

2. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

Sumario: I. SELECCIÓN: 1. El primer derecho de los participantes en los concursos es a que éstos se celebren cumpliéndose los plazos señalados para que se continúe el procedimiento, y si no se observan está obligada la Administración a realizar los actos y ejercicios propios del sistema selectivo. Con independencia de que el interesado pueda reclamar en queja, podrá pedir que continúe el procedimiento, y si su petición es desestimada expresamente o por silencio, podrá acudir a la jurisdicción contenciosa, por tratarse de un acto trámite que suspende la continuación del expediente. 2. Al no existir en el Reglamento regulador del ingreso en la Administración pública un plazo para que ésta, una vez concluidas las oposiciones y presentada la documentación por los opositores aprobados, efectúe el nombramiento habrá que estar al plazo de seis meses establecido en el artículo 61 de la LPA. 3. Salvo caso de fuerza mayor, la no presentación por quien fue aprobado en una oposición dentro del plazo establecido en las bases de la convocatoria de los documentos requeridos en las mismas determina la anulación de las actuaciones del opositor. 4. Prioridad en concurso de traslado del excedente forzoso respecto de otros compañeros que no se encuentran en esta situación, aunque tengan mayor antigüedad. Artículos 119 y 172 del RFCL.—II. DERECHOS: 1. La Administración puede, discrecionalmente, en base al artículo 102 de la Ley de Funcionarios, separar a los funcionarios de empleo. 2. El artículo 3.º del Decreto de 7 de junio de 1933, relativo a la reducción de los honorarios de los Arquitectos, abarca no sólo las obras y proyectos para las Administraciones estatal, local e institucional, sino también las que se realizan para otros Organismos oficiales de carácter público. 3. Derecho de los Catedráticos de Institutos Nacionales de Enseñanza Media a percibir gratificación por unidades didácticas semanales impartidas por encima del mínimo legalmente establecido. 4. Improcedencia del cómputo a efectos de trienios de los servicios prestados por un Catedrático de Universidad en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, porque, al ser éste un Organismo autónomo, no está comprendido en el artículo 6 de la Ley de 4 de mayo de 1965. 5. Improcedencia del cómputo de los servicios prestados con carácter interino a efectos de trienios. 6. Cuando la Orden que promueve al empleo a un militar designa la antigüedad, ésta será la fecha a tomar en cuenta a efectos del percibo de trienios. 7. A partir de la publicación de la Ley 7/1970, de 4 de julio, no ofrece duda el derecho a percibir indemnización familiar por los hijos adoptivos, confirmado de modo implícito por la Ley de 19 de junio de 1971, sobre protección a las familias numerosas, y el Decreto de 23 de diciembre siguiente, que la desarrolla. 8. El artículo 12, párrafo 5.º, de la Ley general de Recompensas a las Fuerzas Armadas, de 4 de agosto de 1970, es aplicable a las clases de tropa que, como las de la Guardia Civil, no pasan a la situación de licenciadas, sino a la de retiradas. Dicho precepto, dados los servicios que viene a recompensar, no puede ser objeto de interpretación restrictiva. 9. Improcedencia de la percepción de complementos, incentivos y trienios por el cargo de Catedrático de Universidad por el funcionario de carrera Fiscal que simultanea ambos cargos. 10. Legislación aplicable, en particular, a efectos de actualización a las pensiones extraordinarias concedidas por leyes especiales a personas determinadas.

11. Si el derecho a solicitar la pensión de retiro se ejercita transcurridos cinco años del hecho que la hizo nacer, sus efectos económicos se producirán a partir del día primero del mes siguiente al de la presentación de la oportuna solicitud.

III. RÉGIMEN DISCIPLINARIO: Falta de prueba de los motivos de recusación del Juez Instructor y el Secretario del expediente disciplinario. El acceder o no a la prueba solicitada por el inculpado es potestad del Juez Instructor que podía denegarla cuando la considere necesaria o superflua, mientras no fueren decisivas en términos de sana lógica. Así como pueden desaparecer cargos después de la resolución inicial del expediente disciplinario también pueden aparecer cargos nuevos, sin que por ello haya que tramitar expedientes separados.

I. SELECCIÓN

1. *El primer derecho de los participantes en los concursos es a que éstos se celebren cumpliéndose los plazos señalados para que se continúe el procedimiento, y si no se observan está obligada la Administración a realizar los actos y ejercicios propios del sistema selectivo. Con independencia de que el interesado pueda reclamar en queja, podrá pedir que continúe el procedimiento, y si su petición es desestimada expresamente o por silencio, podrá acudir a la jurisdicción contenciosa, por tratarse de un acto trámite que suspende la continuación del expediente.*

«Convocado por Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 9 de diciembre de 1971 concurso para acceso a la cátedra de Derecho Político de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, fue admitido el recurrente como único aspirante el 11 de febrero de 1972, y como desde esta fecha transcurriera un plazo superior a los seis meses, previsto con carácter general para la resolución de todo tipo de expediente administrativo, según el artículo 61 de la Ley de 17 de julio de 1958, y más específicamente por el artículo 6 del Decreto 889/1969, de 8 de mayo, que regula las convocatorias para cátedras entre agregados de la Universidad, el interesado solicitó de la Administración el 21 de febrero de 1973 que se continuara el procedimiento, denunciando la mora, y al no haberse producido contestación en el plazo legal, formuló el presente recurso contencioso-administrativo, al que se opone la causa de inadmisibilidad del artículo 88, c), en relación con el artículo 37, 1, de la Ley Jurisdiccional, por falta de acto administrativo, ya que si en la tramitación del concurso se ha producido una dilación superior a la legalmente prevista, ello es determinante de una reclamación en queja del artículo 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo, alegación que no puede aceptarse, pues el primer derecho de los participantes en los concursos es a que éste se celebre cumpliéndose los plazos señalados para que se continúe el procedimiento y si no se observan, como ha declarado la jurisprudencia (Sentencias de 19 de mayo de 1964, 27 de junio de 1966, 7 de diciembre de 1968, etcétera), está obligada la Administración a realizar los actos y ejercicios propios del sistema selectivo, pues con independencia de que

el interesado esté facultado para utilizar el recurso de queja, puede reclamar como candidato que se siga el procedimiento hasta llegar al momento en que aquélla lo proponga o no para la plaza según en la resolución final del concurso se estime, que reúna las condiciones de aptitud para la que fue convocada, ya que la negativa a continuar un concurso comenzado, como sucede en este caso, al no haberse contestado positivamente la reclamación del demandante y jugar el silencio administrativo, significa hallarse en el supuesto del artículo 37, 1 de la Ley Jurisdiccional, es decir, la producción de un acto de trámite que suspende la continuación del expediente, y que por tanto es susceptible de recurso contencioso administrativo.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 20 de diciembre de 1976.*)

2. *Al no existir en el Reglamento regulador del ingreso en la Administración pública un plazo para que ésta, una vez concluidas las oposiciones y presentada la documentación por los opositores aprobados, efectúe el nombramiento habrá que estar al plazo de seis meses establecido en el artículo 61 de la LPA.*

«Convocado concurso-oposición libre para la provisión de la plaza de Profesor agregado en la Facultad de Letras de la Universidad de La Laguna, concluyeron las pruebas y el Tribunal calificador propuso que fuera nombrado el recurrente, el cual presentó ante la Administración los documentos acreditativos de las condiciones de capacidad dentro del plazo de treinta días señalado en la convocatoria, haciéndolo el día 12 de febrero de 1972, pero como al cabo de seis meses de haber cumplido estos requisitos el interesado no fuera nombrado, solicitó nuevamente la designación para la plaza citada, reclamando daños y perjuicios producidos por la pasividad administrativa y que se procediera a su designación con efectos retroactivos de 12 de febrero de 1972, recayendo el 4 de septiembre de 1972 el nombramiento, en el que no se hacía mención del resto de sus peticiones, acto recurrido en reposición y desestimado por silencio de la Administración.

Las alegaciones del actor se fundamentan en que con arreglo al Reglamento General para ingreso en la Administración pública, de 27 de junio de 1968, el resultar propuesto por el Tribunal Calificador para la plaza convocada no sólo tiene derecho a ser nombrado, según el artículo 9 del citado Reglamento, puesto que las resoluciones del Tribunal vinculan a la Administración, sino además a obtener su designación, inmediatamente a la propuesta, pues la función de mera comprobación del Ministerio de Educación y Ciencia no puede disculpar un retraso tan dilatado, ya que el Reglamento en cuestión no fija un plazo para que la Administración, al recoger la propuesta, efectúe el nombramiento, mas como aquélla, al recibir el expediente del Tribunal examinador, puede revisar las resoluciones de dicho Organismo, conforme al artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, su actividad no es automática, sino que, a tal fin, necesita un plazo, que ha de ser calcu-

lado prudencialmente, y en caso de que se estime excesivo, habría que indicar qué elementos de juicio se toman en cuenta para determinar cuál sería el plazo normal, lo que no se indica en el recurso, debiendo también interpretarse el Reglamento de 27 de junio de 1968, en función del resto de las normas de procedimiento administrativo, por lo que al no existir en dicho Reglamento un precepto que se refiera al plazo que tiene la Administración gestora para verificar los nombramientos, una vez finalizada la actuación de los Tribunales Calificadores, que aplicar supletoriamente la Ley de 17 de julio de 1958, como así resulta del artículo 12 del Reglamento de 27 de junio de 1968, y entonces el plazo de que disponía el Ministerio, según el artículo 61 de la Ley General de Procedimiento Administrativo, sería el de seis meses, que contado desde el 12 de febrero de 1972, momento en que el interesado completó la documentación, vencía en fecha muy aproximada a la que se verificó el nombramiento, por lo que no puede estimarse que la Orden impugnada haya infringido el Ordenamiento Jurídico.

Se solicita la retroacción del nombramiento del recurrente, de modo que deje a salvo su derecho preferente con respecto a otros Profesores agregados, que hayan sido propuestos con posterioridad a él, y aunque se acepte que lo pretendido es una mera consecuencia de su derecho al cargo, para poder accederse a esta petición, dada la naturaleza revisora de la Jurisdicción que no le permite hacer declaraciones preventivas sobre hipotéticas situaciones jurídicas, sería preciso acreditar, qué otros funcionarios, que han tomado parte en procedimientos para ingreso a plazas de Profesores agregados, con posterioridad al actor, que han sido nombrados antes que éste y que ello le ha ocasionado perjuicios concretos, ya que de lo contrario se fiscalizarían actos o conductas de la Administración ajenas por completo al nombramiento impugnado y el propio demandante no denuncia que tales circunstancias hayan acontecido.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 13 de diciembre de 1976.*)

3. *Salvo caso de fuerza mayor, la no presentación por quien fue aprobado en una oposición dentro del plazo establecido en las bases de la convocatoria de los documentos requeridos en las mismas determina la anulación de las actuaciones del opositor.*

«Conforme tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia de esta Sala, la convocatoria constituye la ley de la oposición y obliga tanto a la Administración como a los opositores a ajustarse a los términos de la misma, y como la convocatoria de las oposiciones que son objeto de la presente litis y que no fue impugnada disponía con toda claridad que en el plazo de treinta días, a partir de la propuesta de nombramiento, habría de presentarse la documentación exigida entre la que se encontraba la certificación de compatibilidad de horarios y que sólo una causa de fuerza mayor podría evitar que la no presentación en plazo de tal documentación implicase la anulación de las

actuaciones del opositor de que se tratase, apareciendo en las actuaciones que el actor en el mencionado plazo que finalizó el 24 de junio de 1972, ni tan siquiera el 3 de julio siguiente en que el Ministerio decretó la anulación de sus actuaciones hubiera hecho manifestación alguna en relación con la no presentación del certificado de compatibilidad exigido, y sólo más tarde tuvo entrada en la Sección correspondiente del Ministerio una instancia que fechó en 23 de junio, pero que según consta fehacientemente en el expediente tuvo entrada en el Registro General del Ministerio de Educación y Ciencia el día 6 de julio de 1972, y en la que se limitaba a solicitar una demora en el plazo de presentación de la documentación hasta que se recibiera de la Presidencia del Gobierno la autorización de compatibilidad; petición extemporánea en la que no se invocó ninguna causa de fuerza mayor, que no existió, y así lo reconoce expresamente el actor en el fundamento de derecho segundo de su demanda ante esta Jurisdicción, por lo que, dado los términos de la convocatoria, la resolución ministerial anulando las actuaciones de este opositor resulta plenamente ajustada a Derecho; sin que puedan tenerse en consideración las alegaciones que se hacen en la demanda sobre la dependencia de esta condición de la propia Administración, lo que conduciría a su nulidad, que se aviene mal con el reconocimiento que se hace en la propia demanda de que la Administración tenía facultad para contestar en sentido negativo a su pretensión de compatibilidad, ya que en tal caso podía el actor tener una posibilidad de opción, porque si se hubiera declarado o certificado la no compatibilidad, ganada su cátedra, podía haber renunciado a su plaza de Ingeniero en el Instituto Geográfico o pedido una excedencia para romper la incompatibilidad declarada en tal supuesto, opción que bien pudo hacerla el interesado al no recibir contestación de la Presidencia del Gobierno en tiempo hábil.» (*Sentencia de la Sala 5.ª del T. S. de 4 de diciembre de 1976.*)

4. *Prioridad en concurso de traslado del excedente forzoso respecto de otros compañeros que no se encuentran en esta situación, aunque tengan mayor antigüedad. Artículos 119 y 172 del RFCL.*

El tema planteado en este proceso por el actor, Practicante A. T. S., titular propietario del distrito 2.º de Candeleda (Ávila), es el del supuesto mejor derecho suyo a la adjudicación de la plaza de Getafe (Madrid), distrito único, primera categoría, sacada a concurso por resolución de la Dirección General de Sanidad de 4 de noviembre de 1969, y adjudicada por resolución definitiva de dicho Centro directivo de 20 de julio de 1970 a un tercero, don Rafael B. J., con mucha menos antigüedad en el Cuerpo, e incluso con servicios prestados sólo con carácter interinos, según afirmaciones del actor, aunque él mismo reconoce que aprobó las oposiciones de ingreso, convocadas por Orden de 30 de abril de 1949; basando la Administración la decisión en autos impugnada en el hecho de que el citado señor B. J. se encontrara, en el

momento del anuncio del concurso que nos ocupa, en la situación de excedencia forzosa, y en la preferencia que ello supone, conforme a lo previsto en el Reglamento del Personal Sanitario al servicio de las Corporaciones Locales, de 27 de noviembre de 1953 (art. 119-1-2.º), vigente a la sazón.

La especialidad ofrecida por la cuestión litigiosa radica en la circunstancia de que el citado don Rafael B. J. fuera declarado excedente forzoso por la Administración, no por la concurrencia, a juicio del actor, de una de las causas que legalmente puedan producirla, sino como medida correctora, acordada por el Ministerio de la Gobernación, con el fin de paliar los efectos del error en que incurrió, al sacar a concurso la plaza de primera categoría de Briviesca, y adjudicársela a aquél al resolver el mismo, por resolución de 10 de julio de 1965, siendo así que no existía entonces vacante alguna en dicho distrito, al haber quedado amortizada la segunda plaza, anteriormente existente, y estar cubierta en propiedad la otra.

Como la circunstancia y hechos anteriormente relatados han sido reconocidos por el propio accionante, y como nada se ha dicho, y menos probado, de que, aparte el error referido, se hubiera cometido cualquier otro, ello significa que, de no ser por la amortización de la segunda plaza de Practicante titular de Briviesca, el señor B. J. hubiera pasado a ocupar la misma, en virtud del aludido concurso de 1965, puesto que la presunción de legalidad y veracidad en la actuación de la Administración cubre todos sus actos, salvo en los supuestos concretos de excepción, en que, por nulidad radical, o por anulabilidad, deba operar una solución contraria.

Lo expuesto evidencia que el tan repetido señor B. J. podía alcanzar y conseguir, dentro de su Cuerpo, en 1965, una plaza de primera categoría como era la de Briviesca, y que la Administración con su error le provocara la desilusión de privarle de algo, que ella misma había ofrecido, al anunciar el concurso al que en este momento nos estamos refiriendo, y, con él, la lista de plazas vacantes, entre las que figuraba la mencionada, lo cual explica el que el Ministerio de la Gobernación (Dirección General de Sanidad) declarara al señor B. en situación de excedencia forzosa, ya que ésta, conforme a lo dispuesto en el mencionado Reglamento de 27 de noviembre de 1953 (art. 172), puede concederse, no sólo en los supuestos de amortización de plaza y de reposición legal de otro funcionario en la misma, sino también como consecuencia de "actos administrativos que produzcan iguales efectos que cualquiera de los anteriores", que es lo ocurrido en la presente ocasión, en la que, si bien la plaza está amortizada con anterioridad, el error de la Administración, al actuar como si no lo estuviera, motivó que a quien se le adjudicó erróneamente se viera privado de la misma, siendo accesorio el que esto ocurriera desde el primer momento, y no después de estar posesionado de ella más o menos tiempo.

Al quedar justificada la concesión de excedencia forzosa al señor B., no se le puede privar al mismo del beneficio que ofrece a todos los

de su misma situación el repetido artículo 119 del varias veces citado Reglamento, a saber, la preferencia en la adjudicación de plazas en concursos de traslado, sobre todo frente a compañeros que no puedan esgrimir otra cosa que una mayor antigüedad, como ocurre con el recurrente, máxime cuando tal beneficio no sólo está pensado en función del excedente forzoso, sino de la propia Administración, ya que sobre ésta gravita la carga, mientras dure dicha excedencia, de satisfacer al funcionario afectado por la misma, una remuneración equivalente a las dos terceras partes del sueldo, según previene el número 3.º del artículo 172 de este mismo Reglamento, hecho que naturalmente implica la existencia de un gasto público, sin la contrapartida de la prestación de servicio por parte del funcionario; situación a todas luces inconveniente, que es la que motiva que el mismo artículo 172, en su número 4.º, obligue a estos excedentes forzosos a solicitar todas las vacantes que puedan producirse dentro de su categoría.

Al haber cumplido el señor B. J. con esta obligación de solicitar cuantas plazas puedan quedar vacantes, dentro de la categoría primera, a la que correspondía Briviesca, según informa en el expediente administrativo el Jefe de la Sección de Personal de la Dirección General de Sanidad, en comunicación de fecha 7 de junio de 1971, es obvio que con ello, dentro de su situación reglamentaria de excedencia forzosa, tenía preferencia sobre el accionante, más antiguo que él, como antes se dijo, puesto que este factor por si solo resulta insuficiente para neutralizar y contrarrestar el privilegio, dentro del concurso, que disfrutaba quien, por razón de dicha excedencia, turnaba con preferencia, conforme al orden establecido en el tan repetido artículo 119 del Reglamento de Sanidad, sin que sea óbice a lo dicho el que en este precepto se haga referencia a plazas que "tengan igual categoría a la de la que venían desempeñando al pasar a la situación de excedencia...", ya que esta expresión corresponde al supuesto general, en el que resulta obligado subsumir el especial que nos ocupa, ya que la singularidad del mismo ofrece suficientes razones para que este excedente forzoso no sea de peor condición de los demás, al haber pasado a tal situación por causa a él no imputable, y sí por entero a la Administración; circunstancias que, en su conjunto, obligan a la desestimación del recurso, por encontrarse ajustada a Derecho la resolución aquí residenciada.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 1 de diciembre de 1976.*)

II. DERECHOS

1. *La Administración puede, discrecionalmente, en base al artículo 102 de la Ley de Funcionarios, separar a los funcionarios de empleo.*

«El cese del funcionario de empleo interino, recurrente, declarado el 6 de septiembre de 1972 por la Dirección General de la Función Pública, con efecto del día 30 del mismo mes y con motivo de la resolución del

concurso de méritos 1/1972, para provisión de vacante en el Cuerpo Auxiliar, fue ratificado el 9 de abril de 1973, de conformidad con el artículo 102 de la Ley articulada de 7 de febrero de 1964, según el cual el funcionario de empleo interino es nombrado y separado libremente por la Administración, sin más requisitos, en su caso, que los que pudieran establecer circunstancias especiales que no concurrieran en dicha ocasión, por lo que, en uso de las facultades que el citado precepto confiere, procedió al cese, que es un acto dispositivo de la Administración en materia de su propia e interna organización, definitivo en cualquier caso, según expresión literal del aludido acuerdo, contra el que recurrió en reposición la interesada ante la Presidencia del Gobierno, que la desestimó en 30 de noviembre de 1973.

La falta de motivación, fundada en lo preceptuado en el artículo 43, a), de la Ley de Procedimiento Administrativo, no debe estimarse suficiente para obtener la anulación del acto, en el que se expresen las razones que sirven de fundamento a la decisión, toda vez que aquel requisito formal sólo tiene por finalidad conocer con certeza y exactitud la voluntad manifestada en el acto y la posibilidad de su control jurisdiccional (Sentencias de 21 de marzo de 1968, 27 de enero de 1969, etcétera), y debe entenderse cumplido, al establecer la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes fácticos, el Derecho aplicable y la decisión adoptada, máxime cuando, conforme a lo previsto en el artículo 48, 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo, los actos y acuerdos "no podrán ser anulados por defectos de trámite, salvo que sean esenciales o produzcan indefensión", lo que no acontece, cuando es posible la defensa de los interesados, atacando los elementos expresados en el acto administrativo impugnado.

La circunstancia de que ni en el mes de septiembre de 1972, ni en el de abril de 1973 hubiese sido destinado a la Sexta Jefatura Regional de Transportes Terrestres (Oficina de Valencia) ningún funcionario de carrera del Cuerpo Auxiliar, no conduce a la anulación de la resolución que decretó el cese de la recurrente, como se propugna en la demanda, apoyándose en el artículo 5.º de la Ley de 7 de febrero de 1964, toda vez que la Administración no sólo ha aplicado la normativa atinente a la hipótesis contemplada en el segundo párrafo del artículo 104 de la misma, sobre la revocación del nombramiento al ser provista la plaza, sino que se ha ejercitado la facultad discrecional, prevista en el artículo 102, para la libre separación de los funcionarios de empleo (Sentencia de 27 de enero de 1969), sin derecho a la permanencia, a tenor de lo consignado en la credencial expedida a favor de la actora, acerca de la revocación del nombramiento, cuando, a juicio de la Administración, hubieran cesado las circunstancias urgentes que determinaron el mismo. (Sentencia de la Sala 5.ª de 15 de diciembre de 1976.)

2. *El artículo 3.º del Decreto de 7 de junio de 1933, relativo a la reducción de los honorarios de los Arquitectos, abarca no sólo las obras y proyectos para las Administraciones estatal, local e institucional, sino también las que se realizan para otros Organismos oficiales de carácter público.*

«Establecido en el artículo 3.º del Decreto de 7 de junio de 1933 que los honorarios de los proyectos redactados por los Arquitectos para el Estado, Provincias y Municipios y Organismos oficiales de carácter público se fijarán aplicando a los que tarifa el Real Decreto de 1 de diciembre de 1922 los descuentos que dice el cuadro incorporado a aquel artículo, las cuestiones a resolver son la de si la Obra Sindical del Hogar y Arquitectura, respecto a una promoción de viviendas y locales (y la antecedente urbanización), es un Organismo oficial de los comprendidos en el citado precepto y si las reducciones a los efectos de fijar los honorarios profesionales se limitan al estudio y redacción del proyecto o, por el contrario, también a la dirección de la obra.

El artículo 3.º que hemos dicho no se limita a la Administración estatal y a la Administración local y a la institucional, integrada por las Corporaciones e Instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad local, porque comprende también las obras para otros entes bajo la designación de Organismos oficiales de carácter público, calificativo que corresponde a la Obra Sindical del Hogar, definida en el artículo 40 de la Orden del 25 de marzo de 1972 y luego en la de 27 de enero de 1973 (en el art. 34), dentro de lo que en este punto establece la Ley 2/1971, de 17 de febrero (art. 37, párrafo 2), como instrumento de la Organización Sindical para la política de la vivienda, y en la precedente Orden de 9 de marzo de 1946 (arts. 77, 78 ap. i), 99 y 100), porque es una institución que al integrarse, con personalidad y patrimonio diferenciado, en aquella Organización, tiene carácter oficial público, ejecutora, en el caso del recurso, de una promoción de viviendas dirigida a erradicar el chabolismo y con una financiación a cargo del Instituto Nacional de la Vivienda en la totalidad del presupuesto protegible, lo que determina la inclusión del supuesto a los efectos de los honorarios de los Arquitectos, que son funcionarios del indicado Instituto, en el citado artículo 3.º, porque el proyecto lo ha sido para un Organismo oficial.» (Sentencia de la Sala 4.ª de 6 de diciembre de 1976.)

3. *Derecho de los Catedráticos de Institutos Nacionales de Enseñanza Media a percibir gratificación por unidades didácticas semanales impartidas por encima del mínimo legalmente establecido.*

«El primer motivo de oposición del Abogado del Estado, en cuanto al fondo del recurso se refiere, es que, si bien el Tribunal Supremo anuló las Ordenes de 10 de septiembre y 1 de octubre de 1966, que

fijaron el número de horas lectivas para los cursos de 1966 a 1967 y 1967 a 1968, sin embargo, no han sido anuladas, hasta la fecha, las Ordenes de 29 de octubre de 1969, 23 de octubre de 1970 y 20 de septiembre de 1971, que fijaron ese horario para los cursos siguientes, que son precisamente tres de los cinco cuyo pago reclama el actor; por lo que se refiere a la última de las Ordenes citadas, hay que tener en cuenta que al dictarse ya había recaído la Sentencia de 19 de mayo de 1971, que anuló las Ordenes de septiembre y octubre de 1968 (de las que la de 1971 no era sino una reproducción), y por lo tanto, al no ignorar esa sentencia la Administración (que fue parte en el recurso), debió cumplir el fallo en vez de prolongar situaciones que habían sido declaradas contrarias al Ordenamiento jurídico por sentencia dictada más de tres meses antes; lo mismo puede decirse de las Ordenes intermedias, no anuladas hasta la fecha, es cierto, pero que al establecer un horario lectivo superior al de doce horas semanales, infringen el mandato contenido en dos Leyes, una de ellas la de 4 de mayo de 1965—Ley núm. 37—, que reconoció el de doce horas semanales, rebasado el cual se abonarían a los Profesores que menciono la cantidad de 3.000 pesetas por hora impartida y curso académico, y en segundo lugar el artículo 6 de la Ley de 4 de mayo de 1965—Ley núm. 31—, la cual atribuyó al Consejo de Ministros—previo informe de la Comisión Superior de Personal—la fijación del horario o jornada de trabajo, por lo que las Ordenes que el Abogado cita no pueden oponerse a lo establecido en preceptos de superior rango, por disponerlo así el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico, y sin que puedan ser aplicadas cuando contravengan esos mandatos superiores—artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, ya que otra cosa equivaldría a mantener la primacía de un Reglamento contra Ley sobre la Ley misma.

El segundo motivo de oposición, en cuanto al fondo, lo extrae el Abogado del Estado del artículo 40-3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, que señala el plazo de un año para que pueda ejercitarse la acción que en él se regula, transcurrido el cual se entenderá caducado el derecho a reclamar; pero al alegar este plazo no se tiene en cuenta que el precepto que lo establece está regulando precisamente la responsabilidad patrimonial del Estado por lesiones—daños—causados a los administrados a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los Servicios Públicos, mientras que en el presente caso no nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial, sino ante la petición del pago de unos servicios prestados a la Administración por un funcionario, unido, por lo tanto, a ella, por una relación que excluye por esta sola causa la aplicación de las normas invocadas por el representante de la Administración, y por lo tanto este motivo de oposición, debiendo estarse, en su caso, a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública.

El tercer motivo lo opone el Abogado del Estado por entender aplicable el artículo 40-2 de la misma Ley de Régimen Jurídico, según el cual la simple anulación en vía contenciosa de las resoluciones de la Administración no presupone el derecho de indemnización; pero tampoco este motivo puede prosperar, ya que el pago solicitado no se deriva de la Sentencia judicial que anula las Ordenes de 1966, sino que lo que está pidiendo es el pago de unas horas lectivas impartidas y cuyo abono viene impuesto por la Ley de 4 de mayo de 1965, no derivándose la obligación de pago de la Administración de la anulación de las Ordenes, y por ello de la sentencia, sino de la relación funcionario-Administración, que al mismo tiempo que exige a aquél la prestación de unos servicios, impone a ésta la contraprestación de su pago en la forma establecida legal o reglamentariamente.

El último motivo de oposición lo basa el Abogado del Estado en que para que proceda la indemnización de daños y perjuicios es preciso que se pruebe su existencia, realidad y cuantía, frente a cuyo argumento hay que reiterar, una vez más, que no nos hallamos ante una indemnización de daños y perjuicios, sino ante el pago de unos servicios, siendo, desde luego, el hecho constitutivo del derecho del actor la prueba de que impartió las horas lectivas que reclama —según el artículo 1.214 del Código Civil—, prueba que ha realizado mediante el documento acompañado a su escrito de demanda, en el que el Secretario del Instituto Nacional de Bachillerato "Nuestra Señora de la Victoria", de Málaga, certifica que impartió dieciocho horas semanales durante los cursos de 1966 a 1967 y sucesivos hasta el de 1970 a 1971, y solamente quince horas lectivas durante los meses de octubre y noviembre de ese último año, certificación que lleva el visto bueno del Director del Centro, y que debe ser calificada como documento público, ya que entra dentro de las facultades atribuidas a los Secretarios o Vicesecretarios de Instituto por el número 9 del artículo 12 —o en su caso del 14— de la Orden de 13 de junio de 1957, que derogó a la anterior de 31 de octubre de 1940, y que es la que se hallaba vigente en el momento de realizarse las reclamaciones de los recurrentes, según establece la Orden de 31 de mayo de 1968, que señala el índice de disposiciones vigentes en materia de Institutos Nacionales de Enseñanza Media (hoy de Bachillerato).

Establecido el horario lectivo de los Institutos en doce horas semanales por Orden de 8 de agosto de 1960, y habiendo sido ratificado ese mismo horario por la Ley de 4 de mayo de 1965, que además reconoce el derecho de los Profesores de distintas categorías —entre ellos, los Agregados numerarios, como era el actor— a percibir 3.000 pesetas por hora lectiva y curso que excediera de ese mínimo, es evidente que al haber probado el actor que impartió seis horas por curso sobre ese mínimo y por un total de seis cursos, deben serle abonadas por el Ministerio de Educación y Ciencia 90.000 pesetas por esos conceptos; con posterioridad, al haber impartido solamente quince horas lectivas durante los meses de octubre y noviembre del año 1971, procede abonarle por

ambos meses la cantidad de 1.500 pesetas, lo que sumado a lo anterior da un total de 91.500 pesetas, sin que sea procedente el pago de intereses solicitado, ya que, como establecieron las Sentencias de esta Sala de 24 de octubre y 2 de abril de 1975 y 14 de mayo y 26 de junio de 1974, resolviendo recursos análogos al actual, ese abono sólo procede cuando venga impuesto por un precepto legal.» (*Sentencia de la Sala 5.ª del T. S. de 2 de diciembre de 1976.*)

4. *Improcedencia del cómputo a efectos de trienios de los servicios prestados por un Catedrático de Universidad en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, porque, al ser éste un Organismo autónomo, no está comprendido en el artículo 6 de la Ley de 4 de mayo de 1965.*

El actor, Catedrático numerario de la Universidad de Granada desde 8 de enero de 1958, pretende en el presente recurso, impugnando las resoluciones de la Administración que denegaron tal pedimento, que se le compute a efectos de trienios el tiempo de servicios que prestó como colaborador e investigador científico en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas desde el día 7 de julio de 1946, pretensión que de acuerdo con la doctrina de esta Sala mantenida, entre otras, en las Sentencias de 25 de noviembre de 1971, 13 de marzo de 1974 y 10 de octubre de 1976, tiene que ser desestimada, dado que, como en las mismas se sostiene, a los funcionarios de los Organismos autónomos—carácter que indiscutiblemente tiene el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y así se reconoce en la demanda—no le es de aplicación el artículo 6.º de la Ley de Retribuciones de 4 de mayo de 1965, que a efectos del incremento por trienios hace referencia a los servicios efectivos prestados a la Administración Civil del Estado, y expresamente el artículo 2.º de la citada Ley y el del mismo número de la de 7 de febrero de 1964, de funcionarios públicos de la Administración, excluyen de su ámbito de aplicación a los funcionarios de los Organismos autónomos, los cuales se rigen por la Ley de 26 de diciembre de 1958, y sus disposiciones complementarias, ninguna de las cuales autoriza que los servicios prestados en ellos se acumulen a los que se presten en los diferentes Cuerpos de la Administración del Estado.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 13 de diciembre de 1976.*)

5. *Improcedencia del cómputo de los servicios prestados con carácter interino a efectos de trienios.*

«El recurrente, don Antonio F. S., solicitó sin éxito en la vía gubernativa que, a efectos del cómputo de trienios, le fueran reconocidos los servicios que prestó desde 1 de junio de 1943 como Mecnógrafo en las Colonias Penitenciarias y después como Auxiliar interino en el Ministerio de Información y Turismo hasta que, superadas las pruebas selec-

tivas y el correspondiente curso de formación, fue nombrado por Orden de la Presidencia del Gobierno datada el 12 de enero de 1971 («Boletín Oficial del Estado» del 18) Auxiliar de la Administración Civil del Estado.

En cuanto al primer período aludido la situación del señor F. S. fue la de un mero contratado sujeto a la legislación laboral; como lo pregonaba el contrato obrante en el expediente (documento núm. 1), consignándose en la cláusula 4.ª: "Les serán (al interesado) de aplicación los beneficios de las Leyes Sociales", lo que evidencia que su situación no era la de un funcionario sujeto al estatuto de los funcionarios civiles del Estado. Que abona esta interpretación la circunstancia —reconocida por el ahora accionante— del que al ser extinguido el servicio de las meritadas Colonias, y de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto de 8 de octubre de 1960 y Orden de 8 de febrero de 1961, cesó el interesado, siendo clasificado en el grupo D del artículo 4.º del predicho Decreto, lo cual pone de relieve que no era al tiempo del cese funcionario público sin que se opusiera entonces a tal clasificación; antes por el contrario, en prueba de aceptación, percibió la indemnización prevista de dos mensualidades por año de servicio prestado, y es obvio que contra dicho acto de reconocimiento o aceptación no puede el interesado actuar válidamente visto el principio genérico prohibitivo de "*venire contra proprium factum*" consagrado por una reiterada jurisprudencia y que, además, tiene especial aplicación en el artículo 40 de la Ley Jurisdiccional.

Tampoco los servicios interinos prestados en el Ministerio de Información y Turismo pueden serle computados al demandante a los efectos que el mismo postula, pues si bien en cuanto a los funcionarios de dicho Departamento se estableció el beneficio de reconocerles, por la Ley de 22 de diciembre de 1955, la cualidad de funcionarios en propiedad a los interinos; para ello era requisito inexcusable haber superado las pruebas previstas en el artículo 2.º de dicha Ley, requisito éste que no tiene acreditado el recurrente, antes por el contrario consta que accedió a la condición de Auxiliar administrativo en propiedad, según se desprende de la Orden de 12 de enero de 1971 («Boletín Oficial del Estado» de 18), por superar la prueba selectiva (turno restringido), convocada por Orden de 31 de julio de 1969, que no es de las aludidas por dicho artículo 2.º (Sentencia de la Sala 5.ª de 11 de diciembre de 1976.)

6. *Cuando la Orden que promueve al empleo a un militar designa la antigüedad, ésta será la fecha a tomar en cuenta a efectos del percibo de trienios.*

«Las alegaciones formuladas por el Abogado del Estado en orden a la inadmisibilidad del presente recurso se basan, la primera, en la diferencia de pretensiones formuladas en vía administrativa y en la

presente demanda jurisdiccional, mas tal diferencia no existe, pues se solicita lo mismo, aunque se formula de distinta manera, puesto que el reconocimiento del tiempo solicitado en la demanda servido como Oficial lleva a la misma conclusión de que ha cumplido ese trienio, el quinto, con el empleo de Oficial, según lo solicitado ante la Administración; lo único que hace en el suplico de la demanda es matizar su petición, pero sin alterarla; no pretende la rectificación de la Orden de ascenso de 10 de junio de 1953, sino que partiendo de la validez y eficacia de la misma, cree le asiste el derecho a lo que solicita, y tampoco existe un consentimiento de la Orden de 29 de octubre de 1952, puesto que al variar las circunstancias, especialmente la cuantía del trienio de Oficial respecto al de Suboficial, no se puede en derecho atribuir un consentimiento a una cuestión no planteada hasta que se reformó tal cuantía de prestaciones, que en el momento en que se dictó la Orden citada carecía de interés para el recurrente; por tanto han de ser rechazadas las cuestiones de inadmisibilidad propuestas por el defensor de la Administración y entrar a examinar y decidir la que constituye el fondo del asunto.

Esta consiste en determinar cuándo el recurrente llegó a ostentar el empleo de Oficial, pues desde el momento que tuviese tal graduación, el trienio que cumpliera habría de ser de tal categoría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley 113/1966, de 28 de diciembre, y qué influencia en el mismo tiene la antigüedad que se le concedió en la Orden en que se le ascendía a la categoría de Oficial; la Administración pretende que es aplicable la Orden de 25 de febrero de 1947, que dice que la determinación y señalamiento de los quinquenios (después trienios) se hará desde la primera revista de Comisario; pero siempre será dudosa, por lo menos, la vigencia de tal Orden después de las modificaciones sustanciales establecidas en las remuneraciones del personal militar, principalmente en las Leyes de 28 de diciembre de 1966, y además tal disposición, fundamento de la negativa de la Administración, se refiere al caso del ascenso sin señalamiento de antigüedad distinta de la de la Orden en que se promueve al interesado al empleo que se cite, contándose, no desde la fecha de la Orden de promoción, sino desde que pase la primera revista de Comisario; pero cuando al promoverle al empleo de Oficial se marca en la misma disposición una antigüedad determinada que tiene sus efectos en la colocación escalafonal, ha de entenderse que el empleo se ostenta desde la fecha en que la antigüedad se otorgó, salvo para la percepción de los emolumentos del mismo; pero como los trienios son consecuencia de la antigüedad en el servicio, a estos efectos ha de entenderse que se ostenta el empleo desde la fecha en que se le concedió la antigüedad en la resolución que le promovió al mismo; y en el presente caso, no sólo ha sucedido esto, sino que se ha rectificado la colocación escalafonal del recurrente situándole con anterioridad a otros que habían ascendido antes, aunque con menor anti-

güedad, lo que lleva a la conclusión de que los actos impugnados son contrarios a derecho y han de ser anulados.

La situación jurídica individualizada pretendida también ha de estimarse, por cuanto al tener el recurrente en el empleo de Oficial un año dos meses y cinco días más de lo computado, el cumplimiento del quinto trienio se produjo ostentando el citado empleo, y por tanto no ha de computársele como de Suboficial, sino de Oficial, debiendo rectificarse tal situación, y con las consecuencias del abono de los atrasos dejados de percibir, petición que se entiende implícita en la formulada en vía administrativa, por lo que no constituye una cuestión nueva, si bien con la limitación de la prescripción de los cinco años, prevenida en el artículo 25 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, como se alega por el defensor de la Administración.» (*Sentencia de la Sala 5.ª del T. S. de 3 de diciembre de 1976.*)

7. *A partir de la publicación de la Ley 7/1970, de 4 de julio, no ofrece duda el derecho a percibir indemnización familiar por los hijos adoptivos, confirmado de modo implícito por la Ley de 19 de junio de 1971, sobre protección a las familias numerosas, y el Decreto de 23 de diciembre siguiente, que la desarrolla.*

«La cuestión que el presente recurso plantea se reduce a determinar si el actor, perteneciente al Cuerpo de la Guardia Civil, tiene derecho, según solicitó en 11 de noviembre de 1970, a percibir indemnización familiar, como padre adoptante de una niña nacida en 14 de julio de 1963, y desde que ese derecho está reconocido por el artículo 1 del Decreto de 23 de noviembre de 1951 al padre de hijos legítimos —a más de legitimados, etc.—, no ofrece duda que a partir de la publicación de la Ley 7/1970, de 4 de julio, la solución forzosamente tiene que ser afirmativa, pues tal norma, desarrollando las inequívocas y expresas declaraciones que contiene su exposición de motivos, al dar nueva redacción al artículo 176 del Código Civil, dispone que "en todo lo no regulado expresamente de un modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo...", y ningún precepto establece a los efectos de la indemnización familiar distinción alguna entre el hijo legítimo y el adoptado.

El fundamento aducido en la resolución denegatoria recurrida, de que el percibo de la indemnización por el padre no es un derecho del hijo, sino del padre que la percibe, y que por ello no está amparada por el artículo 176 del Código Civil, carece totalmente de consistencia, no sólo porque la patria potestad —que se confiere al padre adoptante— implica la imposición de deberes a cuyo cumplimiento se encamina la concesión de la indemnización familiar, y por tanto su percibo tanto como un derecho, tiene el carácter de asignación para el cumplimiento de deberes legales; sino además porque el ya citado artículo 1 del Decreto de 23 de noviembre de 1951, que regula la indemnización familiar

creada por la Ley de 18 de diciembre de 1950 declara que "son los hijos legítimos, etc., los que puedan causar tal derecho", y a virtud de la equiparación establecida en el también mencionado artículo 176 del Código Civil, a los hijos legítimos les está atribuido idéntico derecho, de causar en favor del adoptante, la facultad de percibir la indemnización.

La Ley de 19 de junio de 1971 sobre protección a las familias numerosas y el Decreto de 23 de diciembre siguiente, que la desarrolló, confirman de modo implícito la existencia del derecho al percibo de indemnización familiar por los hijos adoptivos, pues en los artículos 2 de tales disposiciones, a los mismos se les tiene en cuenta para conceder a los funcionarios públicos la condición de titulares de familia numerosa, y según los artículos 8 y 21, respectivamente, de los mismos, las indemnizaciones o complementos de análoga naturaleza, aplicables a los funcionarios públicos en activo, causadas por el cónyuge y los hijos, experimentaron el aumento del 25,30 a 35 por 100, según los casos, y congruentemente si estas disposiciones del año 1971 conceden un incremento de la indemnización familiar a las familias numerosas, para lo que se computan los hijos adoptivos, tiene que estimarse que el legislador reconocía su anterior derecho a causar la indemnización, pues sin hacer concesiones al absurdo no puede incrementarse la cuantía en la percepción de un derecho inexistente.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 22 de diciembre de 1976.*)

8. *El artículo 12, párrafo 5.º, de la Ley general de Recompensas a las Fuerzas Armadas, de 4 de agosto de 1970, es aplicable a las clases de tropa que, como las de la Guardia Civil, no pasan a la situación de licenciadas, sino a la de retiradas. Dicho precepto, dados los servicios que viene a recompensar, no puede ser objeto de interpretación restrictiva.*

«El fondo litigioso de este recurso contencioso-administrativo se contrae a la concreta cuestión jurídica relativa a si don Francisco G. T., Guardia civil, retirado, fallecido el 17 de junio de 1973, en posesión de la Medalla Militar individual desde el 16 de abril de 1925, y que por esta condecoración venía percibiendo la pensión del 20 por 100 del sueldo de Capitán, tenía derecho a percibir, por haber cumplido los sesenta años de edad, un incremento del 20 por 100 del sueldo, con independencia del que anteriormente venía percibiendo.

La Ley general de Recompensas de las Fuerzas Armadas, de 4 de agosto de 1970, dispone en su artículo 12, párrafo 5.º, que: "Las clases de tropa y marinería licenciadas en posesión de la Medalla Militar, cuando cumplan sesenta años de edad, percibirán el mismo incremento del 20 por 100 del sueldo de Capitán, en analogía con lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo", y como este precepto se invocó por el interesado como soporte jurídico de su pretensión y se aplicó, para denegarla, por la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia

Militar en los acuerdos que en esta vía jurisdiccional se impugnan, se pone de manifiesto que la interpretación de dicho precepto legal se erige en punto básico para resolver la problemática del recurso.

La Sala de Gobierno del alto organismo interpreta el transcrito apartado 5. del artículo 12 de la Ley 15/1970, en el sentido de que se refiere a las clases de tropa y marinería licenciadas, y por lo tanto no puede alcanzar a don Francisco T. G., por haber sido retirado por imposibilidad física notoria, según Orden circular de 29 de julio de 1944, hermenéutica que no puede acogerse por obvias razones, como lo son: A) Que si bien el texto legal se refiere al licenciamiento de las clases de tropa y marinería, que constituye la situación a que normalmente pasan al cesar en la actividad, sin embargo, la circunstancia de que determinadas clases de tropa —los Guardias civiles— pasen a la situación de retirados no puede hacerles de peor condición, menos aún en el presente caso en que el retiro de don Francisco T. no se produjo voluntariamente, sino por incapacidad física notoria, y B) Que cuando se trata de premiar servicios a la Patria, tan destacados como los exigidos para merecer la Medalla Militar individual, no puede propugnarse una interpretación restringida, sino que el precepto se debe aplicar con la amplitud y generosidad que es obligado dispensar a quienes en acción de guerra dejaron patente su heroísmo.

Por cuanto se ha razonado, es procedente, con estimación del recurso contencioso-administrativo y anulación de los acuerdos impugnados, declarar el derecho que a don Francisco T. correspondía a obtener, por haber cumplido los sesenta años de edad, un incremento del 20 por 100 de su sueldo de Capitán, con independencia del otro 20 por 100 que venía percibiendo, con efectos a partir del día 1 de septiembre de 1970, mes siguiente a la fecha en que entró en vigor la Ley 15/1970, de conformidad con lo prevenido en su disposición final primera; procediéndose por la Sala de Gobierno del Consejo Supremo Militar a efectuar la oportuna clasificación de haberes pasivos a favor de los familiares a quienes corresponda, con arreglo a dicha declaración de derecho.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 22 de diciembre de 1976.*)

9. *Improcedencia de la percepción de complementos, incentivos y trienios por el cargo de Catedrático de Universidad por el funcionario de carrera fiscal que simultanea ambos cargos.*

«El actor recurre contra la resolución del Subsecretario del Ministerio de Educación y Ciencia de fecha 23 de junio de 1975, desestimatoria del previo recurso de reposición formulado respecto de la de 16 de mayo anterior, y solicita en el suplico de la demanda, ante la denegación acordada por dichas resoluciones, que se le abonen las retribuciones correspondientes a su cargo de Catedrático de Universidad, por los conceptos de complementos e incentivos y de trienios; cargo en compatibilidad de funciones con el de miembro de la carrera fiscal destinado en la misma ciudad donde ejerce aquél, y ello conforme al

artículo 13 del Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Decreto de 21 de febrero de 1958.

La pretensión actora sobre las retribuciones de complementos e incentivos, establecidas en los artículos 95-2, 98, 99 y 101-4 de la Ley de Funcionarios Civiles de 7 de febrero de 1964 y los 5.º-2 y 10 de la de Retribuciones de 4 de mayo de 1965, debe ser desestimada por los siguientes razonamientos que se exponen en el mismo orden de los aducidos en la demanda.

En primer lugar, aun cuando la Administración le haya venido satisfaciendo tales retribuciones desde 30 de mayo de 1970, al menos, hasta el 17 de mayo de 1973, esto no supone por sí solo la existencia de un acto de la Administración que la vincule para continuar obligada a pagárselos en el futuro, porque falta en autos el acreditamiento de propio acto administrativo declaratorio de derechos y de carácter irrevocable, en el sentido prescrito por los artículos 40, 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo; porque si los actos donde se contienen tales abonos consistieran en las nóminas de haberes, ya tiene repetidamente declarado la Sala, sentencias entre otras de 30 de septiembre de 1975, 23 de febrero y 5 de mayo de 1976, que estas nóminas no constituyen el acto administrativo pleno que impida a las partes (particulares en principio, conforme a dichas sentencias, y también la Administración) impugnar o variar, según las respectivas posiciones, sus conceptos y cuantía; y porque si fueren abonos realizados mediante errónea interpretación legal, la Administración no vendrá obligada a mantener el equivocado criterio, sino que tan pronto como lo advierta habrá de modificarlo en sus actuaciones sucesivas.

Segundo, no se puede aceptar la tesis del demandante basada en tratarse de retribuciones destinadas a remunerar un rendimiento superior al normal, en la importancia de su trabajo y en las circunstancias de estar éste insuficientemente retribuido con el simple sueldo, y apoyada en las normas de las secciones 1.ª y 2.ª del Decreto de 22 de septiembre de 1965, reguladoras de tales retribuciones, porque estas normas han sido establecidas con carácter general para todos los funcionarios de la Administración Civil del Estado, pero no son aplicables a los casos especiales, uno de ellos el del actor, como comprendido tanto en el artículo 9.º de la Ley 31, de 4 de mayo de 1965, por compatibilizar las funciones de miembro de la carrera fiscal con las docentes de Catedrático de Universidad, como en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (años 1972 a 1975) y en el Decreto de 13 de abril de 1972, sobre complementos e incentivos.

En tercer lugar, estos preceptos excluyen el derecho del actor a las retribuciones de complementos e incentivos correspondientes a su cargo de Catedrático de Universidad, porque, de un lado, el artículo 9.º de la Ley 31/ 1965, cuando se refiere a la compatibilidad de funciones, habla de poderse percibir más de un sueldo con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, pero no extiende la excepción, a las retribuciones de complementos e incentivos; de otro lado, porque las Leyes de los

Presupuestos Generales del Estado—art. 13 de la de 28 de febrero de 1972, 12 de la de 22 de diciembre de 1972, 13 de la de 19 de diciembre de 1974 y 10 de la de 30 de diciembre de 1975—, igualmente se refieren al sueldo del cargo docente, e incluso la de 26 de febrero de 1972 es más explícita excluyendo los complementos; y, en fin, porque claramente dispone el Decreto 889, de 13 de abril de 1972, en su artículo 4-2 y 3, que sólo percibirán un complemento de destino los funcionarios en compatibilización de funciones; en su artículo 8.º-3, final, que carecen de derecho a percibir los complementos de dedicación especial y de prolongación de jornada los funcionarios pertenecientes en activo a dos o más Cuerpos de la Administración Civil del Estado; en su artículo 9.º, que el complemento de dedicación exclusiva será satisfecho a quien esté en puesto de trabajo cuya función implique prohibición de ejercer otra actividad lucrativa pública o privada; y en su disposición transitoria tercera, que los incentivos no se percibirán por más de un puesto de trabajo.

En cuarto y último lugar, el argumento del actor basado en el artículo 5.º-2 de la Ley 31/1965, acerca de constituir las retribuciones de complementos e incentivos, parte integrante del sueldo, no es válido porque la simple lectura del precepto revela que se trata de conceptos distintos y que únicamente los relaciona para atribuirlos en conjunto a la jornada de trabajo del funcionamiento, fijada a estos solos efectos en cuarenta y dos horas semanales; porque la distinción entre tales conceptos viene realizada por los artículos 96 a 101 de la Ley de 7 de febrero de 1964 y los 3, 5, 6, 7 y 10 de la Ley de 4 de mayo de 1965, definiendo lo que son cada uno de ellos, el sueldo base, el sueldo, el sueldo incrementado con trienios y pagas extraordinarias, los complementos, las indemnizaciones, las gratificaciones y los incentivos; tampoco es admisible su tesis fundada en la segunda parte de los mencionados artículos de las Leyes de los Presupuestos Generales del Estado, al estatuir "lo dispuesto en el párrafo anterior (referido a la percepción de sueldo y sueldo en concepto de gratificación en caso de compatibilidad de plaza con otra de carácter docente), no será de aplicación a quienes, en virtud de Ley, puedan percibir remuneraciones derivadas de la compatibilidad en cuantía distinta a la establecida en el mismo", porque la compatibilización de sus funciones no se realiza en virtud de norma con rango de Ley, sino por virtud de las disposiciones orgánicas contenidas en el Reglamento del Estatuto del Ministerio Fiscal, que, como aprobado por Decreto de 21 de febrero de 1958, tiene rango inferior a Ley.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 6 de diciembre de 1976.*)

10. *Legislación aplicable, en particular a efectos de actualización, a las pensiones extraordinarias concedidas por Leyes especiales a personas determinadas.*

«Los recurrentes impugnan la resolución del Tribunal Contencioso-administrativo Central de 26 de octubre de 1971, desestimatoria de la reclamación interpuesta contra Acuerdo de la Dirección General del

Tesoro y Presupuestos fecha de 19 de enero del mismo año, que, decidiendo solicitud por ellos formulada, declaró no actualizable en la forma prevenida por el artículo 47 de la Ley de 21 de abril de 1966 y el Decreto 864, de 13 de abril de 1967, la pensión concedida a los interesados por la Ley 48, de 4 de mayo de 1965; alegando como fundamentos del recurso los razonamientos siguientes: 1.º La pensión a ellos concedida por la Ley 48, de 4 de mayo de 1965, se califica por la misma Ley de pensión extraordinaria. 2.º El artículo 2.º de esta Ley dispone que la pensión ha de experimentar los incrementos establecidos para las demás pensiones de las Clases Pasivas del Estado. 3.º La actualización de pensiones regulada por el Decreto de 13 de abril de 1967 es un incremento de ellas; y 4.º No es de aplicación al caso el artículo 12, 1, 2, del Decreto de 13 de abril de 1967, que excluye de su aplicación a las pensiones excepcionales, porque la concedida a ellos tiene carácter extraordinario y no excepcional.

Ante estos razonamientos, y teniendo en cuenta los expuestos en la Resolución impugnada, reiterados por la contestación a la demanda, que se oponen a la actualización solicitada afirmando que la pensión de la Ley 48 de 1965 es de carácter excepcional, excluida del Decreto de 13 de abril de 1967 y habérsele aplicado los incrementos de la Ley 81/1964, de 16 de diciembre, debe ante todo realizarse la calificación jurídica que corresponde a dicha pensión conforme a los términos contenidos en la propia Ley, a las circunstancias porque se concedió, a las condiciones con que se otorgó, a las clases de pensiones por causa de fallecimiento y sus caracteres, según la normativa vigente en la época de concesión, y a la regulación de las pensiones en la legislación posterior y hoy aplicable al caso debatido. Los términos contenidos en la Ley 48 de 1965 hablan, tanto en su título como en el preámbulo y el artículo 1.º, de pensión extraordinaria; que las circunstancias por que se concedió la pensión fueron, según el preámbulo de la Ley, la de fallecimiento del padre de los beneficiarios ocurrido durante la realización de un servicio, que se le había encomendado en su calidad de Ingeniero de Montes, y la de, así literalmente, «excepcional situación familiar producida por la defunción posterior de la esposa»; que las condiciones con que otorgó consisten en las de ser a favor de personas nominalmente designadas, en cuantía fija de 38.000 pesetas anuales, atendidos sus disfrute y acrecentamiento al Estatuto de Clases Pasivas y disposiciones complementarias, con los incrementos establecidos para las demás pensiones de Clases Pasivas del Estado y siendo incompatible con la pensión ordinaria a que pudieran tener derecho los beneficiarios por el fallecimiento del causante.

En cuanto a clases y caracteres de las pensiones pasivas a favor de los familiares del funcionario civil fallecido, existían en la época de concesión las siguientes, expuestas por orden cronológico de sus disposiciones legales: a) En el Estatuto de 22 de octubre de 1926, las ordinarias (art. 47) por causa de fallecimiento del funcionario cifradas con arreglo al sueldo regulador y años de servicios; las extraordi-

narias (arts. 67 y 68), por motivo de muerte del funcionario en acto de servicio con relación de causa a efecto o sin intervención de imprudencia imputable cifradas según porcentajes hasta el 100 por 100 del sueldo disfrutado en el momento de la defunción; y de gracia (disposición adicional 1.^a), cifradas en la cantidad que señalare la norma especial de concesión y sin referencia alguna a tener que poseer la cualidad de funcionario la persona de quien pudiere provenir la causa o motivo de la concesión; *b)* la Ley de 17 de julio de 1956, el Decreto de 21 de agosto siguiente, la Ley de 22 de diciembre de 1960 y la Orden de 2 de enero de 1961 establecen reglas sobre aumentos de las pensiones ordinarias y extraordinarias acabadas de citar, sin alusión alguna a las de gracia, y utilizando indistintamente las palabras "aumento", "incremento" y "mejora"; *c)* La Ley 82/1961, de 23 de diciembre, es la primera disposición después del Estatuto que trata (artículo 1.^o) de aumento de "todas las pensiones de clases pasivas, cualquiera que sea la fecha en que fueron causadas o se causaren en lo sucesivo", para revisarlas o determinarlas, "tomando como regulador el sueldo asignado o que en el futuro se asigne en los Presupuestos Generales del Estado a igual empleo, categoría o clase que el que sirvió para la clasificación del causante del haber pasivo, más los incrementos legales autorizados o que se autoricen en cada caso para formar parte del regulador", consistiendo la actualización de pensiones en que éstas aumentan al mismo ritmo que aumenten los nuevos sueldos del funcionario, o sea, en función de las variaciones que experimenten los sueldos reguladores; y es la primera norma después del Estatuto de 1926 en que el Legislador (art. 3.^o, 2) trata de las pensiones de gracia, sustituyendo esta expresión de "gracia" por los nuevos términos, repetidos en las Leyes posteriores, de "pensiones extraordinarias concedidas por Leyes especiales a personas determinadas", haciéndolas susceptibles, mediante revisión, de aumento hasta el 200 por 100, y si los interesados no presentasen la exigida solicitud en los períodos anuales señalados en el artículo 2.^o, 2, "podrán hacerlo en cualquier momento, si bien la mejora surtirá efectos económicos solamente desde 1 de enero del año en que formulan la petición" (art. 4.^o, 2); *d)* La Ley 81/1964, de 16 de diciembre, establece, en su artículo 1.^o, la determinación de pensiones de clases pasivas del Estado, con efectos de 1 de abril de 1964, o la fecha posterior de nacimiento del derecho, y durante los años siguientes hasta 1968 inclusive, "se efectuará incrementando cada año los sueldos reguladores a razón de un 25 por 100 de su importe actual", y para su aplicación se dictó la Orden de 18 de diciembre de 1964, cuyo artículo 1.^o, párrafo 3.^o, dispuso: "Las pensiones que se concedan en lo sucesivo por Leyes especiales durante los períodos señalados en el artículo 1.^o de la Ley (1964-1968) se incrementarán solamente con los porcentajes anuales que puedan corresponderle por períodos posteriores a su otorgamiento", debiéndose significar que conforme a estas normas fue aumentada la pensión de los recurrentes, concedida por la Ley 48/1965, según consta en el expe-

diente administrativo; y e) La Ley 30/1965, de 4 de mayo, de Clases Pasivas del Estado, estableció en su disposición transitoria 1.ª, 2, que "las pensiones de Leyes especiales a favor de personas determinadas seguirán rigiéndose por tales disposiciones especiales".

En cuanto a la regulación actual de las pensiones, tenemos: a) el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas de 21 de abril de 1966 distingue, por lo que aquí respecta, las pensiones ordinarias a favor de los familiares del funcionario fallecido (art. 31), las pensiones extraordinarias a favor de los familiares del funcionario fallecido en acto de servicio o como consecuencia de él (art. 42), y "las pensiones excepcionales concedidas a título personal por Leyes especiales, sean o no funcionarios los favorecidos con ellas", que, añade el precepto, "se regirán por lo que en tales Leyes se establezca tanto respecto a su cuantía como a las condiciones exigibles para su percepción" (artículo 45); término de excepcional por primera vez utilizado por el legislador y repetido en el artículo 46, 4, d), cambiando sólo las palabras anteriores "a título personal" por las de "a personas determinadas", al igual que después los artículos 6.º, 1, y 32 del Decreto de 13 de agosto de 1966, que aprobó el Reglamento de la Ley; y b) el artículo 12, 1, 2.º, del Decreto 864/1967, de 13 de abril, dictado para cumplimiento del artículo 47 de la Ley de 21 de abril de 1966, excluye de la actualización por él regulada a "las pensiones excepcionales concedidas por Ley a personas determinadas".

La evolución legislativa acabada de relacionar enseña cómo la antigua clasificación de pensiones civiles en ordinarias, extraordinarias y de gracia coincide en exacta correspondencia con la actual de ordinarias, extraordinarias y excepcionales; especialmente por lo que afecta al recurso, en cuanto a estas dos últimas, pues mientras las extraordinarias, tanto en el Estatuto de 22 de octubre de 1926 como en la Ley de 21 de abril de 1966, son las concedidas a los familiares del funcionario fallecido en acto del servicio o por su consecuencia, en cuantía señalada con base en el sueldo que disfrutaba y a favor de las personas que según los preceptos de las Leyes generales traigan causa de él las entonces de gracia, luego de Ley especial a favor de persona determinada y ahora denominadas excepcionales, se otorgan por Ley singular, en beneficio de personas individualizadas, en cuantía fija y con causa derivada inmediatamente de la voluntad graciosa del legislador; de donde si, después de recordar que en la fecha de concederse la pensión debatida, año 1965, no utilizaban las Leyes la palabra excepcional, el hecho de expresar aquella Ley 48/1965, en su título, preámbulo y artículo 1.º, el término "extraordinaria", no constituye base suficiente para, conforme a la legislación entonces en vigor, darle la calificación de "extraordinaria", porque, de contrario y según los respectivos caracteres definidores de una y otra clase, acabados de exponer, tal pensión se configura plenamente dentro del concepto de pensión de gracia, o pensión concedida por Ley especial a favor de persona determinada, equivalente a la hoy llamada pensión excepcional.

Calificándose, pues, de excepcional la pensión concedida a los actores por la Ley 48/1965, el problema propio del recurso, a tenor del planteamiento formulado por las partes en relación con lo que decidió el acto administrativo impugnado, es si procede ser actualizada la pensión aplicando el Decreto 864/1967, de 13 de abril, que se dictó para desarrollo del artículo 47 de la Ley de 21 de abril de 1966; y si la conclusión se presenta fácil, pues el artículo 12, 1, 2.º, del Decreto excluye de su aplicación "las pensiones excepcionales concedidas por Ley a personas determinadas", debe además consignarse que las razones de ser excluidas se encuentran en que la finalidad del Decreto, de la actualización por porcentajes medios para adecuar las pensiones antiguas a las cuantías de las modernas, como consecuencia de la modificación de las retribuciones de los funcionarios en activo establecida por el nuevo régimen de la Ley de 31 de mayo de 1965, es guardar la máxima equidad entre los haberes pasivos de quienes, habiendo causado pensión en tiempos distintos, tengan las mismas categoría, sueldo y las otras circunstancias determinadoras del haber; cuyo fundamento no es aplicable a las pensiones fijas otorgadas por Ley especial a favor de personas determinadas y conforme a situaciones singulares de los beneficiarios, pues faltan los presupuestos dichos de finalidad y fundamento; sin que ello pueda suponer que estas pensiones, denominadas excepcionales desde la Ley de 21 de abril de 1966, carecen de un sistema de aumento, y así, en la del presente pleito, al disponer su Ley, en el artículo 2.º, que experimentará los incrementos establecidos para las demás pensiones de clases pasivas, habrá de acudir a las normas vigentes propias del supuesto, lo que no es tema del recurso.» (*Sentencia de 13 de diciembre de 1976, Sala 5.ª*).

11. *Si el derecho a solicitar la pensión de retiro se ejercita transcurridos cinco años del hecho que la hizo nacer, sus efectos económicos se producirán a partir del día primero del mes siguiente al de la presentación de la oportuna solicitud.*

«La única cuestión que en la presente litis se plantea consiste en la determinación de la fecha en que ha de iniciarse el percibo de la pensión de retiro que fue fijada por la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar, en la resolución impugnada como la de 1 de junio de 1970, mes siguiente a aquel en que por el interesado se formuló la petición de señalamiento de pensión en tanto que por el actor se pretende sea la del año 1963, en que pasó a la situación de retirado a petición propia.

Con arreglo a la legislación sobre clases pasivas militares, tanto el Estatuto como la Ley de 13 de diciembre de 1943, Ley 193/1964 y Texto Refundido aprobado por Decreto 1211/1972, de 13 de abril, y su Reglamento de 15 de junio del mismo año, la pensión de retiro podrá solicitarse en cualquier momento posterior al hecho de que la hizo

nacer, pero si el derecho se ejercitase después de transcurridos cinco años, contados a partir del día siguiente al de su nacimiento, los efectos económicos solamente se producirán a partir del día 1 del mes siguiente al de la presentación de la oportuna petición, sin que pueda aceptarse la tesis del acto de que hubo un incumplimiento de la obligación de la Administración de incoar de oficio el oportuno expediente para la concesión de la referida pensión, tanto por el tiempo transcurrido como por el hecho de que la Ley no distingue a estos efectos, aplicando el mismo plazo prescriptivo a todos los casos, y como queda probado que aunque el retiro se produjo en el año 1963, no se instó la pensión correspondiente hasta el mes de mayo de 1970, el acuerdo de la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar que fija como fecha inicial del percibo de la pensión la de 1 de junio de 1970 se encuentra ajustado a Derecho, y así procede declararla, con desestimación del presente recurso interpuesto contra tal acuerdo.» (*Sentencia de 3 de diciembre de 1976, Sala 5.ª*)

III. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Falta de prueba de los motivos de recusación del Juez Instructor y el Secretario del expediente disciplinario. El acceder o no a la prueba solicitada por el inculpado es potestad del Juez Instructor, que podía denegarla cuando la considere necesaria o superflua, mientras no fueren decisivas en términos de sana lógica. Así como pueden desaparecer cargos después de la resolución inicial del expediente disciplinario, también pueden aparecer cargos nuevos, sin que por ello haya que tramitar expedientes separados.

«El recurrente, en su demanda, limita la cuestión a solicitar la nulidad de la resolución impugnada basándose exclusivamente en supuestos vicios de procedimiento, que aunque no los concreta en el suplico, remitiéndose a lo manifestado en los fundamentos de Derecho, podemos sintetizarlos en no haberse estimado la recusación del Juez Instructor y del Secretario del expediente administrativo, sin haber recabado informes ni practicado comprobaciones a este efecto, así como el no haber evacuado las diligencias que se deducían de su declaración, negándosele además el recibimiento a prueba; y subsidiariamente también solicita la nulidad del procedimiento porque la resolución aceptó hechos y fundamentos distintos de los que sirvieron de base al pliego de cargos y a la propuesta de resolución; porque el pliego de cargos no se acomodó a la resolución por la que se acordó la iniciación del expediente; y por último alega, pero sin fundamentarlo, la improcedencia de encajar la conducta del actor en los apartados *a)*, *b)* y *p)* del artículo 7.º del Reglamento de Régimen Disciplinario.

El motivo de nulidad invocado al amparo del número 5.º del artículo 21 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por infracción de lo previsto en el número 4 del propio artículo, insistiendo en la recusación del Juez Instructor y del Secretario del expediente disciplinario, no puede acogerse, ya que no aparece en parte alguna la enemistad manifiesta que alega el recurrente, siendo los informes y comprobaciones a este respecto no obligatorios, sino potestativos del superior que ha de resolverla, y era tan evidente su inexistencia que todo informe o comprobación complementaria las consideró superfluas; y así efectivamente ha venido a comprobar la prueba que se le admitió y ha sido practicada en este recurso, que ha consistido únicamente en la testifical, con el resultado de que los testigos presentados por el propio recurrente contestan a las preguntas que a tal enemistad pudieran referirse, o bien que las ignoran o bien que han oído rumores o lo saben por referencias que tampoco concretan.

En cuanto al motivo de nulidad basado en la falta de recibimiento a prueba solicitado por el demandante en el expediente disciplinario, tampoco puede prosperar, porque, aparte de que en el expediente de referencia existe prueba suficiente e idónea, el acceder o no a la solicitada por el inculpado es potestad del Juez Instructor, que podrá denegarla cuando la considere innecesaria o superflua, aun cuando fueren de descargo, mientras no fueren esenciales y decisivas en términos de sana lógica, según reza el artículo 48,1 del Reglamento de Régimen Disciplinario, como así ha ocurrido en el presente caso, en que, refiriéndose fundamentalmente los hechos imputados al régimen interno del funcionamiento de la Escuela, se ha oído e incorporado al expediente testimonio de cuantos participan en esa actuación interna, el Inspector de Zona y los Maestros.

Menos consistencia tienen aún los motivos de nulidad que intenta fundamentar el recurrente en infracción de los artículos 31 y siguientes y 55 del Reglamento Disciplinario en base a haberse producido alteraciones de hechos entre la diligencia inicial del expediente, el primero y el segundo pliego de cargos, la propuesta de resolución y la resolución definitiva, puesto que el acto inicial de un expediente disciplinario parte de unos supuestos, y una vez puesto en marcha, deben esclarecerse cuantas irregularidades vayan surgiendo, y así como pueden desaparecer cargos por haberse desvirtuado, también pueden ampliarse si aparecen otros nuevos que lo justifiquen, sin tener que recurrir a expedientes separados, y así hasta la propuesta de resolución, de la que tuvo conocimiento el interesado y presentó escrito de alegaciones, por la que no cabe alegar tampoco el no ser oído.

Tampoco puede admitirse la supuesta infracción alegada del artículo 55, 2), del Reglamento Disciplinario por imponerse sanción en virtud de hechos diferentes de los contenidos en el pliego de cargos, ya que tal precepto en modo alguno prescribe que la resolución haya de repetir textualmente el contenido del pliego de cargos, y además

porque tampoco existe tal discrepancia, sino solamente un agrupamiento de cargos, dando una nueva redacción a los mismos hechos.

El último de los motivos alegados por el recurrente se refiere a la improcedencia de encajar la conducta del actor en los apartados a), b) y p) del artículo 7.º del Reglamento de Régimen Disciplinario, limitándose a expresarlo así en uno de los fundamentos de Derecho, pero sin razonamiento alguno, lo que ya de por sí nos llevaría a desecharlo, pero es que, además, del estudio del expediente se deduce, apreciando la prueba practicada según las reglas de la sana crítica, que el recurrente realizó los actos que se recogen en los resultandos de la resolución recurrida, y que fueron acertadamente calificados como constitutivos de las faltas graves comprendidas en los apartados a), b) y p) del artículo 7.º del mencionado Reglamento Disciplinario, por lo que estando tales pronunciamientos ajustados a Derecho no cabe estimar la pretensión actora.» (*Sentencia de 21 de diciembre de 1976, Sala 5.ª*)

Rafael ENTRENA CUESTA

de la Sala 5.ª

CRONICA ADMINISTRATIVA

