

## **CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA 2012**

Dra. Eva María Bru Peral  
*Magistrado. Comandante auditor*

### **DOMINIO PÚBLICO Y DERECHO PATRIMONIAL**

#### **Reversión expropiatoria**

STS, sección 6.<sup>a</sup>, de 15 de noviembre de 2012, Recurso 6619/2009.  
Ponente: D. Carlos Lesmes Serrano.

Se analiza en esta sentencia la desafectación de los bienes objeto de expropiación que puede dar lugar a la reversión expropiatoria, cuando la finca expropiada no ha servido nunca para el fin objeto de la expropiación. El acto administrativo que da lugar al recurso judicial fue la resolución del director general de Infraestructuras de dicho ministerio, de fecha 23 de febrero de 2006, denegatoria de la solicitud de reversión de la finca denominada «Acampo de García», afectada de expropiación por el expediente denominado «Primera Zona de Embalse de Aeropuerto de Valenzuela», confirmada en alzada por la Resolución del Ministerio de Defensa de 31 de julio de 2006.

En este recurso (ROJ: STS 7984/2012) el Tribunal Supremo recuerda que

... el art. 54 LEF establece unos plazos taxativos para solicitar la reversión cuando la afectación al fin público no se hubiera producido o hubiere cesado la afectación, plazos ampliamente superados en nuestro caso si tenemos en cuenta la fecha de la expropiación y la de la solicitud de reversión, cir-

cunstancia a la que se une que ya en el año 1983 fue denegada otra solicitud de reversión, todo lo cual resulta difícilmente compatible con su afirmación de que nunca ha cumplido el fin para el que fue expropiada la finca.

Además, cuando se afirma la desafectación tácita o incluso la no afectación originaria de los bienes expropiados al fin público que justificó la expropiación, corresponde a la parte acreditar por actos concluyentes que de modo claro y rotundo tales circunstancias se han producido, sin que se deduzca del expediente ni de lo actuado en el proceso estos hechos, hechos que, por otra parte, entrarían en contradicción con la posición mantenida por la Sala de instancia al abordar la cuestión litigiosa, pues en ningún momento tiene por probado que los terrenos pertenecientes a la finca «Acampo de García» no hayan cumplido el fin de utilidad pública para el que fueron expropiados (FJ 2.º).

También sobre la «invalidez sobrevenida de la causa *expropiandi*» o la desafectación tácita», el Alto Tribunal llega a la conclusión de que:

*las condiciones que la rigen no son determinantes de perjuicio alguno a la causa que justificó en su día la expropiación, pues como deduce la Sala de la pericial practicada el terreno expropiado, a pesar de las obras hechas en él para colocación de los nuevos depósitos, sigue manteniendo la función inicial de «Zona de Embalse de Valenzuela» de la base aérea, pues la extensión ocupada por los depósitos no es tan elevada como para perjudicar la posible escorrentía de las aguas procedentes de las instalaciones del aeropuerto, afirmaciones que al no ser desvirtuadas en este recurso impiden la apreciación del motivo (FJ 2.º).*

### **Deslinde de vía pecuaria sobre terrenos de dominio público afectos a la defensa nacional**

STS, sección 5.ª, de 8 de noviembre de 2012, Recurso: 702/2010.  
Ponente: D.ª María del Pilar Teso Gamella.

En esta Sentencia el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado contra la Resolución de 29 de septiembre de 2008 de la directora general de Sostenibilidad en la Red de Espacios Naturales de la Consejería de Medio Ambiente, por la que se aprueba el deslinde de la vía pecuaria denominada «Colada del Bujeo al Cascajal y la Costa», declarando su nulidad, exclusivamente en cuanto dicho deslinde afecte a los terrenos de dominio público afectos a la defensa

nacional adscritos al Ministerio de Defensa del «Asentamiento del Bujeo 3.<sup>a</sup> Batería Grupo Hawk». Así mismo, se realiza una distinción entre las competencias de la Administración autonómica y estatal.

Tal como se expone en esta Sentencia (ROJ: STS 7287/2012):

*SEXTO.—La resolución del recurso hace necesario partir de una reflexión sobre la naturaleza jurídica de la institución del demanio y de los bienes que lo integran. La propia expresión «bienes de dominio público» no hace referencia a una realidad unitaria, sino que engloba grupos de bienes muy heterogéneos que, justamente por eso, difícilmente pueden conducirse a un tratamiento jurídico uniforme. Y eso tiene consecuencias sobre su caracterización jurídica, como se demuestra por el hecho de que cada categoría de bienes demaniales se ha venido rigiendo antes y ahora por una normativa propia y específica, y ha sido solo en fechas recientes cuando se ha intentado construir una «parte general» del Derecho de los bienes demaniales a través de la ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Esta Ley, sin embargo, consciente de las dificultades que implica dar un tratamiento jurídico común a realidades tan diversas, se configura como una norma de carácter supletorio respecto de las normas especiales que disciplinan cada una de esas categorías de bienes (artículo 5.4).*

*La Ley citada 33/2003 (artículo 5.1), recoge, siguiendo la tradicional división, entre bienes afectados al uso general o al servicio público, y en general, aquellos bienes que se estima preciso proteger y preservar de eventuales intromisiones y apropiaciones por parte de otros sujetos. Todo ello en relación con los principios históricamente asentados y constitucionalmente recogidos ahora ex artículo 132.2 de la CE, de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de estos bienes.*

*Desde el punto de vista del Derecho positivo, la Ley 33/2003 ha recogido esta caracterización del dominio público como una modalidad del derecho de propiedad desde el momento que regula expresamente el régimen registral de los bienes demaniales y ordena a las administraciones públicas que procedan a la inscripción en los correspondientes registros de «los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción» (artículo 36). De todos modos, esta naturaleza y otras posibles, como constituir un título jurídico público de intervención, no son mutuamente excluyentes, sino que se complementan a la hora de determinar la significación y régimen jurídico de los bienes demaniales, pues la afirmación de que la Administración Pública es titular de dichos bienes no impide la concurrencia sobre ese mismo espacio*

de competencias por parte de otras administraciones. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional, Sentencia 247/2007 de 12 de diciembre, que siguiendo una doctrina constitucional consolidada, recuerda que «la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial y que, en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno ni la sustrae de las competencias que sobre ese espacio corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titularidad» (FJ 21).

*SÉPTIMO.*—La impugnación del abogado del Estado ante la Sala de instancia, que el Tribunal acogió, se situó precisamente en esta perspectiva dogmática. Tras enfatizar que una porción de la vía deslindada discurría sobre terrenos de propiedad estatal destinados a la defensa nacional sobre los que se había erigido una base militar, el abogado del Estado reconoció expresamente en su demanda que «sobre un bien de dominio público estatal pueden ejercitar competencias el propio Estado, así como las restantes administraciones», del mismo modo que «en terrenos de dominio público de la Comunidad Autónoma podrá el Estado o las administraciones locales ejercer sus competencias, sin necesidad por ello de ser propietarios». Lo que negó el abogado del Estado, y la Sala de instancia acogió, es que la Comunidad Autónoma pudiera realizar sobre tales terrenos demaniales una operación, como la aquí contemplada, de deslinde de vías pecuarias, que como tal no se limita a fijar los límites de la vía, sino que lleva aneja la adquisición de la propiedad por la Comunidad Autónoma de los bienes deslindados, tal y como establece la Ley estatal 3/1995, de Vías Pecuarias en su artículo 8.3, a cuyo tenor «el deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad demanial a favor de la Comunidad Autónoma».

Ciertamente, en este punto hemos de dar la razón a la Sala de instancia, en cuanto asumió el planteamiento sostenido por el abogado del Estado, pues no es jurídicamente aceptable que la Comunidad Autónoma lleve a cabo una operación como la aquí concernida, de deslinde de una vía pecuaria, que produce por sí misma un efecto traslativo de la propiedad, con la consecuencia de despojar al Estado de bienes demaniales (en cuanto afectos a la defensa nacional) de los que es titular mediante un acto unilateral de la Comunidad Autónoma, y ello al margen de cualquier concertación con el Estado. Tal forma de actuar se revela frontalmente incompatible con la regla antes citada de inalienabilidad de los bienes demaniales que consagra el artículo 132 de la Constitución y recoge el artículo 6 de la tan citada Ley 33/2003 y asimismo resulta contraria a los principios de cooperación y colaboración entre las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias sobre el dominio público que este mismo artículo 6 recoge.

*OCTAVO.—La Administración recurrente en casación insiste en que ostenta la competencia para deslindar vías pecuarias, pero eso realmente nadie lo discute, no, desde, luego la Administración demandante y ahora recurrida ni la Sala de instancia. Lo que se discute es si esa competencia puede ser ejercitada sobre terrenos ya demaniales del Estado, y la respuesta ha de ser negativa. Si la operación de deslinde de la vía pecuaria se encuentra en su desarrollo con terrenos integrantes del demanio, habrá de reconsiderarse su trazado, pero nunca persistir en un deslinde que invada el demanio del Estado y conlleve nada menos que la pérdida de su titularidad sobre dicho bien.*

*Por eso, no es argumento suficiente el carácter debido del deslinde tras el acto de clasificación de la vía pecuaria, a que asimismo se refiere la Comunidad Autónoma. Es verdad que una vez realizada la clasificación de la vía, la Administración competente, que es en el sistema actual de competencias la Comunidad Autónoma, ha de llevar a cabo el deslinde (artículo 8 de la Ley 3/1995), pero esta última operación deviene jurídicamente inviable, so pena de incurrir en un vicio de invalidez, en la medida que a través de ella se pueda alterar el dominio público estatal, pues la Comunidad Autónoma no puede invocar el título competencial relativo a las vías pecuarias para consumar una actuación que, de acuerdo con su regulación normativa, determinaría una consecuencia inasumible como es la alteración del dominio público del Estado.*

*Realmente, este problema no existía al tiempo de la realización de la clasificación de la vía pecuaria aquí concernida (año 1965, folios 49 y 50 del expediente administrativo), pues en el sistema preconstitucional no podía haber discordancia entre la titularidad del bien demanial afecto a la defensa nacional y la competencia para la clasificación y deslinde de la vía pecuaria, al corresponder ambas al Estado. Desde el momento que esa competencia en materia de deslinde de vías pecuarias se transfiere a las comunidades autónomas surge la posibilidad de tal discordancia, que no puede solucionarse del modo que ha pretendido la Comunidad Autónoma, por las razones que hemos explicado, y que ha de solucionarse, insistimos, mediante cauces cooperativos y/o mediante un nuevo trazado de la vía que no interfiera en el dominio público estatal.*

*NOVENO.—A la misma conclusión llegaríamos prescindiendo de este dato de la inalienabilidad del demanio y contemplando la cuestión desde el punto de vista de la concurrencia sobre el mismo espacio físico de las respectivas competencias del Estado y la Comunidad Autónoma.*

*En la reciente Sentencia de 23 de marzo de 2012 (recurso de casación n.º 6099/2008) hemos recordado, siguiendo precedentes de esta misma Sala*

*y Sección, que las competencias autonómicas y locales en materia de ordenación del territorio y medio ambiente no pueden terminar desvirtuando las competencias que la propia Constitución reserva con carácter exclusivo a la Administración General del Estado, aunque el uso que este haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio, ya que el Estado no puede verse privado del ejercicio de esa competencia exclusiva por la existencia de las otras competencias, aunque sean también exclusivas, de las comunidades autónomas y los entes locales, pues ello equivaldría a la negación de la misma competencia que le atribuye la Constitución.*

*Concretamente, la defensa nacional constituye un ámbito de competencia estatal (art 149.1.4 CE) que bien puede calificarse de rigurosamente exclusiva, en el sentido de que las comunidades autónomas no ostentan competencias de ninguna clase sobre él. Por lo demás, se trata de un sector de la actividad estatal cuya relevancia ha sido resaltada por el Tribunal Constitucional, que se ha referido en numerosas resoluciones a «los altos fines que el art. 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional» (STC 179/2004 de 21 de octubre, entre otras).*

*Obviamente, en la medida que las actividades ligadas a la defensa tienen una indudable proyección o repercusión territorial, ni que decir tiene que en su regulación y desenvolvimiento son esenciales las técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas a que antes nos hemos referido.*

*En este caso, con toda evidencia, se advierte que la funcionalidad de esta unidad militar se revela incompatible con las finalidades propias de una vía pecuaria, como el servicio a la cabaña ganadera, o, más recientemente, el favorecimiento del contacto del hombre con la naturaleza y el entorno medioambiental a que está llamado el corredor ecológico en que se ha transformado la red de vías pecuarias, que es lo que se persigue con el acto administrativo del deslinde impugnado en la instancia.*

### **Declaración de parque natural por comunidad autónoma en contradicción con zona previamente declarada de interés para la defensa nacional.**

STS, sección 5.<sup>a</sup>, de 29 de junio de 2012, Recurso 1819/2009.

Ponente: D. Mariano de Oro-Pulido López.

El Tribunal Supremo considera, pese a que el marco competencial diseñado por la Constitución determina la coexistencia de títulos compe-

tenciales con incidencia sobre un mismo espacio físico –se hace imprescindible desarrollar técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas–, que no es posible desvirtuar las competencias que la propia Constitución reserva con carácter exclusivo al Estado, aunque el uso que este haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio. Además, recuerda que al aprobarse la normativa de protección autonómica del Parque Natural del Estrecho, ya existían sobre el espacio físico diferentes unidades y establecimientos militares.

Tal como se contiene en esta Sentencia (ROJ: STS 4756/2012):

*CUARTO.–En reciente sentencia de esta Sala y Sección de 23 de marzo de 2012 (recurso de casación n.º 6099/2008) hemos examinado un asunto que guarda numerosas similitudes con este que ahora nos ocupa, al ser las mismas las partes litigantes y versar el litigio sobre los mismos títulos competenciales en relación con la declaración de un espacio natural protegido. Decíamos entonces, y hemos de repetir ahora, que versando la cuestión debatida sobre la concurrencia de títulos competenciales, autonómico y estatal, sobre el territorio, hemos de comenzar nuestra respuesta recordando que, como hemos señalado en sentencia de esta Sala y Sección de 22 de marzo de 2011 (recurso de casación n.º 1845/2006), las competencias autonómicas y locales en materia de ordenación del territorio y medio ambiente no pueden terminar desvirtuando las competencias que la propia Constitución reserva con carácter exclusivo al Estado, aunque el uso que este haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio, ya que el Estado no puede verse privado del ejercicio de esa competencia exclusiva por la existencia de las otras competencias, aunque sean también exclusivas, de las comunidades autónomas y los entes locales, pues ello equivaldría a la negación de la misma competencia que le atribuye la Constitución. No se puede olvidar que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva (como la aquí concernida), lo hace bajo la consideración de que la atribución competencial a favor del Estado presupone la concurrencia de un interés general superior al de las competencias autonómicas, aunque, para que el condicionamiento legítimo de las competencias autonómicas no se transforme en usurpación ilegítima, resulta indispensable que el ejercicio de esas competencias estatales se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarla para proceder, bajo su cobertura, a una regulación general del entero régimen jurídico de la ordenación del territorio.*

*Ciertamente, en estos casos en que el marco competencial diseñado por la Constitución determina la coexistencia de títulos competenciales*

*con incidencia sobre un mismo espacio físico, se hace imprescindible desarrollar técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas, ahora bien, cuando los cauces de composición voluntaria se revelan insuficientes, la resolución del conflicto solo podrá alcanzarse a costa de dar preferencia al titular de la competencia prevalente, que desplazará a los demás títulos competenciales en concurrencia.*

*Concretamente, la defensa nacional constituye un ámbito de competencia estatal (art. 149.1.4 CE) que bien puede calificarse de rigurosamente exclusivo, en el sentido de que las comunidades autónomas no ostentan competencias de ninguna clase sobre él. Por lo demás, se trata de un sector de la actividad estatal cuya relevancia ha sido resaltada por el Tribunal Constitucional, que se ha referido en numerosas resoluciones a «los altos fines que el art. 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional» (STC 179/2004 de 21 de octubre, entre otras).*

*Obviamente, en la medida que las actividades ligadas a la defensa tienen una indudable proyección o repercusión territorial, resulta obligado articular en su regulación y desenvolvimiento las técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas a que acabamos de referirnos, pero siempre partiendo de la base de que el Estado no puede verse privado del ejercicio de esas competencias exclusivas so pretexto de la competencia medioambiental de la Administración autonómica.*

*En este sentido no estará de más recordar, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004, que la indudable peculiaridad de la función de defensa ha dado lugar a previsiones singulares en relación con el medio ambiente.*

*QUINTO.—Situados en esta perspectiva, y volviendo al examen del caso que ahora nos ocupa, coincidimos con la Sala de instancia en que los preceptos declarados nulos en su sentencia no superan el examen de legalidad, en la medida que a través del mismo la Junta de Andalucía impone unilateralmente al Estado unos deberes que van desde la necesidad de informe o autorización de la Administración autonómica con carácter previo a la realización de maniobras militares, hasta la simple y llana prohibición de realización de esa clase de ejercicios, pasando por la imposición de medidas correctoras que condicionan su desarrollo.*

*Así pues, estos preceptos trascienden ampliamente de la limitada y aparentemente neutra finalidad de articular un mecanismo cooperativo entre administraciones territoriales, para convertirse en un instrumento de intervención y limitación, encuadrable en la tradicionalmente deno-*

*minada actividad administrativa de policía, que se impone por la Comunidad Autónoma al Estado, y que llega al extremo de prohibir en ciertos supuestos el desenvolvimiento de la competencia estatal. A través de esta regulación, la Comunidad Autónoma no se limita a articular unos cauces cooperativos inofensivos para esa competencia exclusiva del Estado, sino que yendo mucho más lejos, pretende autoatribuirse una potestad de control sobre el desarrollo de la competencia estatal en materia de defensa nacional y Fuerzas Armadas, y lo hace además mediante unos sistemas y pautas de intervención que tratan de imponerse unilateralmente por la Comunidad Autónoma al Estado.*

*No nos hallamos, pues, ante meros instrumentos de articulación coordinada de distintos títulos competenciales, o ante una forma de materializar el deber de colaboración entre administraciones impuesto por la Constitución –art. 103– y la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas –art. 4–; antes al contrario, se trata de unos instrumentos de intervención y fiscalización impuestos por la Comunidad Autónoma, a través de los cuales esta pretende controlar el ejercicio por el Estado de una de sus competencias más típicamente exclusivas.*

*Sorprende, desde luego, la afirmación de la Administración recurrente en casación de que «en modo alguno se condiciona la práctica de maniobras militares y ejercicios de mando a la previa autorización de la Consejería de Medio Ambiente, por lo que –como no puede ser de otra forma– el ejercicio y el desenvolvimiento de la competencia: las prácticas militares dentro de los enclaves, se gestionan y ponen en práctica en la forma en que el Ministerio de Defensa y los mandos militares tienen por conveniente». Sorprende, decimos, esta afirmación, cuando los preceptos declarados nulos por la sentencia de instancia someten las maniobras militares, en algunos supuestos, a la autorización previa y fijación de condiciones por la autoridad autonómica, y en otros directamente las prohíben.*

*SEXTO.–Esta conclusión que hemos apuntado –la de que los preceptos controvertidos implican una intromisión en el ámbito de la competencia exclusiva estatal– no puede entenderse contrarrestada por el argumento, sostenido por la Junta de Andalucía, de que en determinados supuestos (que no se especifican ni razonan) la Administración estatal podrá denegar la cooperación solicitada y, en definitiva, pasar por alto de lo establecido en esos preceptos, ex art. 4 de la Ley 30/1992. Con tal razonamiento la propia Administración autonómica parece ser consciente del exceso que supone la regulación cuestionada, hasta el punto de asumir que la misma pueda no ser cumplida, pero lo cierto es que las limitaciones incorporadas a esos preceptos no establecen ninguna salvedad en tal sentido, al*

*contrario, se imponen al Estado de forma tajante y sin fisuras; a lo que hemos de añadir que en todo caso, de asumir el razonamiento de la Junta de Andalucía, se estaría dejando, al fin y a la postre, la aplicación práctica de la regulación reglamentaria en un nivel de inseguridad e incertidumbre incompatible con los principios de legalidad, certeza y seguridad jurídica, que se proyectan también, como no puede ser de otro modo, sobre las relaciones interadministrativas.*

*Menos consistente aún es el argumento también sostenido por la Administración recurrente en casación de que siempre cabrá el control jurisdiccional de las decisiones de la Administración autonómica que conllevan una limitación o prohibición para la realización de las maniobras y ejercicios militares. La legalidad de los reglamentos cuestionados se deriva de su propia regulación en sí misma considerada, con independencia y abstracción de las circunstancias casuísticas de su eventual aplicación práctica, por lo que no tiene sentido diferir el control de su legalidad al momento de la fiscalización de sus actos de aplicación, como si el único mecanismo de control de legalidad de las disposiciones reglamentarias fuera el de la llamada «impugnación indirecta».*

*SEPTIMO.—Por último, pero no menos importante, es necesario tener en cuenta que al tiempo de aprobarse la normativa de protección autonómica aquí concernida, ya existían sobre el espacio físico diferentes unidades y establecimientos militares (relacionados en el informe del Estado Mayor del Ejército, adjunto como documento n.º 3 al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo). Este dato de la preexistencia de esas dependencias militares no puede dejar de ser tomado en consideración, pues, siguiendo la doctrina expresada en el Auto del Tribunal Constitucional n.º 428/1989, de 21 de julio (referido a la pretensión de declarar un parque natural en una zona destinada a polígono de tiro), es cierto que las comunidades autónomas poseen la competencia de declarar espacios protegidos desde la perspectiva medioambiental, pero también lo es que la referida competencia no puede ejercerse de modo que quede menoscabada o invadida la competencia del Estado para declarar una zona como de interés para la defensa nacional, ya que el Estado no ha de verse privado del ejercicio de sus competencias por la existencia de una competencia autonómica; de manera que no resulta válido aprovechar o invocar la declaración de un territorio como parque natural por la Comunidad autónoma para inhabilitar la operatividad de una zona previamente declarada de interés para la defensa por el Gobierno de la Nación, pues en tales casos, apunta el Tribunal Constitucional, la acción estatal impide de raíz toda posibilidad de una acción autonómica de signo contrario.*

*No quiere decirse con ello que el Estado tenga libertad para desarrollar su competencia en materia de defensa y Fuerzas Armadas prescindiendo de toda consideración a las competencias autonómicas concurrentes sobre el territorio, simplemente se trata de que la Comunidad Autónoma no puede arrogarse competencia para imponer al Estado controles limitativos de su competencia exclusiva en esta materia.*

### **Plan Parcial Operación Campamento**

STS, sección 5.<sup>a</sup>, de 28 de septiembre de 2012, Recurso: 1009/2011.  
Ponente: D.<sup>a</sup> María del Pilar Teso Gamella.

Se estudia en el presente recurso si puede subsanarse una falta de justificación por el planificador general en el cambio de clasificación del suelo, concretamente al desclasificar suelo no urbanizable de especial protección, después de haberse declarado judicialmente la nulidad de parte del plan por dicha causa. Ello se hace al hilo de la impugnación de dos autos de la misma Sala de instancia (recurso de casación n.º 2092/2011) dictados en ejecución de la Sentencia de la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de febrero de 2003 (recurso contencioso-administrativo n.º 1328/97), sentencia que había estimado en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, y que luego, mediante STS de 3 de julio de 2007 (dictada en el recurso de casación n.º 3865/2003) se declaró haber lugar, en parte, al recurso interpuesto contra la sentencia anterior, pero manteniendo la nulidad de algunas de sus determinaciones. Por ello, los actos administrativos impugnados en la instancia tienen por finalidad cumplir la Sentencia de 27 de febrero de 2003.

Tal como se expone en la Sentencia del Tribunal Supremo (ROJ: STS 6385/2012):

*QUINTO.—Es imprescindible recordar, para la resolución de la cuestión que hemos enunciado en el fundamento anterior, que la sentencia en cuya ejecución se dictan los acuerdos impugnados es nuestra Sentencia de 3 de julio de 2007 (dictada en el recurso de casación n.º 3865/2003), que declaró haber lugar en parte al recurso interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de febrero de 2003 (recurso contencioso-administrativo n.º 1328/97) que, a su vez, había estimado en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid.*

*En concreto en el fallo de la citada sentencia dispusimos que «Sentencia que casamos, dejándola sin efecto, pero solo y exclusivamente en cuanto anula las determinaciones del acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de fecha 17 de abril de 1997, por el que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, referidas a las UZI 0/07 'Montecarmelo' (PAU II-2), UZI 0/08 'Las Tablas' (PAU II-3) y UZI 0/09 'Sanchinarro' (PAU II-4), al API 09/15 'Cerro de los Gamos' y al APR 09/02 'Camino de los Caleros', en cuyos ámbitos desestimamos el recurso contencioso-administrativo».*

*De manera que en el ámbito al que se refiere la sentencia recurrida, y esgrimía sus pretensiones la recurrente en la instancia y ahora en casación, son aquellos no afectados por nuestra Sentencia de 3 de julio de 2007. En concreto, los relativos a UZI 'Arroyo del Fresno' y APR 10.02 'Instalaciones Militares de Campamento'.*

*SEXTO.—Los motivos de casación han de ser estimados lo que dará lugar al recurso, pues la cuestión que dejamos enunciada en el fundamento cuarto tiene una respuesta negativa, a diferencia de lo que declara la sentencia que se impugna.*

*Ciertamente, cuando se declara judicialmente la nulidad de unas concretas determinaciones del plan general, de algunas de sus normas, la aprobación posterior, en ejecución de sentencia, de una justificación, que pretende paliar esa ausencia de explicación en el procedimiento de elaboración de la disposición general, no puede considerarse que cumple y ejecuta la sentencia que declara la nulidad de una parte del plan general. Así es, no se puede subsanar, enmendar, o convalidar el plan nulo. Tampoco pueden conservarse los acuerdos de aprobación definitiva y otros que se mantienen como si las determinaciones del plan no hubieran sido declaradas nulas de pleno derecho. Y, en fin, no podemos considerar que ese posterior complemento de la justificación para la reclasificación de los terrenos pueda tener un alcance retroactivo para intercalarse en el lugar, dentro del procedimiento administrativo, en el que debió haberse proporcionado.*

*Las razones que seguidamente exponemos avalan esta conclusión.*

*La sentencia que se trata de ejecutar mediante los acuerdos impugnados en la instancia declara la nulidad de «aquellas determinaciones que suponen la desclasificación de terrenos clasificados en el Plan General de 1985 como Suelo No Urbanizable de Especial Protección» en determinados ámbitos que relaciona y que fueron alterados en casación.*

*De modo que se ha declarado la nulidad de una disposición de carácter general, de una norma de rango reglamentario, pues tal es la naturaleza de los planes de urbanismo, según venimos declarando desde antiguo,*

*pues «el Plan, que tiene una clara naturaleza normativa –Sentencias de 7 de febrero de 1987, 17 de octubre de 1988, 9 de mayo de 1989, 6 de noviembre de 1990, 22 de mayo de 1991, etc.», por todas, STS de 9 de julio de 1991 (recurso de apelación n.º 478/1989).*

*Pues bien, nuestro ordenamiento jurídico reserva para las disposiciones generales que hayan vulnerado la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de superior rango la consecuencia más severa: la nulidad plena, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992. Y en el caso examinado basta la lectura de la Sentencia del Tribunal Superior y luego de este Tribunal Supremo para constatar que la nulidad se deriva de una flagrante infracción legal.*

*Este grado máximo de invalidez al que se somete a las disposiciones generales comporta que los efectos de la nulidad se producen ex tunc, desde el momento inicial, y, por ello, no pueden ser posteriormente enmendados. Tampoco advertimos razones para perfilar o ajustar tales efectos, pues la naturaleza del vicio de nulidad apreciado –la desclasificación de terrenos no urbanizables de especial protección que pasan a urbanizables sin justificación en la memoria–, el menoscabo para los derechos de los ciudadanos ante la imposibilidad de cuestionar ese contenido durante la sustanciación del procedimiento de elaboración de la norma, y fundamentalmente los siempre sensibles bienes ambientales concernidos en ese cambio de la clase de suelo, avalan la improcedencia de modular el evidente y contundente alcance de la nulidad plena.*

*Es cierto que la sentencia no declara la nulidad de todo el plan general, sino solo de algunas determinaciones urbanísticas, de algunas de sus normas, pero esta circunstancia, a que se refiere el auto recurrido, no altera ni priva del carácter de nulidad plena de aquellas que han resultado afectadas por dicho pronunciamiento judicial. La nulidad es de una parte del plan, pero esa parte es nula de pleno derecho, con los efectos propios de esta categoría de invalidez. De modo que no puede sostenerse con éxito que cuando se declara nula una parte de un texto normativo, y no en su integridad, se diluyan o mermen los efectos de esa nulidad plena.*

*Además se obvia someter a información pública, a pesar de lo indicado en el Auto de 10 de enero de 2012, el expediente según señala el Ayuntamiento de Madrid, en la página 23 de su escrito de oposición, por considerar que dicho trámite «solo es exigible cuando se introduzcan modificaciones sustanciales en la documentación del plan» y en este caso las modificaciones no lo eran, a juicio de la Administración. Quiere ello decir, en definitiva, que las determinaciones del Plan no han podido ser cuestionadas a la vista de la justificación contenida en la memoria.*

*SÉPTIMO.—La misma naturaleza normativa de las determinaciones del Plan, declaradas nulas, hace inviable la aplicación de los principios de conservación y de convalidación a que se refieren los actos administrativos impugnados en la instancia y la sentencia recurrida.*

*En efecto, la conservación prevista en el artículo 66 de la Ley 30/1992 se refiere a los «actos y trámites» y el presupuesto de hecho del que parte tal precepto es que se haya declarado la nulidad o se anulen «las actuaciones». Del mismo modo, la convalidación que se regula en el artículo 67 de la misma ley se refiere a los «actos anulables», permitiendo la subsanación, por su propia naturaleza, de los vicios de que adolezcan. Y las diferencias sustanciales entre el acto y la norma, su diferente régimen jurídico sobre la invalidez y el alcance de tales pronunciamientos, hace inviable la «aplicación analógica del artículo 66» de la Ley 30/1992 que se realiza en el auto recurrido (razonamiento tercero), que produciría no pocas distorsiones en el sistema.*

*Respecto de la convalidación de disposiciones generales hemos declarado, al aplicar el artículo 67 de la Ley 30/1992, que no procede respecto de los planes de urbanismo porque «En primer lugar, por tanto, porque está previsto para los actos administrativos y estamos ante una disposición general. En segundo lugar, porque los vicios de los que adolecen las disposiciones generales son vicios de nulidad plena respecto de los cuales carece de fundamento la convalidación invocada. Y, finalmente, y ligado al anterior, se hace preciso recordar que los vicios de invalidez en que pueden incurrir estas disposiciones generales son únicamente supuestos de nulidad plena, como revela el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 (...)» (STS 21 de mayo de 2010 dictada en el recurso de casación n.º 2463/2006).*

*Igualmente, sobre la conservación y convalidación, hemos señalado que «no hay conservación ni convalidación de trámites necesarios en la aprobación de un instrumento de ordenación urbanística, dado que se trata de disposiciones de carácter general y la ausencia de requisitos formales, a diferencia de lo que sucede con los actos, acarrea su nulidad radical, según dispone categóricamente el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de manera que no es aplicable lo establecido en los artículos 62.1, 63.2, 64 y 66 de la misma ley. (...) Esta sala del Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de fechas 13 de diciembre de 2001 (recurso de casación 5030/1995), 3 de enero de 2002 (recurso de casación 4901/1995) y 10 de mayo de 2011 (recurso de casación 2072/2007) ha declarado que los preceptos contenidos en los artículos 64 y 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no son de aplicación a los reglamentos,*

*que se rigen por lo dispuesto en el artículo 62.2 de esta misma ley, según el cual los defectos formales en el trámite para la aprobación de las disposiciones de carácter general, cual es un plan general, tienen carácter sustancial y su deficiencia acarrea su nulidad de pleno derecho» (STS de 31 de mayo de 2011 dictada en el recurso de casación n.º 1221/2009).*

*OCTAVO.—La retroactividad de los actos invocada por la Administración para salvar los trámites del procedimiento de elaboración de la disposición general, incluida la aprobación definitiva, no encuentra amparo en la retroactividad que cita el artículo 67.2 de la Ley 30/1992, pues la elaboración de un complemento de la memoria para justificar ahora lo que se debió de justificar al elaborar el plan y cuya ausencia acarreó su nulidad, no puede alterar los efectos de la nulidad plena declarada judicialmente. No puede, en definitiva, servir de cobertura para conservar el procedimiento de elaboración de una norma reglamentaria, incluida su aprobación definitiva, tras la nulidad declarada por sentencia firme de sus normas, la aplicación de la retroactividad de los actos administrativos.*

*En otras palabras, al socaire de un acto administrativo posterior, de complemento de la memoria, no puede sanarse una nulidad plena que, por la propia naturaleza y caracterización de este tipo de invalidez, no admite subsanación o conservación. Recordemos, en fin, que esa eficacia extunc, antes mentada, impide introducir una justificación sobre el cambio de clasificación que provocó su nulidad y que ahora se pretende enmendar para evitar, en definitiva, el rigor de los efectos de la nulidad propios de la nulidad plena.*

*NOVENO.—Quizás se parte, en las resoluciones impugnadas en la instancia, de una premisa inexacta como es considerar que la falta de justificación en ese cambio de clasificación urbanística es un mero defecto formal que puede subsanarse a posteriori tras la nulidad declarada judicialmente.*

*Conviene reparar a estos efectos que esa carencia reviste un carácter esencial y sustantivo, pues afecta a la comprensión e impugnación del propio cambio normativo. Y sabido es que los trámites tienen un carácter medial o instrumental al servicio de una finalidad que en este caso, insistimos, se conecta con las garantías del ciudadano y la relevancia del medio ambiente, atendida la naturaleza del cambio de clasificación realizado.*

*No resulta preciso insistir, en este sentido, en la importancia, trascendencia y garantía que para los ciudadanos tiene la justificación expresada en la memoria del plan, para dar sentido a las determinaciones urbanísticas que introduce o modifica el planificador, como sucede con el cambio de clasificación de suelo no urbanizable de especial protección a suelo urba-*

nizable. Únicamente puede combatirse aquello que se conoce y cuando se comprenden las razones por las que se realiza tal innovación. Y con mayor intensidad si ello tiene repercusión significativa sobre el medio ambiente.

*DÉCIMO.*—Los efectos propios de la nulidad plena impiden igualmente que el ordenamiento derivado, planes parciales y de sectorización puedan tener cobertura en las concretas normas declaradas nulas, como venimos señalando de modo profuso y uniforme en el ámbito urbanístico. En efecto, la nulidad de pleno derecho de la norma de cobertura, es decir, de la norma que es presupuesto necesario de las normas sucesivas derivadas de la misma, acarrea la invalidez de estas, al tratarse de una nulidad ad initio.

La solución contraria a la expuesta, que se postula en la sentencia que se impugna, además de infringir lo dispuesto en los artículos 9.3, 24 y 118 de la CE; 18.1 y 2 de la LOPJ; 72.2 y 103.4 de la LJCA, y 62.2 y 65 a 67 de la Ley 30/1992, cuya infracción se aduce en esta casación, pretende hacer tabla rasa sobre las diferencias entre la nulidad plena y la mera anulabilidad.

Lo anterior nos conduce, por tanto, a la estimación de los motivos invocados y a declarar que ha lugar al recurso de casación. También procede estimar el recurso contencioso administrativo contra los actos administrativos relacionados en el primer fundamento.

### **Traslado del Museo del Ejército a Toledo**

STS, sección 4.<sup>a</sup>, de 30 de octubre de 2012, Recurso: 570/2010.

Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García.

El Tribunal Supremo resuelve el recurso, en sentido desestimatorio, interpuesto contra el Real Decreto 636/2.010, de 14 de mayo, por el que se regula el funcionamiento y se establece la estructura orgánica básica del Museo del Ejército.

Tal como se razona en la Sentencia citada (ROJ: STS 7083/2012):

*Las resoluciones del Consejo de Ministros no están condicionadas por las «órdenes» que dé el presidente del Gobierno, de tal manera que los vicios de esas supuestas «órdenes» lastren la eficacia de unos acuerdos que solamente serían válidos si se adoptasen a su amparo. Nuestro ordenamiento encomienda la potestad reglamentaria al Gobierno como órgano colegiado, compuesto por el presidente, los vicepresidentes y los ministros (artículos 97 de la Constitución y 1 y 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno). Y en esos preceptos solamente se sujeta el ejercicio de esa potestad a la Constitución y a la Ley, sin que en ninguna norma de nues-*

*tro ordenamiento se establezca una ordenación de las fuentes del Derecho tan personalista como la que pretende la asociación recurrente. Es más, los reglamentos que pueda dictar el presidente del Gobierno tienen la misma forma de real decreto y no guardan con las normas aprobadas por el Consejo de Ministros una relación de superioridad o jerarquía, sino de competencia, teniendo el mismo rango (artículo 23.3.1.º de la Ley del Gobierno).*

Por otra parte, en este supuesto, la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, prevé que los museos se creen mediante real decreto (art. 61.2). Por lo que no hay ningún impedimento para que su organización básica y su sede se establezcan mediante una norma del mismo rango, como aquí ha sucedido. Y ninguna norma con rango superior (rango de ley) reserva el Salón de Reinos del Palacio del Buen Retiro, ni ningún otro lugar concreto, al Museo del Ejército. Es por tanto una potestad discrecional del Gobierno al regular la estructura orgánica del museo en cuestión establecer su sede, en el sentido de que puede optar por varias alternativas, todas ellas igualmente válidas y lícitas, siempre, claro está, que no incurra en arbitrariedad o desviación de poder. Y para descartar estas infracciones del ordenamiento basta con remitirnos al Decreto 335/1965, de 5 de febrero (*BOE* de 27 de febrero), derogado por el real decreto ahora recurrido [Disposición derogatoria, párrafo d)], por el que se creó el Patronato del Museo del Ejército, y que ya dispuso en su artículo primero que se encomendaba a ese órgano «la misión de organizar y llevar a cabo el traslado de todos los elementos que constituyen el actual Museo del Ejército a los locales que con este fin se han habilitado en el reconstruido Alcázar de Toledo» (FJ 2.º).

## TRIBUTARIO

### **Impuesto de sociedades y contratación administrativa. Gastos deducibles**

STS, sección 2.ª, de 20 de abril de 2012, Recurso: 1989/2008.

Ponente: D. Juan Gonzalo Martínez Mico.

El Tribunal Supremo analiza si son gastos necesarios a los efectos del impuesto de sociedades, por la complejidad técnica que para Shell España supone un correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas de los pliegos de cláusulas administrativas fijadas por el Ministerio de Defensa para los contratos de suministro de combustibles y lubricantes.

Tal como se establece en la Sentencia (ROJ: STS 3428/2012):

*Partiendo de que los artículos 13 de la Ley 43/1995 y 111 del Reglamento no contienen una relación exhaustiva de gastos deducibles, es evidente que no debe excluirse que, aparte de las que allí se enumeran existan otras partidas igualmente deducibles en tanto que gastos necesarios para la obtención de los rendimientos, pero en virtud del régimen de carga de la prueba establecido en el artículo 114.1 de la Ley General Tributaria, corresponde a quien pretende la deducción acreditar no solo la existencia del gasto, sino también su naturaleza y finalidad, o, lo que es lo mismo, la conexión existente entre el gasto realizado y la generación de rendimientos.*

*Debe recordarse que, en virtud de lo que se dispone en el citado artículo 114 de la Ley General Tributaria, «tanto en el procedimiento de gestión como en el de resolución de reclamaciones, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos normalmente constitutivos de los mismos», lo cual está relacionado con el actual artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –antiguo artículo 1214 del Código Civil.–, que establece la regla a efectos de determinar a quién le corresponde la carga de la prueba en la acreditación o afirmación de hechos o derechos, y sin olvidar que en función de lo que se determina en el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, los actos administrativos tienen la presunción de validez, correspondiendo siempre al interesado la carga de la prueba a efectos de poder desvirtuar dicha presunción legal.*

*La realidad del gasto debe de ir acompañada de una prueba con la acreditación del gasto mediante facturas, y no mediante su simple contabilización, ya que el mero apunte contable nada dice por sí solo; la realidad del gasto debe ser acreditada y patentizada mediante algo más que un mero asiento contable, porque así lo exige el artículo 114 de la Ley General Tributaria, que atribuye la prueba de los hechos constitutivos de un derecho a aquel que lo alega, y, en el presente caso, a quien pretende beneficiarse como gasto deducible por ser necesario para la obtención de los ingresos.*

*El concepto de gasto deducible va necesariamente asociado, en relación de causalidad directa, a su necesidad «para la obtención de los ingresos», además de que debe estar documentalmente justificado y tener su reflejo contable, debiéndose imputar a la base imponible del ejercicio de su procedencia. Pues bien, partiendo del carácter del repetido carácter de gasto deducible, conforme a la normativa aplicable al ejercicio liquidado –1996– la cuestión sobre la procedencia de su consideración en la liquidación practicada por la Inspección depende del hecho de que la prueba de*

*dicho gasto y de su vinculación con los ingresos sea objeto de acreditación por el sujeto pasivo a través del adecuado medio de prueba.*

*En el supuesto que nos ocupa, la Inspección rechazó la deducibilidad de tales gastos por la falta de justificación de la necesidad del gasto para la obtención de los ingresos, lo que fue confirmado por la resolución del TEAC combatida.*

*La recurrente sostiene que los pagos respondían a comisiones pagadas relacionadas con los contratos de suministro de combustible al Ministerio de Defensa español y que no se podía aportar el contrato con las empresas a las que se abonaban tales comisiones, dado el procedimiento a seguir, pues las citadas comisiones se abonaban porque tras la publicación de un concurso de suministro de productos era necesario una actuación encaminada a traducir la caracterización oficial de cada uno de los productos (según especificaciones de la OTAN) para enfrentarla a la gama de productos que posee y puede suministrar la compañía.*

*Sin embargo, la Inspección apreció que, a efectos de justificar la deducción del importe pagado, solo se aportaron las facturas pagadas que llevaban una numeración correlativa en las que no se identifica la empresa destinataria ni figura el código de la empresa luxemburguesa. Tampoco se aportó documentación justificativa de los trabajos de traducción que se dicen efectuados para cada concurso y en los que fueron aportados sigue sin figurar los datos identificativos de la persona que los efectúa ni de la empresa para las que se realizaron. Tampoco se justifica la necesidad de acudir a una empresa extranjera para llevar a cabo estos trabajos.*

*La sentencia de instancia ha valorado que la entidad no ha presentado pruebas fehacientes de que estos gastos pagados lo fueran en beneficio o utilidad de la empresa Shell España, S. A. (conforme al art. 114 de la LGT a ella le incumbe la carga de la prueba), y dice la Inspección que en los documentos aportados no consta que Shell fuera la destinataria de esos servicios, por lo que deja sin acreditar uno de los requisitos necesarios para determinar que Shell, pagadora de esos gastos necesarios, fuera la destinataria de los servicios abonados. Toda documentación tendente a acreditar un gasto susceptible de deducción por su propia naturaleza debe ser exhaustivo y detallado donde se relacione el servicio prestado y a quién y ello es lo que no consta en el presente caso, por lo que debe reputarse correcto el criterio de la sentencia recurrida de no considerar suficientemente acreditado la justificación del gasto ni la correlación de los ingresos, no siendo por tanto deducibles.*

*En cualquier caso, como advierte el abogado del Estado, lo que en el fondo hace la recurrente es reprobar la valoración que de la prueba reali-*

*zó la sentencia recurrida para acabar reconduciendo la infracción a una falta de motivación.*

*En efecto, la recurrente ha aplicado su esfuerzo a desvirtuar una apreciación probatoria de la Sala que, como tal, esté excluida de su posible revisión en vía casacional.*

*Lo que la recurrente reprocha es la ausencia de motivación o razonamiento de la prueba practicada; esta actividad procesal, si bien está sujeta en su práctica y desarrollo a distintas formalidades y se expresan a través de resoluciones judiciales (providencias o autos), la valoración de la misma por el tribunal no se expresa a través de una específica resolución, que exija también específica motivación, sino que, como dice el artículo 209.2 de la LEC, se integra como una de las partes de la sentencia en la que el juzgador se ha de limitar a valorar la prueba, pero en modo alguno a motivar aquella valoración. Es decir, la sentencia motiva la decisión y valora o aprecia la prueba practicada. La sentencia se motiva; la prueba se valora. Tratándose en este caso de pruebas sometidas a la sana crítica del juzgador, debería la recurrente haber acreditado la infracción de las normas sustantivas de la prueba si es que la valoración hubiera resultado arbitraria, contraria al buen sentido o inicuo su resultado, únicos casos a los que se extenderían las facultades de revisión de la prueba libre en vía casacional.*

## RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

### Concepto de acto de servicio

STS, sección 6.<sup>a</sup>, de 24 de julio de 2012, Recurso: 4274/2010.

Ponente: D. Agustín Puente Prieto.

El Tribunal Supremo recuerda el principio de responsabilidad objetiva y la jurisprudencia sobre la carga de la prueba en materia de responsabilidad del personal de las Fuerzas Armadas, que ha de matizarse con la jurisprudencia que distingue entre los daños y perjuicios sufridos por la prestación del servicio normal de los de funcionamiento anormal, de forma que en los primeros el servidor público asume voluntariamente un riesgo que excluye la antijuridicidad, y en los segundos se ha de diferenciar si la deficiencia obedece a otros agentes con o sin la concurrencia del propio perjudicado.

Tal como se recoge en la Sentencia citada (ROJ: STS 6053/2012):

*CUARTO.*—Los dos motivos han de ser examinados conjuntamente dada su íntima conexión y, al efecto, ha de recordarse que la valoración de los hechos efectuada por el Tribunal de instancia ha de respetarse en el ámbito casacional, pues está vedado por la ley rectificar dicha valoración por esta Sala, salvo en los excepcionales supuestos en que se alegue infracción de normas sobre valoración de prueba tasada o cuando, con base en lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución, se invoque la ilógica o arbitraria valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida.

En el presente caso, es evidente que el Tribunal de instancia, según recogíamos anteriormente, ha partido de la afirmación de que la actuación de la Administración ha de encuadrarse en un supuesto de funcionamiento normal de la misma, por cuanto que, como afirmación de hecho, entiende que el salto dentro de una operación desarrollada entre las 9:50 y las 13:05 horas, no consta que se efectuara en condiciones adversas de viento, según consta al folio 55 y documentos aportados a las actuaciones como respuesta a la prueba propuesta por el actor.

Por otro lado, la sentencia afirma que no consta que las lesiones sufridas por el recurrente se debieran a algún fallo o problema mecánico del paracaídas, afirmando expresamente en los fundamentos de derecho que así se desprende de lo que resulta, no solo de los informes obrantes en las actuaciones, sino incluso del examen de las fotografías obrantes al folio 123 en relación con las del folio 36 del propio expediente administrativo.

En relación con las circunstancias meteorológicas en que se produjo el salto origen de la lesión, y partiendo de la hora en que la total operación se produjo, es evidente que ni siquiera cabe aceptar las rachas máximas de viento acaecidas en el día en que se produjo el salto, pues este, como destaca la sentencia recurrida en el fundamento de derecho cuarto, si bien fue de 43 km/h de 360°, ello está referido a una hora en que las operaciones habían finalizado a las 13:05 horas y se produjo a las 16:40 horas. Basta, por tanto, con examinar el folio 186 de estas actuaciones de instancia, donde consta la gráfica del viento existente en aquel día, para concluir que esa racha de viento es indicativa de la intensidad del mismo en ese momento posterior; mientras que, por el contrario, durante las horas en que se produjo la operación las rachas de viento eran no superiores a 6 km/h, lo que evidencia la correcta apreciación de la prueba por el Tribunal de instancia.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que, como la propia sala pone de manifiesto en la sentencia recurrida, el principio de responsabilidad objetiva y la jurisprudencia sobre la carga de la prueba en materia de responsabilidad del personal de las Fuerzas Armadas que prestan servicio

*para la Administración del Estado, ha de matizarse con la jurisprudencia de esta Sala formulada al efecto que distingue entre los daños y perjuicios sufridos por la prestación del servicio normal de los de funcionamiento anormal. Y si bien en los primeros el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que de acuerdo con la ley tiene el deber jurídico de soportar, lo que excluye la antijuricidad de la actuación administrativa, no viniendo obligada la Administración a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial más que con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, solo en los segundos, cuando existe un funcionamiento anormal de servicio público, ha de distinguir entre si la deficiencia o normalidad es consecuencia exclusiva de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma conducta, como pone de relieve el Tribunal de instancia y esa jurisprudencia de esta Sala, sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, faltando el nexo causal, o si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes, con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado, de forma que solo cuando ninguna participación hubiese tenido el funcionario o servidor público perjudicado en el resultado producido, habría de ser resarcido por la Administración Pública hasta alcanzar la plena indemnidad.*

*Es precisamente en aplicación de esta jurisprudencia y en base a los elementos de hecho correctamente valorados por el Tribunal de instancia, y no cuestionados eficazmente por el recurrente, como ha de resolverse el presente recurso, partiendo de la base como hace la sentencia de instancia de que nos encontramos ante un caso de funcionamiento normal de la Administración, por lo que la responsabilidad por los perjuicios cuya indemnización se solicita no ha de recaer sobre la Administración, sino en los términos derivados de la regulación de la situación estatutaria con el reconocimiento de la pensión que ya se ha efectuado, sin que sea ni mucho menos ilógica o arbitraria la conclusión que realiza el Tribunal de instancia de la falta de acreditación, siquiera sea indiciaria, de ningún fallo mecánico, así como la lógica suposición de que la lesión del brazo deriva de haber pasado el mismo por encima de la cinta extractora, según resulta –y expresamente hace mención a ello el tribunal sentenciador– de las fotografías obrantes en el folio 123 en relación con las del folio 36 del expediente administrativo, respecto a cuyo extremo ninguna objeción se formula por el recurrente y sin que la experiencia del interesado, que hasta entonces había realizado seis lanzamientos en el curso básico y otros dos la semana anterior al accidente, sirvan para acreditar la existencia de ningún fallo mecánico no apreciada por la sentencia recurrida.*

*En consecuencia, procede la desestimación del presente recurso de casación y la confirmación por ello de la sentencia recurrida.*

### **Daños derivados de la actividad del Polvorín de Barranco Seco**

STS, sección 4.<sup>a</sup>, de 9 de marzo de 2012, Recurso: 1441/2011.

Ponente: D.<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo.

El Tribunal Supremo confirma la Sentencia desestimatoria de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 5.<sup>a</sup>, de 19 de enero de 2011, recurso 154/08, en donde se impugnaba por el Colegio Heidelberg, S. A., la Resolución del Ministro de Defensa de 26 de julio de 2007, confirmada en reposición por la de 18 de marzo de 2008, que desestimaba la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración cuantificada en la suma de 26.468.223,60 euros. Los argumentos de ambas partes eran, por un lado, la pretensión actora sustentada en el daño derivado de la actividad del Polvorín de Barranco Seco permitiendo consolidar las instalaciones del Colegio, que habría de ser clausurado, la oposición de la Administración que niega daño real alguno, así como que la declaración de la zona como de seguridad deriva de 1982. Por otra parte, en el presente procedimiento debe partirse de que la OM 161/1982 fue declarada nula por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Quinta, de 6 de julio de 2010, recurso 64/2006.

El Tribunal Supremo confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional reproduciendo sus fundamentos (ROJ: STS 1514/2012):

... no se reclama un daño efectivo, sino un futuro e incierto (clausura de las instalaciones y subsiguientes traslado del centro escolar), lo que se encuentra fuera del ámbito material de la responsabilidad patrimonial.

Tras ello, en el SEXTO declara que lo anterior sería suficiente para la desestimación del recurso. Añade que «la situación de riesgo que con tanta perseverancia se viene aludiendo a lo largo del escrito de demanda, en su caso, la ha admitido desde el principio la actora, toda vez que la existencia del Polvorín data de los años cuarenta del siglo anterior, circunstancia conocida por todos los habitantes del lugar, con lo cual al comenzar las obras del Colegio Heidelberg y del resto de instalaciones, ya era conocida su existencia, y, desde luego, por la corporación municipal que otorgó las oportunas licencias, aunque si bien conforme a la legislación de esa época (años 70 del pasado siglo), no existía entonces constituida la zona de seguridad, por lo que la propia actora bien pudo adoptar sus propias medidas de seguridad al ubicar edificaciones destinadas a colegio en una zona relativamente cercana a un polvorín del Ejército».

De cualquier manera, según los informes técnicos que obran unidos a los autos, y solicitados a instancia de la parte recurrente, «los riesgos para los usuarios de la carretera de acceso al colegio y para el personal situado en las instalaciones del colegio, son permisibles». (Informe de 3 de septiembre de 2010 del Tcol CIP Torcuato, jefe de la Sección de Supervisión de Proyectos).

En un informe anterior, de 20 de diciembre de 2009, del TCol. Torcuato, pero más extenso y acompañado de reportaje fotográfico, se expresa en similares términos que el anterior y que damos por reproducido.

Igualmente, de todos los informes obrantes en el expediente administrativo, de ninguno de ellos se deduce la existencia de un especial riesgo o peligrosidad, sin perjuicio de poder adoptar medidas correctoras y otras como reducir munición trasladando las minas contracarro a la Península, con objeto de minimizar los efectos de una posible explosión.

La Sala, a tenor de estos informes, «no observa la peligrosidad y el riesgo en los términos pretendidos por la parte demandante, lo que no implica su conformidad con que instalaciones tan sensibles se encuentren ubicadas en esa zona, para la que, precisamente la Administración, la ha delimitado como zona próxima de seguridad, y lo ha hecho de acuerdo a la legislación de la materia, que está integrada en la Ley 8/1975, de 12 de marzo, ‘de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional’ y el ‘Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional’, aprobado por RD 689/1978, mediante la OM 161/1982, estableciendo que las instalaciones militares del Polvorín de Barranco Seco (Gran Canaria) se considerarán incluidas en el grupo tercero del Reglamento, que comprende ‘los depósitos de municiones de gran calibre o de gran cantidad de municiones de alto explosivo’ (art. 25.2)».

«Ello implica por parte de la Administración el ejercicio de potestades conferidas por la Ley, siendo así que la delimitación de zona próxima de seguridad implica una carga que han de soportar los ciudadanos afectados por ella, sin perjuicio del derecho a las posibles indemnizaciones a que hubiere lugar en caso de limitaciones de derechos o facultades, lo que habría de determinarse en expediente contradictorio aparte y ajeno al de responsabilidad patrimonial que aquí se dilucida; pero, de cualquier manera, tal ejercicio de potestades administrativas priva su actuación del requisito de la antijuricidad, elemento indispensable en esta figura jurídica, porque solo existen daños antijurídicos cuando la víctima no tiene el deber de soportar el daño, deber que surge por todas, STS de 12 de junio de 2001, de la concurrencia de un título que lo imponga, contrato previo, o cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria, como ocurre en nuestro caso, que de-

termina que los afectados por la declaración de zona próxima de seguridad, mediante la OM 161/1982, se vean afectados por una situación especial de sometimiento a la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional y a su reglamento aprobado por RD 689/1978».

Razones todas ellas que conducen a concluir no concurren los requisitos necesarios para dar lugar a la responsabilidad patrimonial.

Finalmente, en el SEPTIMO, respecto al pedimento sobre el derecho a trasladar las instalaciones del Colegio Heidelberg, S. A. a otro lugar, por no haber cesado el daño y el riesgo, lo reputa improcedente y cuestión ajena al propio recurso al no tener conexión alguna con lo resuelto por la Administración en un expediente de responsabilidad patrimonial.

Por las mismas razones anteriores, no acoger la petición subsidiaria de que sea declarado el deber de la Administración militar de proceder a iniciar el procedimiento de expropiación de todas las instalaciones del Colegio Heidelberg y los terrenos en que el mismo se enclava (FJ 1.º).

### **Responsabilidad patrimonial derivada de anulación de sanción a guardia civil**

SAN, sección 5.ª, de 21 de marzo de 2012 (ROJ: SAN 1617/2012), Recurso: 1855/2009.

Ponente: D. José Luis Gil Ibáñez.

En la presente sentencia debe partirse de los antecedentes de hecho que en la misma se recogen:

*El 1 de octubre de 2003 se acordó instruir al sargento de la Guardia Civil hoy demandante un expediente gubernativo, seguido con el número 104/03, disponiéndose el cese de funciones por tres meses.*

*En el mismo expediente, por Resolución de 24 de junio de 2004, del Ministro de Defensa, se acordó el pase del interesado a la situación de suspenso de funciones. Interpuesto recurso de reposición, fue desestimado por Resolución de 28 de diciembre de 2004, del Ministro de Defensa.*

*Como consecuencia de lo anterior, por Resolución de 2 de septiembre de 2004, del Ministro del Interior, se acordó el cese en el destino ocupado.*

*El expediente gubernativo indicado terminó con la Resolución de 22 de junio de 2005, del director general de la Guardia Civil, por la que se le consideró autor de una falta muy grave prevista en el artículo 9, número 9, de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, y se le impuso una sanción de seis meses y un día de*

*suspensión de empleo. Deducido recurso de alzada, fue desestimado por Resolución de 15 de diciembre de 2005 del Ministro de Defensa.*

*Formulado recurso contencioso-disciplinario militar, fue estimado por Sentencia de 9 de mayo de 2007, de la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, que revocó las resoluciones impugnadas «por no ser ajustadas a Derecho, al haber infringido el derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución, y por haber vulnerado los artículos 25.1 y 9.3 de la Constitución en cuanto a los principios de legalidad y tipicidad y el artículo 9.9 de la Ley de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. Revocación que supone la supresión de la sanción y la desaparición de su anotación, así como la de todas aquellas medidas dictadas con motivo de las anteriores resoluciones». El recurso de casación preparado por el abogado del Estado se tuvo por desierto por Auto de 14 de septiembre de 2007, de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (AH I.º).*

A partir de aquí, presentada solicitud de responsabilidad patrimonial, primeramente fue desestimada de forma presuntamente, dictándose, no obstante, por la ministra de Defensa Resolución de 30 de abril de 2010 en la que se estima en parte la reclamación, reconociendo la existencia de responsabilidad patrimonial y el derecho a una indemnización de 1.771,50 euros. De esta forma, quedando el recurso circunscrito al importe de la indemnización solicitada la Audiencia nacional fija lo siguiente:

*SEGUNDO.—Los anteriores criterios rectores rigen el análisis de los conceptos reclamados si bien ha de realizarse una precisión previa, puesto que las partidas reclamadas incluyen las consecuencias de tres tipos de actuaciones que han de diferenciarse y que, además, tienen diferente fundamento jurídico: cese en funciones, suspensión de funciones y suspensión de empleo. A este respecto, ha de advertirse que lo que el Tribunal Militar Central anuló fue la resolución imponiendo la sanción de suspensión de empleo, así como la que desestimó el recurso de alzada deducido contra la misma, no las que acordaron el cese y la suspensión de funciones, que, por más que tengan en común el marco de un expediente gubernativo, se sujetan a presupuestos diferentes, sin que conste que las resoluciones disponiendo el cese y la suspensión de funciones hayan sido declaradas disconformes a Derecho, por lo que los perjuicios causados por las correspondientes resoluciones no son antijurídicos ni, en consecuencia, han de resarcirse.*

*Por consiguiente, los perjuicios deben, de entrada, quedar reducidos a los efectivamente causados por las resoluciones anuladas, pues es dicha anulación la que constituye la base de la responsabilidad patrimonial, ha-*

*bida cuenta de que no puede, en este proceso, discutirse la disconformidad a Derecho del cese en funciones y de la suspensión de funciones, sometidos, como se ha dicho, a presupuestos distintos.*

*Complemento de productividad no percibido.*

*Inicialmente, el actor pedía en concepto de «restitución profesional salarial» las sumas de 8.725,50 euros por el complemento de productividad no percibido y la de 1.771,50 por el complemento específico singular que tampoco se le abonó, si bien el derecho a esta última partida ha sido reconocido a favor del reclamante en la Resolución expresa de 30 de abril de 2010, por lo que solo ha de estudiarse la procedencia del complemento de productividad que, además, como consecuencia del resultado de la prueba practicada, el propio recurrente ha reducido en su escrito de conclusiones a 7.674 euros.*

*Según viene declarando esta Sección con reiteración, el complemento de productividad está llamado a retribuir el especial rendimiento, la actividad y la dedicación extraordinaria, el interés o la iniciativa con que se desempeñen los puestos de trabajo, siempre que redunden en mejorar el resultado del mismo (entre las últimas, Sentencia de 8 de febrero de 2012 –recurso de apelación número 152/2011–) y, aunque su asignación y percibo no se produce automáticamente ni resulta indefectiblemente ligado al puesto de trabajo que se desempeña en cada momento, en el proceso ha resultado acreditado que el recurrente lo venía percibiendo con regularidad desde que se incorporó a la plaza –únicamente dejó de cobrarle durante los tiempos en los que estuvo sin ocupar materialmente el destino por el cese o las suspensiones–, así como que también se ha abonado a quienes asumieron posterior y sucesivamente el mismo puesto, por lo que se está ante un daño real, ya que, de no haber estado cumpliendo la sanción, le hubiera seguido cobrando.*

*La cuantificación de este daño ha de realizarse conforme al certificado emitido por el servicio de retribuciones, pero limitado, se insiste, a los seis meses y día que abarcó la sanción anulada.*

*Pretium doloris.*

*Bajo este concepto cabe englobar la reclamación por el cumplimiento del cese de funciones, la suspensión de funciones y la suspensión de empleo, por lo que reclama 18.968,50 euros, así como por la pérdida del destino que ocupaba sin tener otro hasta 1 año y 9 meses después, con menoscabo del honor y fama profesional en la localidad y en el Cuerpo, afectación familiar, tratamiento psiquiátrico y no incorporación a la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, cuyo daño alcanzaría los 15.000 euros.*

*El actor efectúa la concreción por separado, pero se considera aconsejable analizarlas conjuntamente, ya que tienen la misma cobertura, aunque hay que precisar, por un lado, que el tiempo del primer apartado de este concepto ha de reducirse a los 6 meses y 1 día de suspensión en el empleo, descartando, según se ha dicho, el derivado de otras resoluciones; por otro lado, que el demandante ha visto cancelada de su hoja de servicios la nota referida a la sanción, sin olvidar que la propia sentencia anulatoria tiene un claro componente de satisfacción personal y moral que, en sí mismo, compensa en alguna medida los eventuales perjuicios de esa índole sufridos por efecto de la propia sanción; además, consta que al interesado le fue ofrecido reintegrarse al puesto en el que fue cesado.*

*En todo caso, como ha declarado esta Sección en otras ocasiones (por ejemplo, Sentencias de 20 de diciembre de 2006 –recurso número 340/2006– o de 17 de marzo de 2010 –recurso número 1483/2008–), cabe reconocer que se ha generado un evidente daño moral, cuya cuantificación ha de realizarse a la luz de todas las circunstancias concurrentes, mediante una apreciación racional, que no matemática, al carecerse de parámetros o módulos objetivos y tener que reconocer la dificultad que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria, concurriendo siempre un innegable componente subjetivo.*

*Daño causado por el retraso en el derecho a concurrir a las convocatorias para ascenso a oficial.*

*El actor reclama la suma de 6.000 euros por el concepto reseñado, habiendo reconocido la Administración, en una resolución de 5 de noviembre de 2009, de la Subsecretaría de Defensa, la solicitud de la plena restitución del derecho a concurrir a procesos selectivos de los que fue excluido por tener anotada en su hoja de servicios la sanción disciplinaria por falta grave luego anulada.*

*Por tanto, en la referida Resolución de 5 de noviembre de 2009 se está procediendo a la reparación del daño causado por la sanción, enmarcándose en el cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Militar Central que anuló la resolución sancionadora. En este sentido, se indica en dicha resolución que «debe estarse ahora a la restitución del interesado en la totalidad de sus derechos, eliminando aquellos obstáculos que impidan una total satisfacción y reparación de los perjuicios causados», por lo que no procede reconocer ninguna cantidad en concepto de indemnización por este concepto al no evidenciarse ningún daño efectivo.*

*TERCERO.–De lo expuesto en el fundamento anterior se infiere la procedencia de reconocer una indemnización a favor del recurrente que comprenda el complemento de productividad dejado de percibir; así como*

*el pretium doloris en los términos a los que ambas partidas han quedado circunscritas, cuya valoración entiende la Sección, ha de cifrarse prudencialmente en la suma total de diez mil euros (10.000) euros, que se estima actualizada a la fecha de esta Sentencia.*

## PERSONAL

### **Impugnación del RD 684/2010 que aprueba el Reglamento de Honores Militares**

STS, sección 4.<sup>a</sup>, de 12 de junio de 2012, Recurso: 312/2010.  
Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García.

El Tribunal Supremo estudia la Disposición adicional cuarta que regula la participación de las Fuerzas Armadas en honras fúnebres y en celebraciones de carácter religioso.

El Tribunal, tras rechazar que sea necesario ley orgánica para regular esta materia, establece (ROJ: STS 4438/2012):

*CUARTO.–Despejadas estas cuestiones previas es ahora el momento de detenerse en la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 684/2010, de 20 de mayo, que dispone en sus dos apartados lo que sigue: «Participación en actos religiosos. 1. En los actos oficiales que se celebren con ocasión de honras fúnebres, además de los honores que correspondan, se podrá incluir un acto de culto católico o de la confesión religiosa que proceda, teniendo en cuenta la voluntad que hubiera expresado el fallecido o, en su caso, la que manifiesten sus familiares.*

*«Por tratarse de actos en los que se interviene en representación de las Fuerzas Armadas, la asistencia a los mismos tendrá consideración de acto de servicio.*

*2. Cuando se autoricen comisiones, escoltas o piquetes para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense, se respetará el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y, en consecuencia, la asistencia y participación en los actos tendrá carácter voluntario».*

*La demanda se centra inicialmente en el párrafo segundo del número 1 de la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 684/2.010 y afirma que «es contraria a la libertad religiosa, que, como derecho fundamental, se consagra en el artículo 16 de la CE. Se determina la obligatoriedad de asistencia y participación de miembros de las Fuerzas Armadas en actos*

*oficiales que se celebran con ocasión de honras fúnebres de carácter religioso, actos que son calificados como actos de servicio, siendo la asistencia y participación en los mismos de carácter obligatorio para los militares a los que se les designe o se les nombre ese servicio. La justificación es que deben ser tenidos como actos de servicio» con las connotaciones a las que ya nos hemos referido «por tratarse de actos en los que se interviene en representación de las Fuerzas Armadas».*

*Y acto seguido afirma que estaríamos en este primer supuesto, ante la vulneración del ámbito subjetivo de la libertad religiosa, recogido en el apartado 1 del artículo 16 de la Constitución Española . En relación con todo ello, y en torno a un supuesto fáctico real que guarda muchas similitudes con los supuestos que quieren ser regulados en el apartado 1 de la Disposición adicional cuarta del Reglamento de Honores Militares, es preciso traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996, de 11 de noviembre, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, postura jurisprudencial cuya vigencia ha sido refrendada por el mismo Tribunal Constitucional en su STC 34/2011, de 28 de marzo, de su Sala Segunda.*

*Recoge a continuación los hechos que enjuició la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996. Y también de esa sentencia reproduce los fundamentos de Derecho 9 y 10 en los que se lee lo que sigue: «Noveno. Ha de reconocerse que estas resoluciones judiciales parten para declarar la licitud constitucional de la orden recibida por el demandante, de una concepción del derecho a la libertad religiosa que este Tribunal no puede compartir».*

*Ciertamente, con su solicitud para ser relevado del servicio el actor no pretendía la defensa de su libertad para realizar actos de culto en consonancia con la fe escogida y sin injerencia del Estado o de otras personas ni reaccionaba frente a un acto que le exigía declarar sobre su credo religioso o que le obligaba a realizar una conducta contraria al mismo. Manifestaciones, todas ellas, del derecho de libertad religiosa, según se declaró en las SSTC 19/1985 y 63/1994 .*

*Antes bien, el recurrente perseguía hacer valer la vertiente negativa de esa misma libertad frente a lo que considera un acto ilegítimo de intromisión en su esfera íntima de creencias, y por el que un poder público, incumpliendo el mandato constitucional de no confesionalidad del Estado art. 16,3 CE), le habría obligado a participar en un acto, que estima de culto, en contra de su voluntad y convicciones personales.*

*El derecho a la libertad religiosa del art. 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autode-*

*terminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Pero, junto a esta dimensión interna, esta libertad, al igual que la ideológica del propio art. 16.1 CE, incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, f. j. 2.º; 120/1990, f. j. 10 y 137/1990, f. j. 8.º).*

*Por su parte, el art. 16.3 CE, al disponer que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», establece un principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa que, como se declaró en las SSTC 24/1982 y 340/1993, «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales». Consecuencia directa de este mandato constitucional es que los ciudadanos, en el ejercicio de su derecho de libertad religiosa, cuentan con un derecho «a actuar en este campo con plena inmunidad de actuación del Estado» (STC 24/3982, f. j. 1.º), cuya neutralidad en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática art. 1,1 CE).*

*DECIMO.—La anterior doctrina constitucional ha de proyectarse ahora sobre los hechos de los que trae causa la presente demanda de amparo.*

*Consta en las actuaciones que el recurrente formaba parte de una compañía de honores militares que fue destinada al Acuartelamiento de San Juan de la Ribera Norte (Valencia) para participar en unos actos convocados y organizados por la autoridad militar y de inequívoco contenido religioso, pues su exclusiva finalidad era la de celebrar el V Centenario de la Advocación de la Virgen de los Desamparados. No se trataba, pues, de actos de naturaleza religiosa con participación militar, sino de actos militares destinados a la celebración, por personal militar, de una festividad religiosa.*

*Entre dichos actos figuraba una parada militar de homenaje a la Virgen. Obra en autos que el recurrente, al tener conocimiento de este hecho, interesó por escrito ser relevado del servicio. Sin embargo, se le ordenó por la superioridad participar en la mencionada parada militar. Surge así un conflicto entre el deber de disciplina y el derecho a la libertad ideológica y de conciencia que el actor resolvió abandonando la formación en el preciso momento de rendir homenaje a la Virgen.*

*En la sentencia objeto de impugnación se argumenta en justificación de la licitud de la mencionada orden que, a diferencia de otros actos que integraban la celebración de esa festividad, la parada militar no puede calificarse como un acto religioso o de culto, puesto que la unidad que rinde*

*hombres lo hace en representación de las Fuerzas Armadas y, por tanto, al margen de las convicciones ideológicas o religiosas de cada uno de sus componentes a título individual.*

*Esta afirmación debe ser, sin embargo, rechazada. En efecto, el art. 16.3 CE no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza. Pero el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza. Decisión personal a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas que, como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16,3 CE. En consecuencia, aun cuando se considere que la participación del actor en la parada militar obedeció a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa.*

*Y de ahí concluye la demandante afirmando que «No se adecúa el tenor literal del párrafo segundo del apartado 1 de la Disposición adicional cuarta del Reglamento de Honores Militares a la doctrina del Tribunal Constitucional. Se establece la obligatoriedad de asistencia y participación del militar al que se le designe o se le nombre servicio en actos oficiales de honras fúnebres, con honores militares, justificándose todo ello en que su intervención en los mismos, como acto de servicio, lo es ‘en representación de las Fuerzas Armadas’. Queda afectada la libertad religiosa de los miembros de las Fuerzas Armadas sobre los que se establece la ineludible obligación de participación y asistencia, con la advertencia de que tales acciones tendrán la consideración de acto de servicio, con las consecuencias que el ordenamiento penal y disciplinario militar anudan al incumplimiento de un servicio.*

*La consecuencia no puede ser otra que la declaración de nulidad de pleno derecho de tal disposición, por vulnerar la libertad religiosa preservada en el artículo 16 de la Constitución Española».*

*El abogado del Estado, ya en concreto «en cuanto a los actos religiosos en las honras fúnebres, sostiene que las Fuerzas Armadas no participan en el acto religioso, sino que asisten a él. Por tanto, no afecta a la libertad religiosa del militar que participa en la honra fúnebre».*

*Y añade que «las Fuerzas Armadas en esos actos de honra fúnebre honran al fallecido y a sus familiares y los acompañan por respeto al muerto y tolerancia con sus creencias. Se trata, por tanto, de un acto mili-*

*tar que puede ir acompañado de una ceremonia en la que están presentes las Fuerzas Armadas».*

*Carece de razón la alegación que plantea la asociación recurrente en relación con el número 1 de la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 684/2010. Y, desde luego, en absoluto es aplicable a este supuesto la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 177/1996, porque la misma es congruente con los hechos allí enjuiciados, y lo mismo ocurre en relación con la Sentencia del mismo tribunal 34/2011, y por idénticas razones, en cuanto a la doctrina en ella expuesta.*

*Lo que la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 684/2010 regula en su número 1 nada tiene que ver, pese a lo que indique el título de la misma, con participación en actos religiosos de las Fuerzas Armadas. Por el contrario, de lo que se trata es de un acto oficial de honores fúnebres militares de los regulados en el título IV del Real Decreto, cuyo artículo 36 dispone que: «Las Fuerzas Armadas rendirán honores fúnebres militares en señal de respeto y homenaje a los restos mortales de aquellas personas que se indican a continuación: a) Las que expresamente les corresponden honores militares según lo previsto en el capítulo II del título I y los arts. 15, 17, 19 y 20. b) Los expresidentes del Gobierno y otras personalidades de especial relevancia a las que por sus excepcionales servicios a España así se determine por real decreto de la Presidencia del Gobierno. c) Los militares y el personal civil con una especial vinculación con la defensa y las Fuerzas Armadas que fallezcan en acto de servicio». Y que se cierra con el apartado 2 que dispone que: «Al organizar los actos de honras fúnebres se tendrá en cuenta la voluntad que hubiera expresado el fallecido o, en su caso, la que manifiesten sus familiares». Honores que según reza el artículo 37 siguiente «se rendirán por una unidad con Bandera, banda y música y consistirá en la interpretación del himno nacional completo, arma presentada y una descarga de fusilería. En su caso, la salva de cañonazos que corresponda». Y que «cuando se realicen en la inhumación, los honores se rendirán por un piquete».*

*De modo que el militar que haya de formar parte de esa unidad o piquete que deba acudir a prestar esas honras fúnebres no participa aunque esté presente en el acto religioso que se celebre, sea del credo que sea, si el mismo se integra en el acto oficial de honras fúnebres militares, si ese fue el deseo expresado por el fallecido o lo deciden sus familiares. Por ello, no se vulnera el derecho del militar de libertad religiosa y de culto que garantiza la Constitución, artículo 16, y que el artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1980 describe en sus distintas manifestaciones cuando representa a las Fuerzas Armadas en ese acto oficial. Y de ahí también que la asistencia del*

*militar al acto concreto para el que se le designe tenga la consideración de acto de servicio como expresa la Disposición adicional cuarta en su primer apartado.*

*QUINTO.—También impugna la demandante el número 2 de la Disposición adicional cuarta del Reglamento de Honores Militares, que recordamos dispone que: «Cuando se autoricen comisiones, escoltas o piquetes para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense, se respetará el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y, en consecuencia, la asistencia y participación en los actos tendrá carácter voluntario».*

*Y sobre ello expresa que «En este caso, la participación de los militares es de carácter voluntario, previa autorización. Esta autorización, que es necesaria para tal participación voluntaria, que no expresa en qué órgano administrativo de la Administración militar o de mando radica la competencia para decidir si se otorga o no ni cuál sería el procedimiento, supone la pérdida de la necesaria neutralidad religiosa de las Fuerzas Armadas como parte de los poderes públicos y es contraria al apartado 3 del artículo 16 de la Constitución Española».*

*Afirma que «recordaba la STC 177/1996, de 11 de noviembre, en su fundamento de Derecho 9, que ‘Por su parte, el artículo 16.3 CE al disponer que ‘ninguna confesión tendrá carácter estatal’ establece el principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa que, como declaró la STC 24/1982, y 340/1993, ‘veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales’». Añade que la neutralidad del Estado «en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas en una sociedad plural y democrática».*

*Se refiere también a lo dispuesto por la STC 34/2011 de la que transcribe el fundamento de Derecho cuarto. «A la primera cuestión ha de responderse afirmativamente, puesto que en un sistema jurídico-político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado todas las instituciones públicas han de ser ideológicamente neutrales (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9). Y, en efecto, los colegios profesionales son, con arreglo al art. 1 de la Ley 2/1974, de 13 febrero, ‘corporaciones de Derecho público, amparadas por la ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines’. Como hemos declarado en anteriores ocasiones, los colegios profesionales son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público,*

*en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen solo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo general, les atribuye asimismo el ejercicio de funciones propias de las administraciones territoriales o permite a estas últimas recabar la colaboración de aquellas mediante delegaciones expresas de competencias administrativas, lo que sitúa a tales corporaciones bajo la dependencia o tutela de las citadas administraciones territoriales titulares de las funciones o competencias ejercidas por aquellas (STC 20/1988, de 18 de febrero, FJ 4; y las que en ella se citan)».*

*Y añade que »la neutralidad que predica el Tribunal Constitucional no queda garantizada en el texto del apartado 2 de la Disposición adicional cuarta del Reglamento de Honores Militares. No queda garantizada por cuanto la participación de miembros de las Fuerzas Armadas, en la condición de tales, previa autorización de autoridades públicas del Ministerio de Defensa y/o de mandos militares, supone que las Fuerzas Armadas participen como tales en un acto religioso, sea de la confesión que sea, y ello aunque haya habido una participación tradicional en el mismo, sin respetar los principios de nuestro sistema político que está basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa y en la aconfesionalidad del Estado. Las Fuerzas Armadas están constitucionalmente obligadas a la neutralidad religiosa, en función de los intereses públicos que representan. Recuerda también el Tribunal Constitucional que 'es obvio que no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el art. 16.3 CE . La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa'. En el caso de 'las celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense', es notorio que domina en ellos su significación religiosa en un grado que permite inferir razonablemente una adhesión de las Fuerzas Armadas a los postulados religiosos que el acto o celebración representa y por ello quiebra la neutralidad religiosa exigible. No estamos pues ante una actuación cuya valoración pueda depender de criterios subjetivos, sino que, al contrario, no ofrece duda que la participación de miembros de las Fuerzas Armadas en una celebración religiosa no puede conducir a otra interpretación que no sea la que lleva a considerar su posicionamiento cercano a quien orga-*

nice la celebración religiosa, lo que es tanto como decir que da lugar a la pérdida de la neutralidad exigible».

Recuerda el Tribunal Constitucional en la misma sentencia que «Por último, siguiendo a la antes citada STEDH de 18 de marzo de 2011, caso *Lautsi y otros c. Italia*, & 72 (con remisión a las SSTEDH *Zengin c. Turquía*, & 64; y *Folgero y otros c. Noriega*, & 94) debemos valorar la menor potencialidad para incidir sobre la neutralidad religiosa del Estado de los símbolos o elementos de identidad especialmente pasivos frente a otras actuaciones con capacidad para repercutir sobre las conciencias de las personas como son los discursos didácticos o la participación en actividades religiosas».

Ya en el fundamento de Derecho 5 señala cuándo puede afectar no solo al ámbito subjetivo, sino al elemento objetivo de la libertad religiosa que «En este punto ha de partirse de que los elementos representativos a que nos venimos refiriendo, singularmente los estáticos son escasamente idóneos en las sociedades actuales para incidir en la esfera subjetiva de la libertad religiosa de las personas, esto es, para contribuir a que los individuos adquieran, pierdan o sustituyan sus posibles creencias religiosas o para que sobre tales creencias o ausencia de ellas se expresen de palabra o por obra, o dejen de hacerlo».

Y concluye «entendemos por ello que el contenido del apartado 2 de la Disposición adicional cuarta del Reglamento de Honores Militares es nulo de pleno derecho porque quebranta el deber de neutralidad religiosa, al que están constitucionalmente obligadas las Fuerzas Armadas, que para su participación en dichas celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense precisan una previa autorización. Es decir, que no puede producirse tal participación de las Fuerzas Armadas sin un acto de declaración de voluntad previa que supone la pérdida de la neutralidad religiosa de las mismas en un estado aconfesional».

El abogado del Estado se refiere también «a la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1996, que mantiene que la participación de las Fuerzas Armadas en actos religiosos con carácter voluntario está permitida si participa en el rito pero no cuando se asiste a él por otras razones».

Y añade que «el Tribunal Constitucional distingue con claridad lo que se entiende por la aconfesionalidad del Estado, pero permite la cooperación del Estado con las confesiones religiosas, ya que la aconfesionalidad no significa exclusión de la religión, sino neutralidad ante las distintas confesiones».

Tampoco puede estimarse la pretendida nulidad de ese segundo apartado de la Disposición adicional cuarta del Real Decreto. Es cierto que la aconfesionalidad del Estado comporta la neutralidad de los poderes públi-

*cos en relación con el hecho religioso; pero esa neutralidad no excluye el que esos poderes tengan en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantengan relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones como dispone el número 3 del artículo 16 de la Constitución.*

*Este apartado segundo contempla un supuesto distinto del anterior y por ello el tratamiento que recibe en la norma es también diferente. En este supuesto se autorizan por la autoridad o el mando militar competente para ello «comisiones, escoltas o piquetes para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense». No se trata, por tanto, de actos oficiales propios de las Fuerzas Armadas en los que se rindan honores militares, sino de la participación de miembros de las Fuerzas Armadas en celebraciones de carácter religioso en las que tradicionalmente ha existido una participación castrense. Celebraciones religiosas, e incluso de culto, que responden a las creencias religiosas de la sociedad española, a las que se refiere el artículo 16.3 de la Constitución, generalmente vinculadas a la Iglesia Católica y cuya presencia, según el Reglamento, es para el militar que sea designado para asistir y participar en las mismas, como no podía ser de otro modo, voluntaria. En consecuencia, ese segundo apartado de la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 684/2010 es también conforme a Derecho.*

### **Baja de alumno de la Guardia Civil**

STS, sección 7.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 2012, Recurso: 140/2012.

Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas.

El Tribunal Supremo confirma la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección Segunda, que desestimaba el recurso interpuesto contra la baja de un alumno en el centro docente militar de formación de la Guardia Civil acordada en aplicación del artículo 41.1.e) de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Personal de la Guardia Civil.

La baja fue debida a la Sentencia de 4 de febrero de 2008, del Juzgado de lo Penal 12 de Sevilla, en la que se condenó al alumno-recurrente como autor de un delito de violencia habitual del art. 173.2 del Código Penal a la pena de seis meses de prisión. Partiendo de este supuesto, el Tribunal Supremo analiza la diferencia de situaciones entre quien todavía no ha llegado a adquirir la condición de guardia civil, pues se encuentra en una fase previa a la misma como alumno, y quien ya tiene esa condición.

Así, la sentencia citada establece (ROJ: STS 9111/2012):

*El que la regulación legal de la pérdida de la condición de alumno de la Guardia Civil (esto es, de la que de quien todavía no es guardia civil y se encuentra en vía de poder llegar a serlo) pueda ser más rigurosa que la de la pérdida de la condición ya adquirida de guardia civil, podría merecer al intérprete la valoración crítica que considere oportuna; pero no podrá considerarse motivo ni para alterar el sentido del precepto, para eludir ese mayor rigor, ni menos para poner en duda su validez jurídica, y a partir de esa duda buscar otra interpretación para salvar su validez jurídica.*

*El alumno de la Guardia Civil se encuentra, se insiste, en una situación previa a la de la adquisición de la condición de guardia civil. Sobre esa base, que la ley establezca mecanismos para que no llegue a consolidar la condición pretendida de guardia civil alguien que por su conducta anterior (tal vez desconocida por la autoridad competente para acordar el ingreso como alumno) ha sido condenado por un delito, habilitando para ello un mecanismo legal de pérdida de la condición de alumno de la Guardia Civil, está en línea de coherencia sistemática con las especiales exigencias de rigor para poder ingresar en centros docentes de formación de la Guardia Civil, expresadas en el artículo 26.2 de la Ley 42/1999. Tales exigencias evidencian la finalidad del precepto de garantizar que solo puedan acceder a dicho instituto personas de conducta irreprochable. Y tal finalidad da sentido a un supuesto de pérdida de la condición de alumno, que no implica sino la interrupción de una dinámica de acceso a la condición de guardia civil.*

*Desde esa clave sistemática y finalística no se advierte ninguna dificultad lógica ni axiológica para que la ley pueda ser más rigurosa en las cautelas para impedir que se llegue a adquirir la condición de guardia civil, en razón de conductas que, de ser cometidas después de que se hubiese adquirido ya esa condición, no podrían determinar la pérdida de ella (artículo 88 de la Ley 42/1999).*

*Por otra parte, en una interpretación sistemática de los apartados 1, letras d) y e) del artículo 41 de la Ley 42/1999, si los dos supuestos legales referidos debieran tener la conexión implícita que la tesis de la recurrente propone, lo que podría carecer de sentido, sería la previsión de dos supuestos legales que se sustentarían en un mismo hecho: la condena por sentencia penal por hechos constitutivos del mismo tipo de delito, cometidos después de haber adquirido la condición de alumno.*

*En cambio, la duplicidad de supuesto adquiere indudable sentido sistemático si la sentencia a la que se refiere el supuesto de la letra e), en vez de limitarse a solo delitos cometidos después de haber adquirido la con-*

*dición de alumnos (respecto de los que la pérdida de esa condición podría entrar también en el de la letra e), se abre a hechos anteriores al ingreso en la escuela, que, en su caso, lo hubieran impedido, si la sentencia se hubiese dictado antes de él, pues en tal caso no se darían los requisitos exigidos al respecto en el artículo 26.2 de la ley de constante cita.*

*Desde otro punto de vista, en cuanto a la desvinculación entre los supuestos legales alusivos a los elementos relacionados con la condición de alumno y con la pérdida de la condición de guardia civil, ha de tenerse en cuenta, en línea con lo que antes hemos calificado como mayor rigor en las exigencias de selección de los alumnos, que mientras que la acreditación de buena conducta y la ausencia de antecedentes penales son exigencias para el ingreso, ninguno de esos dos requisitos en general tienen en principio relevancia respecto de las causas de pérdida de la condición de guardia civil. Es más, el hecho impidente del acceso a la condición de alumno de la Guardia Civil por antecedentes penales puede deberse a antecedentes por delito que nada tenga que ver con lo previsto en el supuesto legal de la letra d) del apartado 1 del artículo 41 de la Ley 42/1999, lo que es un dato más evidenciador de lo que hemos calificado de mayor rigor en las exigencias para acceder a la condición de guardia civil, que para la pérdida de esa condición cuando haya llegado a adquirirse.*

*No puede así considerarse aceptable el elemento de base de la interpretación defendida por el recurrente de la vinculación lógica entre el apartado e) y el d) del apartado 1 del artículo 41 de la Ley 42/1999.*

*Ello sentado, en la medida en que el supuesto legal del apartado 3) citado no incluye ningún límite cronológico relacionado con el momento de producción de los hechos objeto de la condena penal, es visto que la condena producida después de que el recurrente hubiese adquirido la condición de alumno se integra con indiscutible claridad en dicho supuesto legal, cuya aplicación al caso del actor debe considerarse, como lo ha hecho la sentencia recurrida, totalmente conforme a derecho, lo que basta para la desestimación del recurso de casación (FJ 6.º).*

### **Conciliación en sistemas de ascensos y evaluaciones procedentes de distintas escalas.**

SAN, sección 5.<sup>a</sup>, de 12 de diciembre de 2012, Recurso: 434/2010.  
Ponente: D. Fernando Francisco Benito Moreno.

Se analiza en esta sentencia el encaje de las diferentes normas, antigua escala de oficiales y escala superior, contradictorias entre sí, y su concilia-

ción en los sistemas de ascensos y evaluaciones, a fin de tratar de equiparar dos escalas que de origen eran diferentes.

Sobre este aspecto la Sentencia establece (ROJ: SAN 5257/2012):

*TERCERO.—Las reglas generales sobre los ascensos se contienen actualmente en la Ley 39/2007, que prevé distintos sistemas: elección, clasificación, concurso o concurso-oposición y antigüedad; en el sistema de clasificación los ascensos se producen por el orden derivado de un proceso de evaluación (artículo 88.2), rigiendo para el ascenso al empleo de teniente coronel y al de comandante [artículo 89.1.c)].*

*La concesión del ascenso se condiciona, entre otros requisitos, al de haber sido evaluado, pues la evaluación para el ascenso tiene por objeto determinar la aptitud o la no aptitud para el mismo y, en su caso, las condiciones de idoneidad y prelación, produciendo efectos en el sistema de clasificación —y en el de elección— durante un ciclo de ascensos cuya duración es de un año (artículo 92.1). En este tipo de evaluaciones para el ascenso por clasificación se ha de indicar la aptitud o, motivándola, la no aptitud de los evaluados para el ascenso y analizarse las condiciones de prelación e idoneidad en cuanto a las facultades y capacidades profesionales requeridas para el desempeño de los destinos del empleo superior, que determinarán la clasificación de los evaluados (artículo 94). Además, se encarga al ministro de Defensa fijar «con carácter general los méritos y aptitudes que deben considerar los órganos de evaluación según la finalidad de esta, así como los procedimientos y las normas objetivas de valoración», con ciertas indicaciones expresas (artículo 87.3).*

*En desarrollo de las disposiciones legales se promulgó el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, «por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería», cuya disposición transitoria novena se dedica a las «evaluaciones para el ciclo de ascensos 2009-2010», previendo que las mismas «se iniciarán el 1 de mayo y finalizarán antes del 2 de julio de 2009, fecha en la que comenzará el ciclo de ascensos» (apartado 1) y que «las evaluaciones se efectuarán con los criterios de las normas objetivas de valoración que se encuentren vigentes el 1 de mayo de 2009» (apartado 3).*

*Además, en cumplimiento del artículo 87.3 de la Ley 39/2007, se aprobó la Orden Ministerial 17/2009, de 24 de abril, «por la que se establece el procedimiento y las normas objetivas de valoración de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional» y, trayendo causa de esta orden, en lo que aquí interesa, la Instrucción 34/2009, de 4 de junio, «por la que se establecen las puntuaciones y fórmulas ponderadas a*

*aplicar en las evaluaciones en el Ejército del Aire» y la Instrucción General 60-20, 3.<sup>a</sup> revisión, de 9 de junio de 2009, «sobre normas complementarias para la evaluación y clasificación del personal militar profesional».*

*CUARTO.—A la luz de este marco normativo debemos examinar la pretensión procesal articulada en este proceso.*

*Hemos de manifestar que el recurso se dirige, más que contra un aspecto concreto de la Resolución 762/11004/09, que establece el ordenamiento definitivo para el ascenso por el sistema de clasificación para el ciclo de ascensos 2009/2010, contra la adopción del sistema de clasificación para el ascenso al empleo inmediato superior.*

*En consecuencia, los motivos del recurso exceden del ámbito objetivo de conocimiento de este Tribunal, al pretender impugnar la resolución administrativa en base a una supuesta necesidad de haber arbitrado un sistema que tuviera en cuenta el cambio en el sistema de ascenso de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, por el sistema de antigüedad, y la actualmente vigente, por el sistema de clasificación, evitando que el nuevo sistema de ascenso y las normas objetivas de valoración se aplicaran de manera retroactiva a la carrera profesional desempeñada antes del 1 de julio de 2009.*

*En orden a la supuesta privación de derechos adquiridos y eficacia retroactiva de las normas con afectación negativa de sus intereses profesionales, como ha tenido ocasión de reconocer la Sala, siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, al plantearse cuestiones referidas a la relación jurídica que mantiene el militar con la Administración del Estado, todo lo referente a derechos adquiridos hay que verlo bajo el prisma de esa relación estatutaria, en la que los derechos adquiridos vagamente existen. A estos efectos, cabe oponer que la relación estatutaria que liga a la Administración y al funcionario permite a la primera modificar unilateralmente la situación existente, y esta debe ser aceptada por aquel.*

*En general, ha de señalarse que la doctrina de los derechos adquiridos, conectada a la irretroactividad de la Ley, se halla en crisis desde hace ya bastante tiempo y encuentra difícil acomodo en nuestro vigente ordenamiento jurídico, como ha tenido ocasión de declarar la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/81, de 20 de julio, cuando dice que desde el punto de vista de la constitucionalidad debemos rehuir cualquier intento de aprehender la teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión derechos adquiridos, y es de suponer que los constituyentes la soslayaron no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a exigencias acordes con el Estado de derecho que proclama el artículo*

*1.º de la Constitución, fundamentalmente porque esa teoría de los derechos adquiridos, que obliga a la Administración, no concierne al Legislativo, ni al Tribunal Constitucional, cuando procede a la función de defensa del ordenamiento, como intérprete de la Constitución. Cuando se trata de la defensa del ordenamiento constitucional, hemos de tener en cuenta que el concepto de «derecho individual» no puede confundirse con el ius quaesitum... el principio de irretroactividad del artículo 9.3 en cuanto a las leyes, concierne solo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos fundamentales, en el sentido que hemos dado a esta expresión. Fuera de ello, nada impide constitucionalmente que el legislador dote a la ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno «... que el ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado, cuando ordena las relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de progreso y perfeccionamiento. Normalmente lo hace así al establecer relaciones profuturo, pero difícilmente una norma puede evitar que la regla de futuro incida sobre relaciones jurídicas preexistentes...».*

*QUINTO.—Así mismo, la parte actora cuestiona las disposiciones aplicadas a la evaluación en el ciclo de ascenso 2009-2010, haciendo referencia a la infracción del principio de irretroactividad.*

*Extremo sobre el que ya se ha pronunciado esta Sección en Sentencia de 20 de julio de 2012, recurso 2161/2009, en la que decíamos:*

*«Con carácter previo conviene distinguir el sistema de ascenso, el ciclo de ascenso y la evaluación para el ascenso, pues, aún estando relacionados con la misma cuestión, las del ascenso se sitúan en planos distintos. Con esta diferenciación se comprende que el apartado 1 de la Disposición transitoria primera de la Ley 37/2009 conserve la aplicación de los sistemas de ascenso de la Ley 17/1999 hasta el 30 de junio de 2009; que el apartado 5 de la Disposición transitoria cuarta de la misma Ley 37/2009 diga que el ciclo de ascensos 2009-2010 comienza el 2 de julio de 2009; que la Disposición transitoria primera del Real Decreto 168/2009 señale que el Reglamento que aprueba rija los ascensos que se produzcan a partir del 1 de julio de 2009, y que la Disposición transitoria novena del Reglamento de evaluaciones fije la realización de las evaluaciones para el ciclo de ascensos 2009-2010 entre el 1 de mayo y el 2 de julio de 2009».*

*Conforme a la Disposición transitoria novena del Reglamento de evaluaciones y ascensos, las evaluaciones para el ciclo de ascensos 2009-2010, además de tener que realizarse, según se acaba de decir, entre el 1 de mayo y el 2 de julio de 2009, debían efectuarse con los criterios de las normas objetivas de valoración vigentes el 1 de mayo de 2009.*

*La Orden 17/2009, que, a tenor de su apartado primero, punto 1, tiene por finalidad «establecer los méritos, aptitudes, procedimientos y normas objetivas de valoración que se deben considerar en los procesos de evaluación del personal militar profesional», entró en vigor, según su disposición adicional segunda, el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, que tuvo lugar el 30 de abril de 2009, por lo que es dicha orden la que rige la evaluación correspondiente al ciclo de ascensos reseñado, sin que ningún reproche pueda hacerse al respecto.*

*De lo que antecede resulta claro que las evaluaciones para el ascenso en el ciclo 2009-2010 se regían por la Orden 17/2009.*

*Pero el problema se traslada también por el actor a la Instrucción 34/2009, de 4 de junio, del Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, se establecen las puntuaciones y fórmulas ponderadas a aplicar en evaluaciones en el Ejército del Aire, pues es de fecha posterior a la prevista en la disposición transitoria novena del Reglamento de evaluaciones. Sin embargo, hay que destacar que la regla de la indicada disposición transitoria novena se limita a «los criterios de las normas objetivas de valoración», que son los contenidos en la Orden 17/2009, pues la Instrucción no recoge ninguno al limitarse a concretar aspectos de esos criterios predeterminados, sobre la base de la habilitación contenida en la Disposición final primera de la repetida Orden 17/2009.*

*En consecuencia, ninguna irretroactividad indebida ni vulneración de los principios de legalidad y de jerarquía normativa cabe apreciar en la aplicación de la Orden 17/2009 y de la Instrucción 34/2009».*

También en esta Sentencia, respecto de los informes de calificación personal se determina:

*Los informes personales de calificación constituyen uno de los elementos que integran el historial militar del funcionario militar, teniéndose en cuenta en la evaluación para el ascenso al empleo inmediato superior. Así, a tenor de la Orden 17/2009, los elementos de valoración «cualidades de carácter profesionales», «cualidades personales» y «prestigio profesional y capacidad de liderazgo» se determinan sobre dichos informes personales de calificación.*

*Según ha advertido esta Sección en ocasiones anteriores (entre otras, Sentencia de 4 de noviembre de 2009 –recurso contencioso-administrativo 412/2008–), la realización de estos informes se encomendaba al jefe directo del interesado, conforme a conceptos predeterminados por el Ministro de Defensa, a quien incumbía determinar el sistema general de los informes personales de calificación, común para todos los militares de carrera, y el nivel jerárquico de los jefes*

*directos de los interesados que debían realizarlos y a los jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, quienes podían proponer las condiciones específicas para cada cuerpo o escala de su respectivo ejército. De la regulación sobre estos informes se resalta que la calificación de cada uno de los apartados que integra el informe anual de un concreto funcionario militar reúne los caracteres de un informe emitido por su superior jerárquico, frente al cual la Ley establecía como consecuencia jurídica «que el afectado puede efectuar alegaciones, que se unirán al expediente, y el afectado deberá ser orientado sobre su competencia y forma de actuación profesional en los apartados que obtenga calificación negativa». Sin embargo, también se ha resaltado en pronunciamientos precedentes (a título de ejemplo, Sentencias de 25 de mayo de 2000 –recurso contencioso-administrativo 599/1998–, de 13 de julio de 2000 –recurso contencioso-administrativo 142/1999–, de 6 de marzo de 2003 –recurso contencioso-administrativo 1082/2001– o de 23 de noviembre de 2005 –recurso contencioso-administrativo 21/2004–) que «la comunicación íntegra de los informes personales no es obligatoria, y no solo porque, como todos los informes, constituye actos de trámite –en nuestro caso del procedimiento de evaluación–, sino también porque su publicidad resulta afectada por la normativa sobre secretos oficiales contenida en la Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, ya que la Orden de 28 de mayo de 1997 establece el carácter confidencial de dichos informes y su sujeción a las normas de protección de documentos oficiales, constandingo que, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, dictado al amparo de la Ley de Secretos Oficiales, se ha atribuido la clasificación de ‘reservados’ a esos informes personales».*

*Partiendo de lo que se acaba de exponer, han de rechazarse las imputaciones efectuadas por el recurrente, pues ninguna denuncia concreta al respecto se realiza por el actor, que centra su esfuerzo argumental en desvirtuar genéricamente la forma de elaboración de los informes personales elaborados con anterioridad a la Ley 37/2009, pero regidos por otra normativa que parece querer obviarse por el demandante.*

*Finalmente, la pretendida infracción del principio de confianza legítima no puede ser aceptada; como hemos dicho en sentencias precedentes sobre similar cuestión, baste a título de ejemplo las Sentencias de 11 de septiembre de 2008, recurso 441/2007 y 21 de enero de 2009, recurso 457/2007, «... el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco*

*de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general».*

### **Ascenso por el sistema de clasificación y derechos adquiridos**

SAN, sección 5.<sup>a</sup>, de 12 de diciembre de 2012, Recurso: 320/2010.

Ponente: D. Ángel Novoa Fernández.

Se estudia en esta Sentencia el ordenamiento definitivo para el ascenso por el sistema de clasificación y se examinan los cambios legislativos habidos en esta materia, desde el prisma de los derechos adquiridos y la eficacia retroactiva de las normas. Así (ROJ: SAN 5251/2012):

*En general, ha de señalarse que la doctrina de los derechos adquiridos, conectada a la irretroactividad de la Ley, se halla en crisis desde hace ya bastante tiempo y encuentra difícil acomodo en nuestro vigente ordenamiento jurídico, como ha tenido ocasión de declarar la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/81, de 20 de julio, cuando dice que desde el punto de vista de la constitucionalidad debemos rehuir cualquier intento de aprehender la teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea la expresión derechos adquiridos, y es de suponer que los constituyentes la soslayaron no por modo casual, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a exigencias acordes con el Estado de derecho que proclama el artículo 1.º de la Constitución, fundamentalmente porque esa teoría de los derechos adquiridos, que obliga a la Administración, no concierne al Legislativo, ni al Tribunal Constitucional, cuando procede a la función de defensa del ordenamiento, como intérprete de la Constitución. Cuando se trata de la defensa del ordenamiento constitucional, hemos de tener en cuenta que el concepto de «derecho individual» no puede confundirse con el ius quaesistum... el principio de irretroactividad del artículo 9.3 en cuanto a las leyes, concierne solo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos fundamentales, en el sentido que hemos dado a esta expresión. Fuera de ello, nada impide constitucionalmente que el legislador dote a la ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno «... que el ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado, cuando ordena las relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de progreso y perfeccionamiento. Nor-*

*malmente lo hace así al establecer relaciones profuturo, pero difícilmente una norma puede evitar que la regla de futuro incida sobre relaciones jurídicas preexistentes...» (FJ 3.º).*

### **Ascenso a comandante auditor**

SAN, sección 5.ª de 12 de diciembre de 2012 (ROJ: SAN 5253/2012),  
Recurso: 359/2010.

Ponente: D. Ángel Novoa Fernández.

Se resuelve en esta Sentencia el recurso, en sentido desestimatorio, interpuesto contra el orden de clasificación para el ascenso a Comandante auditor en el ciclo 2009/2010.

Tal como se contiene en la Sentencia:

SEGUNDO.—Antes de examinar las concretas vulneraciones que el actor dice cometidas en la ordenación para el ascenso, conviene realizar algunas precisiones.

Las reglas generales sobre los ascensos se contienen actualmente en la Ley 39/2007, que prevé distintos sistemas: elección, clasificación, concurso o concurso-oposición y antigüedad; en el sistema de clasificación los ascensos se producirán por el orden derivado de un proceso de evaluación (artículo 88.2 b), rigiendo para el ascenso al empleo, entre otros, de comandante (artículo 89.1.c).

La concesión del ascenso se condiciona, entre otros requisitos, al de haber sido evaluado, pues la evaluación para el ascenso tiene por objeto determinar la aptitud o la no aptitud para el mismo y, en su caso, las condiciones de idoneidad y prelación, produciendo efectos en el sistema de elección durante un ciclo de ascensos cuya duración es de un año (artículo 92.1).

En este tipo de evaluaciones para el ascenso por clasificación rige lo dispuesto en el art. 94 :

*1. Serán evaluados para el ascenso por el sistema de clasificación quienes reúnan o puedan reunir, antes del inicio del ciclo de ascensos, las condiciones establecidas en el artículo 90 y se encuentren en las zonas de escalafón que para cada empleo y escala determinen los jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire. Por orden del ministro de Defensa, previo informe del jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, se establecerá para cada período cuatrienal de plantillas el máximo y el mínimo de la relación entre el número de evaluados en cada ciclo y el de vacantes previstas, concretándolos para cada empleo y escala.*

2. Las evaluaciones indicarán la aptitud o, motivándola, la no aptitud de los evaluados para el ascenso y analizarán las condiciones de prelación e idoneidad en cuanto a las facultades y capacidades profesionales requeridas para el desempeño de los destinos del empleo superior, que determinarán la clasificación de los evaluados.

La evaluación, una vez informada por el Consejo Superior correspondiente, será elevada al jefe de Estado Mayor del Ejército respectivo, quien, teniendo en cuenta además su propia valoración, declarará en primer término la aptitud o no aptitud de los evaluados para el ascenso y aprobará su orden de clasificación.

En desarrollo de las disposiciones legales se promulgó el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, «por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería», cuya disposición transitoria novena se dedica a las «evaluaciones para el ciclo de ascensos 2009-2010», previendo que las mismas «se iniciarán el 1 de mayo y finalizarán antes del 2 de julio de 2009, fecha en la que comenzará el ciclo de ascensos» (apartado 1) y que «las evaluaciones se efectuarán con los criterios de las normas objetivas de valoración que se encuentren vigentes el 1 de mayo de 2009» (apartado 3).

Además, en cumplimiento del artículo 87.3 de la Ley 39/2007, se aprobó la Orden Ministerial 17/2009, de 24 de abril, «por la que se establece el procedimiento y las normas objetivas de valoración de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional».

TERCERO.—El anterior marco sirve para analizar los defectos de tramitación y la falta de motivación relacionados en la demanda:

a) La primera queja del actor tiene que ver con la vulneración de trámites esenciales del procedimiento administrativo: los motivos de impugnación que fundamentan en el presente recurso se sustentan, en primer término, en entender que la norma procedimental que sirve de cauce para la realización del proceso de evaluación y clasificación, la Orden Ministerial 17/2009, de 24 de abril, «por la que se establece el procedimiento y las normas objetivas de valoración de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional», adolece de vicio de nulidad de pleno derecho al prescindir de trámites esenciales en el procedimiento administrativo y, en definitiva, ser inadecuada a la finalidad que para las evaluaciones para el ascenso establece la Ley 39/2007, de la Carrera Militar.

A esta pretendida nulidad de pleno derecho se pueden argumentar varias cuestiones:

*La primera, que la falta de audiencia a la que alude, y de la que en definitiva deriva el vicio de nulidad, se refiere al procedimiento de elaboración de los actos administrativos (art. 84 LPA. Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5.) pero no a los procedimientos específicos que tienen su propia regulación legal y reglamentaria. En este caso, por la Ley 37/2009; el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, y la Orden 17/2009, que, a tenor de su apartado primero, punto 1, tiene por finalidad «establecer los méritos, aptitudes, procedimientos y normas objetivas de valoración que se deben considerar en los procesos de evaluación del personal militar profesional».*

*La segunda, y en relación con la anterior; es que se le ha producido una indefensión ante la actuación de la Junta de Evaluación; desconociendo los elementos objetivos en los que su labor se apoye, lo único conocido durante la tramitación resulta ser el requerimiento de documentación que se exige para estar en el proceso y la resolución final publicada en el BOD. Sobre estas cuestiones ya se ha pronunciado esta misma Sala y Sección en diversas sentencias, con la siguiente doctrina (recurso 47/2002, entre otros): «Conjugando lo expuesto en los dos fundamentos jurídicos anteriores resulta que, por una parte, para el ascenso al empleo superior el militar debe haber sido previamente evaluado... Y ello debe hacerse en base a un procedimiento y unos criterios establecidos normativamente, de tal modo que el control jurisdiccional solo puede alcanzar, salvo en supuestos de desviación de poder, arbitrariedad o error –que, en nuestro caso, no se han acreditado ni siquiera indiciariamente–, a los aspectos jurídicos en discusión.*

*Lo mismo cabe decir del trámite de audiencia, que además resulta innecesario, y su falta no produce, por esto, indefensión si se tiene en cuenta que la materia de calificación está sometida a la discrecionalidad técnica de la Administración y su criterio no puede impugnarse en vía contencioso-administrativa salvo error de hecho o infracción de una norma jurídica que, como veremos, no se han producido en el presente caso.*

*La tercera alegación viene residenciada en la falta de motivación de la resolución que pone final al procedimiento, que debería incorporar al menos la fundamentación fáctica y jurídica.*

*Hemos de recordar en primer término que la resolución impugnada no hace sino desestimar el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución 5431/10628/09, de 7 de julio, por la que se aprueba el orden de clasificación para el ascenso a comandante auditor; y desestima el mismo explicando las razones de hecho y de derecho que se constriñen fundamentalmente*

*a que el actor no hace sino cuestionar la actividad de los organismos de evaluación, y explicando detalladamente en los puntos II y IV las razones para desestimar el recurso de alzada respecto a alegaciones que reproduce en vía jurisdiccional.*

*Pero es más, ha de tenerse en cuenta que, como ya declaró esta Sección en sentencias precedentes (así, Sentencia de 9 de junio de 2010 –recurso contencioso-administrativo 1484/2008–), «en materia de procesos selectivos no rigen los principios generales sobre la motivación de los actos administrativos, conforme al artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino que se realizará con arreglo a las normas que regulan la convocatoria, y, concretamente en los ascensos, la simple resolución acordando el ascenso está suficientemente motivada precisamente por las razones de escoger al más capacitado y al más idóneo para el ascenso, por lo que se considera que no existe dicha falta de motivación, toda vez que las puntuaciones que reflejan las mismas traen causa directa en los méritos acreditados documentalmente por los aspirantes, sobre los cuales se ha desplegado la discrecionalidad técnica del órgano de selección, la Junta de Evaluación, y en vista de la documentación presentada otorga una puntuación, y en base a la cual se determina quién asciende y quién no» .*

*Hay que puntualizar, además, que la Resolución 5431/10628/09, de 7 de julio, anuncia que contra la misma cabe recurso de alzada, y que como hemos visto materializa en actor, culminando el recurso con la vía contencioso-administrativa. No existe indefensión alguna.*

*CUARTO.–Bajo la rúbrica de «vulneración de los trámites esenciales del procedimiento de evaluación y clasificación, que imposibilitan una resolución ajustada a derecho» denuncia una serie de vicios de forma que invalidan la resolución de fondo al privar a la autoridad competente para resolver de los elementos esenciales para valorar los méritos y capacidades del personal evaluado.*

*Basta la lectura de los distintos apartados de la demanda, para denotar una crítica del sistema de evaluación que no se ampara en dato válido alguno, así, desde supuestas certificaciones erróneas por parte del secretario, falta de respeto a los plazos, falta de solicitud de informes sobre capacidad de liderazgo, junto a una crítica sostenida del sistema, que no ampara en norma alguna infringida, concluye con que no resulta admisible entender que como apunta la resolución impugnada, que las actas de la Junta Permanente de Evaluación tengan la cualidad de materia clasificada, así como las deliberaciones y actuaciones de las Juntas Superiores.*

*Pues bien, el art. 57.1 y 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, atribuyen la presunción de validez y eficacia a los actos administrativos, lo que conlleva que quien impugna la validez o eficacia de los actos administrativos tiene que justificar, además de los datos fácticos en que se apoya su derecho, en qué infringe el acto impugnado las normas de aplicación al caso, pues de otro modo el planteamiento de una controversia ante los tribunales de Justicia resulta defectuosa, pues estos no pueden sustituir a los órganos de la Administración en las funciones que les son propias al venir limitado el objeto de la revisión a lo dispuesto en la ley de esta jurisdicción.*

*Dicho esto, esta Sección tiene declarado sobre las actas, informes y documentos utilizados en las evaluaciones, de las evaluaciones lo siguiente (recurso 47/2002, entre otros):*

*De ahí que no pueda ni atribuir a la evaluación una supuesta oscuridad en base a que infringe los principios constitucionales reseñados, porque se valoran documentos a los que no se tiene acceso, así, los informes personales y las actas de la Junta de Evaluación tienen carácter reservado, sin que además se cumplan los trámites de audiencia a los interesados, ya que esta documentación que analiza la Junta de Evaluación, y que comprende el historial militar, con su hoja de servicios, IPEC, expediente académico entre otros, conforme ha igualmente declarado esta Sección... La comunicación de los IPEC no es obligatoria no solo porque, como todos los informes, constituyen actos de trámite, sino también porque su publicidad resulta afectada por la normativa sobre secretos oficiales contenida en la Ley 9/68, de 5 de abril, modificada por la Ley 48/78, de 7 de octubre, ya que la OM 74/93, de 8 de abril, establece el carácter confidencial de dichos informes y su sujeción a las normas de protección de documentos oficiales, por lo que, según informa la Administración en el expediente, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, dictado al amparo de la Ley de Secretos Oficiales, atribuye a dichos informes personales la clasificación de reservado.*

*Los informes personales de calificación constituyen uno de los elementos que integran el historial militar del funcionario militar, teniéndose en cuenta en la evaluación para el ascenso al empleo inmediato superior. Así, a tenor de la Orden 17/2009, los elementos de valoración «cualidades de carácter profesionales», «cualidades personales» y «prestigio profesional y capacidad de liderazgo» se determinan sobre dichos informes personales de calificación.*

*Según ha advertido esta Sección en ocasiones anteriores (entre otras, Sentencia de 4 de noviembre de 2009 –recurso contencioso-administrativo*

*412/2008– y de 20 de junio de 2012 –recurso 2136/2009–), la realización de estos informes se encomendaba al jefe directo del interesado, conforme a conceptos predeterminados por el ministro de Defensa, a quien incumbía determinar el sistema general de los informes personales de calificación, común para todos los militares de carrera, y el nivel jerárquico de los jefes directos de los interesados que debían realizarlos y a los jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire quienes podían proponer las condiciones específicas para cada cuerpo o escala de su respectivo ejército. De la regulación sobre estos informes se resalta que la calificación de cada uno de los apartados que integra el informe anual de un concreto funcionario militar reúne los caracteres de un informe emitido por su superior jerárquico, frente al cual la Ley establecía como consecuencia jurídica «que el afectado puede efectuar alegaciones, que se unirán al expediente, y el afectado deberá ser orientado sobre su competencia y forma de actuación profesional en los apartados que obtenga calificación negativa». Sin embargo, también se ha resaltado en pronunciamientos precedentes (a título de ejemplo, Sentencias de 25 de mayo de 2000 –recurso contencioso-administrativo 599/1998–, de 13 de julio de 2000 –recurso contencioso-administrativo 142/1999–, de 6 de marzo de 2003 –recurso contencioso-administrativo 1082/2001– o de 23 de noviembre de 2005 –recurso contencioso-administrativo 21/2004–) que «la comunicación íntegra de los informes personales no es obligatoria, y no solo porque, como todos los informes, constituyen actos de trámite –en nuestro caso del procedimiento de evaluación–, sino también porque su publicidad resulta afectada por la normativa sobre secretos oficiales contenida en la Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, ya que la Orden de 28 de mayo de 1997 establece el carácter confidencial de dichos informes y su sujeción a las normas de protección de documentos oficiales, constando que, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, dictado al amparo de la Ley de Secretos Oficiales, se ha atribuido la clasificación de ‘reservados’ a esos informes personales» .*

### **Adjudicación de vacante**

SAN, sección 5.<sup>a</sup>, de 28 de marzo de 2012, Recurso: 1705/2009 y Recurso: 1877/2009.

Ponente: D. José Luis Gil Ibáñez.

Se resuelven en estas dos sentencias los dos recursos interpuestos contra el nombramiento de delegado de Defensa en Andalucía, con sede en

Sevilla, al coronel auditor del Cuerpo Jurídico Militar de la Escala Superior de Oficiales. Los contundentes argumentos utilizados en las sentencias para desestimar las impugnaciones fueron los siguientes (ROJ: SAN 1643/2012 y SAN 1644/2012):

*SEGUNDO.—El Real Decreto 308/2007, de 2 de marzo, «sobre organización y funcionamiento de las Delegaciones de Defensa», dispone, en el apartado 1 del artículo 6, que «Al frente de cada Delegación de Defensa existirá un delegado, cuyo nombramiento corresponderá al ministro de Defensa, a propuesta del subsecretario de Defensa, entre oficiales generales y oficiales en situación de servicio activo o reserva».*

*Por consiguiente, como reconoce el propio demandante, ninguna restricción se impone en cuanto a los cuerpos militares de donde puede proceder el personal que ocupe tales destinos, y es este criterio rector el que, al emanar de una disposición general, ha de regir la interpretación de las convocatorias para la cobertura de las distintas delegaciones.*

*En este sentido, es cierto que la convocatoria de referencia alude expresamente a los distintos cuerpos específicos del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, así como que, en las observaciones comunes se consigna la posibilidad —“pueden ser solicitadas», se dice— de que las vacantes las solicite determinado personal de esos mismos cuerpos específicos, pero de ello no se sigue sin más, como pretende el recurrente, que estén excluidos los integrantes de los Cuerpos Comunes; del mismo modo, nótese que una observación común faculta para solicitar las vacantes al personal destinado en el extranjero —también se dice que «pueden ser solicitadas» por ese personal—, lo que no supone que solo este personal está habilitado para pedir las.*

*En efecto, al suponer una excepción a la norma general prevista en el Real Decreto 308/2007, la exclusión debería haber estado expresamente recogida o, cuando menos, deducirse sin ningún género de dudas y, en todo caso, venir justificada. Por el contrario, la misma propuesta de publicación de la vacante carecía de una prevención sobre la imposibilidad de que los integrantes de los Cuerpos Comunes pudieran solicitarla, a lo que hay que añadir que se trata de un destino «no específico», a diferencia de los específicos, en los que, quien los ocupa, ejerce mano o desarrolla funciones propias de su cuerpo, escala, empleo y especialidades. También hay que tener en cuenta que se trata de una vacante cuyo sistema de cobertura es el de libre designación, en el que han de reconocerse unas características peculiares que contradicen la tesis del actor, y que la Instrucción Comunicada número 36/2008, de 11 de abril, contiene prevenciones específicas para cuando «los puestos [...] se asignen a personal de los Cuer-*

*pos Comunes de las Fuerzas Armadas», figurando en la plantilla orgánica aprobada por dicha instrucción, anexo I, la Delegación de Defensa en Andalucía.*

*Por consiguiente, la convocatoria de referencia ha de interpretarse en el sentido propugnado por las partes demandadas, de que la expresa mención a los Cuerpos Específicos de los Ejércitos y de la Armada no supone la exclusión de los Cuerpos Comunes, siendo la designación del codemandado conforme a Derecho.*

*Esta conclusión no se desvirtúa por las alegaciones contenidas en la demandada, ya que, por un lado, la interpretación que hace el recurrente de la convocatoria no es la única que se compadece con el ordenamiento jurídico, habida cuenta de la norma que sirve de cobertura de la convocatoria, a cuyo tenor ha de entenderse la misma; por otro lado, la circunstancia de que, en convocatorias posteriores, se haga una mención expresa a que las plazas pueden solicitarse también por los integrantes de los Cuerpos Comunes, que, para el actor, revelaría que en la presente estarían excluidos, admite igualmente otro propósito, cual sería el de clarificar el aspecto discutido en este proceso; finalmente, como resalta el codemandado, no es posible desconocer que, con carácter inmediatamente anterior, ocupó una plaza de subdelegado de Defensa.*

### **Compatibilidad**

STSJ, sección 8.ª, de 2 de abril de 2012, Recurso: 693/2011.

Ponente: D.ª María del Carmen Rodríguez Rodrigo.

Se analiza la denegación de la compatibilidad solicitada para el ejercicio de la actividad privada por cuenta ajena solicitada –abogado–. El Tribunal reitera los argumentos esgrimidos en recursos de esta naturaleza. Así (ROJ: STSJ MAD 2503/2012):

*PRIMERO.—Como ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala y Sección en supuestos similares (Recurso n.º 724/2008, Sentencia 16-XII-09), la resolución recurrida de 25 de mayo de 2011 invoca el art. 16.4 de la Ley 53/1984, según el cual solo podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30% de su retribución básica excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad. Y añade que ascendiendo las retribuciones básicas anuales y el total de los complementos específicos a 13.553,68 euros, el 30% de las retribuciones*

*básicas, excluidos los conceptos que tienen su origen en la antigüedad, asciende a un total de 4.880,71 euros, y en consecuencia los complementos exceden en un total de 8.672,97 euros anuales del límite legal de 4.880,71 euros anuales.*

*El criterio mantenido por la Subdirección General de la Oficina, de Conflictos de Intereses del Ministerio de Administraciones Públicas, la cuantía del complemento específico a que se refiere el art. 16.4 de la Ley 53/1984, a tener en cuenta para efectuar el cálculo de solicitudes de compatibilidad para actividades privadas formuladas por miembros de la Fuerzas Armadas, habrá de ser la suma del importe de los dos componentes, general y singular, que constituyen el complemento específico de este personal, el cual excede, en efecto, en el presente caso del referido 30% de las retribuciones básicas.*

De lo expuesto se deduce que las razones para denegar la compatibilidad pretendida por el recurrente son, de una parte, la equiparación entre el complemento específico regulado en la Ley 30/1984 y el complemento de igual denominación establecido en el Reglamento de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, sin distinguir entre sus dos componentes, general y singular, y, de otra, que en este caso la cantidad que percibe el recurrente por el referido complemento excede del 30% de las retribuciones básicas, excluido el importe de los trienios.

Esta Sección no comparte tales argumentos, y ello porque en el régimen de retribuciones del personal militar, el componente general del complemento específico no tiene ninguna correspondencia con el complemento específico del personal funcionario civil.

En efecto, el art. 3.1 del RD 1314/2005 establece que el complemento general es la parte del complemento específico que se percibe en función del empleo que se tenga, siguiendo un orden jerárquico dentro de cada categoría.

Añade dicho artículo que el componente singular es la parte del complemento específico que retribuye las especiales condiciones en que la unidad de destino desarrolla su actividad, así como, dentro de ella, las particulares condiciones de responsabilidad, preparación técnica, peligrosidad y penosidad del puesto.

Por su parte el art. 23.3.b) de la Ley 30/1984 define el complemento específico como aquel destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad.

Por lo tanto lo equiparable es el componente singular del complemento específico del personal de las Fuerzas Armadas con el complemento espe-

cífico de los funcionarios de la Administración civil, quedando fuera de la equiparación el componente general de aquel complemento, que nada tiene que ver con el puesto de trabajo, sino con el empleo del militar de que se trate.

La referencia que se hace en el art. 16.4 de la Ley 53/1984, precepto en el que se fundamenta la denegación de la compatibilidad, a «complementos específicos o conceptos equiparables» no debe interpretarse en el sentido de que, tratándose de funcionarios militares, se incluya en tales conceptos el componente general del complemento específico, que no es equiparable al complemento específico regulado en la Ley 30/1984.

En consecuencia con lo expuesto, si según la «Certificación de haberes» y la «Hoja de cálculo» existentes en el expediente, el recurrente percibía en concepto de componente general del complemento específico la cantidad mensual de 484,39 euros, el importe anual por este concepto no puede ser tenido en cuenta para confrontarlo con el 30% de las retribuciones básicas, como límite anual, ascendente a 4.880,71 euros, debiendo computarse solamente la cantidad percibida en concepto de componente singular –483,73 euros por doce meses– 5.804,76 euros anuales, aquí sí supera el referido 30% (4.880,71 euros), en la cantidad de 924,05 euros, por lo que no procede la compatibilidad solicitada y, en consecuencia, resulta procedente la desestimación del recurso.

## CUESTIONES PROCESALES

### **Consideración de acto firme a los efectos del artículo 29.2**

LRJCASTS, sección 6.<sup>a</sup>, de 21 de marzo de 2012, Recurso 1389/2009.  
Ponente: D. Juan Carlos Trillo Alonso.

El Tribunal Supremo estudia en esta Sentencia la posible falta de ejecución de actos firmes por parte de la Administración, todo ello en relación con los terrenos en donde se ubica el acuartelamiento militar denominado «Campamento Benítez» y la diferencia entre reversión de un bien expropiado como consecuencia de su desafectación, o la revocación de una donación con la consiguiente devolución de lo donado.

Los hechos analizados arrancan de la sesión celebrada por el Ayuntamiento de Málaga el 30 de julio de 1924, en la que se adoptó el acuerdo de adquirir la «Viña procedente del Cortijo de Velarde, que tiene una cabida de 67 obradas, equivalentes a 27 hectáreas» y «ceder gratuita-

mente al Ramo de Guerra la propiedad de dicha finca para instalación de la Brigada de Reserva del Ejército de África, a condición de que si el Estado dejara de utilizarla para dichos fines u otros análogos, volverá la repetida finca al dominio de la corporación municipal», autorizando al alcalde para el otorgamiento de las correspondiente escrituras. Sin embargo, según consta en el acta de la sesión que tuvo lugar el 20 de mayo de 1925, el jefe de Derechos y Propiedades del Ramo de Guerra en Málaga devolvió «el proyecto de escritura de cesión al referido Ramo del Cortijo de Velarde, con destino a la instalación de la Brigada de Reserva de África», acompañado de diversos antecedentes e informes, pidiendo la modificación [aunque en el texto consta «la notificación»] «del proyecto de que se trata, en el sentido de que la donación sea en pleno dominio y sin causa de reversión alguna», aprobándose por unanimidad esta propuesta, de forma que el 3 de mayo de 1928 se otorgó escritura de donación por el «Ayuntamiento de Málaga a favor del Estado (Ramo de Guerra) [d] el Campamento de Benítez», en la que constan las siguientes «cláusulas o estipulaciones»: Donación. El mismo señor [alcalde de Málaga], llevando a término el acuerdo del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, dona el predio descrito en el apartado sexto al Estado (Ramo de Guerra), en pleno dominio, como libre en absoluto de cargas reales vigentes y con las servidumbres activas indicadas al describirlo y, en general, cuantos usos o aprovechamientos le sean accesorios.

Pasado el tiempo, por Resolución de 17 de noviembre de 1995, del ministro de Defensa, se acordó la desafectación, alienabilidad y puesta a disposición de la Gerencia de Infraestructura de la Defensa del denominado «Acuartelamiento Campamento Benítez», ante lo cual el Ayuntamiento de Málaga solicitó la revisión de oficio, debido a la desafectación producida, por nulidad de pleno Derecho, de la Resolución de 17 de noviembre de 1995. El conflicto terminó en los tribunales, que fallaron a favor del Ministerio de Defensa.

No obstante, el alcalde de Málaga dirigió nuevo escrito el 8 de julio de 2004 al Ministerio de Defensa interesando la revocación de la donación por la vía del artículo 647 del Código Civil. Este escrito fue respondido por otro de 30 de julio de 2004, del ministro de Defensa, informando «que he remitido al secretario de Estado de Defensa su escrito para que lo estudie con el debido interés y a fin de que haga llegar la correspondiente respuesta». Por un nuevo escrito de fecha 3 de marzo de 2005, el alcalde de Málaga reitera la cuestión, contestando el ministro de Defensa en el sentido de afirmar «la absoluta seguridad de que el Ministerio de Defensa acomodará sus decisiones a los imperativos legales».

Con posterioridad, por Orden de 27 de febrero de 2006, del ministro de Economía y Hacienda, se acordó la afectación al dominio público del Acuartelamiento Campamento Benítez y su adscripción al Ministerio de Fomento, que el 4 de julio de 2005 había firmado un protocolo con el Ministerio de Defensa para dedicar el terreno a la construcción de un parque y Museo del Transporte. Por Resolución de 29 de julio de 2008, la ministra de Fomento desestimó «la reclamación previa a la vía judicial civil formulada por [...] el Ayuntamiento de Málaga, declarando que no procede la reversión de los terrenos conocidos como Acuartelamiento Campamento Benítez, sitios en la ciudad de Málaga».

Tras estas vicisitudes, el Ayuntamiento de Málaga acudió a la Audiencia Nacional, y con referencia al escrito de fecha 8 de julio de 2004, mediante demanda presentada en esta Sala el 1 de julio de 2008, la representación procesal del Ayuntamiento de Málaga solicitó, sobre la base del apartado 2 del artículo 29 de la Ley de esta jurisdicción, que «se ordene a la Administración General del Estado que ejecute el acto administrativo producido por silencio positivo y consecuentemente proceda a la reversión de los terrenos conocidos como Acuartelamiento Campamento Benítez al Ayuntamiento de Málaga, otorgando la escritura pública de transmisión para su constancia y reflejo en el Registro de la Propiedad a favor del municipio».

Con estos antecedentes, el Tribunal Supremo en esta Sentencia determina (ROJ: STS 1727/2012):

«... lo primero que procede examinar es si nos encontramos ante un acto administrativo firme ganado por silencio positivo, punto de partida o premisa del Ayuntamiento recurrente. Si no existe un acto firme mal puede instarse de la Administración su ejecución y, ante su negativa a ejecutar, demandarlo con éxito, al amparo del artículo 29.2 de la Ley Jurisdiccional, por el procedimiento abreviado del artículo 78 de igual texto legal, al que expresamente se remite el citado artículo 29.2.

*Así lo entiende la sentencia de instancia cuando refiere en su fundamento de Derecho segundo que lo primero que ha de constatarse es la existencia de un acto administrativo firme.*

*Es incuestionable que la inexistencia de un acto administrativo firme que deba ejecutarse impida la utilización del procedimiento del artículo 78 de la Ley Jurisdiccional al que, en efecto, se remite el artículo 29.2 para el supuesto de que «la Administración no ejecute sus actos firmes» y deje transcurrir el plazo de un mes desde la petición de ejecución que se le formule.*

*Pues bien, en consideración a que a juicio de la Sala de instancia no existe un acto firme, la sentencia desestima el recurso contencioso-admi-*

nistrativo. Para ello tiene en cuenta esencialmente, y así se expresa en su fundamento de derecho segundo, que el acto administrativo firme que en definitiva se invoca «sería consecuencia del silencio positivo», y que, de conformidad con el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, «no se pueden adquirir facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, ya que en tales casos el acto es nulo de pleno derecho».

Expuesto en los términos indicados el ámbito del debate, es de advertir que aunque la Sentencia se fundamenta esencialmente en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, para no apreciar la existencia de un acto administrativo firme ganado por silencio, implícitamente, al analizar la naturaleza de la donación y hacer mención a su hipotética revocación, lo que en definitiva observa la Sala a quo es, no solo la inexistencia de un acto firme, sino también la inexistencia de un acto administrativo que como por tal proceda ejecutarse.

La inexistencia de un acto administrativo resulta evidenciada en el supuesto de autos en el que lo realmente instando no es la reversión de un bien expropiado como consecuencia de su desafectación y sí la revocación de una donación con la consiguiente devolución de lo donado. No de otra forma ejercitó el Ayuntamiento su pretensión devolutiva, como fácilmente puede comprobarse con el escrito de 8 de julio de 2004, reiterado el 3 de marzo de 2005, en la que ya no solo se alude a la revocación de la donación con pretendido amparo en el artículo 647 del Código Civil, sino que además se presenta como una pretensión previa a la reclamación en la vía jurisdiccional civil (FJ 3.º).