

## 2.—CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO

### B) PERSONAL

*SUMARIO: I. SELECCIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. Ambito de aplicación del Decreto de 10 de mayo de 1957. 2. Ambito de aplicación de la Ley de 17 de julio de 1947.—II. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS FUNCIONARIOS: 1. Excepción voluntaria.—III. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS: 1. Derecho al ascenso. Personal de la Agrupación Temporal Militar para destinos civiles. 2. Derecho al sueldo. Guardia Civil. 3. Derecho al sueldo. Gratificaciones de destino. Mutilados de Guerra por la Patria. 4. Derechos pasivos. Brigadas con treinta años de servicios abonables. 5. Derechos pasivos. Compatibilidad de pensiones.—IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: 1. Procedimiento sancionador. Prácticas de pruebas sin la presencia del Juez instructor.*

#### I. SELECCIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

##### 1. Ambito de aplicación del Decreto de 10 de mayo de 1957.

«El mencionado Reglamento aprobado por la Presidencia del Gobierno en Decreto de la fecha indicada, establece con carácter general las reglas comunes a las oposiciones y concursos para selección del personal que ha de prestar servicios en la Administración Pública, como se dice en la Exposición de Motivos, reconociéndola y expresando este propósito el artículo 1.º al disponer taxativamente que las oposiciones y concursos para la selección del personal en cualquiera de sus grados y esferas se regirán por las bases de la convocatoria respectiva que se ajustará siempre a lo determinado en este Reglamento; de donde se infiere, respecto a la cuestión fundamental planteada en este litigio sobre si las normas de dicho Decreto son aplicables o no al concurso convocado para formar la escala de Ayudantes de Telecomunicación, por el Ministerio de la Gobernación, que en efecto las bases de esta convocatoria y sus normas han de ajustarse y acomodarse al régimen previsto con tal generalidad en el Reglamento de referencia, sin que lo dispuesto en el artículo 16 permita o autorice la exclusión de los concursos de méritos restringidos entre funcionarios, que, como de su propio texto se deduce, no tiene otro alcance que el de equiparar los concursos-oposiciones a las reglas de las oposiciones, en cuanto al desarrollo formal de ambos métodos de elección» (*Sentencia de 7 de mayo de 1962*).

## 2. *Ambito de aplicación de la ley de 17 de julio de 1947.*

«Lo discutido en este pleito, según se reconoce por la representación del actor en el escrito de demanda, consiste en decidir si la resolución tácita del Ministerio de Trabajo, que por silencio administrativo desestimó la alzada interpuesta contra Orden de la Dirección General de Previsión de 19 de diciembre de 1960, confirmatoria de la que con fecha de 27 de Septiembre del propio año, dictó el Instituto Nacional de Previsión para cubrir en propiedad plazas del Seguro Obligatorio de Enfermedad, infringió o no la Ley de 17 de julio de 1947, que en su artículo 3.º estableció la reserva de determinadas plazas a cubrir por el personal que en el mismo se menciona.

La precitada ley se dictó para su aplicación en las oposiciones o concursos a celebrar para ingreso de los aspirantes en el Cuerpo o servicio de que se trate, pero no puede ser invocada por quienes, obtenido el ingreso, pretenden, ya como funcionarios, una preferencia para la adjudicación de determinadas plazas, como es el caso del recurrente que, perteneciendo como médico a la Escala nacional del Seguro Obligatorio de Enfermedad, en la que figura, según dice, con el número 303 de la especialidad de Traumatología, estima que la precitada Orden de 27 de septiembre de 1960, debió establecer la reserva que determina el artículo 3 de la antedicha ley, invocada por el recurrente como huérfano de padre asesinado por los rojos.

La mencionada Orden de 27 de septiembre de 1960 objeto de impugnación, ni establece, ni lógicamente podía establecer, la reserva pretendida, porque se dictó, como expresamente dice, en cumplimiento de lo dispuesto por el Ministerio de Trabajo en la de 27 de abril del propio año, dictada a su vez para dar satisfacción a los aspirantes de la clase médica identificada con las peticiones de los médicos interinos del Seguro de ser confirmados en propiedad en las plazas que desempeñan, si por su situación y número en las Escalas les corresponde ocuparlas, y el concurso que determina no tiene por fin, según lo expuesto, la adjudicación de plazas a personal de nuevo ingreso en el Seguro, sino cubrir en propiedad las plazas vacantes que expresen la convocatoria, por lo que es del todo evidente la inaplicación de la tan repetida ley al caso del recurrente, y en esta inteligencia, las Ordenes que así lo declararon deben ser confirmadas» (*Sentencia de 17 de noviembre de 1961*).

## II. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS FUNCIONARIOS.

### 1. *Excedencia voluntaria.*

«Si bien de conformidad con lo establecido en el artículo 55 del Reglamento Nacional del Trabajo para las Recaudaciones de Contribuciones e Impuestos del Estado del 9 de diciembre de 1948, los Auxiliares de las mismas tendrán derecho a solicitar la excedencia voluntaria —siempre que lleven por lo menos cinco años de servicios—, por una

duración no inferior a un año ni superior a cinco, sin que dicho tiempo se cuente para ningún efecto, es de notar que esta petición «se atenderá, dentro de las necesidades del servicio», como señala el párrafo 2.º del mismo artículo, con lo que se marca la prevalencia de estos intereses generales sobre los particulares del interesado, los cuales, como de rango inferior, siempre han de quedar supeditados a aquéllos.

Obtenida la excedencia voluntaria por el accionante, en 16 de diciembre de 1958, al terminar el plazo de su vigencia, que fueron trece meses en el caso presente, antes de llegar al 16 de enero de 1960, tenía el recurrente que solicitar el reingreso, como hizo en 5 de diciembre de 1959, para no perder su derecho al mismo—párrafo 3.º del artículo 55 citado—, pero de ello no puede concluirse una absoluta facultad de reintegrarse a su anterior puesto, ya que frente a los deseos del particular de volver a desempeñar su cargo de Auxiliar de Recaudación, se levanta el interés público, que exige en todo caso no se paralice la actividad administrativa, según las conveniencias privadas de sus funcionarios, relegando la actuación oficial para cuando no les interese desarrollar las de índole privada que les ocupe y por ello, al solicitarse el alejamiento temporal del servicio, que entraña la excedencia voluntaria, éste no puede dejar de ser atendido en debida forma, y como consecuencia de esto, es lógico que—de acuerdo con el artículo 36 del referido Reglamento—, quien siendo Auxiliar de 2.ª estuviera realizando los trabajos del actor, es decir, de Auxiliar de 1.ª, al cabo de seis meses ininterrumpidos de tal labor, asciende definitivamente a la categoría superior, como ocurrió en el caso actual y cubierta la plaza que tuvo el demandante, por acuerdo de la Delegación de Hacienda en X, del 30 de noviembre de 1959, es visto que, al pretender su reingreso el señor Z., no se encontraba vacante la única plaza de Auxiliar de 1.ª existente en la plantilla de la Recaudación en H., siguiéndose, en consecuencia, que el actor no tenía otra opción que la derivada del párrafo 3.º del artículo 55 del Reglamento de fecha 9 de diciembre de 1948, según el cual, «al terminar el lazo de excedencia, el empleado tendrá derecho a ocupar la primera vacante que se produzca en su categoría», por lo que, en tanto no tenga lugar ésta, es incuestionable carece de amparo jurídico para reclamar puesto alguno en la Recaudación de referencia» (*Sentencia de 4 de abril de 1962*).

### III. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS.

#### 1. *Derecho al ascenso. Personal de la Agrupación Temporal Militar para destinos civiles.*

«El personal de Oficiales de la Escala Auxiliar del Ejército y del Cuerpo de Suboficiales que ingresen voluntariamente en la Agrupación Temporal Militar para destinos civiles, conforme dispone el último párrafo del artículo 17 de la Ley de 15 de julio de 1952, causará baja definitiva en las Escalas profesionales del Ejército y se le incluirá en

las de Complemento, y, en ellas, podrán obtener el ascenso al empleo inmediato cuando por antigüedad haya ascendido el que le siguiera en la escala de su procedencia, en el momento de su pase a la Agrupación Temporal Militar, por lo que es visto que el recurrente señor X. X., cuando al causar alta en la referida Agrupación, ingresó en la Escala de Complemento por Orden ministerial de 26 de agosto de 1954 con el empleo de Brigada, que en dicha sazón ostentaba, cesó definitivamente de pertenecer a la Escala profesional del Ejército y quedó sometido a las normas reguladoras de los ascensos en la de Complemento, a la que desde entonces pertenecía, y como en dicha Escala podrán conseguir el ascenso inmediato, como ordena el citado artículo de la ley de 1952, por ello, al corresponderle dicha promoción, fué ascendido al empleo de Alférez y no al de Teniente, ya que en la escala de Complemento el grado superior inmediato al empleo de Brigada es el de Alférez, pues así lo dispone el artículo 372 del Reglamento para reclutamiento y reemplazo del ejército de 6 de abril de 1943, y el posterior Decreto de 17 de noviembre de 1950, en el artículo 3.º de las Instrucciones que aprueba para la Escala de Complemento, por lo que debe declararse ajustada a Derecho la Orden impugnada, y procede su confirmación» (*Sentencia de 9 de marzo de 1962*).

## 2. *Derecho al sueldo. Guardia Civil.*

«La cuestión debatida en el presente litigio se concreta a determinar si el recurrente, don X. X., no obstante haber pasado a la situación de retirado a petición propia, como Sargento de la Guardia Civil, por Orden del Ministerio del Ejército de 26 de enero de 1959—según consta acreditado en las actuaciones gubernativas y aceptado por ambas partes litigiosas—tiene o no derecho al beneficio concedido mediante la Orden del Ministerio de la Gobernación de 12 de marzo de 1960 en favor del personal procedente de Sargento provisional del Ejército que se hallen prestando sus servicios en la Guardia Civil y que hayan obtenido, u obtengan, el empleo efectivo de Sargento en dicho Cuerpo, para que se les compute el tiempo permanecido en la clase de tropa del propio Instituto a los efectos de perfeccionar trienios de Suboficial en la cuantía económica asignada o que se asigne a los mismos y a contar de la fecha en que se obtenga el mencionado empleo efectivo de Sargento» (*Sentencia de 21 de marzo de 1962*).

## 3. *Derecho al sueldo. Gratificación de destino. Mutilados de Guerra por la Patria.*

«La Ley de 26 de diciembre de 1958, reorganizadora del Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, del que forma parte el extinguido de Inválidos Militares, otorga, en la Disposición transitoria cuarta, al personal de Inválidos perteneciente a la primera sección, la gratificación del destino que ostenten, sin condicionar ni exigir ningún otro requisito para disfrutar ese devengo, y habiéndose acreditado en el expediente administrativo, y por conformidad de la propia Adminis-

tración, que don X. X. pertenece a la primera Sección de las dos en que se clasifica el personal del Cuerpo de Inválidos, y coma tal figura en los Anuarios Militares y antecedentes del Ministerio, le corresponde percibir dicha gratificación, sin que a ello obste que la disposición transitoria 2.ª, en el apartado 2.º del Reglamento sobre Mutilados de Guerra por la Patria de 18 de julio de 1959, requiera que, además de pertenecer a la primera Sección, los Inválidos reúnan las condiciones para ingresar en la misma que determinan los apartados a), b) y c) del artículo 2.º del Reglamento del Cuerpo de Inválidos de 5 de abril de 1933; puesto que tal exigencia, según doctrina de esta Sala, expresada en sentencias de 25 de febrero de 1960, 21 de junio y 29 de septiembre de 1961, vulnera lo establecido en la ley mencionada, que extiende esa gratificación a todo el personal perteneciente a la primera sección, sin otras circunstancias que vienen a modificarla indebidamente, infringiendo así los artículos 23 y 26 de la Ley de Régimen Jurídico de 26 de julio de 1957, careciendo de toda eficacia y validez, conforme al artículo 28, lo prevenido y requerido en tal precepto reglamentario, aunque la inutilidad provenga de una caída de caballo en acto de servicio, dado que figura incluido por la Administración militar en la Sección primera, con derecho, por esa clasificación, al devengo creado por la Ley de 26 de diciembre de 1958» (*Sentencia de 14 de mayo de 1962*).

#### 4. *Derechos pasivos. Brigadas con treinta años de servicios abonables.*

«Si bien la Ley de 15 de julio de 1952 dispone que los Brigadas de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire y los de los Cuerpos de la Guardia Civil y Policía Armada que, al pasar a la situación de retirados forzosos por edad, cuenten con treinta años de servicio, lo harán con el sueldo regulador de Capitán, abonándoseles para dicho cómputo cuatro años de servicios en la misma forma que fijan las disposiciones vigentes para el personal que ostenta la categoría de Oficial, y tomándose en cuenta para la determinación del sueldo regulador los trienios que por años de servicios disfruten y la gratificación de destino que tuvieren asignada, y ello evidencia el derecho del actor a que su haber pasivo se regule por el sueldo correspondiente al empleo de Capitán, porque, al pasar a la situación de retirado por edad, contaba a su favor treinta años y quince días de servicios abonables, pero no puede olvidarse que el recurrente ingresó en el Ejército en primero de noviembre de 1928, y por ello su pensión de retiro tiene que regularse por el título segundo del Estatuto de las Clases Pasivas del Estado, en cuyo artículo 4.º se establece para los Oficiales y asimilados que hubieran completado treinta años de servicio una pensión equivalente a las sesenta centésimas del sueldo regulador del empleo de Capitán, pensión la que así resulta notoriamente inferior a la determinada por la Acordada recurrida del Consejo Supremo de Justicia Militar de 18 de noviembre de 1960, que señaló el haber pasivo del actor a razón de noventa centésimas del sueldo regulador correspondiente al empleo de Brigada, que es el que en activo disfrutaba, conforme a la Ley de 13 de diciembre de 1943.

Si bien el actor tiene derecho a que se regule su haber pasivo por el sueldo regulador del empleo de Capitán, como hemos dicho en el anterior apartado, no es factible señalarle un haber pasivo mensual equivalente al 80 por 100 del sueldo regulador de ese empleo, porque, acogido al régimen de derechos pasivos máximos en los términos establecidos en la Orden de 12 de mayo de 1954, de la Presidencia del Gobierno, necesitaría para conseguirlo completar treinta y cinco años de servicios abonables, que el recurrente no reúne, ya que en su hoja de servicios solamente tiene treinta años y quince días, sin que sea posible acumular a ellos los cuatro años a que se refiere el artículo 1.º de la Ley de 15 de julio de 1952, dado que ellos son abonables solamente para completar los treinta años de servicios al Estado que dicha ley exige para que los Brigadas y asimilados puedan ejercitar la opción para poder percibir su pensión de retiro con arreglo al sueldo regulador de Capitán, pero no en los casos en que tuvieren de hecho los treinta años de servicios abonables, como acontece al recurrente, al que tampoco le puede ser concedida la pensión que solicita por aplicación del artículo 44 del Estatuto que regula las pensiones máximas de retiro de los Suboficiales, toda vez que de aplicarse dicho precepto, el recurrente resultaría perjudicado, porque entonces habría de percibir el 80 por 100 del sueldo regulador del empleo de Brigada, en lugar del señalado por el Consejo Supremo de Justicia militar, que es el 90 por 100 como se ve en la Acordada recurrida, ya que no es aplicable la escala del artículo 44 del Estatuto cuando el interesado, como en el presente caso, se acoge al sueldo del empleo de Capitán, sino la correspondiente al artículo 43, que es la reguladora en las pensiones máximas de retiro de Jefes, Oficiales y asimilados del Ejército y de la Armada» (*Sentencia de 20 de marzo de 1962*).

##### 5. *Derechos pasivos. Compatibilidad de pensiones.*

«La incompatibilidad en el percibo simultáneo de dos o más pensiones civiles o militares, se halla establecida en el artículo 55 del Estatuto de Clases Pasivas, sin más excepciones que las que el propio artículo determina, ninguna de las cuales alcanza a la recurrente, ni tampoco la que a ellas hubo de añadir la Ley de 17 de noviembre de 1938, porque el beneficio que la misma otorga para compatibilizar el devengo de dos o más pensiones, lo establece dicha ley de modo limitadamente concreto, en favor de los padres pobres, de militares muertos en la Campaña de Liberación, o de sus resultas, pero no de las viudas; por lo que es evidente que la interesada carece de derecho a lo que contrariamente solicita, por lo que las Acordadas del Consejo Supremo de Justicia Militar, que así lo declaran, se ajustan a Derecho y deben por ello ser confirmadas» (*Sentencia de 10 de abril de 1962*).

## IV. RÉGIMEN DISCIPLINARIO.

1. *Procedimiento sancionador. Prácticas de pruebas sin la presencia del Juez instructor.*

«En el expediente administrativo tramitado en uso de la potestad disciplinaria de la Administración contra la recurrente, profesora adjunta del Instituto de Enseñanza Media de X., aparece el folio 46 de la declaración de la testigo, doña..., declaración de indudable importancia y trascendencia a los fines del expediente disciplinario, que fué recibida exclusivamente por el Secretario, sin la presencia del Juez Instructor, que por esta razón no autoriza con su firma la declaración expresada, sucediendo exactamente lo mismo con la declaración de doña..., que figura al folio 65, de don..., obrante al folio 67, todas ellas, al igual que la de la señora..., presentadas solamente ante el Secretario, sin intervención ni presencia del Inspector, siquiera aparezca haber enviado éste por correo al Secretario actuando una nota o minuta de las preguntas que a cada uno de ellos debían serle formuladas.

Si se examina el texto de los artículos 13 al 136 de la Ley de Procedimiento administrativo, que regulan el procedimiento sancionatorio y que contiene, según el preámbulo de la ley, las normas esenciales de garantía del interesado, las cuales establecen que no podrá imponerse una sanción administrativa, sino en virtud del procedimiento regulado en ese capítulo, salvo lo ordenado en disposiciones especiales, y que en la misma providencia en que se acuerde la incoación del expediente se nombrará un Instructor y, en su caso, un Secretario que se notificará al sujeto o expediente, estableciendo las circunstancias que deberán concurrir en las personas que se designen para ambos cargos, que son distintas para cada uno de ellos, y disponiendo, por último, que el Instructor ordenará la práctica de cuantas pruebas y actuaciones conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a determinar las responsabilidades susceptibles de sanción, de todo lo cual se deduce el propósito del legislador de considerar esencial la intervención del Instructor en la práctica de la prueba, que no puede ser suplida por la del Secretario, cargo que puede ser desempeñado por cualquier funcionario, sin que sea preciso que concorra en él la cualidad de ser de mayor categoría que el expedientado, y sin que haya tenido necesidad de hacer declaraciones más explícitas y detalladas respecto a la necesaria intervención del instructor en la práctica de la prueba, ya que ello se deduce de una interpretación sistemática de los preceptos citados, que muestra cómo en el sistema jurídico español es consecutivo a la función de Instructor el deber de presidir y practicar las pruebas, como se preceptúa concretamente en otras jurisdicciones, tales como en el artículo 651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el 444 de la de Enjuiciamiento Criminal y en el 408 del Reglamento de lo Contencioso-Administrativo, y, como ha declarado la doctrina de este Tribunal, entre otras en la sentencia de 30 de mayo de 1956.

La ausencia del instructor, por lo que respecta al expediente disciplinario objeto de este recurso, en las declaraciones de los cuatro testigos a que se refiere el primer Considerando de esta sentencia, constituyen grave defecto de forma ya insubsanable, que debe determinar la nulidad de las actuaciones en que se cometió, así como, dada la indudable trascendencia de las mismas, la de las diligencias subsiguientes, nulidad que aunque no hubiese sido, como en efecto lo fué, acusada por la recurrente, hubiera obligado a esta Jurisdicción, como deber primario de la misma, y antes de entrar en el estudio del fondo del recurso, a anular y dejar sin efecto las actuaciones del expresado expediente, a partir del folio 46, en que se consigna la declaración de doña..., hasta la resolución del mismo, ambas inclusive, para que pueda ser continuado conforme a derecho.

En consecuencia, procede declarar la nulidad de las actuaciones practicadas en el expediente administrativo a partir del folio 46 del mismo inclusive, para que puedan continuarse por el instructor con arreglo a derecho hasta que se dicte la resolución definitiva, sin entrar, consiguientemente, en el fondo del recurso» (*Sentencia de 20 de marzo de 1962*).

RAFAEL ENTRENA CUESTA.  
Catedrático de Derecho Administrativo