

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

B) PERSONAL

SUMARIO: I. DERECHOS: 1. Retribuciones. Legalidad del Decreto 2146/1978, regulador de las retribuciones de los funcionarios de la AISS. Observancia de los principios de seguridad jurídica, jerarquía normativa e igualdad. Sentido atribuible al respeto a los derechos adquiridos que reconocen el Decreto-ley 31/1977 y el Decreto 906/1978. 2. Funcionarios AISS. Legalidad del Decreto 2146/1978, de 7 de agosto, sobre asignación de proporcionalidad retributiva. El respeto a los derechos adquiridos que proclamó el Decreto-ley de 2 de junio de 1977 ha de ser contemplado en el aspecto patrimonial y en consideración global de las percepciones por aquéllos disfrutadas sin la intangibilidad de lo que constituyen conceptos o elementos de la retribución, de tal manera que rectamente entendido este principio ha de estimarse en el sentido, como dijo la sentencia de 24 de diciembre de 1979 y reitera la de 1 de febrero de 1980 de que no pueden disminuir los ingresos consolidados por los funcionarios. 3. Coeficiente aplicable a la escala a extinguir del personal docente de Formación Profesional de la AISS. Legalidad del Decreto 2771/1978. La titulación de Maestro industrial no es equiparable a la de Titulado universitario de Grado Medio. 4. El retiro voluntario sólo da derecho a pensión ordinaria cuando el interesado hubiere cumplido veinte años de servicios efectivos. 5. El principio capital en materia de clases pasivas, a efectos de la correcta fijación del haber pasivo o base reguladora, es el de la estricta correlación entre los haberes o retribuciones básicas percibidas en la situación de servicio activo en el momento de producirse el pase a la de retirado y los que han de figurar para integrarla en dicha base reguladora, en orden a fijar la pensión correspondiente. 6. Existe el derecho a pensión extraordinaria de viudedad por fallecimiento en acto de servicio cuando aquél se produjo como consecuencia de accidente de tráfico al regresar de prestar un servicio. 7. Ilegalidad del artículo 4.º de la Orden ministerial de 2 de noviembre de 1978 en cuanto vulnera los derechos adquiridos de los funcionarios de la AISS, en contra del artículo 2.º, 1, del Decreto-ley de 2 de junio de 1977.—II. SITUACIONES: 1. Excedencia voluntaria. Para acceder a la solicitud de reingreso es necesario que haya vacante. Inexistencia de desviación de poder.

I. DERECHOS

1. *Retribuciones. Legalidad del Decreto 2146/1978, regulador de las retribuciones de los funcionarios de la AISS. Observancia de los principios de seguridad jurídica, jerarquía normativa e igualdad. Sentido atribuible al respeto a los derechos adquiridos que reconocen el Decreto-ley 31/1977 y el Decreto 906/1978.*

«En el presente recurso se impugna el Decreto 2146/1978, de 7 de agosto, concretamente su disposición transitoria, en la que se establecen los coeficientes que corresponden a los funcionarios de la Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales (en adelante denominada por sus siglas AISS), a efectos de sus retribuciones complementarias, en cuanto el demandante, perteneciente al Cuerpo Es-

pecial de Facultativos Superiores, entiende que a dicho cuerpo se le ha asignado el coeficiente 4,5, en vez del 5 que es el que procede, debiéndose reiterar a este respecto la doctrina establecida por esta Sala para casos similares al presente, sentencias de 5, 12, dos de la misma fecha, 13, 14, 17, existiendo también dos de esta fecha y 24 de diciembre de 1979, ésta relativa al cuerpo de que se trata, 25 de enero, 1 y 8 de febrero, 14 y 24 de marzo de este año, entre otras, a tenor de las cuales, como consecuencia del Decreto-ley 19/1976, de 8 de octubre, por el que se creó como organismo autónomo la AISS, en ellas se integraron los funcionarios procedentes de la extinta Organización Sindical, como funcionarios públicos, aplicándoseles, como establece el artículo 2.º del Decreto-ley 31/1977, de 2 de junio, la Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, el Estatuto de su personal, aprobado por el Decreto 2043/1971, de 23 de julio, y demás normas concordantes, y en cuanto a su régimen económico, el propio de los funcionarios de los organismos autónomos, artículo 3.º del Decreto-ley 906/1978, de 14 de abril, es decir, el establecido en el Decreto 1086/1977, de 13 de mayo, y por ello, no puede admitirse que se haya vulnerado el principio de seguridad jurídica y jerarquía de normas, porque no se haya mantenido al cuerpo del recurrente el coeficiente 5 asignado en la Orden de 20 de marzo de 1972, que sanciona el acuerdo del Comité Ejecutivo Sindical de 29 de febrero anterior, ya que ha aplicado la normativa debida, ya expuesta, siguiendo los principios contenidos en ella, teniendo que puntualizarse por una parte, que el coeficiente multiplicador controvertido que establece, entre otros, el Decreto 2146/1978, en su disposición transitoria, es a efectos de retribuciones complementarias y no de sueldo como lo fue el señalado por la Organización Sindical, y por otra, que se han continuado los criterios establecidos para la asignación de coeficientes multiplicadores en el Decreto 3065/1973, de 23 de noviembre, según se prevé en la disposición del mismo rango que tiene el número 157/1973, de 1 de febrero, dentro del cuadro general trazado en la Ley 31/1965, coeficientes que han servido para determinar la proporcionalidad con relación a la cual se fija el sueldo, artículo 2.º-1 del Decreto 1086/1977, ya citado, siendo el coeficiente 4 el correspondiente en general a los funcionarios técnicos de titulación superior, supuesto en el que se halla situado el cuerpo del recurrente, sin que se justifiquen circunstancias en este caso que lo configuren como excepción de dicho criterio, lo que asimismo impide apreciar infracción alguna del principio de igualdad con otros funcionarios, debiendo desecharse también la aplicación del principio de unidad de doctrina al amparo del artículo 102 de la Ley jurisdiccional, pues las sentencias que se invocan no tienen relación con lo que aquí se discute.»

Tampoco puede tenerse en cuenta, como fundamento de la pretensión del demandante, el respeto a los derechos adquiridos, pues, aun cuando ciertamente, tanto en el Decreto-ley 31/1977, como en el Decreto 906/1978, se estableció dicha garantía, conforme a la jurispru-

dencia antes citada, ésta ha de ser contemplada en el sentido de que «no pueden disminuir los ingresos consolidados por los funcionarios», sentencias ya mencionadas de 24 de diciembre de 1979 y 1 de febrero de 1980, desde el punto de vista de su aspecto patrimonial y de la consideración global de las remuneraciones que perciban los funcionarios afectados, y en este caso se mantiene el nivel retributivo total alcanzado por el actor y los demás funcionarios de la AISS, mediante el complemento compensador creado, el 7 de agosto de 1978, por el Consejo de Ministros con el carácter de personal y transitorio, siguiendo el sistema ya adoptado en la disposición transitoria 1.ª, número 2.º, de la Ley 31/1965, de 4 de mayo, para los funcionarios civiles de la Administración del Estado, y en la disposición transitoria 2.ª del Decreto 157/1973, y disposición transitoria única del Decreto 1086/1977, para los funcionarios de los Organismos Autónomos, complemento absorbible por futuros incrementos retributivos; debiéndose rechazar finalmente que la Administración haya incurrido en desviación de poder al dictar la disposición impugnada, pues no resulta de lo actuado en las vías administrativa y jurisdiccional que la Administración haya ejercido su potestad, conforme exige el artículo 83-2 de la Ley de esta jurisdicción, para fines distintos a los fijados en el ordenamiento jurídico, y ni siquiera se han alegado cuáles sean los hechos básicos en que se apoya tal aseveración.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 18 de diciembre de 1980.*)

2. Funcionarios AISS. Legalidad del Decreto 2146/1978, de 7 de agosto, sobre asignación de proporcionalidad retributiva. El respeto a los derechos adquiridos que proclamó el Decreto-ley de 2 de junio de 1977 ha de ser contemplado en el aspecto patrimonial y en consideración global de las percepciones por aquéllos disfrutadas, sin la intangibilidad de lo que constituyen conceptos o elementos de la retribución, de tal manera que, rectamente entendido, este principio ha de estimarse en el sentido, como dijo la sentencia de 24 de diciembre de 1979 y reitera la de 1 de febrero de 1980, de que no pueden disminuir los ingresos consolidados por los funcionarios

«En el presente recurso contencioso-administrativo se combate la legalidad del Real Decreto 2146/1978, de 7 de agosto, en su norma transitoria, que señaló a los recurrentes, como funcionarios de la Escala Administrativa del Organismo Autónomo «Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales» (en adelante, abreviadamente denominado AISS), el coeficiente 2,3 para la determinación de sus retribuciones complementarias en lugar del coeficiente 3,6 que postulan en este recurso con base en ser este coeficiente el que dicha Escala Administrativa de la Organización Sindical tenía asignada en virtud de Ordenes de 20 de marzo de 1972 y 20 de junio de 1963, así como por Acuerdo del Comité Ejecutivo Sindical de 18 de febrero de 1976.

Según ya se estableció en sentencias dictadas por esta Sala con fechas 5 y 24 de diciembre de 1979 y 1 de febrero de 1980, entre otras, recaídas en supuestos de absoluta similitud con el presente, es menester partir del dato fundamental de que el Decreto 3065/1973, de 23 de noviembre, fijando coeficientes al personal de diversos Organismos Autónomos, y aplicable a los recurrentes por la asimilación del régimen del personal procedente de la Organización Sindical al de los funcionarios de Organismos Autónomos, señaló a las Escalas de funcionarios administrativos de varios de dichos Organismos Autónomos el coeficiente 2,3 de conformidad con la consideración conjunta de los niveles de titulación o grado de formación, condiciones exigidas para el ingreso y función desempeñada, y siendo así que en el caso de los recurrentes, su titulación y funciones desempeñadas son equiparables a los funcionarios así coeficientados, ha de llegarse a la conclusión de que la fijación del coeficiente 2,3 efectuada por el Decreto impugnado, se inspira en un adecuado principio de real equiparación que impide pueda prosperar el recurso.

Como asimismo ha sido ya declarado por la jurisprudencia de esta Sala, el coeficiente 2,3 señalado en el Decreto impugnado a la Escala Administrativa de la AISS da lugar, situados en el plano de equiparaciones con funcionarios de Escalas similares de otros Organismos Autónomos, a que el índice de proporcionalidad correspondiente a dicha Escala sea el de 6, equivalente al nivel de titulación de Enseñanza Media, según el artículo 3.º y concordantes del Decreto de 13 de mayo de 1977, al que se remite para los funcionarios de AISS el de 14 de abril de 1978, pues el título exigido para el ingreso como funcionarios de la Escala Administrativa de la Organización Sindical fue el de Bachillerato unificado y polivalente o asimilado (art. 36 del Estatuto de Personal Sindical, aprobado por Orden de 28 de septiembre de 1973), de tal modo que si por asignación del superior coeficiente, pretendido en el recurso, del 3,6 se le incluyese en el nivel o índice de proporcionalidad 8, o se le retribuyese en la proporción correspondiente a este nivel que exige título superior, se produciría una injusta discriminación con relación a los restantes funcionarios de otros Organismos Autónomos en posesión del mismo título de ingreso y en desempeño de idénticas funciones, lo que lleva a rechazar la pretensión actora.

La demanda se fundamenta esencialmente en el respeto a los derechos adquiridos al venir gozando del coeficiente 3,6, cuando prestaban servicios en la Organización Sindical, coeficiente que ven ahora reducido al de 2,3 asignado por el Decreto que impugnan; pero a tal efecto, ha de tenerse en cuenta que el respeto a los derechos adquiridos que proclamó el Decreto-ley de 2 de junio de 1977, que integró a estos funcionarios en el sector de la Administración institucional, ha de ser contemplado en el aspecto patrimonial y en consideración global de las percepciones por aquéllos disfrutadas, sin la intangibilidad de lo que constituyen conceptos o elementos de la retribución,

de tal manera que, rectamente entendido tal principio de respeto a derechos adquiridos, ha de estimarse en el sentido, como se dijo en la sentencia de 24 de diciembre de 1979 y reitera la de 1 de febrero de 1980 antes citadas, de que "no pueden disminuir los ingresos consolidados por los funcionarios", por lo que en este aspecto no aparecen en modo alguno vulnerados, ya que el nivel de ingresos totales alcanzado por los funcionarios en situación anterior se respeta, al crearse en el Decreto de 7 de agosto de 1978 un complemento compensador ordenado a cubrir las posibles diferencias de emolumentos, siguiendo así técnica ya utilizada por las normas reguladoras de su anterior situación en la Organización Sindical (Orden de 20 de marzo de 1972, en su disposición transitoria 2.^a, 2, y disposición transitoria 5.^a), así como el Sector de los Organismos Autónomos (Decreto de 1 de febrero de 1973, en la disposición transitoria 2.^a, y Decreto de 13 de mayo de 1977, en su disposición transitoria única), complemento absorbible por futuros incrementos retributivos y aplicable a los recurrentes, tanto en su consideración de funcionarios de la AISS como por la remisión normativa contenida en el Decreto impugnado.

En cuanto atañe al motivo invocado de desviación de poder, ha de reiterarse la doctrina sentada por la Sala (sentencias, entre otras, de 5 y 24 de diciembre de 1979 y 1 de febrero de 1980), conforme a la cual no resulta del expediente administrativo ni de este recurso que la Administración, mediante la norma impugnada, haya ejercitado sus facultades para realizar fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, que es lo que constituye la esencia de la desviación de poder, según el artículo 94 de la Ley reguladora de la jurisdicción, y al no haberse alegado de manera precisa y concreta, y, por tanto, no haberse acreditado que se hubiere apartado la norma de su propio sentido teleológico, es procedente desestimar también este motivo de impugnación.» (*Sentencia de la Sala 5.^a, de 11 de noviembre de 1980.*)

3. *Coefficiente aplicable a la Escala a extinguir del personal docente de Formación Profesional de la AISS. Legalidad del Decreto 2771/1978. La titulación de maestro industrial no es equiparable a la de titulado universitario de grado medio.*

«La cuestión discutida en este proceso se reduce a determinar si es conforme a Derecho el Decreto 2771, de 27 de octubre de 1978, en su artículo 1.º y disposición transitoria única, en cuanto asignó a los recurrentes, como funcionarios de carrera de la Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales, en adelante AISS, pertenecientes a la Escala de Personal Docente, grupo B), de los Centros de Formación Profesional del referido Organismo, la proporcionalidad 6 y el coeficiente retributivo 2,9, en vez de la proporcionalidad 8 y el coeficiente 3,6, a los que, en su opinión tienen derecho.

Que los recurrentes tienen la cualidad de funcionarios del Organismo autónomo AISS, que se rige por la Ley de Entidades Estatales

Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, y por el Estatuto de Personal de los expresados Organismos, de 23 de julio de 1971 y demás legislación concordante, especificándose en el artículo 7.º del citado Estatuto que los funcionarios se agruparán por niveles según el grado de formación exigido para su ingreso, habiendo declarado reiterada doctrina jurisprudencial que este concepto, unido a las condiciones de ingreso y funciones atribuidas al cargo habrían de tenerse en cuenta para determinar el coeficiente retributivo, que en la legislación anterior servía para fijar el sueldo base (sentencias de 12 y 18 de diciembre de 1979).

Los niveles de titulación exigidos para el ingreso en el Cuerpo han determinado la proporcionalidad establecida en el nuevo régimen retributivo de los funcionarios de Organismos Autónomos, aprobado por Decreto 1086, de 13 de mayo de 1977, cuyo Decreto es aplicable a los funcionarios de la AISS, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.º, párrafo 4.º, del Decreto 906, de 14 de abril de 1978, y determinar el sueldo de acuerdo con la proporcionalidad, fijando ésta, entre otros supuestos en 10 para la Educación Universitaria superior, 8 para la Educación Universitaria de grado medio, 6 para las Enseñanzas medias, en las que incluye a Bachillerato, titulados de Formación Profesional de segundo grado y equivalentes, encontrándose en este grupo los recurrentes por su titulación de maestros industriales.

Atendiendo a este nivel de titulación, es ajustado a Derecho el Decreto impugnado en cuanto les señala la proporcionalidad 6 como correspondía a su nivel de titulación o grado de formación, sin que sea admisible la equiparación que pretenden a los titulados universitarios de grado medio (diplomados, arquitectos técnicos, ingenieros técnicos), pues ni la titulación es equiparable, ni ha sido equiparada con anterioridad, como pretenden los demandantes aduciendo la equiparación como argumento esencial de la demanda, invocando el Decreto 995, de 14 de marzo de 1974, sobre ordenación de la Formación Profesional, en cuya disposición transitoria 3.ª creen encontrar la equiparación de títulos, pero el texto de la citada disposición no autoriza a llegar a tal conclusión ni por su finalidad, que es la de regular quiénes podrían acceder a los estudios de grado tercero de Formación Profesional, ni por su contenido, por lo que debe desestimarse la pretensión de los recurrentes, que está fundada sustancialmente en esa equivalencia de títulos.

Se refuerza esta conclusión con lo dispuesto en el Reglamento de personal docente de la Obra Sindical de los Centros de Formación Profesional, de 31 de julio de 1974, de la que proceden los recurrentes, cuyo artículo 14 distinguía el grupo A), en el que incluía al personal que desempeñaba funciones para las que exige la legislación general título a nivel de educación universitaria o equivalente, y el grupo B), para el personal que desempeñara funciones educativas fundamentalmente de índole práctica, para cuyo cumplimiento exigía la legislación general título de maestro de taller, formación profesional de se-

gundo grado o equivalente, y en este mismo sentido distintivo, lejos de la equiparación a la titulación universitaria de grado medio, las Ordenes de 21 y 26 de noviembre de 1975 asignan al segundo grado el título de maestro industrial, y equiparan la formación profesional de segundo grado al título de Bachiller superior para el acceso a empleos públicos, y más recientemente, el Decreto 200, de 17 de febrero de 1978, relativo a las titulaciones requeridas para el ingreso en los Cuerpos de Profesores numerarios y maestros de taller, cuyo artículo 4.º establece: "para la impartición de materias prácticas son titulaciones mínimas exigibles en las respectivas ramas para maestros industriales: titulados de formación profesional de segundo, bachilleres laborales superiores", ratificando la equiparación título de maestro industrial con el de enseñanzas medias, y no con el de educación universitaria de grado medio.

En consecuencia, siendo los recurrentes funcionarios del grupo B) del personal docente de Formación Profesional, con funciones educativas de índole práctica, para la que se exige el título mínimo de maestro industrial, no equiparable a los técnicos universitarios de grado medio, procede estimar que es correcta la proporcionalidad 6 asignada a los mismos en el Decreto impugnado, que coincide a su vez con la determinada para los funcionarios públicos de la Administración del Estado en el Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, sobre retribuciones de estos funcionarios.

En el mismo sentido negativo ha de resolverse la impugnación del coeficiente 2,9 en razón de la concordancia que existe entre proporcionalidad y coeficiente en el Real Decreto 1088/1977, de 13 de mayo, antes citado, del que es mera reproducción el Real Decreto 2771/1978, objeto de impugnación, teniendo en cuenta, además que los criterios determinantes del coeficiente han de partir de la conjugación de los tres factores antes indicados (función asignada, título exigido y forma de selección), y ello tanto para los coeficientes que antes regían las retribuciones básicas como para los que se refieren actualmente a retribuciones complementarias (como es el caso estudiado), y se observa que la función y título enmarcan en la línea de enseñanzas medias y no en las universitarias a las que pretenden equipararse los recurrentes.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 28 de noviembre de 1980.*)

4. *El retiro voluntario sólo da derecho a pensión ordinaria cuando el interesado hubiere cumplido veinte años de servicios efectivos.*

«Conforme al artículo 3.º, 1, de la Ley 112, de 28 de diciembre de 1966, de Derechos Pasivos Militares (reiterado por el 22.2.2 del texto refundido de 13 de abril de 1972), el retiro voluntario a petición del interesado dará derecho a pensión ordinaria cuando tuviere cumplidos veinte años de servicios efectivos, claro está que el actor, incorporado de soldado voluntario al Ejército el 19 de mayo de 1942, ingresado en el Cuerpo de la Policía Armada el 1 de diciembre de 1948, en situación

de supernumerario desde 2 de enero de 1960 a 31 de enero de 1970 y con regreso al servicio activo el 1 de febrero de 1970 hasta el día 3 del mismo mes y año, en que fue dado de baja definitiva y voluntaria a petición propia, carece de derecho a pensión ordinaria de retiro al constar únicamente dieciséis años, un mes y catorce días de tiempo de servicios efectivos, según el cómputo de su hoja de servicios; y sin que sean aplicables al caso las sentencias de la Sala, citadas en la demanda: las de 13 de febrero de 1974, 18 de noviembre de 1975 y 29 de noviembre de 1976, porque se refieren a oficiales de la Escala de Complemento que habían pasado a situación de licenciados, no de baja voluntaria a petición propia; la de 5 de diciembre de 1974, atinente a suboficial en situación de baja forzosa por consecuencia de sanción impuesta, y la de 20 de febrero de 1976, de capellán militar reducido al estado laical, que por su específica situación se calificó de retiro forzoso, si bien las posteriores sentencias de 30 de enero, 27 de marzo y 19 de junio de 1980 declaran que cuando la reducción de capellán militar al estado laical fue a petición del interesado, con la consecuente baja en el Ejército, es baja calificable de voluntaria, con exigencia de requerirse veinte años de servicios efectivos para causar pensión ordinaria de retiro.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 26 de noviembre de 1980.*)

5. *Es principio capital en materia de clases pasivas, a efectos de la correcta fijación del haber pasivo o base reguladora, el de la estricta correlación entre los haberes o retribuciones básicas percibidas en la situación de servicio activo en el momento de producirse el pase a la de retirado y los que han de figurar para integrarla en dicha base reguladora, en orden a fijar la pensión correspondiente.*

«Como ya tiene reiteradamente declarado esta Sala, entre otras en sus sentencias de 17 de junio, 24 de septiembre y 8 de octubre del corriente año, recaídas en casos similares al presente, hay que hacer un examen de las concretas circunstancias concurrentes para determinar si los trienios perfeccionados como alférez han de computarse en el haber pasivo con la proporcionalidad 6, como acuerda la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar, o con la 10 como solicita el actor, sin necesidad de examinar el alcance y menos aún la validez o eficacia de la Orden comunicada del Ministerio de Defensa de 28 de diciembre de 1978 y de la complementaria circular número 11 de 1979 de 21 de febrero, mediante las que la Administración Militar viene a señalar el ámbito intertemporal de la cuantía de los trienios correspondientes a alféreces y Clases de Tropa en relación con los grupos y correlativa proporcionalidad fijados en el Decreto-ley de 30 de marzo de 1977 en cuanto a los haberes pasivos de retiro, producidos bajo la vigencia de esta última normativa.

En el presente supuesto aparece plenamente probado que al recurrente se le concedieron 10 trienios de oficial y tres de suboficial por

Orden de 13 de octubre de 1977, y que vino percibiéndolos con tales categorías y porcentajes hasta la fecha de su retiro, y reconocido así por la Administración no cabe la modificación de tales actos administrativos sin cumplir los requisitos que para la nulidad o anulación de los mismos impone la Ley de Procedimiento Administrativo.

Como asimismo declararon las sentencias anteriormente citadas, es principio capital en materia de Clases Pasivas, a efectos de la correcta fijación del haber pasivo o base reguladora, el de la estricta correlación entre los haberes o retribuciones básicas percibidas en situación de servicio activo en el momento de producirse el pase a la de retirado, y los que han de figurar, para integrarla, en dicha base reguladora, en orden a fijar la pensión de clases pasivas correspondiente, como establece el artículo 21,2 del texto refundido de Clases Pasivas Militares de 13 de abril de 1972, cuyo principio lleva asimismo a la solución pretendida por el recurrente de que los trienios se integren en la base reguladora del haber pasivo de retiro en la misma cuantía con que le fueron abonados por la Administración Militar.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 21 de noviembre de 1980.*)

6. *Existe el derecho a pensión extraordinaria de viudedad por fallecimiento en acto de servicio cuando aquél se produjo como consecuencia de accidente de tráfico al regresar de prestar un servicio.*

«La primera cuestión que ha de resolverse en este proceso, en el que se pretende esencialmente por la recurrente que se declare su derecho, como viuda del guardia civil don José F. S., a una pensión extraordinaria, de igual cuantía que la totalidad de la base reguladora, por haber fallecido aquél con ocasión de acto de servicio, por accidente, además del abono de las cantidades previstas, por una sola vez, en cada uno de los dos primeros números del artículo 2.º de la Ley 19/1974, de 27 de junio, es la admisibilidad de dicho recurso contencioso-administrativo, a la que opone la Abogacía del Estado que el Consejo Supremo de Justicia Militar no había resuelto sobre la pretensión de la parte actora, doña Remedios M. M., por lo que no existía acto impugnabile, sin que pueda aceptarse la viabilidad de este motivo de oposición, ya que no se advierte en qué se funda, dada su formulación equívoca, pues evidentemente no puede referirse al acuerdo de la Sala de Gobierno del organismo mencionado, de 29 de noviembre de 1977, en virtud del cual se denegó implícitamente casi en su totalidad lo solicitado por la señora M. M., de que antes se ha hecho mención, al concederle una pensión ordinaria, y la ayuda de 10.000 pesetas por una sola vez, establecida en el artículo 2.º 3 de la Ley 19/1974, pues tal acuerdo reúne los requisitos exigidos en el artículo 37 de la Ley Procesal para su impugnación jurisdiccional, y en cuanto al recurso de reposición formulado por la señora M. contra el anterior, si ciertamente no consta en el expediente que haya sido resuelto expresamente, ello no impedía, como parece desconocer la representación

de la Administración del Estado, que la recurrente haya hecho uso de la presunción de su desestimación por silencio administrativo, una vez transcurrido el plazo de un mes desde su interposición, prescrito para ello en el artículo 54,1 de la Ley últimamente citada, para iniciar el presente proceso, careciendo de relevancia a estos efectos, como se reconoce en la contestación a la demanda, el requerimiento hecho a la hoy parte actora, de Orden del presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, fechado el 5 de abril de 1978, para el cumplimiento por aquélla de unas diligencias que, por otra parte, estaba prejuzgando la normativa aplicable al caso, estimando como tal el Decreto 1647/1977.

Habiéndose rechazado la inadmisibilidad del recurso opuesta por la Abogacía del Estado, ha de pasarse a enjuiciar el fondo de la cuestión planteada, y para ello ha de partirse de los siguientes hechos, tal como se deducen de los autos y del expediente administrativo correspondiente a los actos recurridos, pues ha de prescindirse del contenido del otro expediente remitido por la Administración Militar, al referirse a actos distintos de los anteriores y que no han sido objeto de impugnación en este proceso; 1.º El guardia civil señor F. S., volviendo de prestar un servicio que le había sido encomendado, a su domicilio, cuartel del Cuerpo en Ayamonte, el día 29 de enero de 1976, cayó del ciclomotor que conducía, por chocar contra el bordillo de la acera, sufriendo unas lesiones, de las que fue atendido en el Centro Sanitario de Ayamonte, consistentes, según informa el médico que le atendió, en «herida contusa en arco superciliar derecho, gran hematoma y fractura abierta de frontal, intenso shock traumático, sin que se apreciaren signos de intoxicación etílica», habiéndosele trasladado al Hospital Provincial de Huelva, en donde ingresó el mismo día del accidente, certificando el facultativo encargado del servicio correspondiente, que sufría «fractura abierta polifragmentaria de cráneo, irradiada a la base e intenso shock traumático»; 2.º Posteriormente fue dado de alta el señor F., como se acredita en el testimonio de particulares de las diligencias previas 146/1976, instruidas por la Jurisdicción Militar, como consecuencia de los hechos, ingresando el 31 de diciembre de 1976 en el Hospital Militar de Sevilla, donde falleció el 10 de enero siguiente, constando, según el dictamen auditorial emitido en dichas diligencias, que el diagnóstico médico fue el siguiente: «Teniendo en cuenta el resultado del examen del líquido cefalorraquídeo y el examen de las radiografías de cráneo hay que considerar que la meningitis—determinante de su muerte—se debe a una fisura ósea y entrada de gérmenes y, por tanto, relacionada con accidente de tráfico referido»; 3.º La hoy demandante formuló su reclamación al Consejo Supremo de Justicia Militar el 6 de junio de 1977, acompañando, entre otros documentos, testimonio de particulares y de la resolución recaída en las diligencias previas, antes expresadas, cuya resolución del capitán general de la II Región Militar que, de conformidad con el dictamen del auditor, primeramente, el 14 de septiembre de 1976,

la terminación de aquéllas sin declaración de responsabilidad judicial, confirmándose ésta el 15 de abril de 1977, también de acuerdo con el dictamen del auditor, en el que se establecía determinada la relación entre la enfermedad de que falleció el señor F. S. y el accidente de circulación que sufriera, objeto de investigación en las actuaciones.

Lo primero que ha de precisarse es la normativa aplicable al caso, con respecto a la pensión extraordinaria, pues para la demandante el precepto que ha de tenerse en cuenta es el artículo 34 del texto refundido del Reglamento de la Ley de Derechos Pasivos del personal militar y asimilado de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Armada, aprobado por el Decreto 1599/1972, de 15 de junio, en su primitiva redacción, en contra de lo que mantiene la representación de la Administración del Estado, siguiendo el dictamen del fiscal militar obrante en el expediente, sobre la vigencia de la redacción dada al apartado 2.º del artículo mencionado en virtud del Decreto 1647/1977, de 17 de junio, disparidad de criterios que tiene evidente relevancia en cuanto a la tramitación de que se trata, pues si en el primer caso es al Consejo Supremo de Justicia Militar al que corresponde pronunciarse sobre si el fallecimiento o desaparición del causante ha sido en las circunstancias previstas en el número 1.º del artículo 34 del texto refundido de la Ley sobre Clases Pasivas Militares, aprobado por el Decreto 1211/1972, de 13 de abril, para que proceda la pensión extraordinaria, así como sobre su otorgamiento, en la nueva redacción del artículo 34,2 del Reglamento de esta Ley, es al Ministerio al que compete, previo expediente de la autoridad militar de quien dependiera el fallecido o desaparecido, efectuar dicho pronunciamiento, en base al cual, de ser estimatorio, el Consejo Supremo de Justicia Militar tramitará el expediente de la pensión familiar extraordinaria, debiéndose resolver la cuestión a favor de la tesis de la recurrente, teniendo en cuenta las fechas expresadas en el relato de hechos precedente, y que el Decreto 164/1977 se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» de 9 de julio de dicho año, entrando en vigor este día, conforme a su artículo 2.º

La recurrente aportó con su instancia la documentación prevenida en el artículo 34,1 del Reglamento de Clases Pasivas Militares, así como la exigida en el número 2.º de dicho precepto, en su primera edición, es decir, certificación de la Jefatura de la Unidad en que prestaba sus servicios el guardia civil don José F. S. y el testimonio de particulares y de la resolución recaída en las diligencias previas seguidas por el accidente sufrido por aquél y su fallecimiento, testimonio devuelto con ocasión del requerimiento a que se hizo referencia en el primer considerando de esta sentencia, y cuya copia se ha acompañado con la demanda, y de todo ello, a tenor de la relación fáctica ya expresada, se deduce que el señor F. S. falleció como consecuencia de la caída del ciclomotor que conducía, con ocasión de acto de servicio, sin que se haya combatido por la representación de la Adminis-

tración esta aseveración, por lo que, conforme al artículo 34,1 de la Ley de Clases Pasivas Militares, corresponde a su viuda una pensión extraordinaria de igual cuantía que la base reguladora, tal como se solicitó por ella, si bien sus efectos han de corresponder al 1 de febrero de 1977 y no al 1 de enero de dicho año, como se dice en la demanda, ya que en ella se identifica esta última fecha como la señalada en el acuerdo impugnado para la pensión ordinaria concedida, que es la de 1 de febrero, como puede verse en él, y que corresponde a lo dispuesto en el artículo 37,1, v), de la Ley de Clases Pasivas, texto refundido, ya que el nacimiento del derecho de la señora M. se produce al fallecer su marido, y esto ocurrió el 10 de enero de 1977, procediendo igualmente reconocer el derecho de la demandante a percibir la indemnización prevista en el apartado 1.º del artículo 2.º de la Ley 19/1974, como consecuencia de lo anteriormente resuelto, en su cuantía mínima de 100.000 pesetas, tal como se pide, no así el subsidio de 10.000 pesetas establecido para el caso de fallecimiento en el apartado 2.º de dicho precepto, y no por falta de derecho a ello o incompatibilidad con las cantidades antes reconocidas, sino porque no es al Consejo Supremo de Justicia Militar al que compete pronunciarse sobre su concesión, sino a la Caja Pagadora de Pensiones de Clases Pasivas de la demarcación en que el funcionario fallecido tuviera su domicilio legal, conforme al artículo 4.º, 3 de la Orden del Ministerio de Hacienda de 1 de julio de 1974, que desarrolla la Ley 19/1974, ante cuyo organismo ha de instarse su abono; sin que finalmente haya lugar al abono a la parte actora del interés legal desde el 1 de enero de 1977 de las cantidades reconocidas, como se solicita, no aduciendo-se norma en que fundar dicho abono.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 10 de noviembre de 1980.*)

7. *Ilegalidad del artículo 4.º de la Orden ministerial de 2 de noviembre de 1978 en cuanto vulnera los derechos adquiridos de los funcionarios de la AISS, en contra del artículo 2.º, 1 del Decreto-ley de 2 de junio de 1977.*

«Opone en primer lugar el abogado del Estado, y ha de resolverse con carácter preferente la causa de inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa al amparo del artículo 82, b), en relación con los artículos 28 y 39, todos de la Ley reguladora de la jurisdicción, pero debe desestimarse este obstáculo formal opuesto por la representación del Estado, porque impugnándose la Orden de 2 de noviembre de 1978, sobre jubilación voluntaria anticipada de los funcionarios de la Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales, en adelante AISS, que es una disposición de carácter general de aplicación directa y no necesitada de que medien actos administrativos posteriores de requerimiento o sujeción individual, está legitimado el recurrente de conformidad con lo prevenido en el artículo 28,1, q), conjugado con el artículo 39,3 de la citada Ley, al contar con más de treinta

años de servicios efectivos al 5 de mayo de 1978, según afirma sin contradicción, y venir, además, afectado por los particulares de la Orden combatida.

Desestimada la causa de inadmisibilidad procede entrar en el fondo del asunto, en el que el primer motivo de impugnación es el relativo a que la pensión de jubilación regulada en el artículo 2.º, 1, en relación con el artículo 5.º de la Orden objeto del recurso, infringe el ordenamiento jurídico al señalar una pensión de carácter temporal a los funcionarios comprendidos en el artículo 1.º, pero debe desestimarse esta alegación, porque la referida pensión no pierde su carácter vitalicio en razón de que enlaza sin solución de continuidad al cumplir sesenta y cinco años el funcionario o al causar pensión en la Mutualidad Laboral, con la pensión a cargo de ésta a la que se vino cotizando, por lo que el carácter de vitalicio de la pensión de jubilación exigido por el artículo 153 del texto refundido de la Ley de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 queda plenamente respetado respecto a la pretendida ilegalidad del artículo 3.º de la Orden objeto de impugnación, debe tenerse en cuenta que tiene carácter supletorio la pensión de jubilación voluntaria anticipada a cargo del Estado en cuanto éste desvincula al funcionario antes de los sesenta y cinco años en que tendría derecho a pensión de jubilación con plenitud de efectos en la Mutualidad Laboral, por ello la cuantía de la pensión subsidiaria y excepcional a cargo del Estado no puede ser otra que aquella que le correspondería en la Mutualidad Laboral en la que estuviera cotizando, como ordena el artículo 3.º impugnado, sin que pueda extenderse a las prestaciones complementarias del Montepío de los funcionarios de la AISS, que tendrán plena aplicación al llegar a la jubilación forzosa, en la Mutualidad Laboral por haber cumplido los sesenta y cinco años, pues el Estado sólo suple en esta excepcional jubilación la pensión de carácter obligatorio a cargo de la Seguridad Social, no las prestaciones derivadas de un sistema de previsión social de carácter voluntario como es el Montepío de Funcionarios de la AISS.

El artículo 4.º de la Orden impugnada dispone respecto a los funcionarios que al cumplir los sesenta años, y al amparo de la Orden de 17 de septiembre de 1976, tuvieron derecho a causar pensión en la Mutualidad Laboral, que cesará a partir de este momento la obligación del Estado de efectuar el pago de las cotizaciones de la cuota empresarial al Montepío de Funcionarios, mas esta disposición contraviene los derechos adquiridos por los Funcionarios de la AISS reconocido en el artículo 2.º, 1 del Decreto-ley de 2 de junio de 1977, tanto activos como a pasivos incluso los del Montepío, y entre estos derechos figuraba en el Estatuto de dicho personal—artículo 125— para el supuesto de jubilación voluntaria anticipada a los sesenta años, el que la extinguida Organización Sindical continuaría abonando las cuotas correspondientes hasta el cumplimiento de la edad de jubilación—sesenta y cinco años—, viéndose ahora privados los funcionarios acogidos a la jubilación voluntaria anticipada establecida en el artículo 4.º

impugnado, de la parte correspondiente a la cuota empresarial que corría a cargo de la Organización Sindical a la que estaban adscritos, y que ahora, de mantenerse el texto del artículo 4.º, estaría a cargo de los funcionarios.

Por las razones aducidas ha de entenderse que en el supuesto del artículo 4.º de la Orden objeto del recurso, no cesa ni se extingue la obligación del Estado prevista en el número 3.º del artículo 2.º de la misma Orden, de cotizar por parte de la Empresa al Montepío de la AISS hasta que los beneficiarios cumplan los sesenta y cinco años o pasen a causar pensión normal en la Mutuality Laboral, por lo que estimando en este particular el recurso, procede anular la Orden impugnada en cuanto atañe al inciso final de su artículo 4.º relativo a la cotización empresarial al Montepío con la obligada consecuencia de la reforma del citado precepto de conformidad con la doctrina sentada por esta Sala en la sentencia de 27 de octubre de 1980.

En cuanto atañe a la ampliación del plazo para formular la solicitud de jubilación, que el artículo 6.º de la Orden señaló con carácter preclusivo en 31 de diciembre de 1978, teniendo en cuenta la nulidad que se ha declarado del inciso final del artículo 4.º sería ilusorio el derecho del funcionario a optar por la jubilación voluntaria anticipada, si no se arbitrara un nuevo plazo a partir de la modificación de este precepto en dicho extremo, por lo que procede que a partir de la publicación de la Orden debidamente modificada en el extremo que se anula, se otorgue el plazo de treinta días para la solicitud de derecho de opción a que la misma se refiere, en adecuación además con lo prevenido en el apartado 2 del referido artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo y de la sentencia de 27 de octubre pasado antes citada.» (*Sentencia de la Sala 5.ª de 5 de noviembre de 1980.*)

II. SITUACIONES

1. *Excedencia voluntaria. Para acceder a la solicitud de reingreso es necesario que haya vacante. Inexistencia de desviación de poder.*

«El recurrente impugna el acuerdo de la Comisión Municipal Permanente del Ayuntamiento de Sabadell de 18 de agosto de 1977 que ascendió a la categoría de sargento a cuatro cabos de la Policía Municipal, alegando que está viciado de desviación de poder por cuanto que fue el fruto de una maniobra tendente a sustraerle el derecho que él tenía a ser promovido a una de dichas plazas por contar con mayor antigüedad que alguno de los ascendidos, maniobra que, según él, queda patente con sólo examinar el retraso de los diversos acuerdos que el Ayuntamiento adoptó a partir del momento en que estando, como cabo de dicho Cuerpo, en la situación de excedencia voluntaria, que finalizaba el 12 de abril de dicho año, solicitó su reingreso el 10 de febrero anterior, sin que se resolviera sobre tal petición hasta el 25 de agosto siguiente.

El recurrente concreta la que denomina maniobra que al Ayuntamiento imputa alegando específicamente: 1.º La concesión de la jubilación por inutilidad física al cabo señor S., que la solicitó el 1 de marzo de 1977, tuvo lugar con notorio retraso, pues no se le concedió con carácter definitivo hasta el 18 de agosto, con efecto desde el 31 siguiente; 2.º El Ayuntamiento no resolvió sobre la petición de reingreso del recurrente hasta el 25 de agosto de 1977, no obstante haber sido presentada la solicitud el 10 de febrero anterior y haber finalizado el año de excedencia el 12 de abril siguiente; 3.º El acuerdo de ascenso de cuatro cabos se produce en la misma fecha en que se concede la jubilación del cabo señor S., mientras el reingreso del recurrente se concede una semana después, es decir, el 25 de agosto, con efectos del 1 de septiembre.

Como acertadamente razona la sentencia recurrida, de tales hechos no se desprende que el acuerdo impugnado haya incidido en desviación de poder, puesto que partiendo del dato inicial de que, conforme al artículo 63,1 del Reglamento de Funcionarios de las Corporaciones Locales, "transcurrido un año de excedencia voluntaria, el funcionario podrá solicitar su reincorporación y tendrá derecho a ocupar la vacante que exista o la primera que se produzca en su categoría", claro es que cuando el 12 de abril finaliza dicho año para el recurrente, no podía el Ayuntamiento conceder el reingreso solicitado por no existir plaza vacante en la categoría de cabo, que aquél ostentaba, por lo que, como quiera que la vacante se produjo el 31 de agosto de 1977, mediante acuerdo de jubilación definitiva adoptado el 18 anterior, obvio resulta que el reingreso, que se concedió el 25 del mismo año con efectos de 1 de septiembre siguiente, se ajustó a lo establecido en el precepto citado.

Si bien puede constatarse que desde que se solicita por el cabo señor S. la jubilación por inutilidad el 1 de marzo de 1977 hasta que se le concede con carácter definitivo transcurrieron cinco meses y dieciocho días no puede deducirse de ello que constituyera parte de una actuación contra el recurrente, en la que se fundaría la desviación de poder, puesto que en el expediente consta que el acuerdo de jubilación condicionada a la aprobación por la "Munpal" lo adoptó el Ayuntamiento el 31 del mismo mes; la notificación al interesado, el 5 del mes siguiente; la remisión del expediente a la "Munpal", el 8 de mayo, una vez que se unieron a él la solicitud de prestación de jubilación, de fecha 26 de abril; certificación de servicios, de fecha 30 de abril, y de ayuda familiar, de fecha 27 del mismo mes; la recepción en el Ayuntamiento de la resolución de la "Munpal", el 13 de julio, y la resolución acordando la jubilación definitiva el 18 de agosto, pues esta concatenación de fechas y trámites revela un curso aceptablemente normal del expediente—cuya duración no excedió de seis meses—, con la particularidad de que el lapso mayor se produjo no en las propias oficinas municipales, sino en la Dirección General de Administración Local, sede de la "Munpal", sin que el recurrente haya

alegado siquiera que este órgano fuera un instrumento de la que denomina maniobra municipal en su perjuicio y sin que, por otra parte, se haya intentado tampoco acreditar que al acordar el Ayuntamiento la jubilación con efectos del último día del mes en que la resolución se adoptó se haya separado o desviado de la práctica constante seguida en tales casos y que expresamente se ha invocado en la contestación a la demanda.

Tampoco pueden extraerse razones justificatorias de desviación de poder del hecho de que el Ayuntamiento decidiera promover a plazas de sargento a cuatro cabos por acuerdo de 18 de agosto, puesto que constando, como consta en el expediente, que tales plazas habían quedado vacantes en los dos meses anteriores, era obligación de la Corporación el proveerlas, y al hacerlo con rapidez claro es que utilizó sus potestades para el fin fijado por el ordenamiento jurídico y no con el de perjudicar al recurrente —aun cuando el resultado objetivo fuera para éste perjudicial—, antes bien el retrasar los ascensos hasta que éste hubiera hecho efectivo su reingreso mediante la toma de posesión tendría más visos de poder estimarse como una dilación tendente a favorecer el interés particular del recurrente.

Tampoco puede fundarse la invocada desviación de poder en el hecho de que el reingreso del recurrente se acordara una semana más tarde de la fecha en la que, simultáneamente, se ascendió a los cabos y se jubiló al señor S., pues a la vista de las constataciones realizadas más arriba, tal retraso era absolutamente intrascendente en orden a las pretensiones de ascenso de aquél, toda vez que aun cuando se hubiera acordado en la misma fecha en que los otros acuerdos se adoptaron, no podría ascenderse al recurrente, dado que la vacante de cabo que, en definitiva ocupó, se produjo con efectos de 31 de agosto, con lo que su toma de posesión no podía tener lugar hasta el 1 de septiembre, que fue la fecha en la que su reingreso se refirió.

Constatado, pues, que el Ayuntamiento de Sabadell utilizó las potestades administrativas de jubilación, de acceder al reingreso de un excedente voluntario y de promover por antigüedad a la plaza de sargento a cuatro cabos de la Policía Municipal para los fines generales y específicos fijados por el ordenamiento jurídico, y no para perjudicar al recurrente, y constatado, además, que al haber dilatado la resolución de reingreso hasta el 25 de agosto con efectos de 1 de septiembre, fue intrascendente para los intereses del recurrente, por no existir plaza vacante que pudiera ocupar hasta que el 18 de agosto se jubiló al señor S. con efectos del 31 siguiente, procede desestimar el recurso confirmando la sentencia apelada.» (*Sentencia de la Sala 5.ª, de 3 de diciembre de 1980.*)

Rafael ENTRENA CUESTA

CRONICA ADMINISTRATIVA

