

2. —CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. SELECCIÓN DE FUNCIONARIOS: *Oficiales habilitados de la Justicia municipal.*—II. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS: 1. *Derecho al cargo. Cuestiones de personal.* 2. *Derecho al cargo. Catedráticos de Universidad. Concurso de traslado.* 3. *Derecho al sueldo. Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria.* 4. *Derecho al sueldo. Suboficiales especialistas del Ejército de Tierra.* 5. *Derecho al sueldo. Médicos del Seguro de Enfermedad.* 6. *Derecho al sueldo. Catedráticos: derechos obvencionales.* 7. *Derecho a gratificaciones. Indemnización por traslado.* 8. *Derecho a honores. Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria.* 9. *Derechos pasivos. Militares. Pensiones extraordinarias de retiro.* III. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS: 1. *Falta de probidad.*

I. SELECCIÓN DE FUNCIONARIOS.

Oficiales habilitados de la Justicia municipal.

«La cuestión que se plantea en el recurso se reduce a decidir si la provisión de las vacantes entre los Oficiales habilitados de la Justicia municipal que ingresaron por oposición convocada por Orden de 25 de marzo de 1958 ha de llevarse a efecto, como pretende el recurrente, teniendo en cuenta la mayor antigüedad de servicios y el mejor número en el Escalafón de acuerdo con la propuesta del Tribunal calificador, o, por el contrario, si es procedente realizar dicha provisión en forma discrecional como lo hizo el Ministerio de Justicia en la Orden de 14 de noviembre de 1959, que impugna el recurrente equivocando su fecha, así como el acuerdo tácito que resolvió el recurso de reposición deducido contra ella, y por virtud de la que el recurrente fué destinado al Juzgado de Paz de X., en tanto que su compañero de oposición, don Z. Z., lo fué al de H., ambos de la provincia de P, destino este último pretendido por don Y. Y.»

El Reglamento orgánico del personal auxiliar y subalterno de la Justicia municipal, aprobado por Decreto de 27 de abril de 1956, no establece norma específica que regule los nombramientos y provisiones de destinos de los opositores funcionarios de nuevo ingreso en el Cuerpo, porque el artículo 9.º se limita a indicar que, aprobada que fuere por el Ministerio la propuesta formulada por el Tribunal calificador de las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Oficiales habilitados de la Justicia municipal, los que figuren en ella serán destinados a las pla-

zas vacantes que existan previa prestación del oportuno juramento y, por tanto, ese precepto no señala específica y concretamente la forma de proveer las vacantes que han de cubrir los funcionarios de nuevo ingreso, y es lógico que no sea posible acudir para cumplir ese silencio u omisión, seguramente deliberados, a lo que previene el artículo 14 del mismo en el que se ordena que las plazas vacantes se proveerán mediante los correspondientes concursos adjudicándose a los solicitantes que tengan mayor antigüedad de servicios efectivos en el Cuerpo, porque este Ordenamiento es inaplicable a los de nuevo ingreso, ya que para ellos no se convoca concurso alguno ni es posible adjudicar a los mismos las plazas vacantes, atendiendo a la mayor antigüedad de servicios, porque la antigüedad en ellos se computa desde la fecha de su nombramiento, según el artículo 12, y en el caso del recurso todos fueron nombrados en la misma fecha, como se ha expresado; por todo lo expuesto, es perfectamente discrecional en la Administración señalar el puesto o destino que cada uno de dichos funcionarios de nuevo ingreso debe ocupar, sin que tenga que atender a otra norma que el interés público, primordial objetivo que aquélla debe servir, estando proclamado por reiterada doctrina del Tribunal que es discrecional en la Administración señalar a cada funcionario el sitio u Organismo en que debe prestar los servicios propios de su categoría y cargo, salvo que existieran normas concretas sobre tales particulares—sentencia de 8 de marzo de 1944—, porque la facultad discrecional del Estado para utilizar las actividades profesionales de los que están a su servicio, donde lo crea necesario o conveniente al interés público, no cabe sea objeto de limitaciones ni restricciones que no están ordenadas por las disposiciones legales» (*Sentencia de 21 de octubre de 1961*).

II. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS.

1. *Derecho al cargo. En general. Cuestiones de personal.*

«Las llamadas cuestiones de personal que el artículo 3.º de la Ley de 18 de marzo de 1944, por la que se estableció esta jurisdicción, y el artículo 4.º del texto refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1952, regularon con una amplitud que permite comprender en ellas todas las colisiones de derechos surgidos con motivo del desenvolvimiento de la relación jurídica que el servicio crea entre la Administración en sus distintas esferas y los funcionarios de la misma, siempre que no implique separación del Cuerpo o del servicio como sanción impuesta al funcionario público inamovible, cuyas cuestiones quedaron atribuidas por las expresadas Leyes al conocimiento de la jurisdicción de agravios que al efecto se creó, fueron incorporadas al texto por la vigente Ley de 27 de diciembre de 1956, dándoles acceso a esta vía jurisdiccional y estableciendo un procedimiento especial regulado en sus artículos 113 a 117, que es obligado seguir cuando los recursos contencioso-administrativos tuvieren por objeto actos que se refieran a dichas cuestiones, si bien por imperativo del artículo 94 del mismo Cuerpo

legal quedan excluidas del recurso de apelación las sentencias que sobre tales cuestiones dicten las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales o los Tribunales Provinciales en que aún funcionen aquéllas.)

«Si se examina a la vista de los precedentes razonamientos la sentencia dictada por el Tribunal Provincial, y que es objeto de la apelación, se adquiere el convencimiento de que versa sobre una cuestión de personal que encaja perfectamente en el concepto anteriormente enunciado, ya que ha sido promovida con motivo del nombramiento de un practicante de la Diputación Provincial que la sentencia recurrida ha estimado improcedente por creer que la persona en quien recayó el nombramiento no reúne las condiciones de edad exigida en la convocatoria para la oposición a tal efecto celebrada, sin que los pronunciamientos de la sentencia aludida impliquen separación de funcionario público inamovible, primeramente porque los nombramientos para los cargos de esa clase mientras no son firmes no confieren inamovilidad al interesado, puesto que son susceptibles de revocación mediante el recurso adecuado y además porque, como ya tiene declarado este Tribunal, en auto de 9 de julio de 1960, el hecho de ser desproveído del cargo un funcionario en virtud de la revocación del acto administrativo por el que se le nombró no entraña separación, en la aceptación jurídica que cabe asignar al vocablo, como medida penal o disciplinaria, regulada en la legislación aplicable a los casos susceptibles de sanción, por lo cual no es dable comprender en el mencionado concepto otros supuestos de apartamiento del cargo que, como el contemplado en esta litis, obedecen a causas ajenas a toda medida de sanción.»

«De lo anteriormente expuesto se deriva la improcedencia con que el Tribunal *a quo* hizo abandono del procedimiento especial que debe observarse en las cuestiones del recurso contencioso administrativo origen de la litis, sustituyéndolo por el ordinario con manifiesta falta de adecuación, siquiera tal sustitución no entraña vicio de nulidad, porque no puede producir indefensión el cumplimiento de trámites más amplios que permiten una mayor eficacia a la defensa de las partes, aunque es preciso dejar consignado que por el solo hecho de haberse dado al proceso un trámite indebido no puede ejercitarse el recurso de apelación contra la sentencia recaída, conforme esto con la doctrina sentada por este Tribunal en sentencia de 24 de noviembre de 1960, de todo lo cual se infiere claramente que la apelación a que se contraen estas actuaciones fué indebidamente admitida, y, en consecuencia, no es dado entrar a resolver acerca de los demás problemas debatidos» (*Sentencia de 18 de octubre de 1961*).

2. *Derecho al cargo. Catedrático de Universidad. Concurso de traslado. Derecho al cargo.*

«La cuestión controvertida en el presente pleito se refiere, fundamentalmente, a si es de aplicación lo prevenido en el artículo 7.º de la Ley de 24 de abril de 1958, que copiado a la letra, dice: «En ningún caso podrá ser propuesto por la Comisión especial un Catedrático exce-

dente voluntario que no haya desempeñado dos años de servicio en cátedra como titular, mientras haya un concurrente que cumpla esta condición». Y como quiera que en la demanda se plantean diversos problemas, se impone analizar los particulares siguientes: a) Si en el concepto de Catedrático excedente voluntario están o no comprendidos aquellos que disfruten de la especial situación de excedencia activa a que se contrae la Ley de 15 de julio de 1954, en relación con la Ley de 15 de julio de 1952. b) Si la disposición transitoria cuarta de la Ley de 24 de abril de 1958 determina o no la aplicación del artículo 7.º a aquellos concurrentes que hubieran obtenido la excedencia, bien sea especial forzosa, voluntaria o activa, con anterioridad a la fecha de la Ley. c) Si la circunstancia de haber desempeñado Cátedra como titular durante dos años, alude a la de cualquier asignatura que haya servido al concursante o se refiere exclusivamente a la cátedra de la asignatura que se provee mediante el concurso.»

«Para enjuiciar con acierto la cuestión litigiosa, habremos de referirnos, en primer lugar, a la Ley de 15 de julio de 1954, referida a las situaciones de los funcionarios de la Administración civil del Estado: a) Servicio activo. b) Supernumerario. c) Excedente, distinguiendo en su artículo 6.º tres clases de excedencias: a) Especial. b) Forzosa. c) Voluntaria, manteniendo en vigor la Ley de 15 de julio de 1952, que establece la situación de «excedencia activa» para el profesorado oficial de Centros docentes, dependientes del Ministerio de Educación Nacional, habilitando esta Ley un cauce legal que, sin levantar las restricciones para la dispensa de función docente, regulada por el Decreto de 9 de octubre de 1951, permita tomar en consideración aquellos casos, rigurosamente justificados, en que la labor investigadora fuera de la Cátedra de la difusión de la cultura española en el extranjero sean dignas de especial mención. Y, si esto es así, se impone reconocer que la excedencia voluntaria, como sofisticadamente pretende sostener con gran habilidad la parte demandante en el segundo fundamento de derecho de su escrito de demanda, no solamente por razón de las causas de su petición y de la Autoridad que la otorga, sino que también porque tal situación de excedencia activa lleva aparejada la dispensa de función docente, la reserva, con plenitud de derechos, durante un periodo de dos años, de la Cátedra o puesto docente de que se fuera titular, y el derecho de conservar, durante el tiempo que permanezca en excedencia activa, el puesto y número correspondiente en el Escalafón, pudiendo el Ministerio, atendidas las circunstancias de cada caso y el mejor servicio de la enseñanza, reducir a un año la reserva de la Cátedra o puesto docente; abundando en tal aserto el artículo 5.º de la meritada Ley de 15 de julio de 1952, que previene que sólo podrá permanecerse en situación de excedencia activa diez años y que quince días antes de expirar ese plazo el interesado deberá solicitar el reingreso en el servicio activo o la excedencia voluntaria y que si así no lo hiciera, se entenderá que ha pedido la concesión de la excedencia voluntaria, de todo lo cual se deduce apodícticamente que la excedencia voluntaria no sea el género y la excedencia activa la especie, puesto que dentro de la situación de excedencia tiene una concepción distinta, distinguiendo

para el profesorado oficial de Centros docentes dependientes del Ministerio de Educación Nacional, cuatro clases de excedencia: a) Excedencia especial, b) Excedencia forzosa, c) Excedencia voluntaria y d) Excedencia activa.»

«A mayor abundamiento, la Orden de 31 de julio de 1952 regula las condiciones de obtención por los Catedráticos numerarios de dispensa de función docente para el curso o concesión de excedencia activa, y en su número 8.º dice que los que se hallen en esta situación podrán participar en concursos de traslado, en los que se computará, como de servicios efectivos, el tiempo transcurrido en aquella situación, y como tal Orden viene a aclarar o interpretar lo dispuesto en la Ley de 15 de julio del mismo año, es indudable que no cabe apreciar en este caso vulneración alguna del precepto legal que pudiera ser base del presente recurso.»

«Por las razones que anteceden, hay que reconocer que el artículo 7.º de la Ley de 24 de abril de 1958 se refiere a los Catedráticos excedentes voluntarios y no a los excedentes activos, con independencia de que si así no fuera no podría ser nunca aplicable al caso discutido, toda vez que con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1.º y 3.º del Código Civil, el área de aplicación de las Leyes en el tiempo y el problema de la retroactividad o irretroactividad es previo al de su interpretación gramatical, y, en la inconcebible hipótesis de que la prohibición del meritado artículo fuere clara y contundente, resultaría inaplicable a los casos y situaciones que se fijan en la Disposición Transitoria cuarta por «la que quedan a salvo de lo dispuesto en el artículo 7.º los derechos adquiridos por quienes hubieran obtenido la excedencia con anterioridad a esta Ley», de suerte que obtenida por el doctor X la excedencia con anterioridad a 24 de abril de 1958, nunca podría ser de aplicación el presente recurso».

«Dados los términos en que está concebido el repetido artículo, sería inícuo e intrascendente a los efectos del pleito el extremo contraído a si la Cátedra servida como titular ha de ser precisamente la que es objeto de provisión en el concurso—posición de la parte demandante—o cualquier otra Cátedra, como previene el artículo 58 de la Ley de 29 de julio de 1943 «en los concursos será siempre mérito preferente el haber desempeñado el candidato con asiduidad la cátedra de que es propietario en la correspondiente Universidad», lo que es muy distinto de la cátedra que es objeto de concurso; siendo también intrascendente la justificación o probanza de años de servicio y cátedras que como titular o no, haya desempeñado el Catedrático nombrado, puesto que, en último término, el desempeño de dos años de servicio en Cátedra como titular sería siempre suficiente para un excedente voluntario, y nada digamos si se trata de un excedente activo, en donde se le computa el tiempo que permaneció en esta situación» (*Sentencia de 30 de octubre de 1961*).

3. *Derecho al sueldo. Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria.*

Ingresado Don X., hoy Coronel del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, en el Cuerpo de Inválidos por Real orden de 30 de julio de 1918, con arreglo a lo dispuesto en el entonces vigente reglamento de 6 de febrero de 1906, y habiéndose optado al promulgarse la Ley de 15 de septiembre de 1932, que declaró a extinguir dicho Cuerpo y lo reorganizó al efecto en dos Secciones, por continuar disfrutando de los derechos que tenía adquiridos, acogiéndose a lo dispuesto en la base 6.ª de dicha Ley, se hace preciso examinar si los derechos que al recurrente confería el Reglamento del Cuerpo de 6 de febrero de 1906, son análogos a los que disfrutaban los individuos del mismo que fueron clasificados en la Sección 1.ª de las dos establecidas en la Ley de 1932, y efectivamente, esta analogía se pone de manifiesto al considerar que en el Reglamento citado de 1906, los militares que se hubieran inutilizado en acción de guerra por el hierro o por el fuego del enemigo, tenían iguales derechos y consideraciones que aquellos otros que se hubieran inutilizado en acto de servicio, que se reconocía como en activo al personal del Cuerpo de Inválidos, que se concedía a sus Jefes y Oficiales el derecho a ascender a la categoría de Coronel, a disfrutar de los sueldos completos del Arma de Infantería y a que el Jefe de Detall, al formalizar los extractos de revistas, reclamara en ellos los haberes, *las gratificaciones*, los premios de constancia, etc., por otra parte, el Reglamento de 5 de abril de 1933 en su artículo 3.º equipara el personal que como el recurrente optó por conservar sus derechos adquiridos al amparo del Reglamento de 1906 con los que por haberse inutilizado en acción de guerra se les clasificó dentro de la primera de las Secciones del Reglamento de 13 de abril de 1921, después anulado, al disponer que a unos y a otros les sería de aplicación la Ley de 12 de marzo de 1909, que permite ascender en el cuerpo hasta la categoría de Coronel, de cuyo concreto beneficio están excluidos los de la segunda Sección a los que sólo concede el derecho a recibir una mejora de los haberes que tuvieran al ingresar en el Cuerpo, sin que entre aquéllos se advirtiera la diferencia manifiesta, porque si bien los incluidos en la 1.ª Sección de la que estableció la Ley de 15 de septiembre de 1932, son los inutilizados en acción de guerra por el hierro o por el fuego enemigo, forman parte de la misma los que no reúnen dicha cualidad, como acontece con las clases de tropa existentes en el Cuerpo de Inválidos, que hubieren optado por acogerse a sus derechos adquiridos en la legislación precedente, los cuales, «aun cuando se hubieren inutilizado en acto de servicio, forman parte de la 1.ª Sección por expresa disposición del artículo 7.º del Reglamento del Cuerpo de 5 de abril de 1933.»

«Sentadas estas bases como necesarias para proyectar luz sobre el asunto que la Sala al presente estudia, el recurrente señor X. X., por haber optado por los derechos que el Reglamento de 6 de febrero de 1906 le reconocía, decía que ingresó en Inválidos, quedó formando parte de un Cuerpo que se consideró en activo y ascendió desde Sargento a Coronel, en la forma dispuesta por la Orden circular de 29 de octu-

bre de 1918, y es la propia Administración la que lo ha considerado como incluido en la 1.ª Sección del Cuerpo, toda vez que incluso en el Anuario Militar aparece, en los años 1933 y 1936, con el grado de Capitán del Cuerpo de Inválidos, sin que tuviera la señal habitual indicadora de estar adscrito a la 2.ª Sección, y es conocido que dicho Anuario se publica por Orden circular de 5 de enero de 1933 y es redactado por la Sección de Organización y Movilización del Estado Mayor, según los datos que facilita la Sección de Personal del Ministerio del Ejército, de donde procede concluir, en recta interpretación lógica, que don X..., recurrente, se halla equiparado y debe considerársele adscrito, como los Jefes y Oficiales incluidos en la 1.ª Sección del Cuerpo de Inválidos, hoy extinguido, por lo que, consiguientemente, no procede denegarle su pretendido derecho a percibir la gratificación de destino que la Ley de 26 de diciembre de 1958 concede a los que forman parte de la 1.ª Sección, máxime cuando entre los derechos que tiene adquiridos según Ley, uno de ellos es el de percibir *las gratificaciones* que correspondiesen a su Cuerpo—artículo 59 del Reglamento de 6 de febrero de 1906—, sin que a ello pueda seriamente oponerse la disposición transitoria 2.ª del Reglamento de 10 de agosto de 1959, que exige, para percibir la gratificación de destino, que los interesados pertenezcan a la primera Sección y reúnan las condiciones que para ingresar en ella se determinan en el artículo 2.º del Reglamento del Cuerpo de Inválidos de 5 de abril de 1933, porque aquella disposición de carácter reglamentario, como limita y menoscaba la aplicación de la disposición transitoria 4.ª de la Ley de 26 de diciembre de 1958, incide en la infracción que señala el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, que prohíbe a las disposiciones de carácter administrativo vulnerar los preceptos de otra de superior categoría sin incurrir en nulidad, en este caso de una Ley, por lo que no es posible aplicarla por los Tribunales, dado que la Ley Orgánica del Poder Judicial prohíbe a Jueces y Tribunales aplicar Reglamentos generales y disposiciones que estén en desacuerdo con las Leyes, y así, en consecuencia, es procedente anular el acuerdo y la Orden recurridas, no solamente porque no son ajustados a Derecho, sino por ser contrarias a él y porque, al fundarse en la disposición transitoria segunda del Reglamento de 18 de agosto de 1959, para denegar al recurrente su derecho a percibir la gratificación de destino, infringen lo mandado en el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico del Estado, e inciden en la nulidad de pleno derecho que proclama el artículo 28, por ser una disposición administrativa, de naturaleza reglamentaria, contraria a la Ley de 26 de diciembre de 1958, en su disposición transitoria 4.ª; sin que haya lugar a decretar una especial imposición de las costas, por no darse temeridad ni mala fe, causales de la sanción». (*Sentencia de 31 de octubre de 1961*).

4. *Derecho al sueldo. Suboficiales especialistas del Ejército de Tierra.*

«La Ley de 21 de julio de 1960, estableciendo nuevas categorías en el Cuerpo de Suboficiales de diversas Armas, en su artículo 1.º, especifica y detalla los Cuerpos armados a quienes comprende la Ley, entre los que figuran los Suboficiales especialistas del Ejército de Tierra, a cuyo Cuerpo pertenece el recurrente, estando por ello excluido en los beneficios de la Ley expresada, y aun cuando el artículo 14 de la misma faculta al Ministro del Ejército para extender los beneficios de la Ley al personal de los demás Cuerpos Armados, no comprendidos en dicho artículo 1.º, al no usar de su potestad el Ministro con relación al Cuerpo a que pertenece el recurrente, éste no puede compeler ni obligar a la Administración a que use de la facultad discrecional que le confiere la Ley» (*Sentencia de 30 de octubre de 1961*).

5. *Derecho al sueldo. Médicos del Seguro de Enfermedad.*

«Establece el Decreto de 21 de febrero de 1958, cuando los médicos especialistas del Seguro Obligatorio de Enfermedad que hubieren recibido nombramiento definitivo de una determinada especialidad, cuya plaza se haya de proveer por concurso-oposición, no concurrieran a éste o no obtuvieran en él, caso de haber concurrido, plaza, quedarán adscritos a los servicios de Ambulatorio; y, en su vista, el recurrente señor X. X., se halla comprendido en el precepto por no haber concurrido al concurso-oposición convocado para cubrir vacantes de Jefes de Clínica o por no haber superado las pruebas del mismo, y siendo así tiene que regularse la retribución de sus servicios profesionales con arreglo a lo previsto en el número 8.º del artículo 4.º del referido Decreto, en el que se dispone que los especialistas quirúrgicos que tengan a su cargo únicamente el Ambulatorio, continuarán percibiendo sus honorarios con arreglo a las bases establecidas en la Orden de 27 de noviembre de 1956, ya que dicho Decreto, si bien tiene por objeto dictar normas para cubrir las vacantes de médicos del Seguro Obligatorio de Enfermedad, no solamente es de aplicación a los facultativos que ingresen con arreglo a sus normas, como pretende el recurrente, sino también a los que ya venían formando parte de sus escalas, como se pone de relieve en el artículo y párrafo anteriormente transcrito con la frase «los que tengan únicamente servicio de Ambulatorio continuarán percibiendo sus haberes de acuerdo con las bases establecidas en la Orden de 27 de noviembre de 1956», distinguiéndolos en cuanto a la retribución de los Jefes de Clínicas que llevaren Ambulatorios y Residencias; por todo lo cual no es de aplicación al recurrente, señor X. X., la Orden ministerial de 25 de febrero de 1958, en la que se señalan nuevos coeficientes para la determinación de los honorarios superiores a los fijados en la de 27 noviembre 1956, dado que, habiendo entrado en vigor el mismo día que el expresado Decreto, ambos se promulgaron al publicarse en el *Boletín Oficial del Estado* del

día 7 de marzo de 1958, no puede la Orden tener finalidad derogatoria de las retribuciones que en el Decreto se disponen, ni ello fuera admisible, dada la jerarquía de dichas disposiciones, sino complementaria del mismo, pues que se refería a los Jefes de Clínica, como lo acredita el hecho de que la Administración dictara, en 10 de marzo de 1961, otra Orden ministerial aplicando, con carácter general, al personal médico del Seguro de Enfermedad los coeficientes establecidos en la Orden de 25 de febrero de 1958, puesto que, como decimos, hasta la fecha en que entró en vigor tan sólo tenían derecho a percibir las retribuciones marcadas en la Orden de 27 de noviembre de 1956, como resolvió esta misma Sala, en caso semejante, por su sentencia de 9 de noviembre de 1959, que ya podía, al interponer el recurso, conocer el recurrente, por lo que, al no infringir las Ordenes recurridas el vigente Ordenamiento jurídico en la materia, procede confirmarlas, desestimando el recurso interpuesto por el señor X. X., sin hacer expresa imposición de costas» (*Sentencia de 17 de noviembre de 1961*).

6. *Derecho al sueldo. Catedráticos: derechos obvencionales.*

«El fondo del recurso se concreta a si un Catedrático de Universidad que no reside en la ciudad donde radica la Facultad a que pertenece, debe percibir derechos obvencionales, y, respecto a tal particular, la Orden de 7 de mayo de 1935 del Ministerio de Educación Nacional, en su número 1.º, letra *b*), expresa que para que los Catedráticos de Universidad puedan ser incluidos en las listas de perceptores de derechos obvencionales se requiere la residencia efectiva y continua durante el período electivo en la localidad en que radique la Facultad a que uno pertenece, y tal Orden ni vulnera ni va más allá de la Ley de Enseñanza Universitaria de 29 de julio de 1943, como alega el recurrente, pues la Ley, el fijar en su artículo 59 las obligaciones de los Catedráticos de las Facultades de las Universidades, en la letra *d*) exige la residencia en que radique la Facultad donde preste sus servicios, que sólo podrá abandonar con permiso del Rector, o sea, que lo mismo la Orden que la Ley expresadas exigen, para el abono de los derechos obvencionales, el desempeño efectivo de la cátedra, como así lo expresa, además, el artículo 91, reformado por la Ley de 17 de julio de 1948, siendo evidente que el desempeño efectivo de la cátedra no se limita al mero cumplimiento del servicio docente, que corresponde a todo Catedrático en activo, sino que comprende el cumplimiento de todas las obligaciones señaladas en el artículo 59 de la Ley de 29 de julio de 1943, entre ellas la residencia» (*Sentencia de 2 de octubre de 1961*).

7. *Derecho a gratificaciones. Indemnización por traslado.*

«El recurrente, al acudir al concurso de traslado convocado por Orden del Ministerio de Educación Nacional, publicada en 21 de julio de 1959, para cubrir determinadas Cátedras de Griego de Institutos Nacionales de Enseñanza Media, entre ellas la de X., que le fué adjudicada, lo hizo

por propia voluntad, y en ningún caso puede acogerse a las indemnizaciones que exclusivamente para traslado forzoso determina el artículo 18 del Reglamento de Dietas, aprobado por Decreto-ley de 7 de julio de 1949, sin que las Ordenes aclaratorias de 15 de noviembre de 1950 y 7 de abril de 1960 puedan interpretarse en el sentido de alterar el contenido del Decreto-ley, transformando el traslado voluntario en forzoso, máxime teniendo en cuenta que en todo caso el concurso expresado no fue propiamente el de méritos a que se refiere el artículo 2.º de la Orden de 15 de noviembre de 1950, y disposiciones anteriores, aunque en tal concurso, convocado con arreglo a la Ley de 24 de abril de 1958, la Comisión especial tenga, en virtud de su artículo 6.º, que apreciar la antigüedad y demás circunstancias de los concursantes, pues si tal apreciación pudiera cambiar la naturaleza del traslado de voluntario en forzoso, a los efectos de indemnizaciones a los funcionarios por cambio de residencia, el artículo 18 del Decreto-ley de 7 de julio de 1949 quedaría plenamente desvirtuado, con grave repercusión en los presupuestos del Estado, de tal modo que lo esencial en el presente caso es que el concurso de traslado se convocó con arreglo a la Ley de 24 de abril de 1958, y no a disposiciones anteriores, y los concursos que ordenan dicha Ley no son propiamente los de méritos a que se refiere la Orden de 15 de noviembre de 1950» (*Sentencia de 11 de octubre de 1961*).

«El artículo 18 del Reglamento de Dietas y Viáticos, aprobado por Decreto-ley del 7 de julio de 1949, reconoció a «los funcionarios públicos, en caso de traslado forzoso de residencia en territorio nacional», el derecho «al abono de los gastos de viaje, los de su esposa, hijas solteras e hijos menores de edad o incapacitados», así como «a una indemnización de seis dietas de su categoría, por individuo de la familia antes señalada que se traslade, y al transporte del mobiliario», pero supeditándolo a «la forma que con carácter general se regule por la Presidencia del Gobierno», por lo que es preciso examinar la Orden dictada por ésta, en 15 de noviembre de 1950, a dichos fines, y la cual, en su artículo 2.º, dispone que «tendrán la consideración de traslado forzoso de residencia... los que se efectúen dentro del mismo Cuerpo o Carrera, con las siguientes circunstancias: ... III. Los traslados motivados por el nombramiento individual del funcionario para destinos de elección, de provisión por concurso de méritos...», con lo que claramente quedaba normada la posibilidad de que quienes obtuvieran un traslado como consecuencia de concurso, donde jugaran como factor principal los méritos de los interesados y no la antigüedad, se les abonará la indemnización como si fuera forzoso, por equiparación al mismo, aun cuando en realidad no lo sea, por estar precedido de la petición o acto de voluntad del funcionario, instando tomar parte en el concurso.»

«De lo expuesto se deduce que la Orden del 15 de noviembre de 1950 excedió los límites señalados en el Decreto-ley del 7 de julio de 1949, pues mientras éste reconoció determinados derechos para los casos «de traslado forzoso», no autorizó, en su artículo 18, a la Presidencia del Gobierno, para otra cosa que para regular con carácter general la forma de dicha concesión, pero no para crear asimilaciones a tal clase de tras-

lados, reputando como de dicha índole aquellos que no lo son, por su origen o por su propia naturaleza, derivada de la voluntad de los interesados y no de una imposición o necesidad administrativa, producida al margen de los deseos de aquéllos, contrariando su estabilidad residencial; de donde se deduce que en dicha Orden de 1950 se contienen dos normativas jurídicas, completamente diferenciadas: las de tipo formal que desarrollan el artículo 18 del Decreto-ley del 7 de julio de 1949, y aquellas otras que constituyen creación de nuevos derechos, cual las de extender los beneficios de los traslados forzosos a los que se produzcan en virtud de concurso de méritos, preceptos estos últimos también válidos, ya que no contradicen disposición alguna anterior de superior rango, sino que con carácter general otorgan otros beneficios o asimilaciones.»

«Vigentes tales disposiciones, tanto en 13 de marzo de 1958, cuando se publicó la Orden de convocatoria del concurso de fecha 11 de enero anterior, como al solicitar el accionante participar en el mismo, y en 22 de agosto del referido año, al resolverse aquél mediante su designación, al igual que en 1 de septiembre siguiente cuando tomó posesión de su nuevo cargo, en 12 de agosto de 1959, al obtener prórroga de un semestre para la presentación de su cuenta de gastos de traslado, y en 18 de febrero de 1960, al formularla, no cabe pueda mantenerse duda alguna sobre aplicabilidad de aquellos preceptos al interesado, ya que los mismos regían durante todo el desarrollo del cambio de residencia de éste, desde su iniciación por el traslado hasta su término mediante la toma de posesión y aun desde antes del primer momento, al anunciarse la convocatoria, hasta después de estar en su nuevo destino el funcionario, al formular la cuenta de gastos, por lo que, a tenor del citado artículo 18 del Decreto-ley del 7 de julio de 1949 y artículo 2.º de la Orden del 15 de noviembre de 1950, es obligado reconocer al recurrente su derecho al percibo de sus gastos de viaje y dietas de seis días, así como los correspondientes a su esposa e hijos, conforme tiene reclamado administrativamente.»

«La Orden del 7 de abril de 1960, en que se basan las resoluciones impugnadas del 9 de mayo y 3 de diciembre de 1960, no es de aplicación al caso presente, por ser de fecha posterior a la iniciación del concurso, resolución de éste, traslado del actor, toma de posesión del nuevo destino y formulación de la cuenta de gastos, de lo que claramente resulta no estuvo vigente en ningún momento de las actuaciones creadoras del derecho del recurrente y sin que la enunciación de la misma como disposición aclaratoria del apartado III del artículo 2.º de la Orden del 15 de noviembre de 1950, lo puede conferir tal rango, pues las normas jurídicas no tienen la condición que en ellas mismas se atribuyen, sino la que resulta de su propia naturaleza y contenido, por lo que del examen de éste, en cuanto a la Orden del 7 de abril de 1960, es ineludible asignarle entidad y substantividad propia, pues aun cuando exclusivamente pretenda aclarar el precepto que cita, lo que realmente verifica es una derogación del mismo, por establecimiento de requisitos o condiciones totalmente diferentes de los que figuraban en aquél, con criterio más restrictivo, justo y acorde con lo que significa un traslado forzoso,

pero al que no puede darse efecto retroactivo, debiendo sólo regir desde su promulgación, y sin que quepa tampoco el amplio criterio de hacerlo a partir de la Ley de 24 de abril de 1958 sobre provisión de cátedras vacantes, por ser ésta, según se dice en el preámbulo de la Orden de 1960, la que hizo surgir las dudas sobre la interpretación del apartado y artículo citados de la Orden de 1950, ya que a ello se opone el artículo 1.º del Código Civil, en cuanto regula la fecha en que han de entrar en vigor las disposiciones legales, en virtud de lo cual queda constreñida la eficacia de la repetida Orden del 7 de abril de 1960 a los traslados por méritos que tengan lugar con posterioridad a ella.»

«Abona este criterio sobre el carácter de precepto derogador, modificador o alternador de la Orden del 15 de noviembre de 1950, que se atribuye a la Orden del 7 de abril de 1960, el simple cotejo de sus disposiciones, pues mientras en la primera es único requisito esencial que el traslado por concurso de méritos se produzca «dentro del mismo Cuerpo o Carrera», en la segunda Orden de 1960 se exigen tres condiciones ineludibles para que aquellos traslados tengan la conceptuación de forzosos, que son: la calificación por el Ministerio al anunciarlos como «concurso de méritos», que tenga por objeto «cubrir, con carácter individual, cargos específicos singulares o relevantes» y «que no sea condición bastante para concurrir la de formar parte del Cuerpo o plantilla a que pertenezca la vacante», por lo que no existe paridad entre ellas, ni la segunda es aclaración de extremo alguno de la primera, que en su normativa no ofrece duda, dada la concisión y claridad de sus términos, en lo que a este particular se refiere, sino que, por lo contrario, es bien manifiesta la total contradicción entre el último requisito de la Orden de 1960 y el único de la Orden de 1950, oposición que nunca puede reputarse como desenvolvimiento aclaratorio de un precepto, sino únicamente de sustitución de éste por el posterior.»

«Igualmente, tampoco puede tenerse en cuenta la Ley de 24 de abril de 1958, sobre provisión de cátedras vacantes, ni aun en el supuesto de querer hacer arrancar de ella la aplicabilidad de la Orden de 7 de abril de 1960, por cuanto que la convocatoria efectuada no se hizo al amparo de aquella disposición legal, sino en fecha anterior a la misma, el 11 de enero de 1958, y con base en la legislación entonces vigente, citando expresamente los Decretos de 26 de mayo de 1945 y 10 de agosto de 1954, para resolver el «concurso de traslado», teniendo «en cuenta los méritos y preferencias que establece el artículo 3.º del Decreto de 5 de septiembre de 1940».

«Finalmente, aun de pretender aplicar la Orden del 7 de abril de 1960, también se darían en el presente caso las condiciones que exige ésta para reputar forzoso el traslado obtenido por el accionante, por cuanto que, al no establecer como norma calificadora negativa la voluntariedad de solicitud del interesado y como único elemento definidor positivo la imposición del cambio de residencia, sino exigir los tres requisitos detallados anteriormente, es visto que todos y cada uno de ellos son cumplidos en el concurso motivador de estas actuaciones, pues en su anuncio o convocatoria se hizo presente se resolvería por méritos, se trataba de cubrir individualmente cargos específicos singulares y no era

condición bastante para obtener la plaza el pertenecer al Cuerpo o plantilla, pues podría declararse desierta la provisión, de no reunir méritos de índole pedagógica o académica los solicitantes, especialmente cuando se trata de cátedras de Madrid o Barcelona, que requieren turnos y condiciones diferentes a las establecidas para las demás» (*Sentencia de 13 de junio de 1961*).

8. *Derecho a honores. Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria.*

«Las actuaciones administrativas ponen de manifiesto que las lesiones que sufrió el recurrente y que fueron determinantes de su mutilación, tuvieron lugar el 7 de febrero de 1939, con ocasión de que el Batallón de X., número 6, al que pertenecía dicho recurrente como Teniente provisional, se trasladaba desde Córdoba al frente de Aragón, y al llegar a la estación férrea de Ricla y abandonar la tropa el tren para hospedarse en la población, quedó el referido Teniente en servicio de guardia de dos presos que conducía el Batallón, algo alejado de la vía en que estaban estacionados los vagones de impedimenta de las compañías, en cuyas circunstancias llegó un tren de mercancías que arrolló a los vagones aludidos, originando la explosión de uno de ellos, que iba cargado de municiones, sin que conste en forma alguna que en el hecho interviniera el enemigo, ni tampoco rebeldes, sediciosos o facciosos; resultancia que es coincidente en lo sustancial con las alegaciones de hecho de las partes consignadas en sus respectivos escritos de demanda y contestación.

A la vista de la resultancia que se deja expuesta, la cuestión a resolver en el presente caso queda reducida a determinar si concurren o no los requisitos o circunstancias que el artículo 4.º de la Ley de 26 de diciembre de 1958 exige para ser declarado Caballero Mutilado de Guerra por la Patria, consistentes, según su párrafo primero, en formar parte de fuerzas armadas y sufrir lesión corporal que haya sido producida por el hierro o fuego del enemigo, rebeldes, sediciosos o facciosos, por efecto de cualesquiera de los elementos de ataque, destrucción o defensa o acción directa de los agentes atmosféricos, cuando la lesión hubiera sido causada en la prestación de un servicio de guerra, represión de delitos contra la seguridad de la Patria o del Estado o de los Ejércitos, así como en otros hechos de armas equiparados a aquéllos por las Leyes, siendo fácil advertir que en el caso que se contempla no se han reunido los supuestos de hecho indispensables para creerlo comprendido en el precepto antes anotado, toda vez que las lesiones que sufrió el actor se debieron a un mero accidente sin intervención del enemigo ni de otros agentes contrarios ni atmosféricos y sin que los hechos puedan reputarse como de armas por sí ni por equiparación; sentado lo cual es incuestionable que la clasificación del mencionado actor sólo puede hacerse como Mutilado en acto de servicio, de acuerdo con lo que dispone el párrafo segundo del mismo artículo que se estudia, al referirse a los Militares que sufrían lesión por accidente ocurrido en la prestación de un servicio, acción de gases, manipulación de instrumentos o acciones similares de la vida militar propias de la finalidad

y naturaleza de las fuerzas armadas, concepto éste en el que sí encajan adecuadamente las circunstancias en que se han producido las lesiones» (*Sentencia de 23 de octubre de 1961*).

9. *Derechos pasivos. Militares. Pensiones extraordinarias de retiro.*

«La cuestión única a resolver en el presente litigio consiste en determinar si a un Guardia civil retirado por edad y que tomó parte en la Campaña de Liberación como Sargento provisional, debe señalársele una pensión extraordinaria de retiro del 90 por 100 de su sueldo regulador, conforme al artículo 4.º de la Ley de 13 de diciembre de 1943, como sostiene el recurrente, o si sus haberes pasivos han de serle fijados en el 70 por 100 del regulador, de acuerdo con el Estatuto del 22 de octubre de 1926, como hicieron las resoluciones impugnadas.»

«No contradicho lo expuesto, el hecho de que el interesado hubiera ostentado la categoría de Sargento provisional, pues de la íntima conexión que guarda la Ley de 13 de diciembre de 1943 con la de 12 de julio de 1940, así como de las exposiciones de motivos de las mismas, se observa que, tanto una como otra, se refieren exclusivamente a las Escalas Profesionales de los distintos Cuerpos y Armas, por lo que siendo los únicos empleos militares efectivos en propiedad logrados por el accionante los de Cabo de Ejército y Guardia Civil, no pueden extenderse dichas pensiones extraordinarias a casos que expresamente no se encuentran comprendidos en los preceptos creadores de las mismas, por tener sólo aquella catalogación militar de Sargento provisional una índole transitoria, pero no carácter definitivo y permanente, como la Ley exige.»

«Sostienen análoga doctrina a la de esta sentencia las citadas en los Vistos de la misma, en los cuales se mantiene el criterio de no ser aplicables las Leyes antes mencionadas, ni las pensiones extraordinarias de retiro referidas, a quienes profesionalmente son Cabos Primeros del Ejército, números de la Guardia Civil o Policías Armados, a pesar de la superior graduación obtenida por los mismos en la Escala Complementaria con carácter provisional» (*Sentencia de 4 de noviembre de 1961*).

III. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS.

1. *Falta de probidad.*

«Si se pasa al examen crítico de los elementos de convicción reunidos en las actuaciones administrativas en relación con los demás hechos que se imputan al recurrente, se obtiene el resultado de que el procedimiento seguido por éste para comunicar a los interesados la llegada de las licencias de importación, al igual que la entrega de éstas por el mismo, como también la retención de alguna licencia que se supone verificada durante dieciséis días y las trabas o dificultades opuestas a algunos solicitantes de licencias, no representa grave quebrantamiento

de normas legales sobre la materia—que tampoco se invocan en el expediente—, ni, aunque constituyeran infracciones legales, podrían significar por sí la ausencia de probidad que se les adjudica, porque para llegar a esa afirmación sería indispensable que se hubiera probado con la indispensable claridad que de tales actos hubiese obtenido el demandante un beneficio personal concreto y definido o hubiese intentado obtenerlo, circunstancia ésta que no se concreta en la propia propuesta de resolución ni cabe presumirla tan difusa e infundadamente como se hace al recoger como uno de los cargos el rumor que se dice circulaba en X sobre supuesta conducta inmoral del actor y sobre el disgusto que produjo su nombramiento, extremos éstos que, para ser validados, requieren una prueba eficaz sobre su certeza, cuantía de los beneficios, modalidad, etc., que no puede ser sustituida por una sospecha con forma indeterminada, contradicha mediante elementos de prueba tan específicos y caracterizados como son las declaraciones juradas suscritas por el Director del Banco Central, Jefe del Sindicato de Transportes y Secretaría de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación, todos de X, obrantes a los folios 83, 84 y 85 del expediente; de la misma manera que los regalos que en la propuesta se afirma recibía el recurrente en cuantía escasa con ocasión de las fiestas navideñas, requieren ser probados con determinación de quién los hiciera, naturaleza y clase de aquéllos y demás elementos de juicio necesarios para su ponderación; nada de lo cual se ha acreditado en el expediente.»

«Por el resultado del análisis que se deja hecho en la precedente consideración, es obligado concluir los cargos atribuidos al actor en relación con su conducta moral no ofrecen los caracteres precisos para creerlos incurso en el número 3.º del ya citado artículo 58 del Reglamento de Funcionarios como falta de probidad, ni como ninguna de las previstas en el mismo, todas las cuales, por la gravedad extrema de la sanción que llevan aparejada, sólo pueden ser apreciadas en forma restrictiva y sin aplicaciones analógicas, en los casos en que las inculpaciones han sido probadas por medios convincentes, según criterio que tiene establecido la doctrina jurisprudencial, de la que es una expresión la sentencia de 7 de abril de 1953 que en la demanda se invoca» (*Sentencia de 3 de julio de 1961*).

RAFAEL ENTRENA CUESTA.

Catedrático de Derecho Administrativo.

