las que otorga el artículo 1.º de la Orden de 16 de mayo de 1957 para los profesores que tengan cuatro o más clases diarias, ni son remuneración de un servicio como las permanencias, ni se perciben sólo por los catedráticos, sino también por los inspectores de Enseñanza Media del Estado, ni dejan de percibirse por el catedrático que no desempeña las funciones de su cátedra titular por permiso oficial para acudir a oposiciones, ni... hallan causa alguna en el nuevo servicio que en la Orden impugnada trata de establecerse, por todo lo que es evidente su carácter de remuneración permanente, complemento del sueldo, impuesta ineludiblemente por la notoria insuficiencia de éste para subvenir a las necesidades del funcionario, concepto coincidente con el que la jurisdicción especial de Agravios los reconoce en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1958»...

Finalmente, la propia Sentencia del 20 de febrero de 1959 establecía que «dado este carácter de los derechos obvencionales a percibir por el profesorado de Enseñanza Media, no se halla precepto legal alguno que autorice al Departamento ministerial a privar a determinado catedrático del derecho a su percepción, pues no puede erigirse en soporte legal de esta disposición el artículo 31 de la Ley de Enseñanza Media.

ya que éste se limita a declarar que todos los ingresos que por tasas y por servicios complementarios se obtengan en los Institutos, habrán de ser destinados íntegramente a los fines de los Centros, y que disposiciones complementarias señalarán los tantos por ciento que hayan de corresponder a gastos generales, material pedagógico, extensión escolar y gratificaciones al personal docente y administrativo de Enseñanza Media y los que hayan de dedicarse a fines benéficos docentes y de previsión, precepto que abre bien limitado campo a la potestad reglamentaria de la Administración en la materia y que en manera alguna parece que pueda amparar la privación como sanción al personal que, como dice la Orden recurrida, pudiera por su condición percibir derechos obvenacionales; y si no se halla precepto legal que ampare la privación como sanción de unos derechos que forman permanentemente parte integrante de la remuneración del funcionario, al estimarse, por otra parte, contraria a derecho la obligación de prestar los catedráticos permanentemente su actividad docente a disciplinas distintas de las de su propia asignatura, mal podría sostenerse el precepto que además de privar al funcionario de un ingreso legítimo, actúa de elemento coactivo y sancionador para formar el acatamiento de aquella obligación que se trata de imponer»...

Si como consecuencia de todos los razonamientos expuestos en la Sentencia del 20 de febrero de 1959, se acordó la nulidad de la Orden del 27 de marzo de 1958 en sus apartados 2.º, 9.º y 10, es decir, en cuanto hacia referencia a las cuestiones que tan prolijamente se examinaban en la misma, no cabe admitir que al mes de aquélla, 28 de marzo de 1959, se dicte nueva Orden ministerial en la que precisamente al eliminar los extremos anulados por la Sentencia, se tome la medida en cuanto a los catedráticos y se mantenga para los profesores adjuntos, pues es de advertir que la disposición que contemplaba la Sentencia no fué revocada en lo que concernía sólo a los recurrentes, sino anulada, por lo que, a tenor de lo estatuido en el artículo 86 de la Ley Jurisdiccional, en el párrafo 2.º, debió esta medida producir efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por ella, entre las que se encontraban tanto los unos como los otros, por lo que al producirse la nueva Orden ministerial, hoy impugnada, no debió mantener para los profesores adjuntos las medidas que eliminaba para los catedráticos, pues aparte lo antes expuesto, no existe entre éstos y aquéllos diferencia alguna en cuanto a la naturaleza de su función, sino única y exclusivamente en el grado profesional, y todos los profesores adjuntos, cualquiera que haya sido su procedencia originaria y la forma de su designación, ostentan un nombramiento para una o varias cátedras, pero concreto y determinado en su especialización de cuáles sean, por lo que no les puede ser exigible extender su función, de modo permanente y habitual, a aquellas que no les son atribuibles—salvo los casos de ingreso, en que se especificará en la convocatoria de la oposición o con-

curso la obligación de explicar cátedras afines—, e igualmente, por los propios fundamentos operantes para los catedráticos no pueden tampoco limitárseles los derechos obvencionales o privárseles de ellos...

Frente a este fundamento de analogía y lógica, derivado de la propia naturaleza del cargo y forma de los nombramientos, no son operantes las citas efectuadas del Real Decreto del 25 de junio de 1875, del Real Decreto del 31 de enero de 1919, de la Orden del 10 de noviembre de 1933, de la Orden del 28 de septiembre de 1942, de la Ley de Ordenación de la Enseñanza Media del 26 de febrero de 1953 y del Decreto de 21 de marzo de 1958, pues en cuanto a cada uno de dichos preceptos, es de observar: que el Real Decreto de 1875, que organizó el profesorado auxiliar de las Universidades e Institutos, aun cuando estableciera en su artículo 6.º la asignación a los mismos de varias cátedras que deban desempeñar en ausencias, enfermedades o vacantes, debiendo existir entre ellas la analogía posible, no es de aplicación a los profesores adjuntos, pues éstos y los antiguos auxiliares, por la forma de designación, naturaleza de sus cargos y permanencia en ellos, son totalmente diferentes, no pudiendo regular aquel Real Decreto una institución o cargo aún no nacido entonces, puesto que el profesorado adjunto, en su constitución y regulación vino a producirse más de medio siglo después; que el Real Decreto de 1919, que reorganizó el profesorado auxiliar, constituyéndolo como Cuerpo en su artículo 1.º, ordenando la formación de su escalafón en el artículo 5.º y dando acceso al mismo a los ayudantes por su artículo 7.º, si bien en sus artículos 2.º y 3.º distribuye a aquéllos por secciones y enseñanzas, adscribiéndoles a Letras, Ciencias, Idiomas o Dibujo, tampoco es de aplicación al caso presente, por la misma causa expuesta en cuanto al Real Decreto de 1875, ya que se contrae a Cuerpo distinto del que motiva estas actuaciones, creado cerca de veinticinco años después que la Orden de 1933, por la que se precisan las funciones de los encargados de curso imponiéndoles, en su artículo 2.º, la posibilidad de que tuvieran que desempeñar cualquier enseñanza de su sección, independientemente de la especialidad que hubieren elegido, tampoco es aplicable a los profesores adjuntos, por cuanto éstos y dichos encargados de curso difieren completamente en su función, cometido y permanencia del cargo; que la Orden de 1942 sobre plantilla, colocación y adscripción de profesores de Centros de Enseñanza Media, al establecer en su artículo 9.º en cuanto a los auxiliares, encargados de curso y profesores adjuntos, distinguiendo ya en cuanto a éstos—al haber sido creados por el apartado e) del artículo 1.º del Decreto de fecha 19 de febrero de dicho año, modificando el propio apartado del mismo artículo de anterior Decreto del 25 de febrero de 1939, que aplicó la base XIII de la Ley de 20 de septiembre de 1938 y los denominó profesores auxiliares adjuntos, añadiendo que existiría «uno por cada catedrático o profesor especial» y en su artículo 4.º, que «tendrán la función de secundar la labor del titular; lo mismo en las

clases orales que en las prácticas» y declaró a extinguir a «los actuales profesores auxiliares»—, que vendrían obligados a desempeñar dieciocho horas semanales de servicios, y si no las cumplieran en su disciplina, las efectuarán en otras de su misma sección, hasta el límite señalado, siempre tiene que entenderse constreñida por lo dispuesto en el repetido Decreto del 19 de febrero de 1942, norma de superior rango jurídico, a la cual no puede contradecir la Orden del 28 de septiembre de dicho año, ya que en tal supuesto sería nula conforme los artículos 23 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado del 20 de julio de 1957, siendo de destacar que el apartado c) del artículo 1.º del citado Decreto les atribuye como misión «aparte de las suplencias... celebrar asiduamente, bajo la dirección del catedrático respectivo, en las tareas de cátedras o cualquiera otras de tipo docente que por la Dirección del Centro se les encomendarán» y que «para cada disciplina y Centro» su número será el indispensable para las necesidades de la enseñanza según la matrícula, siendo nombrados, según el artículo 4.º, tras las pertinentes pruebas, «a propuesta del Director del Instituto, previo dictamen del catedrático respectivo», de lo que se infiere una normativa general, remitida siempre al catedrático correspondiente, con lo que se concreta la adscripción a la cátedra que desempeñe uno de ellos e incluso a varias de éstas, pero determinadas y fijas, sin extensión o ampliaciones fuera de las mismas, salvo casos excepcionales en que puedan asegurarseles por la Dirección del Centro otras tareas docentes extrañas a las cátedras, pero no en alguna de estas distintas a las que la corresponde; que la Ley del año 1953 al ordenar en su artículo 46 que los profesores adjuntos tendrán por misión coadyuvar a la labor de los catedráticos numerarios sustituyéndolos en los desdoblamientos de clases, en las ausencias y en las vacantes, y cooperar en los servicios docentes y pedagógicos que les sean encomendados», no impone la obligación de desempeñar cátedras afines, pues tal cosa no puede encontrarse comprendida dentro del concepto de cooperación, que entraña ayuda, pero no el ejercicio de la labor principal y realmente no fija criterio definitivo sobre los extremos controvertidos, ya que remite a futuras normas jurídicas desde el momento que en su artículo 47 consigna asimismo que «tendrán los derechos que las disciplinas complementarias le reconozcan», autorizándose por la 5.ª Disposición Final y Transitoria al Ministro de Educación Nacional para dictarlas; y, finalmente, el Decreto de 1958, orgánico de las cátedras de Institutos, no vino a estatuir dicha supuesta obligación de desempeñar asignaturas afines a la propia, ya que el artículo 2.º, al contrario, ordena que «en cada Instituto Nacional de Enseñanza Media habrá como mínimo una cátedra y una plaza de profesor adjunto de cada una de las disciplinas», añadiéndose en el artículo 6.º que «cuando una cátedra quedara vacante o fuera desempeñada por su titular... se encargará de la misma a el profesor adjunto numerario adscrito a ella... si no

hubiera... el Ministerio de Educación Nacional, previa propuesta del director del Instituto, confiará el encargo a un adjunto interino, y si tampoco lo hubiera... acordará discrecionalmente la acumulación a otro catedrático de la plantilla del propio Instituto o el encargo de la cátedra a un adjunto...

Precisamente, de este último Decreto del 21 de marzo de 1956, orgánico de las cátedras de Institutos, que entró en vigor el mismo día de su publicación, o sea el 2 de abril siguiente, según su 2.^a Disposición Final, y que en su artículo 6.º constituye una total negativa del supuesto deber de los profesores adjuntos de desempeñar cátedras o adjuntías afines, ya que ni siquiera puede imponérseles en caso de vacantes, pues establece un orden de llamamiento, en el que, a carencia de catedráticos o adjunto titular, se asignará un adjunto interino o, en su defecto, se acudirá a la acumulación de cátedra o a un ayudante, viene expresamente a derogar, en su 1.^a Disposición Final, cualquier norma que se oponga a lo dispuesto por el, con cita concreta, entre otras, de la Orden del 28 de septiembre de 1942, por lo que dejó de tener virtualidad jurídica cualquier referencia, cual la contenía en el artículo 9.º sobre obligación de completar las dieciocho horas semanales de labor en otras asignaturas de su misma sección; y aunque por otro Decreto del propio 21 de marzo de 1958, por el cual se constituyó el Cuerpo de Profesores Adjuntos Numerarios de Institutos de Enseñanza Media previsto por el artículo 1.º del Decreto de fecha 29 de septiembre de 1953 y creado por la Ley de Plantilla de 26 de diciembre de 1957—, que comenzó a regir el 1.º de abril del propio año 1958, por imposición de su 2.^a Disposición Final, se hace remisión, en su 1.^a Disposición Transitoria, sobre los deberes y derechos de los profesores adjuntos, a los artículos 44 y 46 de la Ley del 26 de febrero de 1953, ya se ha visto que éstos no les obligan a realizar el desempeño de cátedras o adjuntías afines, y del simple término «cooperar» no puede sacarse tal conclusión, como efectúa la Orden impugnada en estas actuaciones y menos después de la terminante redacción del artículo 6.º del otro Decreto del 21 de marzo de 1958, de igual fecha, pero de posterior publicación...

Por todo lo expuesto, tiene que concluirse que si la Orden del 27 de marzo de 1958—publicada el 24 de abril siguiente—fué anulada en virtud de Sentencia del 20 de febrero de 1959 por los razonamientos en ella consignados en cuanto a diversos extremos, al promulgar la recurrida en estas actuaciones del 28 de marzo de 1959 a iniciar en las motivaciones anulatorias de dicha Sentencia y además contradecir los Decretos del 21 de marzo del año anterior, es ineludible declarar también su nulidad en cuanto a los propios puntos controvertidos.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 20 de enero de 1960.*)

3. *Derecho al sueldo. Gratificaciones. Diplomados de Armamento y Construcción.*

«Creado por la Ley de 27 de septiembre de 1940, en sus artículos 1.º y 2.º, tanto el Cuerpo Técnico del Ejército como la Escuela Politécnica del mismo, así como especificados, en el artículo 12 de la propia Ley los destinos asignados al mencionado Cuerpo, y en los 15 y 16 aquellos otros para los que se precisaba estar diplomado, a fin de poderlos ocupar, de no cubrirlos los titulados del Cuerpo, es de observar que entre estos últimos se encuentran los correspondientes a «personal de la Administración Central (Direcciones Generales de Industria y Material, Obras y...)», por lo que era terminante, conforme a dichos preceptos legales, la necesidad de que estuviera diplomado el jefe de Artillería que fuera a desempeñar, como tal, la plaza que ocupa el accionante...

Modificado el nombre del mencionado Cuerpo por el de Ingenieros de Armamento y Construcción, según estableció el artículo 1.º del Decreto de fecha 19 de enero de 1943, el cual complementó la Ley antes citada, fijando las plantillas de aquél, la forma inicial de construcción de sus escalas y las situaciones del personal mismo, en el artículo 9.º reconoció a «los jefes y oficiales de Artillería e Ingenieros que hayan ingresado en sus Academias antes de 1926» y no hubieran pasado a dicho Cuerpo, el derecho a percibir «las gratificaciones fijadas para los diplomados, cuando ocupen destinos reservados a los mismos», las cuales estaban determinadas por el artículo precedente—el 8.º del Decreto de 1943—, consistiendo en un 50 por 100 para los titulados y en un 30 por 100 para los del primer diploma, aparte los mayores porcentajes que señalaba para otros diplomas; por lo que, de acuerdo con ello, al ser la plaza que desempeña el acto de las entonces reservadas para diplomados y estar ocupada por el jefe de Artillería ingresado antes de 1926, es incuestionable el derecho de éste al percibo de la gratificación del 30 por 100 sobre sus sueldos...

El Decreto-Ley del 22 de diciembre de 1950 al dar normas para la formación de la oficialidad de las distintas Armas y del Cuerpo antes referido, incluye fundamentalmente, por lo que concierne a éste, dos artículos, que son el 13 y el 14, de los cuales el primero contiene una nueva enunciación de los destinos asignados a aquél y que constituye una reproducción casi literal de la efectuada en la anterior Ley de 1940, encontrándose entre éstos los organismos de la Administración Central, y el segundo expresa que «los destinos no relacionados en el artículo anterior serán asignados a los jefes y oficiales de las Armas respectivas, sin limitaciones de ninguna clase»...

Del contenido gramatical del transcrito artículo 14 del Decreto-Ley de fecha 22 de diciembre de 1950, no puede conceptuarse existente

término alguno que directa o indirectamente entrañe derogación del artículo 9.º del Decreto de 1943, por cuanto que el derecho otorgado por el mismo a los jefes y oficiales de Artillería e Ingenieros a percibir la gratificación de diplomados, cuando desempeñen plazas reservadas para éstos, no ha sido ni siquiera mencionado por la citada Ley de 1950, pues de su redacción lo único que se desprende y realmente se establece es que las plazas no asignadas expresamente por el artículo 13 de la misma para miembros del Cuerpo, podrán ser cubiertas por cualquier jefe u oficial de las Armas respectivas, sin la limitación de tener que ser diplomados, pero no pudiendo derivarse de éste que, si se tiene esta condición, se vean privados de los derechos correspondientes a ella, otorgados por anterior proyecto y que no ha sido expresamente derogado...

La vacilante actuación administrativa en lo que concierne a la interpretación de los claros preceptos antes especificados, con multiplicidad de contradictorias resoluciones, dió lugar a que esta Sala, por Sentencias del 18 de junio y 5 de noviembre de 1958, tuviera que pronunciarse manteniendo similar doctrina a la que ha quedado consignada, aplicándola a nombramientos posteriores a 1950, y aunque por Decreto ulterior del 23 de abril de 1959, en su artículo único, se dice que «el artículo 14 del Decreto-Ley de 22 de diciembre de 1950 deberá entenderse como derogado expresamente los artículos 15 y 16 de la Ley de 27 de septiembre de 1940, y 9.º y 10 del Decreto de 19 de enero de 1943», ha sido obligado omitir la aplicación de esta norma, cuando como, en Sentencias del 20 y 22 de junio de 1959, se trataba de casos en que anteriormente la Administración había reconocido el derecho de los interesados e incluso también en la Sentencia del 24 de diciembre de dicho año, así como en las del 4 y 23 del mes de febrero en curso, que contemplaban supuestos de situaciones administrativas nacidas antes de su entrada en vigor, por no estimarlo como mera disposición aclaratoria, ni ser posible retrotraer sus efectos...

Aun en el supuesto de que se trate, como ocurre en el caso presente, de relaciones jurídicas nacidas con posterioridad a la publicación del Decreto de fecha 23 de abril de 1959, al proceder a su examen se destacan claramente dos extremos en el mismo, que son, la carencia de normas dispositiva o imperativa en cuanto a la vigencia o derogación de anteriores preceptos y su limitación a imponer una norma interpretativa del artículo 14 del Decreto-Ley del 22 de diciembre de 1950; de lo cual se deducen las circunstancias siguientes: que el Decreto del 23 de abril de 1959 no deroga extremo alguno del anterior Decreto del 19 de enero de 1943, el cual subsiste en su integridad, y, por lo tanto, su artículo 9.º, como en todo lo que no estuviera expresamente modificado por el Decreto-Ley de 1950, y que la norma de interpretación contenida en el mismo podrá sólo prosperar si además de no contrade-

cir la doctrina sustentada en las Sentencias de esta Sala, se ajusta al sentido gramatical del precepto que pretende aclarar...

A estos últimos efectos—dejando aparte la manifiesta contradicción existente entre la doctrina jurisprudencial citada y el pretendido criterio interpretativo que sostiene el Decreto de 1959, incluso con Sentencias anteriores a su publicación—del sentido gramatical del artículo 14 del Decreto-Ley del 22 de diciembre de 1950, si bien es cierto que implícitamente pueden considerarse derogados por él los artículos 15 y 16 de la Ley del 17 de septiembre de 1940, es decir, lo que concierne a la exigencia del requisito de diplomado para el desempeño de las plazas que en aquéllos se enumeraban, al disponer la eliminación de limitaciones para proveerlos, en cuyo extremo es ajustado a Derecho, así como también en lo que se refiere a entender derogada la autorización que el artículo 10 del Decreto de fecha 19 de enero de 1943, concedía al Ministerio del Ejército para que determinara los destinos para los que era indispensable poseer el diploma de especialidad, puesto que no podía subsistir desde el momento en que ya no existían aquellos destinos según el artículo 14 de la Ley de 1950, en cambio, no puede deducirse idéntica conclusión en lo que afecta al artículo 9.º del citado Decreto de 1943, pues la simple afirmación de una libertad de provisión de plazas, sin el requisito de diploma, no priva de sus derechos a quienes lo posean u ostenten título superior. (*Sentencia de la Sala 5.ª de 20 de febrero de 1960.*)

4. *Derechos pasivos. Pensiones de jubilación. Guardias civiles.*

«Si bien el recurrente antes de su ingreso en el Instituto de la Guardia Civil tomó parte en la campaña de Liberación con el empleo últimamente de sargento provisional de Infantería no adquirió derecho a reclamar como lo hace, los beneficios de retiro de la Ley de 13 de diciembre de 1943—que alcanzaría a su haber pasivo del 90 por 100 del sueldo regulador dado su tiempo de servicios—, pues conforme a la doctrina de esta Sala, recogida en las Sentencias dictadas en los vistos, resolviendo idénticos casos, los guardias civiles que en el momento del retiro no ostentan categoría de las comprendidas en el párrafo segundo del artículo 4.º de la mentada Ley, ni han sido sargentos profesionales en la campaña, causando baja después en el Ejército, al pasar al Cuerpo de la Guardia Civil como simples individuos del Instituto, su haber pasivo de retiro viene determinado por esta categoría y condición, simplemente; y al desestimar por la resolución recurrida la Administración el recurso de reposición formulado por el recurrente, contra la fijación de la pensión de retiro por su carácter de sargento provisional, se atuvo al criterio de la jurisprudencia y recta interpretación de las normas legales, lo que obliga a desestimar la demanda. (*Sentencia de la Sala 5.ª de 3 de marzo de 1960.*)

5. *Derechos pasivos. Naturaleza y efectos del acto de clasificación.*

«Siendo la clasificación de haberes pasivos un acto definitivo y, por lo tanto, inalterable, en cuanto que es definidor de los derechos que correspondan a los particulares interesados, no puede estar sujeto a modificación derivada de la voluntad de éstos o de la propia Administración y por ello—con independencia de aquellos casos en que surge una acumulación de pensión, por fallecimiento o pérdida de aptitud legal de las otras personas a cuyo favor estuviere reconocida y a lo que se refieren los artículos 159 al 161 del mencionado Reglamento, lo cual constituye más bien una mutación legal de perceptor o de la cuantía de percibo individual, pero no una alteración de la clasificación efectuada o de los haberes pasivos totales acordados—, salvo los casos de rectificación de errores materiales, que señala e individualiza el párrafo primero del artículo 7.º del propio Reglamento, sólo se admite, en el párrafo segundo de este mismo artículo, la posibilidad de solicitar una mejora o modificación de acuerdos sobre clasificación—aparte de por haber desaparecido la causa de incompatibilidad que motiva una denegación—, en razón exclusivamente de alguna de las siguientes causas: la concesión de ascensos, la prestación de servicios o el disfrute de sueldo no tomado en consideración en el acuerdo primitivo y justificado con posterioridad a su fecha.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 8 de marzo de 1960.*)

B) *Deberes de los funcionarios.*

1. *Profesores adjuntos numerarios de Institutos Nacionales de Enseñanza Media.*

(Vid. supra IV, A), 2.)

V. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS FUNCIONARIOS.

1. *Excedencia voluntaria. Desviación de poder.*

«Examinando la cuestión de fondo planteada en el recurso, o sea la nulidad o revocación por no hallarse ajustadas a derecho, de las Ordenes recurridas, preciso es tener en cuenta: 1.º Que la petición de excedencia, principal de las contenidas en la instancia que dió lugar a tales Ordenes, se formuló por el recurrente basándose en hallarse prestando servicios como investigador en el Instituto de Electricidad y Automática del Patronato Juan de la Cierva de Investigación Técnica del Consejo Superior de Investigaciones Científicas; en que en la actualidad había

de desarrollar unos trabajos de investigación extraordinarios encargados por las Fuerzas Aéreas de los Estados Unidos de América mediante el contrato de Air Force 61, 1234, bajo el tema «Ferroresolant Computer and Control Services», trabajos de gran interés nacional y que según certificación del Patronato acompañada, le obligan a una jornada de trabajo superior a nueve horas diarias, lo que hace imposible la compatibilización con sus servicios en el Cuerpo de Meteorología. 2.º Que el Patronato Juan de la Cierva del Consejo Superior de Investigaciones Científicas es un organismo estatal, dependiente del Ministerio de Educación Nacional, al que por Decreto de este Ministerio de 4 de febrero de 1954 se reconoció plena personalidad jurídica y autonomía económica y administrativa. 3.º Que la base 4.ª de la Ley de 22 de julio de 1918 admitió la posibilidad de conceder excedencia por tiempo, sin sueldo, no inferior a un año a todos los funcionarios activos comprendidos en esta Ley que lo soliciten; el Reglamento de 7 de septiembre de 1918 reiteró esta misma facultad de concesión de excedencia voluntaria a todos los funcionarios que lo solicitaren, con tal de que en la oficina del peticionario queden cuatro quintas partes de sus servidores, hipótesis que se daba con gran exceso en el caso del recurrente; y, por último, la Ley de 15 de julio de 1954, sobre situación de los funcionarios públicos en su artículo 9.º, B), establece no sólo la facultad, sino la procedencia de declarar la excedencia voluntaria a petición del interesado, si bien subordinando la concesión a la buena marcha del servicio, no apareciendo, por tanto, tan absolutamente discrecional la potestad de la Administración a este respecto, ya que lo procedente es la concesión de la situación de excedencia y la excepción la negativa, siempre que sea fundamentada y ajustada a la realidad, por oponerse a ello la buena marcha del servicio, llegando incluso a proceder con arreglo al artículo 5.º de la Ley, base 1.ª, la situación de supernumerario para los funcionarios que pasen a prestar servicios en organismos autónomos, como es el Patronato a que está afecto el recurrente...

Dada la causa determinante de la petición de excedencia producida en el caso contemplado y documentalmente justificado, no es dudoso afirmar que, si siempre es regla general la procedencia de la declaración de excedencia solicitada por los funcionarios, con mayor motivo ha de serlo cuando la causa es la realización de otras actividades en un organismo estatal, de mayor interés nacional y a cuyos funcionarios ha declarado posteriormente la Ley de 16 de diciembre de 1958 aplicables diversos artículos de la de 15 de julio de 1954, reguladora de las situaciones de los funcionarios de la Administración Civil del Estado y que, por consiguiente, sólo puede encerrarse tan cualificada procedencia por muy justificadas razones que hagan imposible o dificulten gravemente la buena marcha del servicio, caso de concedérselo, circunstancias que en manera alguna pueden estimarse en el caso del recurrente, ya que tratándose de una escala del Cuerpo de Meteorólogos de cien plazas, tan

sólo existían en el Cuerpo tres vacantes y, sobre todo, porque es contrario a toda lógica y a la más primaria apreciación de la realidad administrativa, estimar, como hicieron las Ordenes recurridas, que no puede prescindir la Administración circunstancialmente de un funcionario que quede en situación de excedencia, de la que, en cualquier momento, pueda la misma Administración hacerle cesar, obligándole a reintegrarse en su cargo si las circunstancias o necesidades del servicio lo hicieran imprescindible y, en cambio, decretar su baja definitiva en la que no sólo momentáneamente, sino para siempre e irrevocablemente se ve privada de esos servicios. falta de lógica puesta de relieve en la Sentencia de esta misma Sala de 20 de abril de 1959, en la que enjuiciando un caso de gran analogía al presente, aprecia una clara desviación de poder por no ser lícito ni razonable mantener en una propia argumentación y ulterior decisión que un funcionario no pueda apartarse temporalmente de su servicio, por exigir el interés de éste que continúe en su cometido y negarle por ello la excedencia, para en el mismo acto decretar su baja definitiva, con el apartamiento total del interesado de su servicio, pues con ello se pone de manifiesto la inexistencia de la necesidad alegada de que continuara en él...

En méritos a lo expuesto procede revocar por no hallarse ajustadas a derecho las Ordenes del Ministerio del Aire objeto de este recurso y declarar, por el contrario, el derecho que al recurrente asiste para ser declarado en situación de excedencia voluntaria desde la fecha en que causó baja en el escalafón, sin que proceda decretar la nulidad de actuaciones, también postulada en la demanda. (*Sentencia de la Sala 5.ª de 11 de diciembre de 1960.*)

2. Analogías y diferencias entre la excedencia voluntaria y la forzosa.

«La distinción fundamental entre las distintas modalidades que puede adoptar la situación de excedencia, viene determinada por la participación que para llegar a ella tenga la voluntad del funcionario, y de ahí que la excedencia voluntaria se conceda, y la forzosa se declare, porque la primera es consecuencia de una significación de la voluntad del funcionario, y la segunda de la voluntad de la Administración; pero cuando en el ejercicio de su actividad reforma plantillas, suprime cargos, reorganiza servicios o realiza actos de cualquier naturaleza de los que se sigue el cese del empleado inamovible en el cometido que le es propio, ha de respetar dos cosas que son inherentes a la condición del funcionario; el sueldo bien que disminuído por la prestación efectiva de trabajo y el vínculo trabado con la Administración, dos notas consustanciales con la excedencia forzosa, y de ahí que en tal situación haya de percibir aquél los dos tercios de su haber, y se le haya de abonar el tiempo que permanezca en la dicha situación como servicio realmente en activo y a todos los efectos, incluso los pasivos...

Expuesto lo dicho, se han de examinar las circunstancias que determinaron la situación de excedente en que vino a quedar don J. A. M. en el Cuerpo de Delegados Provinciales de Información y Turismo, porque si su pase a tal situación se hubiera producido con independencia absoluta de la voluntad como impuesta por disposición que estuviera obligado a acatar, no cabe admitir la calificación de voluntaria aplicada a tal excedencia, como entiende de contrario la Orden recurrida, por la sola razón de que no fué motivada por ninguna de las dos causas que como únicas producen la excedencia forzosa según el artículo 44 del Reglamento de funcionarios, esto es, la reforma de plantillas o la elección para cargo parlamentario; pero la inconsistencia de este pretendido fundamento pónese de relieve con sólo notar que la propia Orden reconoce que el señor A. cesó en el ejercicio de su cargo como funcionario de Cuerpo de Delegados Provinciales al que pertenece, por reorganización del Servicio en agosto de 1951, motivo por el que «pasó a desempeñar los servicios característicos del Cuerpo Técnico Administrativo del Ministerio», y siendo esto así es indiscutible que si tal reorganización fué causa de su excedencia, produjo idéntico efecto que el derivado de una reforma de plantilla y debe, como en este caso, merecer la calificación de forzosa...

Corroborada la conclusión expuesta la misma Orden recurrida, que no obstante resuelve lo contrario con fundamento en dictamen del Consejo de Estado que hace suyo y transcribe a la letra, según el cual, «no pudiéndose entender comprendido el caso en el supuesto típico de excedencia forzosa es inevitable considerar al señor A. M. comprendido en el supuesto de excedencia voluntaria, previsto en el artículo 42 de dicho Reglamento: pasar a servir cargos no comprendidos en el escalafón del respectivo Ministerio, supuesto de hecho notoriamente análogo al que sirve de base al propio dictamen»; y se dice que la resolución que se impugna confirma la doctrina que expone la Sala, porque si la situación de excedente en que se halla el recurrente, no fué motivada por reforma de plantilla supuesto del artículo 44, menos lo fué por la voluntad del interesado que presupone el artículo 42, y si por carencia de precepto expreso se hace inevitable, la aplicación por analogía de uno cualquiera de dichos artículos, se ha de excluir el último de los citados, porque la excedencia a que se refiere, implica la voluntad del funcionario, para servir cargos no comprendidos en el escalafón del respectivo Ministerio, es decir, una solicitud de su parte a la que puede acceder, o no la Administración, mientras que en el supuesto del artículo 44 se da de lleno la notoria analogía en que se funda la Orden recurrida, por cuanto el cese del funcionario, tanto por reforma de plantilla como por reorganización de servicios, responden a idéntica causa: la voluntad de la Administración, que si en ambos casos produce el mismo efecto, unas mismas deben ser sus consecuencias. (*Sentencia de la Sala 5.ª de 24 de octubre de 1959.*)

VI. RÉGIMEN DISCIPLINARIO.

1. *Expedientes disciplinarios. Vicios que no determinen la nulidad.*

«Para dar lugar a la nulidad de actuaciones invocada en la demanda es indispensable que los vicios e infracciones formales afecten o quebranten el derecho de defensa de los interesados y en este caso es manifiesto que la supuesta falta de orden de proceder que no consta unida a las diligencias, ni la de diligencias sobre la fecha de la iniciación del expediente, ni la carencia de orden de sustitución de inspector instructor del expediente por otro funcionario que el que la comenzó, ni la omisión de la declaración de los testigos de sus circunstancias, han producido indefensión.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 10 de diciembre de 1959.*)

2. *Expediente disciplinario. Secretarios de Administración Local. Juez instructor.*

«El vicio de nulidad a que hace referencia el anterior fundamento de los de esta Sentencia consiste, en opinión de la representación del actor, en haber tramitado el expediente un concejal del Ayuntamiento de Tauste, con infracción del precepto de ineludible observancia contenido en el artículo 359, número 2 de Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955, según el cual el nombramiento de instructores de expedientes disciplinarios habrá de recaer, cualquiera que sea la Corporación de que se trate y la categoría administrativa de los visitados e inculcados, en funcionarios adscritos al Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento; pero la cita de este artículo se hace con olvido de lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto de 26 de julio de 1956 que organizó el dicho Servicio, y a cuyo tenor los nombramientos de instructores de expedientes disciplinarios podrán recaer tanto en el personal que enuncia el artículo 2.º del artículo 117 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local, como en funcionarios adscritos al Servicio Nacional, ostenten o no el título de letrados, sin perjuicio de la facultad de los presidentes de las Corporaciones Locales para designarlos directamente; Decreto que fué dictado precisamente para la organización y funcionamiento del mismo Servicio de Inspección y Asesoramiento a que se refiere el título IV de la Ley de Régimen Local, por lo que, en razón de esta finalidad, se ha de entender complementario de lo dispuesto en ella, a la que no se opone en el extremo concreto que se debate, porque la mayor amplitud que da el artículo 19 de dicho Decreto al artículo 359 de la Ley, no implica contradicción, sino una elasticidad para el nombramiento de juez instructor absolutamente necesaria si se tiene en cuenta que el nombramiento de funcionarios adscritos al repetido servicio, como todo lo que a su organización se refiere,

se ha de hacer, «por etapas y conforme lo consientan las disponibilidades económicas», según establece la primera disposición transitoria del Decreto organizador antes citado de 26 de febrero de 1956, y de ahí que por lo que atañe a la Provincia de Zaragoza a la que pertenece el Municipio de Tauste, del que era secretario-interventor el expedientado, no se halla nombrado funcionario alguno perteneciente a tan repetido Servicio de Inspección y Asesoramiento según comunicó a la Sala de Dirección General de Administración Local con fecha 22 de enero último, en virtud de providencia que para mejor proveer se dictó con suspensión del plazo para el de esta Sentencia, por todo lo cual es a todas luces evidente que el nombramiento de un concejal para instruir como lo hizo el expediente del que la sanción deriva, se ajusta al ordenamiento jurídico y ha de ser rechazada la pretensión de su nulidad por dicha causa.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 16 de febrero de 1960.*)

RAFAEL ENTRENA CUESTA
Catedrático de Derecho Administrativo.

