

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Emilio E. FERNANDEZ-PIÑEYRO Y HERNANDEZ
Capitán Auditor

Se recogen en esta Sección sentencias recientes de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Audiencias Territoriales dictadas con ocasión de recursos interpuestos contra resoluciones de autoridades del Ministerio de Defensa y clasificadas por materias que se han considerado de mayor interés general. Tras la voz correspondiente a cada materia seleccionada se hace una sucinta exposición de los principales criterios jurisprudenciales utilizados en las sentencias y, a continuación, un extracto de sus antecedentes de hechos, transcribiéndose literalmente, al final, los fundamentos de derecho más importantes.

INDICE TEMATICO

I. ASCENSO MILITARES: A. CLASIFICACION PARA EL ASCENSO. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1987 (*Con doctrina legal fijada en virtud de recurso extraordinario de apelación en interés de Ley*). Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Octubre de 1987. Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 14 de Marzo de 1987. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 1987. Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de Marzo de 1987. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Noviembre de 1986. **B. ASCENSO AL EMPLEO DE GENERAL POR ELECCION.** Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de Octubre de 1987.- **II. ANTIGUEDAD EN EL EMPLEO Y ANTIGUEDAD EN LA CARRERA FUNCIONARIAL.** Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de Octubre de 1987.- **III. AUXILIOS, SALVAMENTOS, REMOLQUES, HALLAZGOS Y EXTRACCIONES MARITIMAS.** Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Septiembre de 1987.- **IV. CABLLEROS MUTILADOS.** Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 1986. Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de Diciembre de 1987.- **V. CONTRATACION ADMINISTRATIVA.** Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Julio de 1987.- **VI. ESCALAS DE COMPLEMENTO.** Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Septiembre de 1987. Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 3 de Octubre de 1986. Sentencia de la Audiencia Terriotiral de Las Palmas de Gran Canariade 5 de Noviembre de 1986.- **VII. NOTIFICACIONES DEFECTUOSAS.** Sen-

tencia de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria de 11 de Noviembre de 1987.— **VIII. PERSONAL CIVIL NO FUNCIONARIO EN REGIMEN DE CONTRATACION LABORAL.** Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 5 de Julio de 1986.— **IX. PROVISION DE VACANTES.** Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Julio de 1987. (*Con doctrina legal fijada en virtud de recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley*).— **X. REGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR.** Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 15 de Octubre de 1985 (*Apelada*). Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Septiembre de 1987.

I. ASCENSOS MILITARES

A. Clasificación para el ascenso

La importante Sentencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión de 23 de Junio de 1987, dictada como consecuencia del *recurso extraordinario de apelación en interés de Ley* interpuesto por el Letrado del Estado contra Sentencia de 16 de Abril de 1986 de la Sección 3ª de la Audiencia Nacional, establece como doctrina legal los siguientes extremos:

Primero: "...*Que no provoca indefensión la falta de remisión de las actas originales de clasificación, confeccionadas por los Organos Clasificadores, por tener caracter secreto la actuación valorativa de aptitudes militares para funciones de esa naturaleza*".

Segundo: "*Que los Tribunales de Justicia no pueden suplir a la Administración Militar en la valoración de los aspectos concernientes a la aptitud profesional...*"

Tercero: "*Que, por lo tanto, debe reputarse gravemente dañosa la doctrina contenida en la sentencia apelada que establece criterios opuestos a los antes transcritos*".

En consecuencia, se deja claro que las Juntas de Clasificación gozan de un cierto ámbito de actuación discrecional que, por referirse a aspectos personales y profesionales de la función militar, queda al margen de la fiscalización judicial. De ahí que, si bien es posible que se pueda llegar a una invalidación de sus actos si el Tribunal aprecia infracción del Ordenamiento Jurídico, *lo que ya no es jurídicamente correcto es que, con posterioridad a la anulación, tome el Tribunal el puesto de la Administración, supliéndola en las funciones valorativas de esos aspectos de los intereses comprendidos en la discrecionalidad técnica.*

Por lo demás, esta Resolución judicial —cuyos Fundamentos de Derechos se transcriben en la primera de las Sentencias que hemos seleccionado— afirma que, si bien la normativa legal aplicable no prevé la utilización de *BA-REMOS*, ello no puede ser un obstáculo para que la Junta de Clasificación, por su propia iniciativa, decida la utilización de unos baremos cuya introducción vendría a moderar las amplias potestades valorativas de la Junta por la

vía de una mayor objetivación de criterios y no podría, por tanto, perjudicar a los interesados. Ahora bien, esta consideración no puede excluir la necesidad de que los baremos, en su caso, utilizados, puedan ser revisados judicialmente, si no en su aplicación, si en su mera existencia y alcance para medir su concordancia con la normativa legal de directa aplicación y en particular para comprobar su aptitud y suficiente ajuste a los documentos y conceptos que por imperativo legal deben ser valorados por la Junta; lo cual exige la publicación previa de estos Baremos para evitar situaciones discriminatorias.

De las demas sentencias que recogemos pueden extraerse los siguientes criterios generales:

1. Posibilidades de control jurisdiccional del acto por inconstitucionalidad sobrevenida del Art. 17 de la Ley de 19 de Abril de 1961 y del Art. 16 del Decreto de ascensos militares de 13 de Mayo de 1977 en relación con el Art. 40 f) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, en cuanto sustraían expresamente de la jurisdicción revisora las decisiones del Consejo Superior.
2. Aplicación directa del principio "PRO ACTIONE" en cuya virtud la vía administrativa previa no puede concebirse como un obstáculo "formulista y artificioso" que haga inútiles los esfuerzos de los administrados por alcanzar una resolución sobre el fondo de sus peticiones.
3. La competencia atribuida a los Consejos Superiores de los tres Ejércitos para designar a los Oficiales General que, reuniendo la condición de "elegibles", puedan ser clasificados para el ascenso implica una *POTESTAD DISCRECIONAL que no es revisable en su dimensión intrínseca como opción racionalmente emitida* por encerrar un juicio de valor de carácter técnico atribuido a quienes, por función y conocimiento, resultan más idóneos para lograr una acertada conclusión.
4. Lo anteriormente dicho no obsta en absoluto para que sea posible, al igual que para cualquier otro acto administrativo discrecional, el control jurisdiccional de sus elementos externos como son: a) Competencia del Organó que lo dicta. b) Correcta formación de la voluntad administrativa. c) Existencia real y objetiva del supuesto de hecho que sirve de fundamento al acto y d) Conformidad del acto con los intereses generales, auténtica razón vital de todo el actuar administrativo. En este sentido, una de las sentencias que se recogen ordena que se clasifique de nuevo al recurrente y anula la clasificación anterior por incorrecta formación de la voluntad administrativa al constituirse en aquel caso la Junta de Clasificación sólo con diez vocales de armas y ocho del resto del personal del Ejército un lugar de los doce vocales de armas y seis del resto del personal del Ejército previstos por el Art. 40 de la Orden de 19 de Noviembre de 1982 que aprueba el Reglamento para la Clasificación de los Mandos del Ejército. En este mismo caso también se vulneraron otros importantes elementos externos del acto como la omisión de notificación o publica-

ción de la composición de la referida Junta impidiendo así que el interesado tuviera conocimiento de la misma al objeto de poder alegar, en su caso, la concurrencia en sus miembros de alguna causa de incompatibilidad de acuerdo con lo previsto por el Art. 58 del Reglamento ya citado y finalmente también fue un vicio formal relevante el que en el Expediente no figuraran las hojas de calificación de los diez últimos años según lo ordenado por los Art. 62 y 64 del tan citado Reglamento. En cambio, el Tribunal no ha apreciado extralimitación alguna en la llamada "*Clasificación atenuada*" prevista por el Real Decreto 2637/82 de 15 de Octubre que desarrolla la Ley 48/81 y esto porque tal "*clasificación atenuada*", que la Ley 48/81 no prevé, no tiene otro cometido que el establecer una clasificación transitoria de los llamados al curso de aptitud de modo que ni contradice ni modifica sustancialmente la norma legal pues no impone condiciones más gravosas para los interesados que no aparecieran recogidas ya antes en la Ley.

Por último, respecto de la opacidad de los expedientes que ha de conocer la Junta, como garantía de objetividad e interdicción de arbitrariedades derivadas de *motivaciones subjetivas*, basta con que en los expedientes se borren o tachen señales, datos o referencias que puedan identificar a cada interesado en particular sin que pueda acogerse la alegación de que en algunos casos puede llegarse a descifrar algún apellido o referencia o nombre de algún familiar al trasluz porque no son éstas fórmulas normales que puedan predicarse de la actuación o conducta de un miembro del tribunal clasificador.

5. En atención a la discrecionalidad técnica de que goza la Administración, resulta en todo caso insuficiente la mera sustitución de un juicio de valor por otro, máxime cuando no se denuncian irregularidades de carácter procedimental. Varias veces se dice que en esta materia no puede sustituirse el criterio del órgano técnico competente por el subjetivo y personal del recurrente dando importancia a unos datos e infravalorando otros. Se trata ciertamente de una materia, como ya destacó la Sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 24 de Septiembre de 1980 (Aranz. 3278) en la que "entrar a valorar todas las circunstancias sobre el fondo de la clasificación, está vedada" a esta jurisdicción, "por no tratarse de una cuestión jurídica, sino de las especiales aptitudes" para acceder al empleo "en el momento en que se produce la clasificación y con proyección de futuro, que es cuando ha de desempeñar dicho mando, lo que corresponde efectuar, por precepto legal y la normal organización de los Ejércitos, a quienes por su función y conocimientos tienen competencia para lograr una acertada conclusión".
6. No existe *desviación de poder* cuando en modo alguno se acredita que el objetivo del acuerdo recurrido fuera, ante todo, impedir el acceso del recurrente al empleo inmediato superior con olvido de los intereses públicos que deben presidir toda la actividad de la Administración. En este

sentido el T.S. recuerda aquí la doctrina jurisprudencial según la que, para la concurrencia de la *desviación de poder*, son necesarios los siguientes requisitos: a) Un acto aparentemente ajustado al interés público querido por el legislador; b) Presunción de que la Administración ejerce sus facultades conforme a Derecho, y c) No poder exigirse una prueba plena sobre sus existencia, ni tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con la finalidad distinta a la pretendida por la norma.

7. Una vez declarado no apto para el ascenso, incurre un desviación de poder la actuación administrativa que dispone, además, el sometimiento del interesado a "Observación de conducta, debiéndose rendir informes cada seis meses... a fin de determinar su aptitud para el servicio" y su cambio de destino "... al objeto de poder ejercer la observación de conducta con garantías...". Estas anómalas secuelas olvidan lo señalado en el Art. 103 de la Constitución española -aplicable también a la Administración Militar- por cuanto no encuentran fundamento alguno en la normativa recogida por la Ley 78/1968, ni en el Real Decreto 3008/1978 y suponen, en definitiva, un acuerdo de carácter punitivo o sancionador tomado de espaldas a los procedimientos sancionarios militares aunque pretendan calificarse y encubrirse bajo la capa de una "observación temporal de conducta y sometimiento a control y vigilancia que sólo encontraría justificación en los semiincapacitados o en los sujetos de dudosa y persistente conducta.
8. Al declarar la nulidad de tales medidas, los tribunales se plantean la consecuencia ulterior de reclamación por daños y perjuicios. A la vista de la doctrina del Tribunal Supremo -(sentencias de 31 de Octubre de 1978, 2 de Febrero de 1980, 4 de Marzo y 5 de Junio de 1981, 25 de Junio de 1982, 25 de Septiembre de 1983, 20 de Enero y 25 de Septiembre de 1984 y 11 de Abril de 1986)- se exige para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública la acreditación de los siguientes requisitos: a) Efectiva realidad del daño o perjuicio evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo y c) Ausencia de fuerza mayor. *Por otro lado, incumbe su prueba al que reclama salvo caso de fuerza mayor que incumbe a la Administración demandada si la alega.*
9. La situación de suspenso de empleo o la de procesado, entre otras, impide, respecto del ascenso, la clasificación como apto para quien aún no la tuviera, provocando la pérdida de la misma para quien ya la tuviera;

haciéndose preciso, de todos modos, una nueva clasificación al salir de dichas situaciones.

T.S. (Sala 5ª) Sentencia de 23 de Junio de 1987

Ponente: Excmo. Sr. Cáncer Lalanne.

Por la Secc. 3ª de la AN, se dictó S 16 Abr. 1986, cuya parte dispositiva dice así: «*Fallamos*: que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Luis Parra Ortun en nombre y representación de D. Joaquín, contra la R 30 Abr. 1984 dictada en reposición y confirmatoria de la OM 253/00026 de 3 Ene. que decretó el pase a la situación de clasificado en el Grupo «B» al recurrente, las que declaramos nulas por su no conformidad a Derecho estableciendo en su lugar que debió ser declarado apto para el ascenso y que debió conferírsele el empleo de Coronel en la fecha en que por antigüedad le correspondía con todas las consecuencias y efectos que de esta declaración se derivan en orden a la efectividad de la misma, sin que hagamos condena en costas».

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley, por el Letrado del Estado, presentándose escrito en el que exponía como hechos: Primero: La Junta de Clasificación del Ejército del Aire, reunida en sesión extraordinaria el día 13 Dic. 1983, adoptó, entre otros acuerdos, el de proponer no le fuera concedida la aptitud para el ascenso al Teniente Coronel D. Joaquín. Aquella propuesta, ratificada por el Consejo Superior del Ejército del Aire el día 21 Dic. 1983, tenía su razón de ser en la baja conceptualización obtenida por el interesado, y la escasa puntuación en su hoja de servicios, que le hacía ocupar el último puesto en la clasificación, con notable diferencia sobre su inmediato predecesor y el resto de sus compañeros, y así se hizo constar en el Acta núm. 131 que se levantó con ocasión de aquella sesión de la Junta de Clasificación que figura en el correspondiente libro obrante en su Secretaría, de la que se acompaña fotocopia. Como consecuencia de la conceptualización merecida y en cumplimiento de las normas legales de aplicación al caso, el Jefe citado fue clasificado en el Grupo «B» por OM 253/00026/84, de 3 Ene., contra la que recurrió en reposición para, desestimadas sus pretensiones por R 30 Abr. 1984, recurrir posteriormente en vía contencioso-administrativa ante la AN. Segundo: La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN dictó S 16 Abr. 1986, estimado el recurso interpuesto y declarando nulas, por su no conformidad a derecho, «la R 30 Abr. 1984 dictada en reposición y confirmatoria de la OM 253/00026 de 3 Ene. que decretó el pase a la situación de clasificado en el Grupo «B» al recurrente» según se dice literalmente en el fallo de la referida sentencia, en el que se añade que el recurrente «debió ser declarado apto para el ascenso y que debió conferírsele el empleo de Coronel en la fecha en que por antigüedad le correspondía con todas las consecuencias y efectos que de esta declaración se derivan». Citó los fundamentos de De-

recho que estimó de aplicación y suplicó a la Sala se dictara sentencia estimando el recurso y fijando la doctrina legal respetando la situación jurídica particular derivada de fallo recurrido.

Fundamentos de Derecho

Primero: Al recaer este recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley sobre un acto administrativo, procedente del M^o Defensa, que implicaba la clasificación de un Teniente Coronel en el Grupo «B» a consecuencia de no haber sido declarado apto para el ascenso a Coronel, y aparecer el recurso planteado dentro del plazo de 3 meses, contado desde la fecha de notificación de la sentencia, que se reputa gravemente dañosa para el interés general, y errónea, según las argumentaciones que expone el Letrado del Estado en su escrito de apelación, deben entenderse cumplidos los requisitos de admisibilidad del art. 101 LJCA, puesto que la índole del asunto demuestra que la sentencia apelada había quedado firme, conforme al art. 94.1 a) LJCA, por tratarse de materia de personal que no implicaba separación de empleado público inamovible, y haberse respetado el plazo legal y demás requisitos formales de interposición.

Segundo: Según el Letrado del Estado, la doctrina legal que debe reputarse errónea y gravemente dañosa para el interés general, fue la establecida por la sentencia que a continuación se sintetiza: 1) Cuando declaró que la Junta de Clasificación no podía utilizar para medir la aptitud para el ascenso a Coronel del Teniente Coronel recurrente, unos baremos que carecían de respaldo legal, al no haber sido objeto de publicación. 2) Al establecer que la falta de notificación al interesado de la declaración de no aptitud, que suponía una definitiva postergación para su promoción militar a cargos superiores, y el hecho de que no se hubiera remitido, para su unión a las actuaciones judiciales, el acta original de la sesión de la Junta de Clasificación que contenía las concretas operaciones valorativas de la aptitud del Teniente Coronel afectado, constituían circunstancias motivadoras de indefensión invalidante. 3) En último lugar, cuando la sentencia apelada, después de anular los acuerdos impugnados, entrando a valorar la documentación aportada, declara la aptitud para el ascenso del Teniente Coronel entonces recurrente, y su derecho a que se le confiera el empleo de Coronel.

Tercero: Respecto del primero de los extremos acotados, si bien es cierto que la L 51/1969, de 26 Abr. y el DL 29/1977, de 2 Jun., sobre ascenso en Cuerpos procedentes de Enseñanza Superior del Ejército del Aire y D 28 Oct. 1977, sobre requisitos y reglas para ascensos de Generales, Jefes y Oficiales del Ejército del Aire y OM 25 Jun. 1969, que crea la Junta de Clasificación, establecen una organización y un procedimiento lo suficientemente completo para la determinación de la aptitud para el ascenso de los Tenientes Coroneles, que, por estar incluidos en la Zona de Clasificación, deban ser clasificados, y asimismo es cierto que las reglas que específicamen-

te se refieren a la clasificación de los Tenientes Coronales para el ascenso a Coronel, no prevén la utilización de baremos, ello no podía ser obstáculo para que la Junta de Calificación, por su propia iniciativa, decidiera la utilización de un baremo, pues el art. 11 de las normas de rango legal antes citadas, al establecer que las clasificaciones estarán basadas en el análisis de las *circunstancias de los interesados* en todos los aspectos de su personalidad, competencia y actuación profesional... en función de las misiones de su Arma o Cuerpo, ayudándose de las Hojas de Servicio, informes confidenciales, expedientes personales, informes de sus primeros Jefes, calificaciones en los cursos... etc., viene a conferir a los Organos Calificadores una amplísima libertad de apreciación de las aptitudes de los interesados, a quienes *en absoluto puede perjudicar la introducción de unos baremos* que moderaran objetivamente la utilización de aquellas amplias potestades valorativas; y si bien la índole de las aptitudes a contemplar, que, como se dijo, miran a la competencia y aptitud personal para las misiones militares, atribuye a las potestades valorativas cuestionadas un evidente carácter de discrecionalidad técnica, no fiscalizable jurisdiccionalmente, en su concreta y directa aplicación valorativa, *esta consideración no podía excluir la necesidad* de que los baremos en su caso utilizados pudieran ser revisados judicialmente, si no en su aplicación, si en su mera existencia y alcance, para medir su concordancia con la normativa legal de directa aplicación, y en particular para comprobar su aptitud para ser aplicados a los documentos que se aluden en el citado art. 17 DL 29/1977 (hoja de servicios, expediente personal... etc.) o su ajuste a los *conceptos descritos en dicho precepto para ser valorados* (personalidad, competencia, actuación profesional); lo que en definitiva exigía su publicación previa, que desde otro punto de vista, era ineludible para evitar situaciones discriminatorias. Por todo lo cual y en conclusión, no puede estimarse errónea la doctrina que en este punto sentó la sentencia apelada respecto a la antijuridicidad de la utilización de los baremos.

Cuarto: En relación a la segunda cuestión —efecto supuestamente invalidante del procedimiento seguido para la comunicación de la falta de aptitud para el ascenso a Coronel, y de la no remisión del acta original de valoración—, cabe decir que era errónea la vulneración legal apreciada en la sentencia, pues la notificación de la declaración de falta de aptitud del entonces recurrente, aunque no se realizó en forma directa, si lo fue de un modo *tácito a través de hechos concluyentes*, que eran consecuencia del procedimiento establecido en la OM 25 Jun. 1969, sobre creación y actuación de la Junta de Clasificación, cuyo art. 16 exclusivamente previene la publicación en los Boletines Militares de las declaraciones de aptitud para el ascenso, resultantes de la clasificación anual, que en el caso de autos permitía presumir al Teniente Coronel recurrente, en situación de clasificación anual, que si no figuraba entre los declarados aptos, ello se debía a su declaración de no aptitud; lo que no podía suponerle indefensión, puesto que aquella publicación indirecta se contempló con la de los ascendidos a Coronel, a conse-

cuencia de la clasificación anual, entre los que tampoco figuraban obviamente, los no aptos para el ascenso, y por la concreta referencia de cada uno de los no aptos, que se contenía en las Ordenes que se publicaban, comunicando qué Tenientes Coroneles pasaban al Grupo «B» manteniendo dicho empleo, una vez sobrepasados por el ascenso ordinario de quienes les seguían en el escalafón; que fueron los hechos que determinaron la posibilidad utilizada por D. Joaquín, de impugnar su supuestamente indebida declaración de no aptitud para el ascenso a Coronel, cuyas, concretas circunstancias llegaron a su conocimiento al dársele traslado del expediente, y durante el curso de la tramitación del proceso. Sin que quepa entender que la falta de remisión del acta original de clasificación pudiera ser determinante de invalidez, ya que obedecía a lo dispuesto en el art. 10 L 51/1969, de 26 Abr., que establece que las actuaciones del Consejo Superior y de la Junta de Clasificación, así como las de sus Organos de trabajo serán secretas, lo que justificaba dicha no remisión, en lógica relación con el alcance de las operaciones valorativas, dado que según el antes transcrito art. 11 DL 29/1977, la actuación de los Organos de Clasificación se dirige a medir la aptitud para funciones militares de mando y misiones de Arma o Cuerpo, cuya publicidad, llevada a sus últimos extremos, podría comprometer los superiores intereses de la defensa nacional, y visto que esa no remisión puede ser suplida por la Administración Militar, como aconteció en el caso de autos con el envío del expediente personal, hoja de servicios y demás documentación del art. 11 DL 29/1977, y de una síntesis del acta de la sesión valorativa que refleje su resultado, que son datos suficientes para la revisión judicial, que, en cualquier caso, como se anticipó en el fundamento legal tercero, no puede extenderse a la utilización concreta de la discrecionalidad técnica, que el tan nombrado precepto —art. 11 DL 29/1977— otorga a los Organos Calificadores, y a la que se refieren las actas originales; de modo que su remisión nada añadiría al alcance posible de la actuación judicial.

Quinto: Por lo expuesto, y en referencia al punto segundo, la doctrina legal que debe establecerse es la de que para la comunicación de las declaraciones de falta de aptitud de los Tenientes Coroneles, que por hallarse en la Zona de Clasificación, deban ser anualmente clasificados, es suficiente el procedimiento de publicación establecido en el art. 16 OM 25 Jun. 1969, y las consiguientes publicaciones de los ascensos a Coronel resultantes de cada clasificación anual; así como la publicación de los Tenientes Coroneles que, conforme al art. 7 DL 29/1977, pasan al Grupo «B» por ser sobrepasados por el ascenso ordinario de quienes les sigan en el escalafón. Y que no provoca indefensión invalidante la falta de remisión de las actas originales de clasificación de los referidos Tenientes Coroneles, por tener carácter secreto la concreta actuación valorativa de los Organos Calificadores en lo que concierne de la aptitud personal para funciones militares.

Sexto: En lo que respecta a la última de las cuestiones planteadas —declaración del derecho al ascenso a Coronel y del de cubrir plaza de ese em-

pleo-, los anteriores razonamientos han supuesto la afirmación reiterada de que para los ascensos a Coronel desde el empleo de Teniente Coronel del Ejército del Aire, la Junta de Clasificación goza de un cierto ámbito de actuación discrecional, que por referirse a aspectos personales y profesionales de la función militar queda al margen de la fiscalización judicial. De ahí que si bien es posible que se pueda llegar a una invalidación de los actos relativos al ascenso a ese empleo, si el Tribunal aprecia infracción del Ordenamiento Jurídico, en los aspectos revisables de las actuaciones discrecionadas de la Administración Militar, tales como el control de los hechos determinantes, competencia de los órganos intervinientes, procedimiento o fines a perseguir, lo que ya no es jurídicamente correcto es que, con posterioridad a la anulación, tome el Tribunal el puesto de la Administración Militar, supliéndola en las funciones valorativas de esos aspectos de los interesados comprendidos en la discrecionalidad técnica. Lo que supone que, de hacerse así se da lugar a una aplicación del Derecho errónea y gravemente peligrosa, que puede ser corregida por el cauce de este recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley.

Séptimo: Por lo expuesto procede estimar el recurso de apelación interpuesto por el Letrado del Estado contra la sentencia dictada por la AN en el proceso de que trae causa esta resolución, en cuanto a las declaraciones de aquélla, que se sintetizan con los números segundo y tercero en el fundamento legal segundo de esta sentencia, cuya doctrina ha de considerarse errónea y gravemente dañosa, fijando como doctrina legal la que se expresa en los fundamentos quinto y sexto, y que se pasa a reproducir en la parte dispositiva.

Fallamos: que estimando el recurso de apelación en interés de la Ley, interpuesto por el Letrado del Estado, contra la S 16 Abr. 1986 de la AN, dictada en el proceso núm. 3157/84, declaramos: *Primero:* Que debe fijarse como doctrina legal que para la comunicación en las declaraciones de falta de aptitud para el ascenso, de los Tenientes Coroneles del Ejército del Aire, que, por hallarse en Zona de Clasificación, deban ser anualmente clasificados, es suficiente el procedimiento de publicación establecido en el art. 16 OM 25 Jun. 1969 y las consiguientes publicaciones de los ascensos a Coronel, resultantes de cada clasificación anual, así como de la de los Tenientes Coroneles que, conforme al art. 7 DL 29/1977, pasan al Grupo «B» al ser sobrepasados por el ascenso ordinario de quienes les siguen en el escalafón. Y que no provoca indefensión la falta de remisión de las actas originales de clasificación, confeccionadas por los Organos Clasificadores, por tener carácter secreto la actuación valorativa de aptitudes militares para funciones de esa naturaleza.

Segundo: Que los Tribunales de Justicia no pueden suplir a la Administración Militar en la valoración de los aspectos concernientes a la aptitud profesional de los Tenientes Coroneles del Ejército del Aire para ascenso al empleo de Coronel.

Tercero: Que, por lo tanto, debe reputarse gravemente dañosa la doctrina contenida en la sentencia apelada, que establece criterios opuestos a los antes transcritos.

T.S. (Sala V) Sentencia de 5 de Octubre de 1987

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ventura Fuentes Lojo.

Por acuerdo del Consejo Superior del Ejército del Aire de 24 de Febrero de 1978, se declaró al recurrente no elegible para el ascenso al empleo inmediato superior.

Estimando dicho recurrente que tal acuerdo no era conforme con el Ordenamiento Jurídico y tras mostrar su disconformidad enviando sendos escritos al citado Consejo con fechas 4 de Mayo y 26 de Junio de 1978 respectivamente, interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sala Cuarta de la Audiencia Territorial de Madrid, la cual dictó sentencia desestimando el recurso jurisdiccional.

Apelada esta sentencia por la parte actora en el anterior recurso, el Tribunal Supremo desestima la apelación en atención a las siguientes consideraciones:

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA APELADA

Primero: "...El Consejo Superior del Ejército del Aire adoptó el 19 de Abril de 1978 el siguiente acuerdo: "El Consejo Superior del Ejército del Aire en su reunión del día 24 de Febrero último, acordó declarar a V.E. no elegible para el ascenso al empleo superior inmediato. Posteriormente, en reunión celebrada el día 29 de Marzo pasado, tomó la decisión de comunicar este tipo de acuerdos a los Sres. Generales afectados. En cumplimiento de lo acordado, lo pongo en conocimiento de V.E., haciéndole saber que, conforme a la Disposición adicional de la Ley 51/1969, de 26 de Abril, este acuerdo del Consejo queda exceptuado de todo recurso, incluso del contencioso-administrativo, excepto de los derivados de infracción de los preceptos formales exigidos por dicha Ley". Sin embargo, el recurrente mostró su disconformidad con el mismo enviando dos nuevos escritos al Consejo el 4 de Mayo y el 26 de Junio de 1978 en ellos, además de interesar la nueva notificación del acuerdo muestra su deseo de recurrir el mismo. El Consejo Superior en acuerdo de 8 de Julio de 1978, aludiendo a los anteriores escritos presentados por el actor, le comunicó que: "...las resoluciones del Consejo sobre no elegibilidad para el ascenso al empleo superior inmediato no son recurribles y que la notificación no es preceptiva, habiéndose cumplido en su caso los preceptos formales establecidos por las normas específicas del Consejo. Contra esta última resolución se interpuso el día 13 de Septiembre el oportuno recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional, que, tras iniciar las actuaciones y en periodo de prueba se inhibió en favor

de la Audiencia Territorial en Auto de 28 de Octubre de 1983. El Consejo Superior del Ejército del Aire, a la vez que remitía parte de los documentos integrantes del expediente administrativo, el día 24 de Noviembre de 1978 dirigió a la Audiencia Nacional un escrito en el que, entre otros extremos, dejaba constancia de lo siguiente: a) El artículo 3 de la Ley 51/1969, de 26 de 4 Abril, de Ascensos para el personal del Arma de Aviación, en su actual redacción dada por el Real Decreto Ley 29/1977, de 2 de Junio, establece que las clasificaciones para el ascenso de los Oficiales Generales, Jefes y oficiales del Ejército del Aire, a quienes afecta la presente Ley, tendrán por objeto la determinación de las siguientes circunstancias: La de "elegible" o "no elegible" para el ascenso a los diferentes empleos de Oficial General. b) El art. 10 de la Ley citada establece que las actuaciones del Consejo Superior del Ejército del Aire, así como de sus órganos de trabajo, tendrán carácter secreto, añadiendo el art. 11, en su vigente redacción, que toda clasificación estará basada en el análisis más minucioso y fidedigno posible de las circunstancias de los interesados y en todos los aspectos de su personalidad, competencia y actuación profesional, especialmente en ocasión de guerra o de grave responsabilidad... Para ello se ayudará de las Hojas de Servicios, Informes Confidenciales, Expedientes Personales de los interesados, informes escritos de los Primeros Jefes que ha tenido en su último empleo, calificaciones de cursos efectuados y cuantos otros elementos de juicio se consideren oportunos. c) Por consiguiente no existen acuerdos que "desestimen la petición de ascenso al empleo inmediato superior "del recurrente...; existe solo una clasificación de "no elegible" para el ascenso al empleo inmediato superior efectuada por el Consejo Superior del Ejército del Aire —de la que se ha dado cuenta al interesado—...; clasificación adoptada fundamentalmente, en base a la extensa información verbal y parecer, facilitados por dos Consejeros Togados del Cuerpo Jurídico del Aire, al que pertenece el interesado, y, por tanto, de grado superior al mismo, y a la deliberación que tuvo lugar posteriormente dentro del Consejo; cuyos extremos no constan ni es preceptivo que consten en ningún documento sino, exclusivamente, el resultado de aquella deliberación, como es práctica de aplicación constante a todos los supuestos de clasificación. Y hecha esta aclaración fundamental, procede añadir que se tienen en cuenta, además, las Hojas de Servicios, informes confidenciales, Expedientes personales, informes de Primeros Jefes, etc. d) En base a todo ello, entiende el referido Consejo que las clasificaciones, desclasificaciones y sus consecuencias, quedan expresamente exceptuadas de todo recurso, incluso el contencioso administrativo, salvo los derivados de la infracción de preceptos formales exigidos por la misma Ley; infracción de preceptos formales que no se mencionan como base del recurso entablado.

Segundo: Por su parte, el Letrado del Estado en su contestación a la demanda, obrante en el folio 134 y siguientes de las actuaciones, interesa la inadmisibilidad del recurso por entender que concurren las siguientes cau-

sas: a) Apartado a. del art. 82 de la Ley de la Jurisdicción por entender que el conocimiento del recurso corresponde al Tribunal Supremo. b) Apartado c. del art. 82 por no haberse interpuesto el preceptivo recurso de reposición. c) Acuerdo excluido expresamente del recurso contencioso en virtud de lo dispuesto en el art. 40. f) de la Ley de la Jurisdicción y Disposición Adicional de la Ley de 26 de Abril de 1969.

Tercero: Por razones de orden lógico procesal, ha de examinarse en primer lugar la excepción de inadmisibilidad invocada por el Abogado del Estado en base a lo dispuesto en el art. 82 y 40, f) de la Ley de la Jurisdicción contenciosa y en cuya virtud quedan excluidos del recurso contencioso los actos que se dicten en virtud de una ley que expresamente les excluya de la vía contenciosa; y, en este caso, la normativa habilitante para legitimar dicha exclusión viene constituida por el art. 17 de la Ley de 19 de abril de 1961 y el art. 16 del Decreto de ascensos militares de 13 de mayo de 1977, disposiciones en las que se eliminan expresamente del recurso contencioso las decisiones del Consejo Superior del Ejército; pero, sin embargo, dichos preceptos son hoy día difícilmente conciliables con los principios y derechos reconocidos en la Constitución de 1978, pues el art. 24 reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, a la vez que los arts. 103-1 y 106-1 de la Constitución reconocen respectivamente que la Administración sirve con objetividad los intereses generales, actuando en todo momento con sujeción a la Ley y al Derecho, actividad que será controlada por los Tribunales para garantizar —en todo momento— la adecuación de los actos de la Administración a los fines que la justifican.

Cuarto: Dicha realidad de sometimiento pleno de la Administración al control judicial de sus actos no puede ser ignorada ni tan siquiera por normas de rango legal, pues éstas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 53 de la Constitución, deben respetar en todo momento el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en la Sección primera del Capítulo 2º del Título I de la Constitución, entre los que se encuentra el art. 24; y, por ello, dichos preceptos, al excluir del control jurisdiccional determinados actos, han de entenderse derogados por la Disposición derogatoria 3ª de la Constitución, por incurrir en una evidente anticonstitucionalidad sobrevenida, circunstancia que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede y debe ser apreciada por los Jueces ordinarios.

Quinto: En este caso concreto, el supuesto aquí planteado ha merecido la atención del Tribunal Constitucional, quien en su sentencia de 17 de mayo de 1983, al resolver un recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1980 (R.A. 3273), sienta la siguiente doctrina: “En este sentido, el art. 40, f) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa ha de entenderse derogado por la disposición derogatoria tercera de la Constitución, en cuanto se opone al art. 24-1, de aplicación directa como todos los derechos fundamentales”.

Sexto: Las demás causas de inadmisibilidad invocadas por el Letrado del Estado deben ser igualmente desestimadas, pues, mal se puede invocar la competencia del Tribunal Supremo para conocer del presente recurso cuando se ha consentido la inhibición formulada por la Audiencia Territorial. Igualmente, no puede mantenerse la causa de inadmisibilidad fundamentada en el apartado c. del art. 82; "falta de interposición previa del recurso de reposición", cuando el recurrente, en tres ocasiones, se ha dirigido a la Administración pidiendo, primero, la notificación correcta del acuerdo de 24 de Febrero de 1978, y después, mostrando su disconformidad con el mismo e interesando su anulación (véase el escrito de 26 de Junio de 1978), ello hace que deba entenderse cumplido el trámite que denuncia el Letrado del Estado. No puede olvidarse que la vía administrativa previa no puede ser concebida como un obstáculo formulista y artificioso que haga inútiles los esfuerzos de los administrados por alcanzar, al menos, una resolución sobre el fondo de sus peticiones, una actitud distinta no solo iría en contra del principio "pro actione", inspirador de la Ley de la Jurisdicción, sino que, además, supondría una vulneración del art. 24 de la Constitución.

Septimo: Las facultades concedidas al Consejo Superior del Ejército del Aire por la Ley de 26 de Abril de 1969 y por el Real Decreto Ley de 2 de Junio de 1977, y en virtud de las cuales se le reconoce competencia para designar los Oficiales Generales que, reuniendo la condición de "elegibles" puedan ser clasificados para el ascenso, constituye una auténtica potestad discrecional, ya que, como reconocía la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Septiembre de 1980, confirmada en este punto por la del Tribunal Constitucional de 17 de mayo de 1983, toda potestad discrecional encierra en juicio de valor de carácter técnico, el cual, está atribuido a quienes por un función y conocimientos tienen competencia para lograr una acertada conclusión, en este caso, el Consejo Superior del Ejército del Aire, juicio de valor que no es revisable, en su dimensión intrínseca y genuina, en cuanto opción y racionalmente emitida.

Octavo: Sin embargo, el progresivo sometimiento de la Administración al control jurisdiccional, garantía de los ciudadanos en cuanto depositarios genuinos de los poderes del Estado, implica en el caso de los actos discrecionales la posibilidad de extender la potestad revisora de los Tribunales de lo contencioso hasta las mismas puertas que defienden la irrenunciable libertad de juicio y valoración que la Ley reconoce —en ocasiones— a la Administración Pública; así, la mejor y más reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha defendido la posibilidad de controlar los elementos determinados de todo acto administrativo, aunque éste sea discrecional, y entre ello se puede incluir; la competencia del órgano que lo dicte, así como la formación de la voluntad administrativa, la existencia real y objetiva del supuesto de hecho que la sirve de fundamento y, por último, la conformidad del acto con los intereses generales auténtica razón vital de todo el actuar de la Administración. En esta línea jurisprudencial se pueden incluir, entre otras,

las sentencias de 10 de Febrero de 1984 (R.A. 1047), en la que se diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario; la de 11 de abril de 1984 (R.A. 1919), donde se exige la necesidad de un proceso resolutorio racional para valorar las circunstancias concurrentes y, por último, la de 12 de Marzo del mismo año (R.A. 1400), en la que se vuelve a insistir en el alcance limitado de la discrecionalidad, no pudiendo en ningún caso, afectar a la totalidad del acto administrativo.

Noveno: En el presente supuesto el recurrente disconforme con el acuerdo del Consejo Superior del Ejército del Aire de 24 de Febrero de 1978 por el que se le clasificó como "no elegible" para el ascenso inmediato superior, pretende, sin duda con la mejor de las intenciones sustituir el juicio de valor emitido por la Administración, por el suyo propio, proponiendo y contraponiendo argumentos que, a su criterio, hayan podido ser mal o indebidamente valorados, pero debe advertirse, ya, que tal confrontación de juicios de valor no es admisible, entra de lleno en el mundo de la subjetividad, supone desconocer el margen de movimientos que el órgano administrativo tiene a la hora de adoptar un acuerdo discrecional; no podemos sustituir un juicio de valor por otro, al menos cuando no se han denunciado irregularidades de carácter procedimental. Aquí, los presupuestos formales y objetivos del acto se han cumplido; el Consejo se constituye con arreglo a Derecho (no es admisible la equiparación que hace el recurrente del Presidente del Consejo con el Ministro del Aire, dada su condición de Jefe del Estado Mayor), los vocales del Consejo han contribuido con su voto a la formación de la voluntad colegiada, se han tenido en cuenta todos y cada uno de los antecedentes objetivos que señala el art. 11 del Real Decreto Ley de 2 de Junio de 1977, tales como: circunstancias personales de los interesados, competencia y actuación profesional, Hojas de Servicios, Informes, Expedientes personales, informes de los Primeros Jefes y cuantos otros elementos de juicio se consideren oportunos. No cabe, por tanto, a juicio de la Sala, impugnar el acto por razón de irregularidades apreciadas en los elementos determinantes del mismo y sí susceptibles de control jurisdiccional. Existe, por último, una discrepancia de criterio entre el juicio formulado por el Consejo Superior del Ejército del Aire y el que entiende como correcto el recurrente. Sin embargo, como ya se ha advertido, tal contraposición de criterios de valor no puede realizarse en los casos en los que la Administración goza de una discrecionalidad técnica.

Décimo: En base a todo ello no puede estimarse la petición del actor que consiste en el reconocimiento de los siguientes puntos: a) Nulidad del acuerdo del Consejo Superior del Ejército del Aire de 24 de Febrero de 1978 (por el que se le declaró no elegible al empleo inmediato superior) b) Que se declare elegible para el ascenso inmediato superior al recurrente; c) Que se le abonen al recurrente toda clase de emolumentos que debía haber percibido en el caso de haber sido declarado elegible, y, por último; d) Que se le abone una indemnización de un millón de pesetas por cada mes transcurrido desde la fecha en que le hubiera correspondido ascender a Conseje-

ro Togado (de no haber sido descalificado para el ascenso) y por los que transcurran hasta que sea ascendido u obtenga sentencia favorable. En conclusión, la Sala por todo lo razonado debe desestimar el presente recurso al no apreciarse, tampoco, la desviación de poder denunciada por el actor, pues, en modo alguno se ha acreditado que el objetivo del acuerdo recurrido fuera, ante todo, impedir el acceso del recurrente al empleo inmediato superior, con olvido de los intereses públicos que deben presidir toda actividad de la Administración”...

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Primero: El recurrente, pretende la revocación de la sentencia desestimatoria del recurso interpuesto por el mismo contra Acuerdo del Consejo Superior del Ejército del Aire, de 24 de febrero de 1978, ratificado por los de 19 de abril y 8 de julio siguientes, en el que se declaró al citado recurrente no elegible para el empleo inmediato superior. Alega, a tal efecto, en primer lugar que la sentencia recurrida no está ajustada a derecho porque se ha infringido lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 51/69, de 26 de abril y de modo específico el Real Decreto Ley 29/77, de 2 de junio, en los que se reconoce al susodicho Consejo Superior del Ejército del Aire competencia para designar a los Oficiales Generales que reuniendo la condición de “elegibles” puedan ser clasificados para el ascenso. Y, en segundo término, la desviación de poder con base en los hechos que menciona.

Segundo: Ha de puntualizarse, ante todo, que, por imperativo del artículo 94 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la sentencia para designar a los Oficiales Generales que reuniendo la condición de tración pública, que no implican separación de empleado público inamovible, no es susceptible de recurso de apelación mas que en los supuestos previstos en los apartados a) y b) del número 2 del citado artículo 94. Por lo que no concurriendo en el caso contemplado mas que el del apartado a) al haberse alegado por el recurrente en primera instancia la desviación de poder, la presente sentencia ha de limitarse exclusivamente a decidir si esta desviación de poder se produjo al dictarse el acuerdo recurrido.

Tercero: Reducido el tema litigioso, por lo anteriormente razonado, a decidir sobre la desviación de poder, ha de recordarse, una vez más, la doctrina reiterada de esta Sala, que proclama que “el vicio de la desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1, en relación con el 103.1 de la Constitución Española, viene definido en el número 3 del artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa, como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, habiendo declarado la jurisprudencia de este Tribunal, en sentencias cuya profusión excusa de su específica cita, que para poder apreciar la desviación de poder es preciso que quien la invoque alegue los supuestos en que se funde y los pruebe cumplidamente, no pudiendo

fundarse en meras presunciones, ni en suspicacias y especiosas interpretaciones del acto de autoridad y de la oculta intención que lo determina, siendo supuesto, para que se dé el vicio de desviación de poder, que el acto este ajustado a la legalidad intrínseca pero sin responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa dirigida a la promoción del interés público a ineludibles principios de moralidad, teniendo solo aplicación, como infracción jurídica determinante de la estimación del recurso contencioso-administrativo, cuando no aparezca como motivo preferente de enjuiciamiento el quebrantamiento de algún precepto jurídico, en cuyo caso, el remedio utilizable es el recurso jurisdiccional, para que el Tribunal corrija la violación legal" (sentencia de 20 de febrero de 1987). Matizándose por la de 10 de febrero del mismo año que "es preciso para su concurrencia: a) un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto al interés público querido por el legislador; b) Presunción de que la Administración ejerce sus facultades conforme a Derecho, y c) No poder exigirse una prueba plena sobre su existencia, ni tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar hechos o elementos suficientes para formar en el tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con la finalidad distinta a la pretendida por la norma".

Cuarto: Valorando las causas que el recurrente estima constituyen la existencia de la desviación de poder, a la luz de lo que la doctrina legal y jurisprudencial exige para que esta desviación pueda darse en una resolución administrativa, resulta evidente que en el Acuerdo del Consejo Superior del Ejército del Aire de 24 de febrero de 1978, ratificado por los de 19 de abril y 8 de julio del mismo año declarando a dicho recurrente no elegible para el empleo superior, no se produjo tal desviación, si se tiene en cuenta que las facultades concedidas al Consejo Superior del Ejército del Aire por la Ley 26 de abril de 1969 y el Real Decreto Ley de 2 de junio de 1977, para designar los Oficiales generales que reuniendo la condición de "elegibles" puedan ser clasificados para el ascenso, constituye en principio, como precisa la sentencia de primera, una auténtica potestad discrecional, siquiera por el progresivo sometimiento de la Administración al control jurisdiccional y la última doctrina jurisprudencial permita sostener el alcance limitado de esta discrecionalidad. Por lo que para destruir dicho principio y apreciar la arbitrariedad es preciso una prueba clara y rotunda, no bastando al efecto meros juicios de valor puramente subjetivos del recurrente, o deducidos de simples conjeturas.

Audiencia Territorial de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) Sentencia de 14 de Marzo de 1987.

Ponente: Ilmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.

Por Acuerdo de 3 de Abril de 1984 de la Junta de Clasificación de Jefes y Oficiales de la Armada se acordó por unanimidad declarar al recurrente

no apto para el ascenso, incluyéndolo en la lista segunda "A" y acordando asimismo que quedara sometido a observación de conducta, debiéndose rendir informes cada seis meses con objeto de entrar en la clasificación extraordinaria en el próximo año naval a fin de determinar su aptitud para el servicio. También se ordenó el cambio de destino fuera de la Zona Marítima donde se encontraba al objeto de poder ejercer la observación de conducta con garantías. El mismo día en que se le cesa en su destino, el interesado presentó escrito solicitando el pase a la situación de retirado, de acuerdo con el artículo 14 del Real Decreto 743/1979 de 9 de Marzo, haciendo constar en el mismo con toda claridad que ello se debía a no haber sido clasificado para el ascenso a Coronel y por haber quedado sometido a observación de conducta.

Con fecha 11 de Abril de 1985 el interesado interpuso recurso contencioso administrativo ante la Sala de esa índole de la Audiencia Territorial de Madrid contra el Acuerdo de la Junta de Clasificación de Jefes y Oficiales de la Armada de 3 de Abril de 1984 ya citado, contra el Acuerdo del Consejo Superior de la Armada de 7 de Septiembre del mismo año por el que se desestimó el recurso especial de revisión interpuesto contra la resolución precedente y contra el de este último Organismo de 11 de Febrero de 1985 desestimatorio del recurso de reposición. Los pedimentos del recurso contencioso fueron, en síntesis, los siguientes:

a) Si es o no conforme a Derecho y, en caso negativo su correspondiente anulación en su totalidad del Acuerdo de la Junta de Clasificación de Jefes y Oficiales de la Armada de 3 de Abril de 1984 y b) Previo reconocimiento de la situación individualizada del recurrente, la adopción de las siguientes medidas: a') La anulación de la petición, concesión y pase a la situación de "retirado" y, como obligada consecuencia, su incorporación inmediata al servicio activo de la Armada con efectos retroactivos desde 1º de Junio de 1984, b') La consideración del tiempo transcurrido desde dicha fecha, como tiempo prestado y válido a todos los efectos. c') El inmediato y automático ascenso a Coronel con la antigüedad en que ascendió el Coronel que le seguía en el escalafón y escalafonamiento en su lugar, puesto y número. d') Abono de las diferencias entre los importes de la pensión percibida y los haberes que hubiera percibido desde 1º de Junio de 1984 hasta 31 de Enero de 1985 con el empleo de Coronel y en destino propio de tal empleo. e') En el supuesto de que la condición de retirado fuese considerada irreversible, la cantidad total tendría que ser calculada por el personal que el Tribunal estimase idóneo y en periodo de ejecución de sentencia. f') Indemnización en concepto de daños y perjuicios de orden material por un importe de dos millones ochocientas mil setecientas una pesetas con veinte céntimos y g') *Indemnización en conceptos de daños morales sufridos por el recurrente y familiares por un importe de ciento noventa y cinco millones de pesetas.*

En la sentencia, la Sala acuerda estimar en parte el recurso anulando las resoluciones impugnadas en cuanto acuerdan que el recurrente quede sometido a observación de conducta, rendimiento de informes personales cada 6

meses con el fin de entrar en clasificación extraordinaria el próximo año naval al objeto de determinar su aptitud para el servicio y cambio de destino fuera de la zona Marítima donde se encontraba. Por el contrario confirman las resoluciones anteriores en cuanto acuerdan declararlo no apto para el ascenso. También se acuerda que el recurrente debe ser repuesto en la situación de "en servicio activo" como si su solicitud de retirado no se hubiese producido.

Todo ello con base en los siguientes Fundamentos de Derecho:

"...*Cuarto*: Desestimado el óbice alegado con carácter previo y abierta así la vía para el exámen del fondo del recurso, debe destacarse al respecto, que el primer punto del *petitum* del escrito de demanda relativo a la declaración de nulidad del Acuerdo de la Junta de Clasificación de Jefes y Oficiales de la Armada de 3 de abril de 1984, por no ser el mismo conforme con el ordenamiento jurídico, el punto más importante del súplico del escrito alegatorio, por ser en cierto modo presupuesto y fundamento de toda las restantes peticiones, comprende en puridad dos resoluciones diferentes en su fundamento y consecuencias, no obstante su conjugación en el mismo acto: la relativa a la declaración de "no ser apto para el ascenso el interesado incluyéndole en la lista segunda "A", y la referente a la decisión de que "quedará sometido a observación de conducta, debiendo rendirse informes cada seis meses con objeto de entrar en clasificación extraordinaria al próximo año Naval a fin de determinar su aptitud para el servicio". Así y con relación al primer punto, hay que señalar como normativa aplicable al caso, la Ley 78/1968, de 5 de diciembre sobre Escalas y Ascensos en los Cuerpos de Oficiales de Marina (B.O.E. de 7), modificada parcialmente por las Leyes 31/1976, de 2 de agosto de 4/1977, de 4 de enero, y el Real Decreto 2008/1978, de 30 de junio (B.O.E. de 28 de agosto, núm. 205). El recurrente en esta vía jurisdiccional apoya su pretensión en una cuestión de legalidad, o de ilegalidad (sic) que implica un evidente y claro abuso y desviación de poder. Parte para ello de la distinción destacada en el art. 7.1 de la Ley 78/1968 entre la "elegibilidad" y la "aptitud", señalando que la primera es el único procedimiento para el ascenso a los empleos de Oficiales Generales, mientras que la aptitud lo es para el ascenso a los distintos empleos. Pero, seguidamente, confunde esta válida y en principio útil distinción al mezclarla con la "elección" que se califica de *extraordinario* procedimiento. El art. 13 no presenta el alcance pretendido por el recurrente, pues si bien el ascenso a los distintos empleos de Jefe será *por orden de escalafonamiento* -no por escalafonamiento- o por elección, previa declaración legal de "apto" o "elegido", según el caso (ap. 3); pero, con anterioridad, ha expresado el precepto que "el derecho al ascenso sólo puede obtenerse *en los términos que para cada caso prescribe la (presente) Ley*. Pretende así la demanda que se trata de un acto perfectamente reglado con calificaciones especificadas sobre conceptos claramente definidos y tipificadas en una sedicente Orden con la Guía para la rendición de los Informes Personales, que a juicio del recurrente clarifica conceptos y sus distintas evaluaciones, pero no debe olvidarse

que el Decreto, 2008/1978, disposición de superior rango normativo y de fecha posterior deroga expresamente "cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el presente Real Decreto" y, por tanto, no es desde aquella perspectiva, sino desde la Ley 78/1968 y desde este Real Decreto como debe enjuiciarse el caso y son los arts. 8 y siguientes. La posibilidad del recurso de revisión con base a un supuesto error de hecho, presenta su virtualidad para los casos en que la declaración de apto se apoya en un error de claro contenido objetivo y cuya patentización en esta impugnación puede enervar aquella calificación, pero no puede descender a situaciones de apreciación, no pudiéndose, en modo alguno, en esta materia sustituir el criterio de la Junta o del Consejo, por el subjetivo y personal del recurrente dando importancia a unos datos e infravalorando otros. Se trata ciertamente de una materia, como ya destacó la sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1980 (Aranz. 3278) en la que "entrar a valorar todas las circunstancias sobre el fondo de la clasificación, está vedada" a esta jurisdicción, "por no tratarse de una cuestión jurídica, sino de las especiales aptitudes" para acceder al empleo "en el momento en que se produce la clasificación y con proyección de futuro, que es cuando ha de desempeñar dicho mando, lo que corresponde efectuar, por precepto legal y la normal organización de los Ejércitos, a quienes por su función y conocimientos tienen competencia para lograr una acertada conclusión". Se cita en los Fundamentos de Derecho del escrito de demanda el art. 22,2 del Real Decreto 2008/1978, pero se omite de propósito cuanto expresa el apartado 3 de dicho precepto: "El Consejo Superior o la Junta de Clasificación, una vez considerado *libremente* el contenido de las fuentes de información que sobre cada interesado, se le presente o estime oportuno solicitar, decidirá la clasificación que corresponde a cada uno de ellos". Sería examinable y revisable en esta vía jurisdiccional, si el acto impugnado descalificara por hechos o circunstancias de comprobación objetiva, como el tiempo de servicio, la edad, etc que esta Sala pudiera corregir tales deficiencias, pero le está vedado, como lo ha reiterado la sentencia 39/1983, de 16 de mayo, del Tribunal Constitucional, al declarar que la valoración conjunta de las distintas circunstancias que concurren en un oficial de la Armada para su aptitud previa al ascenso no pueden realizarla sino los órganos de la administración especializados para ello, en este caso, la Junta de Clasificación, mucho más, teniendo en cuenta que el art. 8º de la Ley de aplicación al caso, por la remisión al Capítulo II del Título II de la misma del art. 30 prescribe que "toda clasificación estará basada en el análisis más minucioso y fidedigno posible de las circunstancias de los interesados en todos los aspectos de su personalidad, competencia y actuación profesional, especialmente en ocasión de guerra o de grave responsabilidad, así como en destino de embarco, mando o dirección, enjuiciándolos en función de las misiones de su Cuerpo, Escala o Grupo". Todas estas razones hacen obligado a este Tribunal la desestimación de esta petición referente a la nulidad del Acuer-

do impugnado referido a la declaración de “no ser apto” el recurrente para el ascenso.

Quinto: Este principio consagrado en el art. 8º de la Ley citada, se desarrolla en el art. 22 del Real Decreto 2008/1978, de 30 de junio que vuelve a reiterar en su apartado 3, que “el Consejo Superior o la Junta de Clasificación, una vez considerado libremente el contenido de las fuentes de información que, sobre cada interesado se les presente o estime oportuno solicitar, decidirá la clasificación que corresponde a cada uno de ellos”, añadiéndose como elementos para fundar la clasificación si bien con carácter potestativo, pero con igual virtualidad que las fuentes preceptivas, *los informes verbales* y escritos de Oficiales Generales, Jefes y Oficiales que hayan tenido relación directa con el interesado, a más de cualquier otra información que se estime necesaria. En el precepto mencionado –y también en el art. 8º de la Ley– se describen los elementos de juicio que ha de disponer el Consejo Superior o la Junta de Clasificación que han de llevar a “obtener un concepto concreto de los interesados, que permitirá situarlos en alguno de los cinco grupos característicos en clasificaciones de personal”, ordenando a los componentes del grupo o grupos, según los conceptos obtenidos, efectuándolo por comparaciones sucesivas. Esta *apreciación libre* del contenido de las fuentes de información –preceptivas o potestativas– decide la clasificación de cada interesado y así esta valoración conjunta de todas las circunstancias que concurren en un Oficial de la Armada para su aptitud previa al ascenso no puede atribuirse sino a los órganos de la Administración especializados para ello –como recoge la Sentencia del Tribunal Constitucional ya citada– y en este caso tal Organismo, Consejo Superior o Junta de Clasificación, pero en modo alguno a los Tribunales de Justicia, ya que el posible control puede encontrar además en no pocos casos límites concretos, cuando las cuestiones a resolver han de serlo en un juicio fundado en elementos de carácter técnico. Por cuyas razones tales operaciones escapan al control judicial, salvo los casos de concretos puntos de apreciación puramente objetiva, como negativa de clasificación por razones inexactas de edad, de años de servicio y demás datos de igual carácter que se hayan tomado exclusivamente como determinantes del rechazo equivocado. Pero fuera de tan excepcionales supuestos, la Jurisdicción carece de esas previos conocimientos técnicos precisos para una selección tan especializada como lo constituyen los escalones del mando de nuestras Fuerzas Armadas y muy especialmente en los grados superiores, como en este caso de ascenso a Coronel.

Sexto: La otra parte de la resolución o voluntad administrativa, también impugnada en este recurso jurisdiccional, relativa a quedar sometido el demandante a observación de conducta, debiendo rendirse informes cada seis meses con objeto de entrar en clasificación extraordinaria el próximo Año Naval, a fin de determinar su aptitud para el servicio y su consecuencia o secuela del traslado impuesto para su ejecución, debe correr suerte distinta y acogerse el recurso contencioso-administrativo y la demanda en este pun-

to. Si la clasificación, como se ha expuesto, está de ordinario sustraída al control judicial, no así ocurre, ni debe ocurrir tampoco, con esta anómala secuela, cuya improcedencia resulta patente, al no aparecer amparada en la normativa recogida de la Ley 78/1968, ni en el Real Decreto 3008/1978, imponerse como un gravamen y sanción sin oírse al interesado, sin el correspondiente procedimiento y carente de todas las garantías precisas. Resolución, que incide en la declaración de no apto para el ascenso, agravando dicho resultado con aditamentos aflictivos y de grave onerosidad, que supone perjuicios económicos por la dificultad de encontrar vivienda en Madrid y con los cuantiosos dispendios que implica un traslado familiar y, en todo caso, con una obligada separación de la familia "sine die", carente de justificación y apoyo totalmente en la documentación y antecedentes acompañados en el expediente y que debe reputarse arbitraria y no adecuada a Derecho, al no poder apoyarse en anteriores comisiones de faltas, en reiteración de una conducta irregular y sin que pueda producirse, ni siquiera conjeturalmente, cual es el hecho desencadenante de tan grave sanción, que, aparte la total carencia de garantías, incide en otras personas, trasciende al matrimonio y a la familia. Si la declaración de no aptitud para el ascenso puede encontrar en la Junta de Clasificación criterio de mando y responsabilidad para futuras eventualidades y empleos del recurrente, ese oneroso plus de penosidad, que se le incrementa, sin apoyo en la normativa citada, carente totalmente de garantías procesales, ajeno a la audiencia del interesado, de espaldas, incluso a los procedimientos sancionatorios militares y con trascendencia, además a terceros, vicia al acto de nulidad, en cuando conculca todos los principios aplicables, desde normativa superior y vinculante de la Constitución, que veda en su art. 24 la indefensión, la carencia de garantías, en un acuerdo punitivo y sancionador, aunque pretenda calificarse y encubrirse bajo la capa de una "observación" temporal y sometimiento a control y vigilancia, que sólo encontraría justificación en los semicapitados o en los sujetos de dudosa y persistente conducta, pero que se agrava con una amenaza latente de estar inquisitoriamente vigilado, controlado, observado, calificado y que se adereza también con un traslado forzoso y que a todo ello suma en la perplejidad al interesado, al pretender inquirir el "por qué" y el "por quien". Gravosa imposición que en esta vía jurisdiccional del recurso contencioso-administrativo, debe estimarse antijurídica, atentatoria a la dignidad de la persona, falta de garantías y sobre todo "sine causa", donde la actuación administrativa se desvía de sus fines propios e incide claramente en una desviación de poder y en un apartamiento de su camino, con olvido de lo señalado en el artículo 103 de la Constitución Española -aplicable también a la Administración Militar- que determina: "La Administración Pública sirve *con objetividad* los intereses generales y actúa de acuerdo con los *principios* de eficacia, jerarquía... *con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*". Ello conlleva en este control judicial a declarar nulo tal acuerdo, nulo de pleno derecho en cuanto conculca todo el ordenamiento

jurídico desde los principios constitucionales recogidos en la supernorma fundamental a los módulos del derecho disciplinario o penal castrense y no sólo su anulación y dejar sin efecto, sino sus consecuencias incluso anulando la resolución núm. 431/41012/84, publicada en el Diario Oficial por la que fué destinado con caracter forzoso y urgente a las ordenes del Ministro Togado, Asesor Jurídico del Cuartel General de la Armada.

Septimo: De cuanto antecede conlleva obligatoriamente a examinar las consecuencias reparatorias solicitadas por el recurrente y a este respecto conviene señalar que ya el Letrado del Estado en su escrito de contestación a la demanda destaca la improcedencia de la postulada indemnización de daños y perjuicios, aún el caso (dice "improbable") de que fuese anulado el acto administrativo (aquí sólo lo ha sido en parte), ya que como establece el art. 40,2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (Texto Refundido) de 26 de julio de 1957 (B.O.E. de 31, núm. 195), "la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales Contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a la indemnización" añadiendo que "está podrá pedirse en vía contenciosa, con arreglo a la Ley de dicha jurisdicción, o en la vía administrativa, prevista en el párrafo siguiente". Dicho precepto, así como los concordantes de la Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 (B.O.E. del 17, núm. 351), artículos 121 y 122 y de su Reglamento aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957 (B.O.E. del 20 de junio, núm. 160) en sus arts. 133 a 136, exigen, en todo caso, que el daño sea "efectivo, evaluado económicamente en relación a una persona o grupo de personas". El defensor y representante de la Administración demandada destaca la falta de acreditamiento de tales daños y perjuicios, a más de haber prescrito la acción para reclamarlos (caduca dice en su escrito), por haber transcurrido el plazo de un año previsto en el art. 40,3 de la citada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, ya que el acuerdo originador de los presuntos y supuestos perjuicios fué notificado al recurrente el 11 de mayo de 1984 y, sin embargo, la primera reclamación ocurre al formular el escrito de demanda el 4 de febrero de 1986, siendo evidente que pudo utilizar tal reclamación en la vía administrativa con anterioridad. Para resolver tal cuestión hemos de comenzar, en primer lugar, atendiendo a la supuesta prescripción, toda vez que la misma ha sido excepcionada y alegada en forma en este proceso jurisdiccional, para después y, en su caso, examinar la procedencia o no de tal reclamación. A este respecto hay que señalar, que al igual que a la acción aquiliana del artículo 1.902 y concordantes del Código Civil, se señala un plazo prescriptivo de un año, pues así se desprende de los preceptos antes citados, el art. 40,3 de la Ley R.J. de A. del E ("en todo caso, el derecho a reclamar caducará al año del hecho que motive la indemnización"); el art. 122,2 de la Ley de E.F. ("el derecho a reclamar prescribe al año del hecho que lo motivó") y su Reglamento en sus arts. 134,1 ("el lesionado habrá de presentar su reclamación dentro del plazo de un año, a contar del hecho que la

motive”) y 136,2 (“si no se dedujere simultáneamente, podrá deducirse en el plazo de un año, a partir de la fecha en que la sentencia de anulación hubiese devenido firme”). Evidentemente, el recurrente la primera mención que hace a los eventuales perjuicios es en el momento de presentar su escrito alegatorio de demanda el 4 de febrero de 1986, en que postula una reclamación por daños y perjuicios, hay que reputar prescrito el derecho a reclamar dicha indemnización, habida cuenta de la actuación del instituto de la prescripción, debidamente excepcionado en este caso, ya que, si bien se permite al particular reclamar los eventuales daños y perjuicios producidos, se sujeta tal ejercicio al breve lapso de tiempo de un año (art. 40,3 “in fine” de la Ley R.J.A.E.) que computa desde “el hecho que motiva la indemnización” (y art. 122, Ley E.F.) que exige la presentación en este plazo a la Administración, entendiéndose ésta desestimada por el transcurso de cuatro meses sin que la Administración resuelva y a partir de tal momento o de la resolución expresa, comienza el plazo para el recurso contencioso-administrativo. Igualmente el Reglamento de la Expropiación Forzosa, que determina, además, que la reclamación de perjuicios podrá deducirse, simultáneamente con la de anulación del acto —como en este caso— en cuyo supuesto el plazo prescriptivo comienza desde el hecho que la motiva (art. 134,1 R.) o en otro caso, “en el plazo de un año” a partir de la fecha en que la sentencia de anulación hubiere devenido firme (art. 136,2 R).

Octavo: Aún en el supuesto en que la reclamación de daños y perjuicios no se hallase prescrita, por estimarse que, cuando el daño o lesión patrimonial es producida por un acto o resolución administrativos, no siempre es posible atribuir equivalencia a los conceptos de hecho causante y el acto administrativo en que aquel se concreta como expresión final singularizable de la decisión administrativa —sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1985— y por ello al ser impugnado a través de la reposición es de donde hay que partir para determinar el *dies a quo*, tampoco podría prosperar la reclamación tal y como viene planteada. En cuando a los daños materiales, tal y como se circunscriben y determinan en el escrito de demanda, o carecen de virtualidad, como el documento que obra como ordinal nº 20 de los acompañados con dicho escrito, unilateralmente confeccionada por el propio recurrente y que pretende justificar una fallida operación profesional, o no encuentran aplicación en este caso, ya que la resolución arrendaticia que se cita se hubiera producido *igualmente* en el caso de que la resolución hubiera presentado otro contenido, pues de haber sido el actor declarado apto y ascendido a Coronel, normalmente hubiera determinado un cambio de residencia y hubiera afectado a su ejercicio profesional como abogado —extremo éste tampoco acreditado y sin cuestionar ahora sobre su compatibilidad o autorización no hubiera podido continuarse con un traslado a Ferrol, Cartagena o Madrid. En otros casos —venta de automóviles u objetos de valor del hogar doméstico— aparte de carecer de relación causal directa con el acto impugnado, carecen de la prueba y demostración

precisas. Los daños materiales tal y como se presentan no pueden acogerse y en cuanto a los titulados perjuicios morales, pretenden apoyarse en una situación puramente temporal no definitiva, no se trata de una pérdida de un ser querido lo que lo hace irrepitable y justifica sobradamente la reparación, con un posible retraso y ello sin contar que se apoyan en la calificación de no apto que no es recurrible y finalmente se magnifican en una cuantía que no operaría ni en los más graves e irreparables supuestos de pérdida de varias vidas humanas o del más exacto determinante de un *pretium doloris*. Ni siquiera un certificado médico, que recoge como la esposa del demandante de origen exógeno causante de inestabilidad emocional seria y encontrándose a la fecha del documento -25 de noviembre de 1985- en franca mejoría sintomática, puede demostrar que haya sido determinado por el traslado del esposo.

Noveno: A la vista de la doctrina del Tribunal Supremo -sentencias de 31 de octubre de 1978, 2 de febrero de 1980, 4 de marzo y 5 de junio de 1981, 25 de junio de 1982, 25 de septiembre de 1983, 20 de enero y 25 de septiembre de 1984 y 11 de abril de 1986-, se exige para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública el acreditamiento de los siguientes requisitos: a) Efectiva realidad del daño o perjuicio evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal y c) Ausencia de fuerza mayor, *incumbiendo su prueba al que reclama* -salvo la de la fuerza mayor que incumbe a la Administración demandada si le alega- y, pese a haberse solicitado el recibimiento a prueba no se han acreditado y probado los extremos precisos -ni siquiera se ha intentado- y ello no puede hacerse por suposiciones. Ello implica la desestimación de dicha petición tal y como viene articulada y planteada, pero no supone por ello el rechazo de toda posible indemnización, como se expondrá a continuación.

Decimo: Ha quedado expuesta la ilegalidad del sometimiento del recurrente a observación de conducta, debiendo rendirse informe cada seis meses, con objeto de entrar en clasificación extraordinaria el próximo Año Naval, así como la Orden que le traslada con carácter forzoso y urgente.

Este traslado forzoso ha determinado en el recurrente la presentación de una solicitud de "retirado" y aunque aparentemente tal acto puede aparecer como voluntario, más bien presenta carácter forzoso o mixto y ya Aristóteles destacó el carácter ambivalente de ciertas conductas no queridas -como arrojar las mercancías al mar desde la nave para salvar la vida de los tripulantes y pasajeros- y no cabe duda, y así ha estimado esta Sala, que el recurrente no hubiera solicitado el pase a "retirado", si no hubiese sido empujado a ello, con una ilegal orden de sometimiento a observación y un correspondiente y fulminante traslado forzoso y ahora este Tribunal al anu-

lar *su causa*, debe dejar también anulados *sus efectos* y entre ellos este pase a la situación de retirado, reponiendo al recurrente en su anterior destino y residencia y con abono de sus haberes y emolumentos hasta la fecha de esta resolución y cumplimiento de este acto desde su pase a situación de retirado y, durante el tiempo de traslado a Madrid, con el pago o abono de la mitad de la paga de Teniente Coronel y en la reposición en la misma situación anterior a tal solicitud y al cambio o traslado, pues lo que se trata en puridad es dejar sin efecto totalmente la antinormativa disposición en sí misma y en sus consecuencias. En esto centra la Sala los daños y perjuicios sufridos por el recurrente...”

Tribunal Supremo (Sala V)

Sentencia de 3 de Noviembre de 1987.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco J. Hernando Santiago.

Por orden de 26 de Mayo de 1983 y Resolución de 1 de Septiembre del mismo año que desestimó el recurso de reposición, el recurrente quedó excluido del XXIV Curso de Aptitud para Mandos Superiores.

Estimando dicho recurrente que tales acuerdos no eran conformes con el Ordenamiento Jurídico, interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de esa índole de la Audiencia Territorial de Madrid la cual dictó sentencia desestimatoria.

Apelada esta sentencia por la parte actora en el anterior recurso, el Tribunal Supremo desestima la apelación con arreglo a las siguientes consideraciones:

“...*Tercero*: Del minucioso, detenido y exhaustivo, escrito de demanda y alegaciones ante esta Sala, deben sintetizarse las cuestiones que en el se plantean con carácter esencial, y prescindiendo de otras accidentales o anecdóticas. En primer término la impugnación indirecta que el recurrente realiza del Real Decreto 2637/82 de 15 de Octubre, que desarrolla la Ley 48/81, de 24 de Diciembre sobre Clasificación de Mandos y Regulación de Ascensos, por entender —el recurrente— que el desarrollo normativo del Decreto, desborda y contradice la ley 48/81. Más no podemos compartir, —al igual que efectúa la sentencia apelada—, tal tesis, pues el recurrente está asignando implícitamente a la ley 48/81 un carácter sustantivo de la que carece, ya que no se trata de una Ley de Bases que confiera a la Administración potestad legislativa con fundamento en lo que la doctrina denomina delegación recepticia, con el efecto esencial de que las disposiciones de aquella derivada adquieren el rango de ley. La ley es una ley ordinaria desarrollada, en base a la “remisión normativa” por el R. Decreto que desarrolla e interpreta la ley, más esta labor reglamentaria se desenvuelve dentro de los cauces del respeto al mandato y contenido normativo legal de la ley que desarrolla, sin traspasar sus límites y, concretamente, no se puede reputar extralimitación reglamentaria la llamada “clasificación atenuada”, frente a la básica que

señala la ley, y ello porque en mérito del llamado “complemento indispensable”, el Decreto está complementando una laguna, más esta labor no significa que altere sustancialmente el contenido legal. Es más, las clasificaciones llamadas atenuadas, no tienen otro cometido que el establecer una clasificación transitoria de los llamados al Curso de aptitud; es una selección previa de interesados completándose el vacío legal de la Ley en el Decreto, más este complemento normativo, ni contradice, ni dice o modifica sustancialmente la norma legal, toda vez que no impone condiciones más gravosas para los interesados que no aparecieran recogidas ya en la ley que desarrolla con un alcance de precepto intertemporal para poder seguir llevando a cabo las clasificaciones y ascensos necesarios durante el periodo transitorio amplio de la ley, procediendo en consecuencia desestimar esta alegación.

Cuarto: Al recurrente se le aplica la ahora combatida “clasificación atenuada” por medio de la Orden 360/18522/82, de fecha 23 de Diciembre, en la que se comprendía a la promoción de Sanidad del año 1954, figurando en ella el demandante con el número 805000, sin que el recurrente haya acreditado que haya impugnado tal forma de proceder y la inclusión del mismo entre los interesados. Por ello, como se indica en la sentencia apelada, tal Orden ha devenido firme y despliega frente al recurrente, —que se aquietado con ella—, toda su eficacia, en tanto en cuanto no ha sido objeto de impugnación. En este particular el recurrente muestra una conducta poco consecuente, pues de un lado admite —al no impugnarla— la Orden 360/18522/82, de 23 de Diciembre que le incluye en las pruebas de selección, más cuando se produce el resultado de ellas y aparece excluido, opera disconformándose y atacando la forma con la que previamente se había aquietado. Si el recurrente entendió que tal sistema contravenía el criterio legal señalado en la Ley 48/81, debió alzarse contra aquel acto de convocatoria e inclusión, más no aquietarse con él para ahora extemporáneamente hacerlo objeto de impugnación indirecta; desviación procesal no admitida en la ley, pues el acto combatido en el presente recurso es la Orden 360/7972/83 en la que resolviendo el acceso al curso de ascenso, se excluyó el recurrente la impugnación de la Orden 360/18522/82, de 23 de Diciembre, no es objeto del presente recurso y debe producir todos sus efectos frente a quien la admitió.

Quinto: Respecto de la no publicación en el B.O.E. de la Orden 166/82, de 19 de Noviembre, del Reglamento de Clasificación de Mandos, si bien es cierto que a los efectos de general conocimiento es necesario la publicación de las disposiciones generales en el B.O.E. no lo es menos que dicha Orden puede considerarse una cuestión de organización de los Ejércitos y con la publicación el D.O. del Ejército, se cumple el principio de publicidad, sin que tal omisión de publicidad general y “erga omnes” pueda decirse que le haya podido producir indefensión al recurrente, pues ha tenido conocimiento de dicha Orden y prueba de ello es las continuas citas que del contenido reglamentario de la misma, efectúa a lo largo de sus escritos.

Sexto: Respecto a la valoración objetiva de los expedientes, criterio señalado en la ley, más no en el R. Decreto, ha de calificarse únicamente como una falta de precisión, más por ello sin efecto invalidante, pues este silencio reglamentario ha de entenderse completado con el contenido del texto legal que desarrolla. Igual sucede con la composición de la Junta de Clasificación que el Decreto fija en 18 miembros de empleo superior al personal a clasificar, pues el art. 4.1 de la Ley establece un número mínimo (15) más no el máximo, ya que dice que se compondrá “al menos de quince miembros”, por lo que tales infracciones aducidas no suponen quebranto alguno de la norma que desarrolla.

Septimo: Por último respecto de la opacidad de los expedientes que ha de conocer la Junta como garantía de objetividad e interdicción de arbitrariedades derivadas de motivaciones subjetivas, hay que decir que basta ver los expedientes, en donde aparecen borrados, o tachados, señales, datos y referencias que pueden identificar a cada interesado en particular, para comprobar que las prevenciones contenidas en los arts. 4.2 de la Ley 48/81 y 12.5 del Decreto, se han cumplido, pudiendo predicarse una actuación objetiva carente de las imputaciones que se apuntan por el recurrente, por lo que debemos concluir desestimando el recurso de apelación deducido y la conformación en todas sus partes de la sentencia apelada, pues él meticoloso, cuidado, extenso y puntual escrito de alegaciones no ha desvirtuado los sólidos fundamentos de la sentencia combatida que por ello debe confirmarse...”

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

Sentencia de 11 de Marzo de 1987.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

La Orden de 16 de Diciembre de 1983 publicó la relación de personal que quedaba convocado para asistir al Curso de Mandos Superiores y al no figurar en la misma el interesado formuló recurso de alzada que fue desestimado por Resolución del Subsecretario de Defensa de 28 de Septiembre de 1984 interponiendo a continuación recurso contencioso-administrativo.

En la sentencia, el Tribunal estimó el recurso y anuló las resoluciones impugnadas por ser contrarias al Ordenamiento Jurídico en cuanto excluyen al actor del Curso de Aptitud para Mandos Superiores, debiéndose proceder por la Administración a clasificar de nuevo al recurrente, previa subsanación de los defectos apreciados en el desarrollo de la convocatoria. Todo ello en base al siguiente fundamento jurídico:

“...*Tercero:* Examinados los vicios invocados por el recurrente se aprecia los siguiente: *primero*, que de acuerdo con el art. 40 de la Orden de 19 de Noviembre de 1982, que aprueba el Reglamento para clasificación de los mandos del ejército, *La Junta de clasificación debe estar compuesta por doce vocales pertenecientes a cualquier Escala de las Armas, y seis vocales elegidos*

entre el resto de *Personal del Ejército*, mientras que en el presente caso y según consta en acta de 10 de Octubre de 1983, que figura en la carpetilla 1 del expediente, la Junta estaba constituida por solo diez vocales de armas y ocho del resto del personal del Ejército, con lo cual se infringió el indicado precepto reglamentario, sin que frente a ello pueda prosperar la alegación de la Administración, relativa a que tal composición debió ser impugnada al publicarse la convocatoria, y ello porque la Junta se nombra y constituye en un momento posterior que determina la propia convocatoria; *segundo* que de acuerdo con la base 4 de la convocatoria de 28 de Abril de 1983, entre la documentación a examinar *debían de figurar las hojas de calificación de los diez últimos años*, lo que confirman los arts. 62 y 64 del Reglamento antes citado, que se refieren al efecto a la fecha de cierre de documentaciones fijada en la convocatoria, que era 30 de Junio de 1983 mientras que en el expediente del actor, como en los demás, no se unieron las hojas de 1982 ni el IPREC'S de 1983, con lo cual se infringió de nuevo lo previsto en las indicadas disposiciones aplicables al caso, prescindiendo de los elementos de juicio mas recientes para la clasificación del recurrente; y *tercero*, se omitió la notificación o publicación de la composición de la referida Junta con lo que se impidió que el recurrente tuviera el adecuado conocimiento de la misma a efectos de alegar en su caso, de acuerdo con el art. 58 del Reglamento la concurrencia en sus miembros de alguna causa de incompatibilidad, con lo que se produjo una nueva infracción del ordenamiento jurídico.

T.S. (Sala V) Sentencia de 24 de Noviembre de 1986

Ponente: Excmo. Sr. Rosas Hidalgo.

Por Orden de 9 de Julio de 1982, y Resolución de 2 de Febrero de 1983 que desestimó el recurso de reposición, el recurrente quedó clasificado en el Grupo B como no apto para el ascenso.

Estimando dicho recurrente que tales acuerdos no eran conformes con el Ordenamiento Jurídico, interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de esa índole de la Audiencia Nacional, la cual dictó Sentencia desestimatoria.

Apelada esta Sentencia por la parte actora en el anterior recurso, el Tribunal Supremo desestima la apelación razonando lo siguiente:

Primero: Todo el recurso y consiguientemente todas las alegaciones evacuadas en esta instancia para combatir la sentencia que en la primera lo decidió, se monta en torno a la tesis de que habiendo sido ya declarado el interesado apto para el ascenso al empleo de Comandante por el Consejo Superior del Ejército de Aire, el dato de que por Sentencia resulte condenado a la pena de 3 años de prisión como autor de un delito de insulto a superior no le descalifica de su clasificación como apto para el ascenso, que ya venía ostentando desde 1975, por reunir todos los requisitos para el ascenso; en su consecuencia, sostiene el recurrente, el Acuerdo del Consejo

Superior del Ejército del Aire, de 26 Jun. 1982 que no le concede aptitud para el ascenso ratificando el criterio de la Junta Clasificadora, no es que no le haya declarado no apto, —condición que ya venía ostentando— sino que sin el menor fundamento le descalifica para el ascenso en acuerdo no motivado en el que no se justifica la pérdida de la clasificación; en síntesis, se sostiene que la condena no implica pérdida de la clasificación o aptitud para ascender al empleo inmediato superior por sí sola, porque están subsistentes, sin haberse perdido, las condiciones que le sirvieron para su aptitud, anterior —como se dice desde 1975—, lo que en el sentir del recurrente conduce a la nulidad del acto que no le clasificó, razón por la que pide se le declare apto para el ascenso con efecto desde el día en que fue declarado no apto.

Segundo: Una atenta lectura del Acta 104 de 27 May. 1982 de la Junta de Clasificación, en lo referente al interesado, permite afirmar que en años anteriores no fue clasificado por encontrarse en situación de suspenso de empleo y procesado respectivamente y que se propone por dicha Junta no le sea concedida la aptitud para el ascenso dada la baja conceptualización que se deduce de los documentos que se tienen en cuenta para la clasificación, así como la aparición de un hecho delictivo por el que fue procesado y condenado. Se acompaña documentación. Se adjunta la citada documentación, termina afirmando la referida acta que es ratificada por el Consejo Superior del Ejército del Aire, es cierto que los mentados documentos no están en el expediente, ni se ha pedido prueba para hacerlos incluir en él, por lo que se desconoce su contenido; mas de ello no debe deducirse, como se hace en el recurso, que la documentación de referencia es la misma que ya desde 1975 y años sucesivos hasta 1979 sirvieron para que el recurrente fuera declarado apto; no es así, se trata de una nueva documentación, porque el acta se refiere a documentos que se tienen en cuenta, esto es, en presente, y no a documentos que se tenían o tuvieron en cuenta, como referentes sólo a los años de 1975-1979; con esta afirmación, que sólo hubiera podido ser desmentida mediante una prueba acabada sobre el particular, se desmonta una importante parcela del recurso por cuanto ya no cabe sustentar que permaneciendo los mismos hechos que sirvieron para su clasificación, sólo es la condena lo que impide se le haga una nueva declaración de aptitud; conclusión que no admitimos, porque resulta claro que se tienen en cuenta nuevos elementos que impiden la declaración de aptitud, y que estos nuevos elementos están en documentos.

Tercero: Mas si lo anterior no fuere así y pudiera afirmarse con el recurrente que le asisten las mismas circunstancias que le declararon apto para el ascenso con anterioridad a su condena, tampoco cabe concluir que la condena por sí sola no desclasifica y que por lo tanto una vez cumplida en su totalidad hay que tener en cuenta los hechos anteriores a la misma haciendo obligado subsistir la antigua declaración de aptitud; ello no es así, por impedirlo el art. 15 b) D 2867/1977 28 Oct., del que claramente se

deduce que los que se encontraren en situación de procesado o suspensión de empleo deben ser objeto de nueva declaración de aptitud para el ascenso al cesar en las mismas, lo que con mayor precisión se disponía en el art. 12 D 1939/1975, de 24 Jul., al que nos remitimos para afirmar que la situación de suspensión de empleo o la de procesado, entre otras, impide la clasificación para quien aún no lo estuviere, y provoca la pérdida de la misma para quien ya la tuviere, haciéndose preciso de todos modos una clasificación a la salida de las dichas situaciones, por lo que no cabe sostener que opera la anterior clasificación y que se hace imposible no declararle apto para el ascenso, como si no se tratase de una concepción anual, y como si la condena careciese de relevancia.

B. Ascenso al empleo de General por elección:

(Aplicación de este criterio a los militares de la República)

Audiencia Nacional.- Sentencia de 24 de Octubre de 1987.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Mariñcal de Gante y Moreno.

Por Acuerdo de 2 de Febrero de 1986 y Resolución de 7 de Abril del mismo año que desestimó el Recurso de Reposición, al recurrente se le denegó el ascenso al empleo de General que había sido solicitado invocando lo dispuesto por el Real Decreto 1033/85 de 19 de Junio.

Estimando dicho recurrente que tales acuerdos no eran conformes con el Ordenamiento jurídico, interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de esa índole de la Audiencia Nacional, la cual dictó sentencia desestimatoria con arreglo a los siguientes Fundamentos de Derecho:

Primero: Como establecen las resoluciones impugnadas el acceso al Generalato de los militares profesionales tienen lugar por elección y no por simple antigüedad y las disposiciones legales en que se ampara el derecho a obtener el empleo que les hubiera correspondido a aquellos profesionales que vieron interrumpida su vida militar, como consecuencia de la Guerra civil tan solo se atienen a la antigüedad y aunque ésta ha venido a tener un valor absoluto, por un criterio de generosa amplitud dando por supuesta la superación de cursillos de aptitud, cuando fuesen necesarios, para ascender al empleo superior, en ningún caso puede extenderse a los supuestos de elección que inequívocamente quedan fuera de R.D. Ley 6/78, y disposiciones de todo rango posteriores, de aquí que no sea factible la concesión del empleo postulado porque no hay ni una sola decisión jurisdiccional que contemple el otorgamiento de empleos que precisaban de elección y por ello resulta también inaplicable al recurrente la transitoria 3ª del R.D. 1033/85 de 19 de junio que se basa en la doctrina jurisprudencial reiterada.

Segundo: La desestimación del recurso que se deduce de lo expuesto no se acompaña de una expresa condena en costas al no concurrir, con la nece-

sarias intensidad, las circunstancias que, según el art. 130 de la Ley reguladora de la Jurisdicción, la determinarían.

En idéntico sentido se pronuncia la sentencia de 28 de Noviembre de 1987 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, entre otras muchas.

II. ANTIGUEDAD EN EL EMPLEO Y ANTIGUEDAD EN LA CARRERA FUNCIONARIAL

(Diferencias entre ambos conceptos: Su incidencia en la antigüedad en el empleo del personal de Escalas Activas procedente de las Escalas de Complemento).

Audiencia Nacional.- Sentencia de 20 de Octubre de 1987.

Ponente: Ilmo. Sr. Octavio Juan Herrera Pina.

Por Acuerdo de 24 de Enero de 1985 y Resolución de 16 de Mayo del mismo año que desestimó el Recurso de Reposición, al recurrente se le denegó su solicitud de rectificación de la Orden de 1 de Enero de 1985, que había determinado su ingreso en la Escala Activa del Arma de Aviación, Escala del Aire, con el empleo de Teniente y antigüedad de 24 de Diciembre de 1984, en el sentido de que se le reconociera la antigüedad de 5 de Diciembre de 1982 correspondiente a su empleo anterior de Teniente de la Escala de Complemento del Ejército del Aire.

Estimando dicho recurrente que tales Acuerdos no eran conformes con el Ordenamiento Jurídico, interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de esa índole de la Audiencia Nacional, la cual dictó Sentencia desestimatoria con arreglo al siguiente razonamiento:

“...Segundo: El actor obtuvo el empleo de Teniente de la Escala Activa del Arma de Aviación, Escala del Aire, por Orden de 1 de enero de 1985 una vez cumplidos los requisitos establecidos en el art. 8º del Decreto de 6 de diciembre de 1941, y pretende que se le reconozca la antigüedad que se le otorgó cuando obtuvo el empleo de Teniente de la Escala de Complemento del Aire, lo que tuvo lugar por Orden de 7 de diciembre de 1982 con efectos del anterior día 5, pretensión que no puede prosperar, pues la antigüedad en un empleo viene determinada por la obtención del mismo tras superar los requisitos y cumplirse las condiciones señaladas al efecto y por lo tanto no cabe asignar a un concreto empleo la antigüedad correspondiente a otro distinto ostentado con anterioridad por el interesado, y no puede dudarse que en el presente caso, a pesar de la coincidencia en el grado militar, nos encontramos ante dos empleos distintos como son el de Teniente de la Escala de Complemento y Teniente de la Escala Activa de Aviación, de tal manera que el desempeño del primero durante los plazos señalados en el art. 8º del Decreto de 6 de diciembre de 1941 y superación del correspondiente curso de perfeccionamiento, constituye un medio para acce-

der al segundo. Lo anteriormente expuesto, no ha de confundirse con el reconocimiento de servicios efectivos prevenido en la Ley 70/78 de 26 de diciembre, a que se refiere el recurrente en la demanda, pues los servicios efectivos, como prestación material de la actividad funcional no es un concepto equiparable al de antigüedad en el empleo con la antigüedad en la carrera funcional de que se trate, en éste caso militar; y finalmente, tampoco puede apoyarse la pretensión del recurrente en la sentencia de esta Sala de 6 de marzo de 1982, que no se refiere a la antigüedad en el empleo, en general, como aquí se plantea, sino al tiempo de efectividad en el empleo a los efectos de declaración de aptitud para el ascenso, mientras que las sentencias de 8 de febrero y 1 de marzo de 1986, también de esta Sala que no cita el actor, contemplando unos supuestos idénticos al presente desestimó el recurso por razones similares a las hasta aquí expuestas, indicando el cambio de criterio. Todo ello lleva a rechazar las alegaciones formuladas por el actor en defensa de su pretensión, pues sin desconocer los efectos de otra naturaleza que puedan derivar del desempeño por el mismo del empleo de Teniente de Complemento del Aire, se entiende que tal circunstancia no determina la retroacción de la antigüedad correspondiente al empleo de Teniente de la Escala Activa de Aviación que obtuvo posteriormente, lo que conduce a la desestimación del presente recurso y la confirmación de la resolución impugnada, que en cuanto se ajusta a ésta sentencia se considera conforme al ordenamiento jurídico.

III. ASISTENCIA EN LA MAR

(AUXILIOS, SALVAMENTOS, REMOLQUES, HALLAZGOS Y EXTRACCIONES MARITIMAS)

(Exclusión del ámbito del Art. 1º de la Ley 60/62 de 24 de Diciembre de los auxilios prestados a buques surtos en las aguas de un puerto).

Al confirmar la sentencia apelada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 8 de Septiembre de 1987, el Tribunal Supremo; siguiendo la doctrina de las sentencias de 8 de Marzo de 1971, 17 de Diciembre de 1975 y 31 de Mayo de 1978, entre otras; establece que el sometimiento a la Ley 60/62 de las acciones de auxilio y salvamento prestadas por los buques de navegación marítima a otros de la misma clase y a los de navegación interior, presupone el que los buques intervinientes se hallen en mar abierto.

T.S. (Sala Cuarta) Sentencia de 18 de Septiembre de 1987

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián García Estartús

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 14 de julio de 1983, encontrándose el buque-tanque "Campo Blanco" en el Puerto de Barcelona, se apreció la existencia de un

incendio en su popa, en cuya extinción colaboraron con el Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Barcelona diversos remolcadores de la Sociedad Anónima de Remolcadores y la Sociedad de Remolcadores de Barcelona, S.A. El Juez Marítimo Permanente de Barcelona resolvió no ser competente para el conocimiento de los hechos, confirmando el Tribunal Marítimo Central su incompetencia por resolución de fecha 15 de diciembre de 1983; cuya resolución fue confirmada al decidir el Ministerio de Defensa con fecha 21 de febrero de 1984 el recurso interpuesto ante el mismo.

Segundo.- Sociedad Anónima de Remolcadores interpuso contra las anteriores resoluciones recurso contencioso-administrativo ante la Sección Cuarta de la Sala Jurisdiccional de la Audiencia Nacional, en el que formalizó su demanda con la súplica de que se decretase la nulidad de las resoluciones impugnadas y se ordenase la instrucción del correspondiente expediente para determinar la existencia o no de un salvamento. Dado traslado al Sr. Letrado del Estado, contestó la demanda suplicando la desestimación del recurso. Evacuado el trámite de conclusiones la expresada Sala dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Rosch Nadal, en nombre y representación de la Sociedad Anónima de Remolcadores contra las resoluciones del Tribunal Marítimo Central de 15 de diciembre de 1983 y las que de ellas traen causa y a que estas actuaciones se contraen y todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas".

Tercero.- El anterior Fallo se basa en los siguientes Fundamentos de Derecho: "PRIMERO.- Se impugna mediante este recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Sr. Rosch Nadal, en nombre y representación de Sociedad Anónima de Remolcadores, la resolución del Tribunal Marítimo Central de 15 de diciembre de 1983 que desestimó los recursos interpuestos por la demandante contra las resoluciones que previamente habían declarado la incompetencia de dicho órgano para entender sobre el auxilio prestado por los remolcadores de la demandante del buque "Campo Blanco" en aguas del puerto de Barcelona el día 14 de julio de 1983.- SEGUNDO.- Que la cuestión primordial a resolver es la de si el lugar en que el buque "Campo Blanco" fue atendido, puerto de Barcelona, ha de considerarse incluido en la órbita de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley 60 de 24 de diciembre de 1962. Es decir si el puerto de Barcelona puede considerarse como mar a los efectos de auxilio y salvamento marítimo.- TERCERO.- La cuestión propuesta viene resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de mayo de 1978 y las que en dicha resolución se citan, que excluye del ámbito de los siniestros y auxilios marítimos los causados con ocasión de la estancia de los buques en puerto. La referida doctrina excluye los siniestros allí acaecidos del ámbito del auxilio y salvamento en base a la consideración de que los percances de los buques en puerto no pueden considerarse como percances de la navega-

ción marítima dada la diversidad de circunstancias concurrentes en uno y otro caso.- CUARTO.- Que además del principio de unidad de doctrina esta Sala comparte los razonamientos de las sentencias citadas y de la doctrina legal que comportan y que no han sido rebatidos por el recurrente de modo convincente para nosotros; en su consecuencia, procede desestimar el recurso que analizamos y sin que de lo actuado se aprecien méritos suficientes para hacer una expresa imposición de las costas causadas”.

Cuarto.- Contra la anterior sentencia se interpuso el presente recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, con emplazamiento de las partes para ante este Tribunal, verificándose dentro de término; y, no estimándose necesaria la celebración de vista, presentaron las partes sus respectivos escritos de alegaciones. Concluida la discusión escrita, se acordó señalar para la votación y fallo el día 8 de septiembre de 1987.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Aceptando los Fundamentos Jurídicos de la sentencia apelada.

Primero.- La cuestión planteada en esta apelación por la representación de la “Sociedad Anónima de Remolcadores” al recurrir contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 2-2-86 que desestimó la reclamación interpuesta contra la resolución del Ministerio de Defensa de 20-2-84 denegatoria de la Alzada formulada contra la del Tribunal Marítimo Central de 15 de diciembre de 1983 que rechazó la articulada contra la del Juzgado Marítimo Permanente nº 1 de Barcelona, que se declaró incompetente para conocer y tramitar del expediente instado por la demandante al amparo de la Ley de 24-12-62; “Régimen de Auxilio, Salvamento, Remolques, Hallazgos, y Extracciones marítimas”, a consecuencia de la intervención de los remolcadores “A Gaudí”, “P. Casals” y “J Mir” con otros remolcadores y bomberos de Barcelona en la reducción y extinción del incendio declarado en el buque “Campo Blanco” amarrado en los muelles de “Nuevo Vulcano” del Puerto de Barcelona el 14-7-83, fue resuelta correctamente por el Tribunal “a quo” conforme a la doctrina expuesta por este Tribunal Supremo, Sentencias, entre otras, de 8-3-71, 17-12-75 y 31-5-78, y a la interpretación que procede dar a dicha Ley, artículo 1º, en relación con su contexto y finalidad de los que se deduce que el sometimiento a esa Ley de las acciones de auxilio y salvamento prestados por los buques de navegación marítima a otros de la misma clase, y los de navegación interior, presupone el que los buques intervinientes se hallen en mar abierto, excluyéndose de los supuestos contemplados en ese Cuerpo legal aquellos en los que los servicios de asistencia tengan lugar dentro de un puerto en el que se hallen amarrados los buques que sean objeto de la misma; toda vez que, aunque las aguas de un puerto marítimo son parte del mar territorial, artículo 1º-3 de la Ley de Costas de 26-4-69, del tenor literal del artículo 1º de la Ley citada de 24-12-62; “El

auxilio y salvamento de los buques de navegación marítima o aeronaves en la mar que se encuentren en peligro, de las cosas que se hallen a bordo, del flete y del precio del pasaje, así como los servicios marítimos y los de navegación interior quedan sometidos a las disposiciones siguientes, sin que haya lugar a distinguir entre ambas clases de servicios, ni a tener en cuenta las aguas en que hayan sido prestados" se desprende que esa Ley, acorde con el Convenio de Bruselas de 23 9 10, contempla aquellos actos que con resultado útil de auxilio y salvamento se produzcan durante la navegación en la mar, por cuanto la causa, en que se funda la regulación legal indicada viene determinada para prevenir, evitar, o atenuar las consecuencias de los riesgos de la navegación en la mar que no son los que afectan a los buques atracados en su puerto; y por ello el meritado artículo hace referencia a los buques de navegación marítima o aeronaves en la mar; interpretación conforme con la regulación establecida en el Convenio citado antecedente de la Ley de 24-12-62, en cuyo artículo 1º se dispone que para la inclusión en los preceptos de la misma no se tendrán en cuenta las aguas, en que los servicios de auxilio o salvamento hayan sido prestados, en el sentido de que comprenden a los que hayan tenido lugar en aguas del mar territorial español, o internacionales, o de otra nación; siendo la finalidad de la Ley como la de sus antecedentes, Real Decreto Ley de 10-7-25, artículo 1º: "El Capitán o Patrón de un buque que con él preste auxilio en el mar a otro buque que lo necesite o lo pida tendrá derecho a que se le resarzan los gastos ocasionados y se le indemnicen los perjuicios que acredite haber sufrido con motivo o a consecuencia del auxilio..." el premiar, o indemnizar por los gastos y perjuicios, los servicios de asistencia que demanda la navegación en el mar, estimulando los actos de auxilio y salvamento que se presten en ese medio y en función de los riesgos que comporta aquella y los inherentes a dichas acciones de auxilio o salvamento, circunstancias que no concurren en los supuestos de los riesgos y auxilios dados a una nave amarrada a un muelle resguardada de los peligros de la mar; por lo cual debese rechazar lo alegado por la apelante respecto a que la Jurisprudencia citada infringe la legalidad vigente integrada por la Ley meritada, ya que la doctrina del T.S. se acomoda a su finalidad, contexto, y antecedentes histórico legislativos, y a la propia naturaleza de la actividad regulada por ese Cuerpo Legal; no conculcando, por consiguiente, el artículo 9º de la Constitución ni el artículo 1º del Código Civil esa Jurisprudencia que se atiene al artículo 3º de ese Cuerpo Legal en su interpretación de la Ley de 24-12-62.

Segundo. - La apelante en su escrito de alegaciones adujo que la Sentencia y resoluciones apeladas infringían el artículo 24-1 al denegarle la tutela de su derecho; problema planteado y resuelto en lo que se refiere a la declaración de que los servicios prestados en auxilio de una nave amarrada a un muelle de un puerto pueden ser objeto de indemnización a través de una reclamación procesal ante la Jurisdicción ordinaria, en base a las tarifas portuarias establecidas, o servicio previamente concertado, o indemnización

por título privado civil o mercantil; Sentencias del T.S. de 8-3-71 y 17-12-75, ya citadas.

Tercero.- Por lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación interpuesto, sin que se aprecie temeridad o mala fe al objeto de la imposición de costas, según lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLAMOS.- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de la "Sociedad Anónima de Remolcadores" contra la Sentencia dictada por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 2-2-86, recurso 44571; Sentencia que confirmamos en todos sus pronunciamientos, sin hacer expresa imposición de costas.

IV. CABALLEROS MUTILADOS

A lo largo de estos últimos años han sido numerosísimos -casi masivos- los recursos de los miembros del Benemérito Cuerpo de Caballeros Mutilados de Guerra reivindicando la aplicación literal de lo dispuesto por el Art. 20 de la Ley 5/76 de 11 de Marzo en cuya virtud habrían de percibir sus retribuciones básicas en igual cuantía que los militares de su mismo empleo en situación de servicio activo.

El problema arranca desde la promulgación del Real Decreto Ley 3/83 de 29 de Abril con el que, ante la urgente necesidad de fijar las retribuciones de los funcionarios, se palió provisionalmente la situación hasta la aprobación de la correspondiente Ley de Presupuestos.

El Art. 1º-5 del citado Real Decreto parte de la base de que las retribuciones totales íntegras de los funcionarios experimentarían un incremento del 9% respecto a 1982 lo cual se llevaría a cabo adecuándose la cuantía de las retribuciones complementarias y, en los casos en que no fuera posible tal adecuación, se reducirían transitoriamente las retribuciones básicas. Pues bien, como quiera que los miembros del Cuerpo de Caballeros Mutilados en general no perciben retribuciones complementarias hubieron de soportar el ajuste del incremento anual en las básicas sin que frente a esto hayan podido prosperar el gran número de recursos contenciosos interpuesto, entre otras razones porque el mismo criterio del Real Decreto 3/83 de 20 de Abril fue el adoptado también por la Ley 9/83 de 13 de Julio de Presupuestos General del Estado.

En las dos sentencias desestimatorias que recogemos a continuación sobre esta materia aparecen dos afirmaciones interesantes: La primera del Tribunal Supremo según la cual "*el principio de igualdad no ha de entenderse ni interpretarse de manera automática como mera homologación de situaciones sino que es preciso atender a la diferente y concreta singularidad de las condiciones objetivas y subjetivas objeto de confrontación*". La segunda

procede de la sentencia de la Audiencia Nacional, que también incluimos, y afirma que no cabe calificar como *derecho adquirido* "...el mantenimiento constante de una correspondencia retributiva con otros funcionarios, que puede modificarse mediante la adecuada normativa... por justificados motivos organizativos funcionales o presupuestarios..." y en este sentido se recuerda también la doctrina del Tribunal Constitucional sentada, entre otras, en su sentencia de 21 de Mayo de 1987, según la cual la Lcy de Presupuestos es un "vehículo de dirección y orientación de la política económica que corresponde al Gobierno" y nada impide que junto a las correspondientes partidas de ingresos y gastos, la Ley "establezca otras disposiciones de carácter general en materias propias de la ley originaria que guardan directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los Presupuestos con los criterios de política económica general en que se sustentan".

Sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, de 29 de Noviembre de 1986
Ponente: Sr. Hernando Santiago.

Visto el presente recurso contencioso-administrativo que, en única instancia, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por D. Pedro, Sargento de Infantería, sobre revocación de R 15 Nov. 1983 del Mº Defensa, denegando determinadas diferencias de haberes.

Antecedentes de hecho

Prímero: Interpuesto el presente recurso contencioso-administrativo, fue admitido a trámite, publicándose el preceptivo anuncio en el BOE, reclamándose el expediente administrativo que, una vez recibido, se entregó al Procurador de la parte actora para que en el plazo de 15 días formulara la correspondiente demanda, lo que verificado por escrito en el que, tras de hacer constar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación suplicó que le sea reconocido su derecho a percibir, en concepto de retribución básica de sueldo, la misma cuantía establecida por las disposiciones legales vigentes al respecto para el resto del personal militar y específicamente para los Caballeros Mutilados con complemento de destino, con efectos desde 1 Ene. 1983, y, en su día, dicte sentencia por la que estimando este recurso declare que los actos impugnados no son conformes a derecho, anulándolos; declare el derecho del recurrente a percibir la retribución básica de sueldo en la cuantía que solicita, con efectos desde 1 Ene. 1983 y condene a la Administración a estar y pasar por dichas declaraciones y a tomar las medidas adecuadas para su efectividad.

Segundo: Dado traslado de la demanda al Letrado del Estado, la contes-

tó mediante escrito en el que, después de exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, suplicó se dictara sentencia desestimando el recurso y confirmando la resolución administrativa en todos sus extremos.

Tercero: El día 24 nov. 1986 se celebró la reunión de la Sala, para votación y fallo del presente recurso, previa notificación a las partes.

Visto siendo Ponente el Magistrado Sr. Hernando Santiago.

Fundamentos de Derecho

Primero: La pretensión del recurrente, al impugnar la resolución denegatoria, por silencio administrativo, de su petición formulada con fecha 15 Nov. 1983, en solicitud de abono de diferencias y haberes, queda circunscrita a la rectificación del ap. 1.2 Anexo 1 R 13 May. 1983, de la Secretaría General de Presupuestos y Gasto Público —que en definitiva es transcripción del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 May. 1983—, fijando provisionalmente las retribuciones para el año 1983 de los funcionarios públicos, y cuyo acuerdo fue adoptado en cumplimiento del RDL 3/1983, dictado al amparo de la autorización legislativa contenida en el art. 86 CE, siendo dicho Real Decreto-Ley convalidado por el Congreso de los Diputados en su reunión de 10 May. 1983 de conformidad con lo establecido en el art. 86.2 de la Primera Ley del Estado, todo lo cual viene a determinar la competencia de esta Sala para conocer de la pretensión del recurrente, pues aunque se impugne la R 13 May. 1983 de la Secretaría General de Presupuesto y Gasto Público, en realidad, lo que se está propugnando es la modificación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 May. 1983, del que la primera es una mera transcripción.

Segundo: El recurrente entiende que el acto de aplicación directa del Acuerdo y Resolución citados, supuso para el mismo Sargento de Infantería y Caballero Mutilado Permanente, sin percibir complemento de destino, una disminución en su retribución básica de sueldo, en relación con el restante personal militar con complemento de destino, lo que a su juicio supone una violación de determinados preceptos de la L 5/1976 de 11 Marz., del Cuerpo de Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria, y de los arts. 14 y 139 CE, en cuanto que establece una discriminación respecto del sueldo entre profesionales de las Fuerzas Armadas con el mismo empleo y no respeta los derechos adquiridos.

Tercero: El RDL 3/1983, de 20 Abr., aprobó de forma provisional las normas reguladoras de las retribuciones de los funcionarios con la finalidad de poder anticipar la percepción de dichas retribuciones, en tanto en cuanto se aprobaban los Presupuestos Generales del Estado para 1983 y se establecieran la estructura, régimen y cuantía de las mismas, disponiéndose en el art. 1.5 que: «Las retribuciones totales íntegras de los funcionarios, calculadas en base anual, experimentarán un incremento proporcional del 9% respecto a 1982, adecuándose la cuantía de las retribuciones complementarias

al objeto de no rebasar dicho incremento. En los casos en que no sea posible efectuar la adecuación se reducirá transitoriamente el sueldo señalado en el núm. 2 de este artículo en la cuantía procedente», agregándose a continuación, «podrán refundirse conceptos correspondientes a retribuciones complementarias» a efectos de la instrumentación de lo establecido precedentemente. El contenido normativo de este artículo del Real Decreto-Ley citado tuvo su equivalente reflejo homogéneo específico en el art. 2.5 L 9/1983, de Presupuestos Generales del Estado para 1983, de 13 de Julio, así como también, posteriormente, en la L 44/1983, de 29 Dic., de los Presupuestos Generales del Estado para 1984, que mantienen equivalente criterio retributivo, al fijar en su art. 3.2, párr. 2º la aplicación de un 6'5 % de incremento respecto del sueldo efectivamente percibido en 1983, cuando éste lo hubiese sido «en cuantía inferior a lo establecido en el art. 2.2 L 9/1983 de 13 Jul., por aplicación de lo previsto en el citado art. 2.5». De otro lado, el art. 20 L 5/1976, de 11 Mar., señala: «Los Caballeros Mutilados de Guerra, Absolutos y Permanentes, percibirán sus retribuciones básicas correspondientes a su empleo y los complementos de sueldo y las otras remuneraciones que le corresponda, todo con arreglo a las disposiciones que rijan en cada momento sobre retribuciones», por lo que es visto que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 May. 1983, que se impugna indirectamente, en el particular que ha sido ya indicado, respeta en su integridad el contenido normativo del RDL 3/1983, ratificado por las Cortes, al fijar, provisionalmente, las retribuciones para el indicado año, pues por haberse aumentado, en el indicado ejercicio, las retribuciones básicas en cuantía superior al 9% para no sobrepasar este porcentaje de incremento, que constituía el límite máximo de elevación de las retribuciones totales íntegras, hace uso de la preceptuado en el art. 1.5 del citado Real Decreto-Ley y reduce transitoriamente, como así lo indica, el sueldo, al no ser posible reducir las retribuciones complementarias de los Caballeros Mutilados, ya que éstos no las perciben, y si así se efectúa, lo es con objeto de no sobrepasar el límite de la resolución que se vió confirmado por el contenido normativo de la L 9/1983, de 13 Jul., de Presupuestos Generales del Estado para 1983 y con correlato legislativo, también, en la siguiente Ley Presupuestaria para 1984, por lo que no existe, como se pretende por el recurrente, contradicción de dicho Acuerdo y Resolución impugnados, con el contenido del art. 20 L 5/1976 de 11 Mar. de dicho año, por cuanto, como expresamente indica dicho precepto las retribuciones de los Caballeros Mutilados de Guerra, Absolutos y Permanentes, serán percibidas «con arreglo a las disposiciones que rijan en cada momento sobre retribuciones» por lo que siendo, a las que se viene haciendo mención (RDL 3/1983 y 44/1983), las disposiciones reguladoras sobre retribuciones en el período que contemplan y las que introducen o mantienen el cambio retributivo, a ellas hay que referir también las correspondientes a los Caballeros Mutilados de Guerra, por disposición expresa de su legislación específica, en base al precepto acabado de citar.

Cuarto: La acomodación obligada de las retribuciones del Cuerpo de Caballeros Mutilados de Guerra al régimen o disposiciones que rijan para cada momento en materia retributiva obliga a subsumir, dentro de dicha normativa general la específica de, o para, este colectivo, y, al no tener las mismas retribuciones complementarias con las que absorber parte, o el exceso, de incremento sobre las básicas en el máximo legal del 9% que señalaron las disposiciones legales para el año 1983 (Real Decreto y Ley ya citados) y, por ello, la reducción de la retribuciones básicas se hace obligada, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.5 del citado Real Decreto Ley y art. 2.5 de la Ley a que venimos haciendo mención, para no sobrepasar el indicado límite, pues hay que tener en cuenta que estas retribuciones básicas, durante 1983, experimentaron un incremento superior al 9% indicado, que fue corregido mediante la reducción de las de carácter complementario, de suerte tal que el total íntegro de unas y otras no sobrepase el 9% querido por la Ley como límite máximo y sin que esta actuación suponga transgresión del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, pues tal principio no ha de entenderse ni interpretarse de manera automática como mera homologación de situaciones sino que es preciso atender a la diferente y concreta singularidad de las condiciones objetivas y subjetivas objeto de confrontación, y sin que pueda hablarse de desigualdad en el tratamiento retributivo que el recurrente recibe, pues si lo que la Ley quiso es que las retribuciones totales no se incrementasen en un porcentaje superior al 9% si se sobrepasa dicho límite en las retribuciones básicas sin la correlativa corrección de las complementarias por no tener o percibirse estas últimas -lo que impide efectuar la corrección del exceso en las primeras-, estos colectivos se verían, en comparación, mejorados cuantitativamente respecto de otros, situación que entonces sí conllevaría un trato discriminatorio con quebranto del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, más no en el caso enjuiciado, en el que la Administración para no incidir en dicha desigualdad sustantiva corrige el sueldo base limitando su incremento solo al 9% y aunque ello conlleve, comparativamente, una diferencia con los que tienen asignado complementos retributivos, pues de no haberse hecho así el personal, como el recurrente, habría visto incrementada su retribución total en un porcentaje superior al límite del 9% autorizado por la Ley, mientras que los otros, por percibir complementos, no superarían tal limitación, produciéndose, de accederse a lo pretendido, el quebrantamiento del principio constitucional denunciado, el cual, en el acto de aplicación a él efectuado de la normativa estudiada, no se ha producido, como tampoco la vulneración pretendida del respeto a los derechos adquiridos por el recurrente, los cuales no resultan en absoluto transgredidos por el tratamiento retributivo que le ha sido conferido en base a un normativa con rango de Ley y en cumplimiento de un concreto precepto de su regulación específica legal (art. 20 L 5/1976) por lo que procede concluir desestimando el recurso contencioso-administrativo

deducido por el Sargento de Infantería Caballero Mutilado de Guerra, D. Pedro.

Quinto: No se estima oportuno hacer declaración respecto de las costas causadas.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso contencioso-administrativo deducido por el Sargento de Infantería, Caballero Mutilado Permanente, D. Pedro, contra la denegación presunta, por silencio administrativo a su petición formulada con fecha 15 Nov. 1983 al M^o de Defensa, en solicitud de abono de diferencia de haberes, derivada de la aplicación del ap. 1.2 Anexo I de la R 13 May. 1983, de la Secretaría General de Presupuesto y Gasto Público que transcribe Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 May. 1983 fijando provisionalmente las retribuciones para el año 1983 a los funcionarios públicos, cuyos actos declaramos ajustados a derecho.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—**Señor Carretero Pérez.—Sr. Burón Barba.—Sr. Hernando Santiago.—Sr. González Mallo.—Sr. Fernández Díaz.**

Audiencia Nacional.— Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 3ª.— Sentencia de 31 de Diciembre de 1987

Ponente: Ilmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

La Resolución del Ministerio de Defensa notificada al interesado el día 9 de Mayo de 1985 desestimó su pretensión de percibir las retribuciones básicas en igual cuantía que los militares profesionales del mismo empleo que se encuentren en servicio activo.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sala de esa índole de la Audiencia Nacional, recae sentencia desestimatoria motivada mediante los siguientes Fundamentos de Derecho:

Segundo: El actor, perteneciente al Cuerpo de Caballeros Mutilados Permanentes, Capitan de Infantería, mediante escrito de 18 de Octubre de 1983, solicitó del Ministerio de Defensa que se dejara sin efecto el punto 5 del art. 2º de la Ley 9/83 de 13 de Julio, —ha de entenderse la aplicación hecha por la Administración de tal precepto que no puede ser objeto en sí mismo de impugnación a través de éste recurso, dado su rango legal— y se le reconociera el derecho a percibir sus retribuciones básicas en igual cuantía que los militares de su mismo empleo en situación de servicio activo, entendiéndose que dicho precepto vulnera la Ley 5/76 de 11 de Marzo en su art. 20. Denegada dicha solicitud por la resolución objeto de este contencioso, solicita la anulación de la misma y que se declare el derecho a percibir sus retribuciones básicas en la cuantía indicada con efectos desde que comenzó a percibir las en cuantía inferior (1 de enero de 1983) condenándose a la Administración al abono de los correspondientes atrasos, alegando por ello sus derechos adquiridos al amparo de la Ley 5/76 y el contenido limitado de las leyes de Presupuestos.

Tercero: Ante la urgente necesidad de fijar las retribuciones de los funcionarios, se dictó el Real Decreto-Ley 3/83 de 20 de Abril que provisionalmente atendía la situación mientras se aprobaba la correspondiente Ley de Presupuestos, y en su art. 1º-5. después de señalar que las retribuciones totales íntegras de los funcionarios experimentarían un incremento del 9 por 100 respecto de 1982, establecía que ello se llevaría a cabo adecuando se la cuantía de las retribuciones complementarias y en los casos en que no fuera posible tal adecuación, se reduciría transitoriamente el sueldo señalado en el nº 2 del mismo artículo, es decir, las retribuciones básicas. Este mismo criterio se recogió textualmente en la Ley 9/83 de 13 de Julio de Presupuestos para dicho año. La Administración no ha hecho otra cosa, en el presente caso, que aplicar dichos preceptos de rango legal al recurrente, que por no percibir retribuciones complementarias hubo de soportar el ajuste del incremento anual en las básicas, sin que frente a ello puedan prosperar las alegaciones formuladas en la demanda por las siguientes razones: primera, no cabe hablar de vulneración del art. 20 de la ley 5/76 de 11 de Marzo que dispone en la letra a) que “los Generales, Jefes, Oficiales, Suboficiales y asimilados percibirán las retribuciones básicas correspondientes a su empleo...” pues como tal precepto legal está sujeto a las modificaciones o derogaciones llevadas a cabo por normas posteriores de igual o superior rango, a las que se remite expresamente el citado art. 20-4) cuando señala que todo ello será “con arreglo a las disposiciones que rijan en cada momento sobre retribuciones”, y como tales han de considerarse las Leyes de Presupuestos ya citadas, así como las de 28 de diciembre de 1983 y 30 de diciembre de 1984 relativas a los años 1984 y 1985 que en sus arts. 3-2 y 15-1 contemplan respectivamente la cuestión objeto de recurso, ya que al carácter formal de tales Leyes, ha de añadirse la doctrina del Tribunal Constitucional sentada entre otras en su sentencia de 21 de Mayo de 1987, que recoge lo ya dicho en otras anteriores, según la cual la Ley de Presupuestos es un “vehículo de dirección y orientación de la política económica, que corresponde al Gobierno, añadiendo que nada impide que junto a las correspondientes partidas de ingresos y gastos, la Ley “establezca otras disposiciones de carácter general en materias propias de la Ley originaria que guardan directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los Presupuestos con los criterios de política económica general en que se sustentan”, lo que viene a desvirtuar los razonamientos en contrario formulados en la demanda y pone de manifiesto la aplicación de los preceptos presupuestarios examinados frente a los de la Ley 5/76 invocados por el actor, que han resultado modificados por aquellos, como ya puso de manifiesto el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de Septiembre de 1985 respecto de la fijación de la pensión de mutilación. Segunda, el respeto a los derechos adquiridos de los funcionarios implica, entre otros aspectos y según reiterada jurisprudencia que no es necesario reproducir, el mantenimiento del importe total de las retribuciones del funcionario, independientemente de los conceptos por los

que se perciban, y no es ésta la cuestión que aquí se plantea, sino que lo que se discute es el criterio que ha de seguirse para determinar el incremento anual de determinados funcionarios (mutilados) y su relación con el que corresponde a otros (Militares en activo), pues no puede perderse de vista que el recurrente no alega disminución absoluta de sus retribuciones sino relativa en cuanto a las fijadas para los militares en activo de un mismo empleo, cuestión como se ha dicho diferente y no incluíble en el ámbito de los derechos adquiridos que invoca el recurrente, pues no cabe calificar como tal el mantenimiento constante de una correspondencia retributiva con otros funcionarios, que puede modificarse mediante la adecuada normativa —en éste caso han sido leyes formales— por justificados motivos organizativos, funcionales o presupuestarios; lo que lleva a rechazar los argumentos que al efecto se han expuesto en la demanda que incluyen la indemnización de perjuicios evidentemente improcedente si se concluye, como se ha dicho antes, en la inexistencia del derecho adquirido que se invoca. Y tercera, la discordancia producida entre las retribuciones básicas del recurrente en su condición de Mutilado y las correspondientes a los Militares del mismo empleo que prestan servicio activo, además de establecerse en el Real Decreto-Ley 3/83 y la Ley 9/83, que la introducen, con carácter transitorio, no implica un trato discriminatorio sino que por el contrario, responde a una aplicación igualitaria de los preceptos que conforman el incremento retributivo anual, siendo precisamente la postura sostenida por el recurrente lo que llevaría a producir tal desigualdad propiciando que unos funcionarios tuvieran incrementos superiores a otros, constituyendo tales preceptos, por el contrario, un tratamiento legislativo diferenciado que viene justificado por la distinta realidad retributiva sobre la que se proyecta (existencia o no de retribuciones complementarias que permitan llevar a cabo la adecuación del incremento previsto) lo que impide apreciar la vulneración del derecho de igualdad invocado al amparo del art. 14 de la Constitución, siguiéndose al efecto la doctrina del Tribunal Constitucional plasmada entre otras en las sentencias de 5 de Mayo de 1982 y 21 de Julio de 1983, poniéndose de manifiesto la improcedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad a que se refiere el actor.

Cuarto: Por todo lo expuesto procede desestimar el presente recurso y confirmar la resolución impugnada por ser ajustada a derecho, sin que haya lugar a hacer una expresa condena en costas, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

En la misma línea argumental con distintos matices pero similares conclusiones se mueven la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de Julio de 1987 y las sentencias de la Audiencia Territorial de Valladolid de 28 de Octubre de 1987, 4 de Noviembre de 1987 y 16 de Noviembre del mismo año.

V. CONTRATACION ADMINISTRATIVA

En la sentencia que recogemos, el Tribunal Supremo se plantea la correcta interpretación y consiguiente aplicación del Art. 159 del R.G.C.E.(1) en el sentido de que tal precepto configura como potestades distintas la de resolución del contrato administrativo y la de imposición de pérdida de fianza; de modo que el ejercicio de esta última no sigue automáticamente el ejercicio de la primera sino que la imposición de pérdida de fianza requiere la existencia de culpa por parte del contratista ya que no se puede confundir la existencia o no de culpa con el principio "a riesgo y ventura".

Por lo demás, entendemos que merece ponerse de relieve el encendido elogio, que hace el más alto Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria en el Fundamento Jurídico tercero de la Sentencia que transcribimos, sobre la corrección formal con que se ha tramitado el Expediente Administrativo en el seno del Ministerio de Defensa así como del orden y cuidado con que dicho Expediente ha sido recibido por la Sala, lo cual, al parecer, contrasta con los expedientes que tramitan y envían otras Administraciones públicas al citado Tribunal.

Tribunal Supremo (Sala IV). Sentencia de 15 de Julio de 1987.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco González Navarro.

La autoridad competente del Ministerio de Defensa acordó el 26 de Junio de 1984 desestimar el Recurso de Reposición interpuesto por MANUTENSA contra la Resolución del contrato suscrito con dicha empresa para suministro de tres carretillas apiladoras eléctricas con tres baterías y tres cargadores de baterías, con pérdida además de la fianza prestada.

Estimando la citada entidad que tal acuerdo no era conforme con el Ordenamiento Jurídico, interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de esa índole de la Audiencia Nacional que dictó sentencia desestimatoria.

Apelada esta sentencia por la parte actora en el anterior recurso, el Tribunal Supremo estima en parte la apelación declarando que las resoluciones impugnadas son conformes a derecho en cuanto acordaron la resolución del contrato pero no lo son en cuanto acordaron la pérdida de la fianza que debe devolverse al contratista.

Fundamentos de derecho del Tribunal Supremo

Segundo: A los efectos aquí pretendidos importa dejar constancia de lo siguiente: a) Con fecha 2 de marzo de 1982, se formalizó un contrato, entre el Ministerio de Defensa y MANUTENSA, por el que esta Sociedad se

(1) Reglamento General de Contratación del Estado. Aprobado por Decreto 3410/75.

comprometía a suministrar en plazo de sesenta días tres carretillas apiladoras eléctricas SALA, modelo MINIGARANT 10/30 de 1.000 Kgs. con tres baterías y tres cargadores de baterías incluidos por un valor de 2.274.000 ptas. b) La selección del contratista se hizo por el procedimiento de concurso, depositándose oportunamente por el mismo la fianza exigible, que lo era por importe de 116.004 ptas. c) El plazo de sesenta días, para la entrega empezaba a contarse a partir del siguiente a la formalización del contrato. d) En 15 de diciembre de 1983 (es decir, más de siete meses después de finalizado el plazo contractual de ejecución, se solicitó prórroga que fué denegada, acordándose la resolución del contrato por incumplimiento del contratista con pérdida de la fianza por considerar que ese incumplimiento había tenido lugar por culpa de aquél.

Tercero: En realidad, el único punto sobre el que cabe cuestionar es acerca de la existencia o no de culpa del contratista y consiguientemente, sobre si era o no procedente la pérdida de la fianza. Porque es claro que incumplimiento hubo y que la potestad de resolución fue ejercitada correctamente por el Ministerio de Defensa. Debiéndose decir, además, que el expediente administrativo se ha tramitado con escrupulosidad formal digna de elogio, presentándose a la Sala perfectamente ordenado, cosido y foliado, lo que, si bien, no supone más que el cumplimiento de los deberes propios de quien tramita un expediente, es digno de subrayarse frente el descuido y desorden que, con mas frecuencia que la deseable, presentan los expedientes que tramitan otras Administraciones públicas. La corrección formal en la tramitación no implica, sin embargo, que la corrección en cuanto al fondo sea total y absoluta. En todo caso sí debe decirse que los motivos alegados por el recurrente no son aceptables para determinar la anulación de la resolución. La contradicción puede entenderse cumplida con la posibilidad de recurrir, en via administrativa primero y judicial después. Y la invocación en la resolución impugnada del artículo 273-6º constituye, sin duda, un *lapsus*, debiendo entenderse que la referencia es el 273. 1º. Pues si se lee la resolución se advierte que ninguna referencia se hace después a la quiebra o suspensión de pagos sino al incumplimiento.

Cuarto: Las circunstancias concurrentes en el caso permiten, no obstante, considerar que no hay culpa del contratista y que por tanto, la Administración que procedió correctamente al ejercitar la potestad de resolución, no obró con idéntica corrección al ejercitar la potestad de acordar la pérdida de la fianza que es una potestad distinta. Y esas circunstancias son en este caso: a) Que el contratista se ofreció a suministrar un determinado modelo de carretilla fabricado por una empresa que entró luego en situación de suspensión de pagos determinantes incluso del cierre laboral; b) Que el contratista intentó una solución alternativa de sustitución del tipo por otro, solución que, con todo derecho, fue rechazada por la Administración. En todo caso debe decirse que no es posible confundir la existencia o no de culpa con el principio "a riesgo y ventura", y que, desde luego, es claro que

el artículo 159 del Reglamento configura como potestades distintas la de resolución y la de imposición de pérdida de fianza. Por donde la petición de anulación que se solicita debe limitarse al ejercicio de esta potestad únicamente.

VI. ESCALAS DE COMPLEMENTO

(Denegación de permanencia en el "Servicio Activo" hasta la edad de retiro)

Sobre esta importante cuestión, los afectados por la misma han reaccionado acudiendo a la vía jurisdiccional tanto del orden laboral como del orden contencioso-administrativo.

Respecto de la primera hay que decir que las Magistraturas de Trabajo y la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo estimaron la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la representación de la Administración Central del Estado y en este sentido se razona en la Sentencia de 22 de Septiembre de 1987 del Tribunal Supremo que recogemos.

Sin embargo en las sentencias recaídas dentro del Orden contencioso aparecen dos criterios jurisprudenciales: De una parte el criterio de denegación a las demandas planteadas y consiguientemente desestimación de los recursos confirmando, por ajustadas a Derecho, las resoluciones recurridas, que comprende, entre otras, las sentencias de la Sala IV de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid de 3-10-86 nº 545, de 3-03-87 nº 147 y de 17-06-86, así como la de la Sala de la misma índole de la Audiencia Territorial de Sevilla de 16-05-87; de la otra, por el contrario, se anulan las resoluciones recurridas y se declara el derecho de los recurrentes a continuar en el servicio activo en la Escala de Complemento del Ejército hasta la edad de retiro, por las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 29-07-86, nº 179, de la Sala de igual índole de la Audiencia Territorial de Canarias de 5-11-86, nº 258, y de la Sala también de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valladolid de 14-07-86, también nistrativo de la Audiencia Territorial de Valladolid de 14-07-86, entre otras.

Recogemos también dos "*Sentencias-tipo*" en las que puede apreciarse la notable disparidad de criterios interpretativos que, sobre la misma cuestión de fondo, siguen las distintas Audiencias Territoriales.

T.S. (Sala de lo Social) Sentencia de 22 de Septiembre de 1987

Ponente: Excmo. Sr. José Lorca García

Por orden del Ministerio de Defensa publicada en el Boletín Oficial del Departamento de 27 de Enero de 1986 se acordó que los actores, Tenientes de la Escala de Complemento del Arma de Aviación, junto con otros componentes de la Escala de Complemento pasasen a la situación de "Ajena al

Servicio Activo” con efectos de 31 de Enero de 1986. Con fecha 4 de Febrero de 1986 formularon recursos de reposición contra dicho acuerdo y el 13 de Marzo siguiente reclamaciones previas a la vía laboral.

Seguidamente, los interesados interpusieron sendas demandas ante la Magistratura de Trabajo nº 2 de Granada solicitando que su pase a Situación Ajena al Servicio Activo fuera declarado un despido nulo o subsidiariamente improcedente. con fecha 30 de Abril de 1986 se dictó sentencia estimatoria de la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por el Letrado del Estado.

Apelada esta Sentencia por la parte actora en el anterior procedimiento, el Tribunal Supremo desestimó la apelación con arreglo a los siguientes:

Fundamentos de Derecho

Primero: Los demandantes, Tenientes de Complemento del Arma de Aviación, Escala de Tropas y Servicios, recurren la sentencia de instancia que estima la incompetencia de jurisdicción aducida por el Letrado del Estado en representación de la Administración Central del Estado-Ministerio de Defensa, que, por ende, no resuelve el fondo de la cuestión planteada en la demanda por ellos interpuesta, en la que solicitan se declare que el acuerdo del referido Ministerio de su pase a la situación de “Ajena al Servicio Activo”, constituye un despido nulo o subsidiariamente improcedente; a través de tres motivos, con amparo en el artículo 167.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, por aplicación indebida del artículo 533.1 en relación con el artículo 687, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil; interpretación errónea del artículo 1º de la referida Ley Procesal Laboral; infracción por no aplicación del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores.

Segundo: La incompetencia de jurisdicción afecta al orden público procesal, y ello faculta a la Sala a examinar con total libertad todas las pruebas unidas a las actuaciones, sin tener que sujetarse a los hechos probados de la resolución recurrida, ni a los motivos que el recurrente haya formulado, con la finalidad de recoger los datos necesarios para calificar la naturaleza jurídica de la relación que liga a los litigantes y cual sea la jurisdicción que deba conocer de ella. En el presente caso, tal como los mismo actores exponen en sus demandas, se trata de que éstos, tras superar las correspondientes pruebas selectivas, convocadas por el Ministerio de Defensa para ingreso en la Instrucción Militar de la Escala de Complemento del Ejército de Aire, creada por Decreto 3048/71, de 2 de Diciembre, de la Presidencia del Gobierno, fueron promovidos al empleo de Alférez Eventual, prestando sus servicios en el Escuadrón de Vigilancia Aérea nº 9, en Motril, alcanzando el grado de Teniente, y tras haber obtenido varias prórrogas para continuar en actividad en la referida Escala de complemento, pasaron a la situación ajena al servicio activo. Ello nos lleva a la conclusión de que en la referida relación jurídica que ligaba a los litigantes se encuentra excluida del ámbito de apli-

cación del Estatuto de los Trabajadores, conforme dispone el artículo 1.3 a), al no tener la consideración de laboral, sino de prestación de servicios en Establecimiento Militar, sometidos a la disciplina militar como consecuencia de su asimilación o consideración militar —artículo 2.2 a) y b) del Real Decreto 2205/80, de 13 de junio; correspondiendo la competencia para conocer de ella a la jurisdicción contencioso-administrativa como acertadamente ha entendido el Magistrado “a quo”.

Tercero: De acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal procede a la desestimación del recurso.

**Audiencia Territorial de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo).—
Sentencia de : 3 de Octubre de 1986**

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

El 16 de Mayo de 1984 el recurrente solicitó la continuación en el Servicio Activo por tres años más cuya concesión le fue comunicada mediante escrito del Excmo. Sr. Capitán General de la Región Militar de Levante de 20 de Junio de 1984. El día 10 de Septiembre siguiente el interesado presentó nueva instancia solicitando la continuación en el servicio activo hasta la edad de retiro que fue devuelta sin tramitar por lo que formuló recurso de alzada que, a su vez, fue también desestimado por Resolución de 4 de Diciembre de 1984 del Excmo. Sr. Ministro de Defensa.

Estimando dicho recurrente que tal Acuerdo no era conforme con el Ordenamiento Jurídico, con fecha 28 de Febrero de 1985 interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de esta índole de la Audiencia Territorial de Madrid; la cual dictó sentencia desestimatoria con arreglo a las siguientes consideraciones:

“...*Tercero:* Se estima por el demandante que, por haber cumplido el 12 de Agosto de 1985 *los seis años de servicio activo* y por hallarse comprendido en la Disposición Transitoria de la Orden de 30 de octubre de 1978 (Diario Oficial núm. 256) modificada por Orden 311/8.142/80 (B.O. núm. 134) de 13 de junio de 1980 y se apoya, en primer lugar, en lo dispuesto en la Ley 55/1968, de 27 de julio, del Servicio Militar y en concreto en su artículo 85 (dentro del Capítulo V dedicado al “Reclutamiento para la formación de la Escala de Complemento y de la Reserva Naval”) que establece que “los Jefes, Oficiales y Suboficiales de la Escala de Complemento permanecerán en ella sujetos a las obligaciones militares hasta la edad límite de retiro del personal profesional del empleo correspondiente, pudiendo a partir de entonces ingresar en la Escala Honorífica, siempre que reúnan las condiciones que establezca el Ministerio”. Pero tal precepto se limita a reconocer el derecho a los mandos que especifica a permanecer en la Escala de Complemento y sujetos a las obligaciones militares hasta el límite de edad señalado al retiro, reconociéndose su graduación, pero no significa que tales personas tengan derecho a permanecer hasta la edad del retiro en la situación activa,

pues el citado artículo 85 no menciona en su tenor literal tales palabras “en servicio activo”, a diferencia de la normativa posterior (ad exemplum Ordenes de 30 de octubre de 1978 y 10 de junio de 1980) y, por otra parte de los tres artículos precedentes del que nos ocupa se desprende la misma interpretación, pues el primero se refiere a la situación de reserva a efectos de movilización, obligando al siguiente –artículo 79– a los reservistas a pasar periódicas revistas y, finalmente, al permitir al Gobierno acordar excepcionalmente la reincorporación total o parcial de reemplazos y cuadros de mando y especialistas de Complemento que juzgue necesarios para la práctica.

Cuarto: también se apoya el recurrente en el artículo 607 del Reglamento de la Ley del Servicio Militar que reproduce literalmente el artículo 85 de su texto superior, ya recogido en el anterior ordinal, pero el texto que se cita alude al pase de revistas, tanto para los reservistas (art. 587) como para los de la Escala de Complemento, e igual habría que repetir respecto al vigente Reglamento, aprobado por Real Decreto 611/1986 de 21 de marzo (B.O.E. de 2 de abril, núm 79) para la aplicación de la Ley 19/1984, de 8 de junio del Servicio Militar, que, no obstante su inaplicabilidad al supuesto ahora enjuiciado, recoge en su Título IV (arts. 191 a 205) lo referente al Reclutamiento para la formación de cuadros de mando y especialistas de las escalas de complemento y reserva naval, en donde se especifica que todo el que ingrese en la IMEC o IMERENA dependerá del Ejército en que haya sido admitido hasta que se produzca su pase a la situación de reserva o cause baja –art. 203– añadiéndose que el personal en situación de reserva estará obligado a pasar revistas periódicas –art. 204–.

Quinto: Si de tales texto más generales descendemos a la normativa específica que regula el derecho transitorio como el Decreto 3048/1971, de 2 de diciembre se puede observar como tras recoger en su artículo 12 las prescripciones de la Ley y del Reglamento, añadiéndose que se obtendrá la licencia absoluta al llegar a la edad determinada pero no reconoce derecho alguno a continuar y, en cuanto a la Orden de 30 de octubre de 1978, que regula la situación en el Servicio de la Escala de Complemento, señala unos condicionantes precisos para iniciar o mantener tal situación, destacando, en primer término “que el Ejército precise sus servicios, previa convocatoria de las vacantes necesarias –art. 1º– sin olvidar nunca que la relación del personal de tal Escala se funda en compromisos de carácter esencialmente temporal inferior a los once años, y para superar tal periodo y alcanzar en servicio activo la edad de retiro, se requieren unos precisos requisitos: existencia de vacantes, llevar al menos seis años de servicio activo, solicitud a través de instancia debidamente informada y poseer la requerida titulación. De la referida disposición no se deduce en modo alguno que se reconozca un derecho a permanecer en activo hasta la edad de retiro a los que se encuentren en dicha situación, ya que su finalidad no ha sido otra que reducir la titulación requerida para los que llevaran seis años en activo, pero debiendo concurrir inexcusablemente el resto de las demás condiciones re-

queridas. Así la Orden, también citada de 10 de junio de 1980 no altera nada de cuanto aquí ha quedado expuesto, al referirse exclusivamente a la titulación. La referida Orden de 30 de octubre de 1978 recoge en su disposición Transitoria que "los Jefes, Oficiales y Suboficiales de Complemento que actualmente se encuentren en situación de servicio activo, podrán solicitar, a partir de los seis años cumplidos de permanencia en dicha situación, su continuación en el servicio activo por parte de los mandos que se dicen de la Escala de Complemento, y asimismo que se puede continuar en tal Escala sin permanecer en el servicio activo.

Sexto: Volviendo al artículo 1º,3 de la Orden de 30 de octubre de 1978, hay que destacar que el mismo reconoce a Oficiales y Suboficiales de Complemento que reúnan determinadas condiciones la posibilidad de su continuación en el servicio activo hasta la edad de retiro, rebasando así el máximo de once años que se especifican en el precepto, y el recurrente, cumple los requisitos de titulación, solicitud a través de instancia, aportación de informes y al menos seis años de servicios prestados, pero es el Estado Mayor del Ejército a quien incumbe, conforme a la potestad organizativa que tiene atribuida determinar en cada momento las plantillas vigentes, salvo que éstas se señalen por Ley, correspondiendo a la Dirección de Personal el anuncio de tales vacantes, no debiendo olvidarse por ello que los acuerdos con tales mandos, Oficiales y Suboficiales, se otorgan siempre en precisión de la necesidad que el Ejército tenga de sus servicios y en relación con tales necesidades la Administración usa de la potestad conferida para la concesión de prórrogas más o menos extensas, pues el compromiso existente es de carácter esencialmente temporal.

Septimo: A la vista de lo que antecede y se ha consignado en anteriores ordinales de estos Fundamentos de Derecho, queda suficientemente claro que la Administración militar no ha quebrantado los preceptos constitucionales que se citan (arts. 9,1 y 103 de la Constitución), pues la atribución del pretendido derecho, que se supone desconocido por las resoluciones recurridas, está condicionada a las necesidades del Ejército y su apreciación a los órganos de que se ha hecho mención y, finalmente, y con referencia a una supuesta "comunicación", solo aducida y que ni siquiera se ha pretendido probar en el periodo destinado a corroborar las alegaciones controvertidas, en todo caso es ajena a la pretensión que se ejercita contra dos actos concretos del Ministerio de Defensa, que son los realmente impugnados. Esta Sala rechaza, igualmente, las alegaciones referentes a falta de respeto a la jerarquía normativa, pues todos los textos examinados desde leyes a órdenes ministeriales, no desconocen el derecho y la posibilidad de permanecer el Suboficial recurrente de la Escala de Complemento en el servicio activo hasta la edad del retiro, pero la condicionan y concretan como ha quedado señalado y finalmente, se rechaza la carencia de motivación en la resolución impugnada, pues se indican las bases normativas que han servido a la desestimación, lo que ha obligado a este Tribunal a confirmar íntegramente las

impugnadas resoluciones, dada su conformidad con el ordenamiento jurídico, lo que conlleva necesariamente la desestimación del presente recurso, siguiendo otros precedentes semejantes, como en la sentencia de esta Sala 377/1986, de 17 de junio, referida a un Teniente de Complemento de Infantería...”

Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria (Sala de lo Contencioso Administrativo)

Sentencia de 5 de Noviembre de 1986

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Martín González.

El 5 de Enero de 1984 el recurrente, Teniente de Complemento del Arma de Ingenieros, dirigió al Excmo. Sr. Teniente General del Estado Mayor del Ejército instancia por la que solicitaba se le concediera prórroga en el Servicio Activo hasta la edad de retiro, lo que se le denegó mediante resoluciones de 19 de Septiembre de 1984 del Excmo. Sr. General Director de Personal del Ejército y de 23 de Enero de 1985 del Excmo. Sr. Ministro de Defensa ante quien previamente había recurrido en alzada.

Estimando dicho recurrente que tales acuerdos no eran conformes con el Ordenamiento Jurídico, interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de esta índole de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria; la cual dictó sentencia estimatoria anulando los actos recurridos y declarando el derecho del actor a continuar en servicio activo en la Escala de Complemento del Ejército de Tierra hasta alcanzar la edad de retiro, con arreglo a las siguientes consideraciones:

Primero: Constituye materia del recurso la determinación de si es o no ajustada a Derecho la resolución del Ministerio de Defensa por la que se deniega la petición del recurrente sobre la continuidad de este en el servicio activo hasta la edad de retiro, siendo de advertir que el ahora demandante, oficial del Ejército de la Escala de Complemento, se halla en activo desde hace más de seis años, y en concreto se hallaba en la misma situación en la fecha en que entró en vigor la Orden de 30 de octubre de 1978 (B.O.E. de 7 de noviembre de 1978), y se encuentra en posesión del título de Arquitecto Técnico, habiéndose resuelto por el general Director de Personal, con fecha de 1 de febrero de 1984, que se accedía a lo solicitado por aquel por período de 3 años contados a partir de 9 de agosto de 1984, lo que se mantiene en otra resolución del mismo Director de fecha 19 de septiembre de 1984, aunque en esta se acuerda hacer saber al solicitante su derecho a recurrir en alzada, con expresión del plazo y del órgano ante quien ha de promoverse el recurso, y, finalmente, en la del Ministerio de Defensa de fecha 23 de enero de 1985, hoy objeto de recurso.

Segundo: Invoca la Administración demandada la inadmisibilidad del recurso con fundamento en los artículos 82,c) y 40, a) de la Ley reguladora de

esta Jurisdicción y con apoyo en que la resolución de 19 de septiembre de 1984 se limitaba a reproducir otra de 1 de febrero del mismo año, ambas de la dirección de Personal, que no fué recurrida en tiempo y forma y que, por tanto, devino firme, de lo que deduce que, por no haber sido impugnada en su momento aquella resolución de febrero de 1984, es inadmisibile el recurso ahora interpuesto contra la que no es sino reproducción de la misma, por lo que se hace imprescindible el previo examen de dicha cuestión de inadmisibilidad como consecuencia de que sólo puede ser analizado el fondo del tema propuesto en el marco de un proceso admisible.

Tercero: Si bien se observa, la resolución de la Dirección de Personal de 1 de febrero de 1984, por la que al conceder al hoy recurrente una prórroga por tres años implícitamente se le denegaba lo solicitado por él en cuanto a que se le reconociera el derecho a continuar en el servicio activo hasta la edad del retiro, ni resulta notificada, según el expediente, ni contiene mención de los recursos que contra ella podían interponerse con expresión concreta del órgano ante el que hubieran de presentarse y del plazo para interponerlos, como exige el artículo 79, 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por lo que, al no existir o al ser defectuosa la notificación carecen de efectos tanto esta como la propia resolución en contra del interesado, tal como resulta de sentencias del Tribunal Supremo como las de 30 de enero y 7 de febrero de 1986, del auto de dicho Tribunal de 12 de febrero del mismo año, en que, por falta de la adecuada notificación se excluye la inadmisibilidad del recurso que se apoyaba, precisamente, en entenderse que se había interpuesto contra actos firmes y consentidos por el recurrente, en supuesto igual al de autos, y de la sentencia, también del Tribunal Supremo, de 26 de diciembre de 1985, y en su virtud la resolución en cuestión no puede ser eficaz contra el recurrente a efectos de tenerla por consentida por este y hasta el punto de impedirle el recurso que utiliza contra una resolución confirmada en vía de alzada, que sí se notifica con arreglo al sistema formal riguroso a que se hizo referencia, omitido de modo absoluto respecto a aquella primera resolución que la Administración demandada pretende tener por reproducida a los efectos del artículo 40 a) de la Ley Jurisdiccional, por lo que ha de rechazarse la causa de inadmisibilidad alegada.

Cuarto: En lo que atañe al fondo del recurso, es de observar que la Orden de 30 de octubre de 1978, en la que ampara el recurrente su derecho a continuar en situación de servicio activo hasta alcanzar la edad de retiro, preve dos situaciones claramente diferentes, pues mientras que en su artículo 1º el presupuesto de hecho está integrado por el personal de la Escala de Complemento que no se encuentra en servicio activo, como resulta de la expresión legal de que podrá "pasar" a esta situación, en su disposición transitoria alude a los que ya "se encuentren" en la misma situación, y mientras que para aquel supuesto exige, entre otros requisitos, el relativo a la existencia de vacantes como preciso para que pueda accederse a que se rebase el tiempo de servicio activo hasta alcanzar la edad de retiro, para el

otro, que regula el supuesto de que el interesado se halle en dicha situación, tal como sucede en el caso de autos, no requiere la existencia de vacante y sí sólo que lo solicite el interesado, que este cuente con seis años cumplidos en aquella y que posea la titulación exigida en la misma norma transitoria, y como quiera que tales exigencias concurren en el hoy demandante, según resulta del expediente y de los propios informes oficiales obrantes al margen de sus solicitudes, obvio es que procede la concesión, sometida a un criterio reglado que sólo permite la constatación del supuesto de hecho para aplicar la norma, sin dejar resquicio alguno a la estimación subjetiva de la Administración, por lo que al denegar esta pretensión del actor incurre en infracción del ordenamiento jurídico, y, en su virtud ha de estimarse el recurso con anulación de los actos recurridos, conforme al artículo 84 a) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

VII. NOTIFICACIONES DEFECTUOSAS

Desgraciadamente, son todavía numerosas las resoluciones dictadas por órganos administrativos que, en flagrante olvido de cuanto se previene por los Arts. 79 y 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo y sus correlativos del Decreto 1408/66 de 2 de Junio de Adaptación de la Ley de Procedimiento Administrativo a los Departamentos Militares, no instruyen al interesado acerca de los recursos que cabe interponer contra dichas resoluciones así como del plazo y la autoridad ante quien debe hacerse. Como es sabido, esta omisión sólo produce el efecto previsto por el Art. 79.2 de la tan citada Ley de Procedimiento Administrativo.

Sin embargo, puede ocurrir que una resolución escasamente motivada y sin la preceptiva instrucción de los recursos procedentes contra la misma de lugar a una indefensión del interesado tan deplorable que, donde no se discutía más que una cuestión de forma —la derivada del efecto previsto por el citado Art. 79.1— tal cuestión acaba adquiriendo virtualidad suficiente para dirimir el fondo del asunto en el que inicialmente la Administración gozaba de una buena posición por asistirle toda la razón.

Tal es el supuesto planteado por la Sentencia que, a modo de ejemplo, recogemos dentro de este importante capítulo.

Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria.- Sentencia de 11 de Noviembre de 1987

Ponente Ilmo. Sr. D. José Mateo Díaz.

El actor causó baja en las Fuerzas de la Legión por acuerdo de su Subinspección de fecha 8 de Julio de 1980. Habiendo solicitado posteriormente el reingreso, éste le fue denegado por Resolución del mismo Organismo de 15 de Diciembre de 1981. Así mismo, con fecha 27 de Mayo de 1982, el Ministerio

de Defensa acordó desestimar la solicitud del interesado de que se le reconocieran derechos pasivos por el tiempo acreditado al Servicio de la Legión por no haber servido en la misma el plazo mínimo de 12 años.

Contra este último acuerdo el actor interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de esa índole de la Audiencia Territorial de Las Palmas la cual dictó Sentencia estimatoria en parte de los pedimentos del recurso, declarando el derecho del recurrente a percibir los haberes pasivos correspondientes a doce años de servicios efectivos en el Cuerpo de la Legión. Esta Resolución fue dictada con arreglo a los siguientes Fundamentos de Derecho:

Primero: En las diligencias practicadas para mejor proveer ha quedado de manifiesto que el actor causó baja en las Fuerzas de la Legión por acuerdo de la Subinspección de dicha Armas, de fecha 8 de Julio de 1980, así como que el demandante solicitó el reingreso, que le fué denegado por resolución del mismo Organismo de 15 de Diciembre de 1981. Asimismo ha quedado de relieve que el recurrente no fué instruido de los recursos que podía haber utilizado contra las mentadas resoluciones, las cuales, en definitiva cerraron el paso a su derecho a percibir pensión por sus servicios en la aludidas Fuerzas, para lo cual tenía que haber completado doce años, siendo así que en el día 30 de Julio de 1980, según consta en su expediente sólo había cumplido 11 años, 7 meses y 15 días.

Segundo: Resulta evidente que la denegación del reingreso, hecha inmotivadamente y sin instrucción de recursos, produjo una deplorable indefensión al recurrente, agudizada por cuanto era muy escaso el tiempo de servicios efectivos que le restaba por cumplir para obtener el derecho a pensión. La indefensión así operada arrastra la nulidad del acto recurrido, por elemental aplicación del art. 79.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y además, impone la estimación del recurso en el aspecto sustantivo del derecho a obtener pensión, por aplicación ahora del art. 24.1 de la Constitución Española, ya que no tendría sentido alguno retrotraer el expediente al momento en que debió advertirse al demandante de su derecho a recurrir de la denegación de reingreso, por cuanto el considerable tiempo transcurrido y las peculiaridades del acto supondrían dejar en manos de la Administración Militar la decisión de un tema que debió resolver en su momento ajustadamente a Derecho, y cuya demora equivaldría a una auténtica indefensión del recurrente, que lo prohíbe precisamente el art. 24 antes citado.

Tercero: Tampoco puede argüirse, en contra de las pretensión del actor, que éstos se han ejercitado después del transcurso de los seis meses a que alude el artículo 79.4º de la Ley de Procedimiento Administrativo, por cuanto el acto clave de 15 de Diciembre de 1981 (denegación del reingreso, según se acreditó para mejor proveer) no figura en el expediente administrativo notificado en alguna forma, con la inclusión del texto definitivo y completo que exige dicho precepto.

Cuarto: Lo anteriormente expuesto impone la desestimación de la causa

de inadmisibilidad opuesta por la Administración, en relación a los artículos 82 y 53 de la Ley Jurisdiccional (falta del recurso de reposición preceptivo y previo) por cuanto es de aplicar la reiterada doctrina de que el motivo no es invocable cuando ha sido la propia Administración la que ha inducido a error al recurrente, bien al señalarle un recurso equivocado, bien al no señalarle ninguno. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 66/83 de 21 de Julio, proclamó que el propósito del legislador es conferir a las partes las garantías para las defensas de sus derechos e intereses, de modo que la notificación, citación o emplazamiento, sirva para que el notificado, citado o emplazado pueda disponer lo conveniente para defender en el proceso los derechos o intereses cuestionados, por lo que un obrar contrario a esta doctrina representa una violación del art. 24.1 C.E.

Quinto: Tanto es de apreciar el motivo de inadmisibilidad referido a la concreta petición de daños y perjuicios, aducido porque no fué planteada en la vía administrativa, porque la jurisprudencia ya tiene precisado que los artículos 42 y 84 c) de la Ley Jurisdiccional, debidamente interpretados, conducen a la afirmación de que no puede aplicarse a esta pretensión el principio revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, antes al contrario, está autorizada su planteamiento directo (cfr. TS ss 12 y 24 de Marzo de 1973, 14 de Junio de 1975, 28 de Febrero 1976, 7 de Febrero y 2 de Diciembre de 1981, 1 Febrero 1982 y sobre todo 16 de Marzo de 1984, Sala 4º), puesto que el resarcimiento es un elemento constitutivo de la pretensión.

Sexto: Como ya ha quedado apuntado, la superación de las causas de inadmisibilidad y la afirmación de la indefensión producida al recurrente por la ausencia de instrucción de recursos, así como el tiempo transcurrido no dejan otra salida que el conocimiento del derecho del recurrente a obtener su pensión como si hubiera completado el tiempo de doce años de servicios efectivos, exigidos por el art. 5 de la Ley de 13 de Mayo de 1972 con efectos desde el momento en que debería normalmente haber consolidado tal situación, es decir, desde el 16 de Noviembre de 1980, fecha en que con arreglo al expediente (en el que se le reconocen al 30-7-80 11 años, 7 meses y 14 días) hubiera totalizado los 12 años.

Septimo: La ausencia de una adecuada prueba impide estimar ningún otro resarcimiento ni pretensión indemnizatoria.

Octavo: No procede condena en costas (art. 131 Ley Jurisdiccional).

VIII. PERSONAL CIVIL NO FUNCIONARIO EN REGIMEN DE CONTRATACION LABORAL

(Celebración de Asambleas de Trabajadores dentro del recinto militar donde prestan sus servicios para tratar temas laborales fuera de las horas de trabajo).

De esta interesante sentencia merece la pena poner de relieve el criterio seguido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid según el cual no resulta apropiada la cita por el recurrente de una sentencia de la misma Sala entre las mismas partes en la que sí se estimó el recurso porque en aquella ocasión tal recurso se estimó exclusivamente por la ausencia de la necesaria motivación para que la reunión pretendida pudiera tener lugar en sitio distinto al propuesto por los recurrentes.

Por lo demás la Sala considera que la posibilidad prevista por el Art. 95.1 del Real Decreto 2205/80 de 13 de Junio de que la Asamblea no se celebre dentro del recinto del Establecimiento previa comunicación de la Jefatura al Comité —que habrá de ser razonada según se ha visto anteriormente— no vulnera los Arts. 21 y 28 de la Constitución.

Audiencia Territorial de Madrid.— Sala cuarta de lo Contencioso-Administrativo.— Sentencia de cinco de Julio de 1986

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

Por Resolución de 24 de Septiembre de 1985 de la Jefatura del Ala nº 12 de la Base Aérea de Torrejón de Ardoz se denegó la petición formulada por el Comité de Establecimiento de celebrar una asamblea de trabajadores para tratar de temas laborales fuera de las horas laborales y *en el local del propio Comité*.

Estimando dicho Comité que tal Acuerdo no era conforme con el Ordenamiento Jurídico, con fecha 5 de Octubre de 1985 interpuso recurso contencioso-administrativo al amparo del Art. 6º de la Ley 62/78 de 26 de Diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona que fue desestimado por la Sala con arreglo a los siguientes:

Fundamentos Jurídicos

Segundo: Son hechos que aparecen acreditados en este proceso y de los que ha de partir esta Sala los siguientes: a) El Comité de Establecimiento Base Aérea Torrejón con fecha 23 de septiembre de 1985, dirigió un escrito al Sr. Teniente Coronel Jefe de Grupo de Personal, firmado por el Presidente del citado Comité, en el que literalmente se decía: “En virtud de lo que determina el artículo 93 del Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, este Comité comunica que tiene instrucción de celebrar una Asamblea de trabajadores para el día 26 de 17 a 18’30 horas. Con el orden del día siguiente: 1ª Información del Convenio. 2ª Información General sobre situación actual interna. 3ª Ruegos y preguntas. Esta Asamblea se celebrará en el local del Comité de Establecimiento del Ala nº 12 B.A Torrejón. b) En 24 de septiembre de dicho año el Ilmo. Sr. Coronel Jefe del Ala nº 12 y Comandante de la Base, en oficio dirigido al Sr. Presidente del Comité de Establecimiento Ala nº 12, se hacía literalmente constar: “En relación a la solicitud de Asam-

blea de Trabajadores para el día 26 de los corrientes, comunico a Vd, que de acuerdo con el artículo 93,1 del Real Decreto 2205/1980 y considerando las repercusiones en el buen orden del establecimiento y por motivos de seguridad, dadas las especiales características en la Base Aérea de Torrejón, dicha asamblea no se podrá celebrar dentro del recinto de esta Base. Caso de que dicha Asamblea se celebre en locales ajenos a la misma, le ruego comunique a esta Jefatura los extremos contemplados en el artículo 95,1 apartado b) del citado Real Decreto". c) Contra dicho acuerdo y en la indicada fecha de 5 de octubre se interpuso recurso contencioso-administrativo.

Tercero: Que el ámbito de este recurso, interpuesto al amparo del artículo 6º de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, según ha sido recogido por una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo —ad exemplum sentencias de 24 de mayo, y 10 y 19 de diciembre de 1984, 10 y 29 de enero 1985— se limita a la protección de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los artículos 14 al 30 de la Constitución, no siendo posible en este proceso el examen de la legalidad formal del acto impugnado y en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1984, de 7 de marzo, reconoce a los Tribunales la posibilidad de analizar, si la pretensión que se anuncia y cuyos elementos indispensables configuradores de la acción a tales efectos deben ofrecerse en el escrito inicial del recurso, es de aquellas para las que está previsto este especial recurso contencioso-administrativo previsto en la citada Ley 62/1978.

Cuarto: La pretendida vulneración del artículo 21 de la Constitución Española, cuyo desarrollo normativo se encuentra en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio (B.O.E. del 18, núm. 170), debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 2º, e) que excluye de su ámbito "las (reuniones) que se celebren en unidades, buques y recintos militares, a las que se refieren las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, que se regirán por su legislación específica", y ello lleva a este Tribunal a tener que examinar una reunión que se pretende celebrar en los locales de la Base Aérea de Torrejón de Ardoz y que, por tanto se rige por lo dispuesto en el Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio (B.O.E. del 18 de octubre, núm. 251), cuyo artículo 95,1 expresamente declara que "dentro de las primeras cuarenta y ocho horas del plazo de preaviso al que se refiere el artículo anterior, la Jefatura del Establecimiento acusará recibo y comunicará a los convocantes la posibilidad de que la Asamblea se celebre o no dentro del recinto de aquel en función de las instalaciones de que pueda disponer para tal fin, de las demás circunstancias que concurren y muy especialmente en razón de la presunta repercusión de carácter negativo que la reunión pueda tener respecto del régimen de trabajo, disciplina, eficacia militar y buen orden dentro del Establecimiento. "Ello aparece cumplido por la Jefatura del Establecimiento, no sólo contestando dentro del plazo, sino recogiendo en su denegación "repercusiones en el buen orden del Establecimiento y por motivos de segu-

ridad, dadas las especiales características en la Base Aérea de Torrejón dicha Asamblea no se podrá celebrar dentro del recinto de esta Base". Por ello no resulta apropiada la cita en el escrito de interposición de este recurso contencioso-administrativo especial de una sentencia de esta misma Sala entre las mismas partes, pues dicha resolución 367, de 1985, de 25 de junio, si estimó el recurso en aquella ocasión lo fué exclusivamente por la ausencia de la necesaria motivación, lo que no ocurre en modo alguno en este caso. La claridad de los motivos y razones de la denegación se explicitan aún más en las alegaciones presentadas en este proceso con oficio de 27 de noviembre del pasado año, en las que destaca la enorme extensión de la Base Aérea, su utilización conjunta, lo que comporta graves problemas de seguridad, al controlar diariamente seis mil vehículos y doce mil personas de entrada aproximada, así como el local elegido para la pretendida reunión que se encuentra ubicado en la Zona declarada prohibida, no existiendo otro local en la Base fuera de tales zonas prohibidas, y por tanto la celebración de tal Asamblea comportaría la adopción de unas medidas suplementarias, que incidirían inexcusablemente de forma negativa sobre el Servicio de Seguridad, toda vez que el personal civil no funcionario sólo tiene pase autorizado durante las horas de jornada laboral, ya que tales reuniones se celebran fuera de las horas de trabajo.

Quinto: Igual rechazo y desestimación de este recurso ha de producirse desde el ámbito del artículo 25 de nuestra Constitución, respecto a la libertad sindical, cuyo desarrollo normativo se encuentra en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto (B.O.E. del 8, núm. 189), pero no se impide en modo alguno tal sindicación y ni siquiera la reunión pretendida, que puede tener lugar en sitio distinto del propuesto por los recurrentes. Por tales razones es procedente desestimar el recurso interpuesto, con imposición de las costas procesales a la parte demandante, por ser así preceptivo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 10,3 de las tantas veces citada Ley 02/1978.

IX. PROVISION DE VACANTES

(Independencia de "*las necesidades del Servicio*" a que se refiere el Reglamento de Provisión de Vacantes, aprobado por Orden de 31 de Diciembre de 1979, respecto de las calificaciones y decisiones que se formulen y adopten en vía penal o disciplinaria).

Recogemos en este apartado la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Julio de 1987 dictada como consecuencia del *Recurso Extraordinario de Apelación en Interés de Ley* interpuesto por el Letrado del Estado contra Sentencia de 24 de Mayo de 1985 de la Sala de lo Contencioso (Sección 5ª) de la Audiencia Nacional.

Esta última Sentencia trae causa del recurso contencioso interpuesto por el interesado contra la Orden de 7 de Diciembre de 1981 por la que se le cesó en el destino que desempeñaba y se le pasó a la situación de disponible forzoso *por necesidades del servicio*.

Los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada en interés de Ley fueron los siguientes:

CONSIDERANDO: Que las alegaciones que se hacen en el escrito de demanda en relación con la competencia para dictar la Orden en este recurso impugnada, no pueden ser acogidas, pues, como se hace constar en la Resolución que resolvió el recurso de reposición en su día interpuesto contra la indicada Orden, ésta fué dictada por el Ministro de Defensa, afirmación ésta que tiene su apoyo en unas "Normas para la inserción y publicación de las disposiciones ministeriales en el "Boletín Oficial del Ministerio de Defensa" "Diario Oficial del Ejército", de 4 de Noviembre de 1977, conforme a las cuales "la firma del Ministro de Defensa solamente se insertará en los Decretos u ordenes que afecten a disposiciones interejércitos", y, en todo caso, aunque se entendiera, como sostiene el recurrente, que la repetida Orden no fué dictada por el Ministro, si emanó de éste, como se ha expresado, la Resolución de la reposición interpuesta contra aquella, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 53 del Decreto 1408/1966, de 2 de Junio, de adaptación de la Ley de Procedimiento Administrativo a los Departamentos Militares.

CONSIDERANDO: Que para la resolución de las restantes cuestiones que se plantean por la parte recurrente, interesa señalar que del examen de las presentes actuaciones aparece: 1º) con motivo de la publicación del denominado "manifiesto de los cien", se siguió un expediente judicial por la presunta falta grave de escritos contrarios a la disciplina, que fué terminado, imponiendo, entre otras, al recurrente un correctivo como autor de la falta grave de difundir "escritos contrarios a la disciplina" o "al respeto a la Constitución", prevista en el artículo 437, Nº 4, apartado a), del Código de Justicia Militar; 2º) la Resolución del recurso de reposición a que se ha aludido en el fundamento anterior señaló, entre otros extremos, los siguientes: "que dicha Orden (la aquí impugnada) fué dictada... al tener conocimiento de la destacada intervención que dicho oficial (el recurrente) tuvo en la redacción y difusión de un escrito (el antes indicado manifiesto) dirigido a la opinión pública, fechado en 6 de Diciembre de 1981, que representaba un grave quebranto de la disciplina. Habiendo considerado que el cese en el destino era indispensable por necesidades del servicio..."; y en uno de sus fundamentos jurídicos, "que un de las primordiales necesidades del Servicio es el mantenimiento de la disciplina para lo cual el Mando tiene la facultad y la obligación de adoptar las medidas necesarias para ello y entre las cuales se consideró que en el presente caso se imponía el cese en el destino"; y 3º) el Consejo Supremo de Justicia Militar al conocer del recurso de queja interpuesto contra la Resolución recaída en el expediente judicial referido en el

primer apartado de este fundamento, anuló la indicada Resolución e impuso al recurrente un correctivo como autor de una falta leve de "inexactitud en el cumplimiento de sus obligaciones reglamentarias", argumentando, en uno de sus Considerandos, que "no puede en modo alguno reputarse el contenido del escrito (se refiere al repetido manifiesto)... como contrario o atentatorio a la disciplina; y así mismo... no puede considerarse como una infracción de lo dispuesto en el apartado a) número cuatro del artículo cuatrocientos treinta y siete del Código de Justicia Militar".

CONSIDERANDO: Que como resulta de los antecedentes que acaban de exponerse, en el supuesto que se enjuicia la Orden impugnada, dictada con base en el artículo 55 del Reglamento sobre provisión de vacantes, a cuyo tenor "...por necesidades del servicio el Ministro podrá disponer el cese en un destino de aquel que lo ocupa...", lo fué por entenderse que el escrito en cuestión representaba un grave quebrantamiento de la disciplina, cuyo mantenimiento se entendía es una de las primordiales necesidades del servicio, pero como igualmente resulta de los antecedentes referidos, el Consejo Supremo de Justicia Militar consideró posteriormente que el tantas veces aludido escrito no puede reputarse como contrario o atentatorio a la disciplina, por lo que resulta obligado concluir que en el caso que se resuelve no concurrían las necesidades del servicio que condicionan el uso por el Ministro de Defensa de la facultad recogida en el expresado artículo 55 del Reglamento sobre provisión de vacantes, conclusión la acabada de señalar que está en la línea argumental de las Sentencias de esta Sala de 14 de Julio de 1982, dictadas al conocer, por el cauce de la Ley 62/78, de pretensiones relacionadas con los hechos en este recurso enjuiciados, y en las cuales se expresó, al aludirse a la primera de las Resoluciones dictadas en el expediente judicial antes referido, que de aquella "mientras no sea revocada, se desprenden precisamente, la ilegitimidad de esos actos", y como ya se ha indicado, la aludida revocación se produjo con la Resolución dictada por el Consejo Supremo de Justicia Militar.

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto procede dictar un fallo estimatorio del recurso, sin que sea necesario entrar en el examen de las demás cuestiones planteadas en la demanda, y sin que se aprecie temeridad ni mala fe a los efectos de imposición de costas.

Apelada la Sentencia en interés de Ley por el Letrado del Estado ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo, este Alto Tribunal la declara gravemente errónea y dañosa para la Administración y, respetando la situación jurídica particular derivada del fallo que se recurre, fija como doctrina legal que: *La aplicación del último párrafo del Art. 55 del Reglamento de Provisión de Vacantes para determinado Personal militar y Asimilado aprobado por Orden Ministerial de 31 de Diciembre de 1976 no está vinculado a que los hechos que motivan las necesidades del servicio sean constitutivos de falta grave*".

Por su particular interés, transcribimos a continuación la Sentencia del

Tribunal Supremo: cuyo primer Antecedente de Hecho contiene la parte dispositiva de la Sentencia apelada que literalmente copiada es como sigue: "FALLAMOS: Que estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador en nombre y representación del "recurrente" contra Orden del Ministerio de Defensa de 7 de Diciembre de 1981, Orden que anulamos por no ser conforme a Derecho, y declaramos que al recurrente le corresponde ser reintegrado al destino que ocupaba al dictarse la referida orden, con las consecuencias legales inherentes a esta declaración, incluidas las de carácter económico referentes a haberes dejados de percibir, y no hacemos expresa imposición de costas".

Fundamentos de derecho

1) Interpuesto por el Letrado del Estado el presente recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley, regulado en el artículo 101 de la Ley Jurisdiccional, contra la sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 1985, que tiene el carácter de firme por tratarse de una materia de personal no susceptible de apelación, la resolución del mismo ha de adaptarse plenamente a la dictada el 9 de julio de 1987 en el recurso de la misma naturaleza nº 299/86, por ser idénticas las circunstancias de hecho y de derecho concurrentes en ambos.

2) Siguiendo, pues, el texto de aquella sentencia, se hace preciso determinar si concurren los presupuestos de haber sido presentado el recurso dentro del plazo de tres meses y de ser gravemente dañosa y errónea la resolución dictada, el primero de los cuales, negado por el apelado, queda acreditado por haberse dictado providencia el 3 de octubre de 1985 declarando la firmeza de la sentencia, siendo presentado el escrito interponiendo el recurso el 23 de diciembre de 1985, y por ello dentro de plazo, y las dos restantes porque la lesión debe consistir en la previsible repetición de cuestiones basadas en aquella aplicación errónea y el error en la infracción de la legislación aplicable o de la doctrina del Tribunal Supremo (sentencia de 5 de noviembre de 1984 y las que en ella se citan) circunstancias que ocurren en el caso de autos, según se irá razonando.

3) La cuestión debatida ante la Sala de la Audiencia Nacional era la conformidad o no a derecho de la Orden del Ministro de Defensa de 7 de diciembre de 1981, que acordó el cese en el destino que ocupaba y el pase a la situación de disponible forzoso del "interesado" en aplicación del artículo 55 del Reglamento de Provisión de Vacantes Militares de 31 de diciembre de 1976, al tener conocimiento de la destacada intervención que dicho oficial había tenido en la redacción y difusión de un escrito dirigido a la opinión pública el 6 de diciembre de 1981 que representaba un grave quebranto de la disciplina, estimando que el cese en el destino era indispensable por necesidades del servicio, no solo por su actuación

personal en la firma de dicho escrito, sino también por su intervención en la difusión del mismo entre otros Oficiales y Suboficiales, algunos de los cuales le estaban directamente subordinados, según se razonaba al resolver el recurso de reposición e interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, como quiera que casi simultáneamente que la Orden de cese en el destino que aquí se enjuicia y por el mismo motivo de la publicación del referido escrito denominado "manifiesto de los cien" se había seguido expediente judicial, que terminó imponiendo una sanción al mentado oficial como autor de una falta grave de disciplina, sanción anulada por el Consejo Supremo de Justicia Militar por estimar que el escrito no era contrario o atentatorio a la disciplina, calificando los hechos como falta leve por inexactitud en el cumplimiento de sus obligaciones reglamentarias, la Sala de la Audiencia Nacional revocó la Orden del Ministro de Defensa de 7 de diciembre de 1981 por estimar que, como dicha Orden lo fué por entender que el escrito en cuestión representaba un grave quebrantamiento de la disciplina cuyo mantenimiento se entendía como una de las primordiales necesidades del servicio, al estimar posteriormente el Consejo Supremo de Justicia Militar que el tantas veces aludido escrito no podía reputarse contrario a la disciplina, resultada obligado concluir que no concurrían las necesidades del servicio que condicionaban el uso por el Ministro de Defensa de la facultad recogida en el expresado artículo 55 sobre provisión de vacantes.

4) El Letrado del Estado alega como motivos de su impugnación en interés de la Ley que el hecho de que la conducta de los expedientados no fuera constitutiva de falta grave, si no de falta leve, no altera la esencia de los hechos, que afectaban directamente al buen funcionamiento de las Fuerzas Armadas, no tanto por el escrito en sí —único aspecto contemplado por el Consejo Supremo de Justicia Militar— como por sus consecuencias entre sus compañeros y subordinados, porque cuando se habla de quebranto grave de la disciplina no se está aludiendo solamente a la calificación de la conducta como falta grave o leve, ya que junto o al margen de tal calificación subsiste el hecho de que la disciplina ha sufrido una fuerte perturbación que justifica la existencia de necesidades del servicio y que junto a la producción y difusión del escrito existen unas consecuencias más difusas —provocación de inquietud, difusión solapada de determinadas opciones políticas, inducción a la deslealtad, etc.— que también era obligado atajar en orden a la eficacia de las Fuerzas Armadas; que la sentencia adolece de graves defectos interpretativos que justifican el recurso extraordinario interpuesto, porque confunde el concepto "necesidades del servicio" con aspectos disciplinarios limitados; que el hecho de que el Consejo Supremo de Justicia Militar estimase que los firmantes del manifiesto no eran autores de falta grave en nada afecta a la necesidad de su cese en el destino, pues es el mando el que de la apreciación de las circunstancias concurrentes, —entre las que por supuesto cuentan también las disciplinarias, pero no solo las estrictamente

disciplinarias— puede estimar la existencia de “necesidad” para tomar una decisión como la que autoriza el artículo 55, mientras que la Sala parece ignorar que en el concepto “necesidades del servicio” caben infinidad de supuestos que no tienen relación alguna con las infracciones de la disciplina y que van desde los puramente técnicos hasta vagarosos motivos éticos que en un momento dado pudieran obligar a un cambio forzoso de destino y de ahí que el principio general que consagra el artículo 1º del Reglamento de Provisión de vacantes es el de su libre provisión por el Ministro, y que la propia Sala en sentencias anteriores ha mantenido una tesis contraria a la actual y por último que la sentencia que se examina puede resultar gravemente dañosa en el futuro si el uso del artículo 55 citado se pretende se aplique únicamente en los supuestos en que se hayan apreciado faltas graves.

5) Entrando a resolver sobre la cuestión debatida es preciso recordar la doctrina jurisprudencial que establece que la vinculación de los hechos declarados probados en vía jurisdiccional penal sólo opera respecto al órgano administrativo disciplinario cuanto éste funda exclusivamente la sanción en ser punible penalmente el hecho imputado o cuando aquella declare que el funcionario no tuvo intervención o no existieron los hechos imputados; mas cuando la sentencia penal es absoluta por falta de pruebas o los actos que se atribuyen al funcionario afectan también a la relación de servicio tales pronunciamientos jurisdiccionales no vinculan a la Administración, y si esto ocurre entre el procedimiento penal y el gubernativo disciplinario, con mayor razón ha de ser aplicable a los supuestos en que un mismo hecho dé lugar a actuaciones diferentes por su naturaleza y finalidad, como ocurre en el caso que aquí se contempla en que junto al expediente judicial instruido para depurar las responsabilidades penales o disciplinarias en que hubiera podido incurrir determinados miembros de las Fuerzas Armadas, el acto impugnado no tenía un contenido sancionador sino de disposición sobre destino que dadas las circunstancias sobrevenidas entendía la autoridad competente afectaba a las necesidades del servicio.

6) En la presente litis, ni siquiera es preciso acudir a dicha doctrina porque el Consejo Supremo de Justicia Militar vinculado por el principio de tipicidad que exige tanto el derecho penal como el disciplinario, aunque estimó que los hechos no constituían falta grave contra la disciplina, afirmaba en el tercero de los Considerandos que “la publicación del escrito supone una omisión en el procedimiento que en todo caso debe seguir el conducto regular, sin que pueda adoptar la forma de reclamación o petición colectiva, expresamente prohibida en el artículo 203 de las Reales Ordenanzas, sin embargo esta omisión no puede encuadrarse dentro del ámbito de falta grave toda vez que tal conducta no se encuentra tipificada entre las faltas graves”... lo que por sí solo pone de manifiesto el error en que incurrió la Sala de la Audiencia al atender únicamente a la declaración de la inexistencia de falta grave de disciplina desde la óptica exclusiva del derecho sancionador

sin tener en cuenta que en dicha resolución se reconoce que con dicho escrito se habían vulnerado la obligación de hacerlo a través de sus superiores y la prohibición de emitirlo en forma colectiva, con lo cual habían faltado a “la observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o instituto” que es el concepto de la palabra disciplina en su tercera acepción y referido fundamentalmente a la milicia según el Diccionario de la Real Academia Española, olvidando que no puede atenderse a la calificación de los hechos sino a estos y en la resolución que resolvía el recurso de reposición interpuesto contra la Orden de cese se concretaban los hechos, admitidos o al menos no negados por el recurrente de haber tenido destacada intervención en la redacción y difusión del mismo entre otros Oficiales y Suboficiales, algunos de los cuales le estaban directamente subordinados.

7) Entre las medidas que tienden a facilitar y garantizar “el cumplimiento eficaz de la misión que el artículo 8.1 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas estructuradas en una imprescindible organización profundamente jerarquizada del Ejército en que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar aquellos fines” –sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1985– está comprendida la facultad que los artículos 1 y 55 párrafo 1º de la Orden de 31 de diciembre de 1976 atribuyen al Ministro de Defensa de cubrir libremente las vacantes que se produzcan de acuerdo con las necesidades del servicio, lo mismo que el último párrafo del citado artículo 55 le autoriza a disponer el cese en su destino de aquel que lo ocupa o la no adjudicación del que pueda corresponderle con carácter voluntario o forzoso por necesidades del servicio, expresión esta última –necesidades del servicio–, que constituye un concepto jurídico indeterminado en cuya concreción la Administración actúa con un margen de apreciación que no le dispensa de aportar al expediente el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma así como su congruencia con los motivos y fines que la justifican –sentencia de 22 de junio de 1982– reglas que aplicadas al caso que aquí se examina llevan a la conclusión que los hechos que motivaron el cese que implicaban elusión de la cadena de mando y petición colectiva, constituían una falta de disciplina contra el buen funcionamiento del Ejército, cuya comisión originó la existencia de la necesidad del servicio que habilita para que entren en juego las facultades concedidas a la Autoridad designada para ordenar el cese en el destino.

8) Por lo expuesto procede estimar el recurso sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas.

FALLAMOS: Estimamos el recurso extraordinario de apelación interpuesto por el Letrado del Estado contra la sentencia de la Sección quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 24 de mayo de 1985 por ser gravemente errónea y dañosa para la Administración y respetando la situación jurídica particular derivada del fallo que se

recurre, fijamos como doctrina legal que la aplicación del último párrafo del artículo 55 del Reglamento de Provisión de Vacantes para determinado Personal Militar y Asimilado aprobado por Orden Ministerial de 31 de diciembre de 1976 no está vinculado a que los hechos que motivan las necesidades del servicio sean constitutivos de falta grave. Sin expresa declaración sobre costas.

Así por esta nuestra sentencia firme, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Ventura.-Jose Maria Sanchez Andrade.-Diego Rosas.-Pedro Antonio Mateos.-Enrique Cancer.-Ramon Trillo.-Angel Falcon.-Rubricados.

X. REGIMEN DISCIPLINARIO MILITAR

Recogemos aquí algunas sentencias que, de modo ya prácticamente generalizado, mantienen que la jurisdicción revisora de las sanciones disciplinarias militares ha de ser precisamente la Jurisdicción Militar.

A partir de la importante sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de Mayo de 1982, esta cuestión ha ido clarificándose a medida que han estado apareciendo también las nuevas leyes orgánicas reformadoras de la jurisdicción castrense. Este proceso no ha carecido de dificultades y vacilaciones sobre todo por parte de algunas Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales como la de Valencia que, en su conocida sentencia nº 109 de 18 de Febrero de 1983, admitió la competencia de ese Orden Jurisdiccional en materia de derecho disciplinario militar ofreciendo como único fundamento el Art. 24-1 de la Constitución según el cual todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Sin embargo, en la sentencia de 15 de Octubre de 1985 la propia Sala corrige expresamente su anterior criterio y reconoce que *el control jurisdiccional de estos actos exigidos por el Art. 106.1 de la Constitución puede mantenerse de acuerdo con el art. 117.5 de la misma dentro de la Jurisdicción Militar y queda excluido de la Jurisdicción contencioso-administrativa*. Como quiera que esta sentencia fue recurrida en apelación ante la Sala 5ª del Tribunal Supremo por la parte actora, nos ha parecido interesante transcribir también en esta Sección sus Antecedentes de Hecho pues recogen los razonamientos de la sentencia apelada que el Tribunal Supremo viene a confirmar plenamente dejando claro, además que la competencia de la jurisdicción militar, con exclusión de la contencioso-administrativa, para conocer de una sanción disciplinaria impuesta a un miembro de las Fuerzas Armadas, en el ámbito castrense, aparece corroborada por la LO 12/1985 de 27 de Noviembre. (Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas) y por la LO 4/1987 de 15 de Julio. (Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar), al regularse en aquélla los recursos que pueden

interponer los miembros de las Fuerzas Armadas cuando sean objeto de sanción disciplinaria por sus superiores, y crearse por la última los órganos, incardinados dentro de la jurisdicción militar, legalmente competentes para el conocimiento de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria que procedan, por estimarse que el ámbito estrictamente castrense, constitucionalmente erigido en fundamento de la jurisdicción militar pero normativamente indeterminado, comprende también la potestad disciplinaria, ejercida en los distintos escalones de la organización, esencialmente jerárquicos, de la Fuerzas Armadas.

Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 23 Septiembre de 1987

Ponente: Sr. Rodríguez García.

En el recurso contencioso-administrativo que, en grado de apelación, pende de resolución ante esta Sala, promovido por D. Carlos, contra S 15 Oct. 1985 dictada por la Sala 1ª de lo Contencioso-Administrativo de la AT Valencia, en pleito relativo a sanción de 14 días de arresto; habiendo comparecido en concepto de apelado la Administración.

Antecedentes de hecho

Primero: Referida sentencia contiene la parte dispositiva que literalmente copiada es como sigue: "*Fallamos:* Que debemos declarar y declaramos la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo formulado por D. Carlos, contra la sanción de 14 días de arresto impuesta por el Coronel Jefe de la Zona de Reclutamiento y Movilización núm. 31 de Valencia al 10 Feb. 1982, confirmada por el General Gobernador Militar en 3 May. 1982, por el Capitán General de la III Región Militar en 19 Jul. 1982 y por el Teniente General Jefe del Estado Mayor del Ejército de 17 Nov. 1983, sin expresa declaración sobre costas».

Segundo: Sirvieron de fundamento a dicha resolución los siguientes: «*Considerando:* Que si bien es cierto que esta Sala, en su S 18 Feb, admitió la competencia de esta jurisdicción contencioso-administrativa en materia de derecho disciplinario militar, su fundamento era único y exclusivamente el art. 24.1 CE, de que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión; sin embargo, el TC, al interpretar el citado precepto constitucional, en su S 12 May. 1982, declara que «como quiera que los hechos que han dado origen a este asunto pertenecen a un ámbito estrictamente castrense, el control jurisdiccional de estos actos, exigido por el art. 106.1 CE, puede mantenerse de acuerdo con el art. 117.5 CE, dentro de la jurisdicción militar y queda excluido de la jurisdicción contencioso-administrativa», y como el art. 5.1 LOPJ 1 Jul. 1985, dispone que «La CE es la norma suprema del ordena-

miento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulta de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos», resulta evidente que la citada interpretación constitucional vincula a esta Sala, por lo que ha de declararse que el conocimiento del asunto planteado corresponde a la jurisdicción militar, aceptándose la causa de inadmisibilidad invocada por el Abogado del Estado en base al art. 82 a) LJCA; y todo ello sin perjuicio de las vías de amparo que ante el TC pueda ejercitar el recurrente, si estima que no se han observado las garantías procesales que exige el citado art. 24 CE. *Considerando:* Que no es de apreciar méritos especiales para una expresa imposición de costas».

Tercero: Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación D. Carlos, el cual fue admitido en ambos efectos, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal, ante el que compareció el apelante y el Letrado del Estado, en concepto de apelado, acordándose desarrollar la apelación por el trámite de alegaciones escritas, a cuyo fin se confirió traslado sucesivo a las partes por término de 20 días, evacuándolo con sus respectivos escritos, en los que, tras alegar lo que estimaron conducente a su derecho, terminaron suplicando, el apelante que se dictase sentencia revocando la apelada, anulando el acto recurrido, dejándolo nulo y sin efectos al haber incurrido en desviación de poder, y el Letrado del Estado que se dictase sentencia por la que se confirme la apelada.

Cuarto: Para votación y fallo se señaló el día 22 del corriente mes.

Visto, siendo Ponente el Magistrado Sr. Rodríguez García.

Fundamentos de Derecho

Primero: El recurrente –Capitán de Ingenieros de la Escala Auxiliar– fue corregido con 14 días de arresto por el Coronel Jefe de la Zona de Reclutamiento y Movilización núm. 31 en que se encontraba destinado como consecuencia de una falta leve del art. 443 CJM, a la sazón vigente. Tal corrección fue confirmada por el Gobernador Militar de Valencia, por el Capitán General de la III Región Militar y por el Teniente General Jefe de Estado Mayor del Ejército, a cuyas Autoridades recurrió sucesivamente en queja con invocación del art. 1007 CJM. Se trata, por tanto, de una sanción disciplinaria impuesta a un miembro de las Fuerzas Armadas por su Jefe respectivo dentro del ámbito estrictamente castrense, que la CE (art. 117.5) reserva a la jurisdicción militar y cuya revisión, por tanto, esta sustraída al conocimiento de la jurisdicción administrativa. Así lo ha entendido el TC SS 18 Jun. 1981 y 12 May. 1982 y en A 25 Ene. 1984. No empeco a ello el alegato de que el acto recurrido se incardina en una actuación que el recurrente califica de meramente administrativa y como tal ajena a la potestad disciplinaria, como es –a su juicio– la firma de la Hoja de Servicios

anual, ya que tal argumento no es un *prius* respecto al presupuesto procesal de la jurisdicción, por cuanto sólo puede ser valorado, al igual que el resto de las alegaciones formuladas, desde la perspectiva de legalidad de la corrección impuesta que, repetimos, está sustraída constitucionalmente al conocimiento de esta jurisdicción. Que ello es así aparece corroborado por la posterior promulgación de las LL.OO. 27 Nov. 1985, sobre Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y 15 Jul. 1987, sobre competencia y organización de la jurisdicción militar, al regularse en aquélla los recursos que pueden interponer los miembros de las Fuerzas Armadas cuando sean objeto de sanción disciplinaria por sus superiores y crearse por la última los órganos, incardinados dentro de la jurisdicción militar, legalmente competentes para el conocimiento de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria que procedan, por estimar —como se dice en su Preámbulo— que el ámbito estrictamente castrense, constitucionalmente erigido en fundamento de la jurisdicción militar pero normativamente indeterminado, comprende también la potestad disciplinaria, ejercida en los distintos escalones de la organización esencialmente jerárquica de las Fuerzas Armadas, como tiene reconocido el TC».

Segundo: Al haberlo entendido así la sentencia apelada, acogiendo la causa de inadmisibilidad, por falta de jurisdicción, invocada por el Abogado del Estado en base al art. 82 a) LJCA, procede desestimar la presente apelación, sin que a efectos de costas deba hacerse pronunciamiento condenatorio alguno.

Fallamos: Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos contra la S 15 Oct. 1985 pronunciada por la Sala 1ª de lo Contencioso-Administrativo de la AT Valencia en el rec. núm. 878/1985; sin costas.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Señor Carretero Pérez.—Sr. Rodríguez García.—Sr. Hernando Santiago.