

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

por Emilio Fernández-Piñeyro y Henández
Teniente Coronel Auditor

SUMARIO

I. ASCENSO AL EMPLEO DE GENERAL. II. DESAFECTACION DEMANIAL. III. NOTIFICACION PERSONAL DE RESOLUCION ADMINISTRATIVA E INDICACION DE RECURSO. IV. RENUNCIA A LA CONDICION DE MILITAR DE CARRERA

I. ASCENSO AL EMPLEO DE GENERAL.-

Estimación de recurso de casación en interés de la Ley y fijación de la siguiente doctrina legal: “...primero, que, a efectos de lo previsto en el artículo 1º de la Ley 27/1991, de 5 de diciembre, el *régimen ordinario de ascensos* comprende, exclusivamente, los ascensos obtenidos por los sistemas de antigüedad y cupo de orden de escalafón dentro del sistema de selección pero, en ningún caso, los obtenidos por el sistema de elección y, segundo, que, conforme a la Ley y a la jurisprudencia, al empleo de oficio General se asciende, únicamente, por elección del Consejo de Ministros, plasmada en el correspondiente Real Decreto de nombramiento”.

Tribunal Supremo
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Séptima
Sentencia de 27 de febrero de 1999
Ponente: Excmo. Sr. D. Gustavo Lescure Martín

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - Por Orden de 25 de abril de 1977, dictada en aplicación del Real Decreto Ley 10/1977, de 8 de febrero, regulador del ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte los miembros de las Fuerzas Armadas, D. *** , a la sazón Teniente Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico Militar del Ejército del Aire, pasó a la situación de retirado. Tras la entrada en vigor de la Ley 27/1991, de 5 de diciembre, sobre reconocimiento de determinados empleos militares, solicitó, y le fue concedido por Orden de 9 de abril de 1992, el ascenso a Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico Militar, sin modificación de su situación de retirado. Dicha Ley había dispuesto en su artículo 1º que los militares que, por aplicación del Real Decreto Ley 10/1977, se encontraran retirados al haber obtenido el pase a esa situación para poder ejercer las actividades a que se refería dicho texto legal, “podrán solicitar el empleo militar que haya obtenido en régimen ordinario de ascensos el que les siguiera en el escalafón de procedencia en el momento de su pase a retiro”. Añadía el expresado artículo que “Dicho empleo, que se les concederá con efectividad de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, no supondrá modificación alguna en su situación de retirado ni en los derechos que tuvieran reconocidos con anterioridad”. Con fecha 4 de mayo de 1994, el Sr. *** formuló solicitud de ascenso honorífico al empleo inmediato superior, al amparo del artículo 81.2 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, cuya petición fue desestimada por resolución del Director General de Personal del Ministerio de Defensa, de fecha 14 de junio de 1994. Frente a esta resolución dedujo recurso de reposición solicitando el ascenso a General Consejero Togado, en aplicación de la Ley 27/1991, y, subsidiariamente, el ascenso honorífico a General Auditor, al amparo de la Ley 17/1989, siendo desestimado el recurso por resolución del Ministerio de Defensa de 20 de febrero de 1995. Contra la referida resolución el Sr. *** promovió recurso contencioso-administrativo, que fue resuelto por sentencia dictada el 9 de julio de 1998, por la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, que estimó el recurso por entender que con arre-

glo al artículo 1° de la Ley 27/1991, el recurrente tenía derecho a ser ascendido al empleo de General Consejero Togado, que era el que había obtenido en 1987 D. ***, que le seguía en el escalafón cuando aquél pasó a la situación de retirado. Contra la indicada sentencia el Sr. Abogado del Estado ha promovido el presente recurso de casación en interés de la Ley.

Segundo.- Concurren los presupuestos procesales exigidos para la admisibilidad del presente recurso, en cuanto que nada puede objetarse con relación a la observancia del plazo establecido para su interposición, ni respecto a la legitimación de la Abogacía del Estado, concurriendo asimismo el requisito referido a que el criterio mantenido por la sentencia recurrida, de resultar erróneo, pudiera ser gravemente dañoso para el interés general, puesto que afectaría a todos aquellos militares que, como el recurrente, pasaron a la situación de retiro por aplicación del Real Decreto Ley 10/1977, y se propiciaría, incluso, la extensión de tal criterio a quienes se encontraran en la situación de reserva transitoria, eludiendo así el tradicional sistema electivo para el ascenso al Generalato, lo que afectaría a las normas por las que se rigen las Fuerzas Armadas en materia tan esencial como es la promoción a dicho empleo, e impediría al Gobierno el ejercicio de una potestad que tiene atribuida al efecto por la Ley 17/1989, como se verá más adelante.

Tercero.- La sentencia recurrida fundamenta, en síntesis, su decisión en la consideración de la promoción al Generalato por elección como un sistema de ascenso en régimen ordinario, citando para ello los artículos 5 y 6 de la Ley 48/1981, de 24 de diciembre, sobre ascensos militares, que incluyen entre los ascensos en dicho régimen el obtenido por elección al grado de General, lo que permite al Tribunal *a quo*, deducir que los ascensos extraordinarios son únicamente los que así se determinen por la Ley o que contengan circunstancias o exijan requisitos que sean calificados con tal carácter, como establece el artículo 81 de la Ley 17/1989, al referirse a los ascensos honoríficos concedidos “con carácter extraordinario y en atención a méritos excepcionales”; llegando así el juzgador de instancia a la conclusión de que el ascenso al empleo de General Consejero Togado obtenido por el Sr. ***, que seguía en el escalafón al recurrente cuando éste pasó a la situación de retiro, lo fue en régimen ordinario de ascensos y que, por tanto, se estaba en el caso previsto en el artículo 1° de la Ley 27/1991, que confería al actor el derecho a obtener el mismo empleo que aquél. Rechaza, pues, el fallo recurrido la tesis de que el ascenso por el sistema de elección no sea de régimen ordinario, criterio que a su juicio sólo permitiría al Sr. *** alcanzar el Grado de Coronel, “lo que va en contra del

espíritu reparador e integrador de la mencionada Ley n° 27 de 5 de diciembre de 1991 citada, que dice: “que hubieran alcanzado de haber continuado en las Fuerzas Armadas”.

Cuarto.- El criterio de la sentencia recurrida no puede ser compartido por la Sala. En primer lugar debe observarse que en el momento de promulgarse la Ley 27/1991, ya no estaba en vigor la Ley 48/1981, en la que se apoya básicamente el fallo impugnado para interpretar lo que debía entenderse por “régimen ordinario de ascensos”, ya que dicha norma legal, a tenor de lo previsto en el apartado 2 de la Disposición Derogatoria de la Ley 17/1989, continuó vigente con carácter reglamentario hasta que fue derogada expresamente por el Real Decreto 1622/1990, de 14 de diciembre, que entró en vigor el 1 de febrero de 1991, lo que priva de significado en el ordenamiento positivo a la mencionada locución, toda vez que la Ley 17/1989, prescinde de toda calificación al referirse al régimen de los sistemas de ascenso por elección, selección y antigüedad, que establece en su artículo 82, aunque tales sistemas no deban confundirse con los ascensos honoríficos a los que se hace referencia en el artículo 81, ni con los ascensos por méritos de guerra que, según el mismo precepto, se rigen por Ley. En cualquier caso, la cuestión planteada no consiste tanto en dilucidar lo que debe entenderse por “régimen ordinario de ascensos”, como en determinar si a los efectos de lo previsto en la Ley 27/1991, el ascenso por elección merece la consideración de “ordinario”, y en este sentido no debe desconocerse que el criterio de la sentencia recurrida tropieza con la dificultad que supone el preámbulo de la propia Ley 27/1991, pues si de lo que se trataba, según explica el legislador, era de permitir que los militares que pasaron a retiro por aplicación del Real Decreto Ley 10/1977, pudiesen acceder al empleo que “hubieran alcanzado en régimen ordinario de haber continuado en las Fuerzas Armadas”, es claro que la hipotética continuación en el servicio activo, a la que se subordina únicamente el ascenso, no es en modo alguno suficiente para suponer que se habría alcanzado un ascenso por el sistema de elección, si lo hubiera obtenido de ese modo el siguiente en el escalafón, a diferencia de lo que cabe presumir en el caso de aquellos ascensos en los que sea factor determinante la antigüedad. Y si se acude a los antecedentes legislativos, como hace la sentencia impugnada, se reafirman las dificultades para el criterio que la misma mantiene, y a que en supuestos similares de ascensos por “arrastre” del obtenido por el que ocupan de excluir los ascensos por elección, referidos entonces únicamente al acceso al Generalato. Así, la Ley de 17 de julio de 1953, por la que se creó la situación de reserva, estableció en su

artículo 2° que en esa situación se podría obtener, con carácter honorífico, el empleo superior inmediato cuando haya ascendido por antigüedad el que en el momento de pase a dicha situación le siguiere en la Escala Activa, exceptuando sin embargo de dicho ascenso a los Coroneles. Y de modo análogo, el Real Decreto 1000/1985, de 19 de junio, que crea la situación de reserva transitoria, en su artículo 5° reconoce también en dicha situación el derecho a un ascenso cuando lo haya obtenido, en régimen ordinario, el inmediato siguiente en el escalafón de procedencia que continúa en actividad, pero dispone que esa norma no es de aplicación para el ascenso a los empleos de Oficial General. Es, sin embargo la Ley 17/1989, la norma legal vigente que, como señala el Abogado del Estado, proporciona con alcance de los términos “régimen ordinario de ascensos” del artículo 1° de la Ley 27/1991, y lo hace en los apartados 2 y 3 de su Disposición Adicional Octava, en los que al referirse al derecho a un ascenso de los militares de carrera en situaciones de reserva y de reserva transitoria, establece que dicho ascenso “se producirá cuando le corresponda a uno que le siguiera en el Escalafón de los ascendidos en el cupo de orden de escalafón por el sistema de selección o de los ascendidos por el sistema de antigüedad”.

Por tanto, dados los sistemas de ascenso del personal militar profesional que dicha Ley contempla en sus artículos 81 y siguientes, esto es el de antigüedad, que confiere el ascenso por orden de escalafón, el de selección, en el que un porcentaje se realiza por orden de clasificación resultante de las evaluaciones y el resto por antigüedad u orden de escalafón, y el de elección, que implica el ejercicio de la potestad discrecional técnica de la Administración para elegir entre los considerados aptos para el ascenso, la Disposición Adicional Octava de dicha Ley omite toda referencia tanto al ascenso por clasificación dentro del sistema de selección, como al sistema de elección, al señalar qué sistemas de ascenso “ordinarios” producen el efecto de arrastre de otros compañeros en situaciones administrativas distintas, atribuyendo ese efecto solamente a los ascensos basadas en la antigüedad y el orden de escalafón; criterio que debe aplicarse también en el caso de autos, por cuanto el designio reparador de la Ley 27/1991, no puede conducir a una solución que, como infieren de su preámbulo y que presiden las normas reguladoras de otros ascensos similares por arrastre también del que haya obtenido el siguiente en el orden escalafonal, cuyas normas, en coherencias con el propio fundamento de tales ascensos, sólo contemplan los asados en la antigüedad u orden de escalafón, que son los únicos que racionalmente cabe

suponer que se hubieran alcanzado en el caso de haberse continuado en el servicio activo.

Quinto.- Debe considerarse asimismo errónea la sentencia recurrida, en cuanto desconoce que el ascenso al Generalato, que se produce por el sistema de elección, según dispone la Ley 17/1989, en sus artículos 83.3 y 86.1, y disponía la Ley 6/1988, de 3 de abril, de creación del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, en su artículo 8.1, implica el ejercicio de una potestad discrecional técnica atribuida en exclusiva al Gobierno, como reiteradamente ha declarado esta Sala, pudiendo citarse en este sentido las sentencias de 5 de febrero de 1992, 25 de marzo de 1995, 10 de junio y 12 de julio de 1996, 23 de junio de 1997 y 14 de mayo de 1998, doctrina que incluso ha puesto de manifiesto la imposibilidad de que en sede judicial, caso de prosperar el recurso, pueda reconocerse el derecho al ascenso del recurrente, y que sólo al Consejo de Ministros corresponde tal facultad de elección, con el límite que ello supone a la potestad revisora de los Tribunales de este orden jurisdiccional.

Sexto.- En consecuencia, siendo, por lo expuesto, errónea la doctrina establecida por la sentencia recurrida y gravemente dañosa para el interés general, según se expuso en su momento, procede estimar el recurso y, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia impugnada, declarar como doctrina legal la que propugna la Abogacía del Estado, que figura recogida en el antecedente de hecho segundo de esta resolución, por cuanto dicha doctrina se ajusta a la que se ha mantenido en los precedentes fundamentos jurídicos y guarda la necesaria correlación con la cuestión resulta por la sentencia objeto del presente recurso, debiendo señalarse que si bien existe una reiterada doctrina jurisprudencial acerca de las potestades de elección del Gobierno en el ascenso al grado de General, no se considera ocioso reiterar, a propósito de la interpretación del artículo 1º de la Ley 27/1991, y como solicita el Abogado del Estado, que la única vía de ascenso al empleo de Oficial General es la de la elección por el Consejo de Ministros.

Septimo.- Dada la peculiar estructura del recurso de casación en interés de la Ley, en el que no contienen partes enfrentadas en sus respectivas posiciones, no procede formular pronunciamiento alguno sobre costas.

FALLAMOS

Que declarando haber lugar al recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada el 9

de julio de 1998 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en recurso número 932/95, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, fijamos como doctrina legal correcta, “primero, que, a efectos de lo previsto en el artículo 1º de la Ley 27/1991, de 5 de diciembre, el “régimen ordinario de ascensos” comprende, exclusivamente, los ascensos obtenidos por los sistemas de antigüedad y cupo de orden de escalafón dentro del sistema de selección, pero, en ningún caso, los obtenidos por el sistema de elección, y, segundo, que, conforme a la Ley y a la jurisprudencia, al empleo de oficial General se asciende, únicamente por elección del Consejo de Ministros, plasmada en el correspondiente Real Decreto de nombramiento”. Publíquese este fallo en el Boletín Oficial del Estado.

II.- DESAFECTACION DEMANIAL

La adscripción de terrenos de dominio público por expropiación para aeródromo militar y adscritos posteriormente a AENA no puede identificarse con una mutación demanial que dé lugar a un cambio de la titularidad del bien. La adscripción no implica una transmisión de titularidad sino únicamente una “puesta a disposición” para que el Organismo Autónomo gestione o administre los bienes que se le adscriben.

Audiencia Nacional

Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta

Sentencia de 19 de diciembre de 1999

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Guerra Palacios

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo determinar, si es o no conforme a Derecho, la desestimación presunta de la petición de nulidad de pleno derecho de la resolución de 4 de agosto de 1994 del Ministro de Defensa, que acordó la desafectación del antiguo Aeródromo Eventual de Son Bonet en Mallorca.

Segundo.- La representación de la parte actora alega como hechos y fundamentos en la demanda: que en mi poderdante es concesionario admi-

nistrativo del servicio de bar del Aeródromo de Son Bonet, y en consecuencia el acto administrativo recurrido afecta de un modo directo a la economía e intereses de la entidad recurrente, con lo que está legitimado para sostener la presente acción.

Que el Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, es la entidad administrativa que actualmente tiene adscrito el aeródromo de Son Bonet, dicho ente lo ha recibido a través del siguiente tracto sucesivo:

1.- El Aeródromo de Son Bonet procede de una expropiación inicial derivada por motivos de defensa de la ciudad de Palma, llevada a cabo en 1904, y tres expropiaciones más, cuya causa “expropiadri” fue la construcción o ampliación del aeródromo eventual de Son Bonet.

2.- El 20 de septiembre de 1965, por parte del Ministerio del Aire, cede a la Subsecretaría de Aviación Civil del propio Ministerio, los terrenos del Aeródromo de Son Bonet, según acta firmada el 15 anterior.

3.- El día 27 de octubre de 1989, “Boletín Oficial del Estado” 258, página 33960, el Ministerio de Transportes, en el cual estaba adscrita la Subsecretaría de Aviación Civil, publica la Orden de 19 de octubre del mismo año, por la que se adscribe al Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales, el Aeródromo de Son Bonet.

4.- El día 18 de junio de 1991, “Boletín Oficial del Estado” 145, publica el Real Decreto 905/91, de 14 de junio, por el que se aprueba el Estatuto del Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, AENA, en cuyo artículo 34, dispone la adscripción al Ente, de todos los bienes de dominio público afectos al Organismo Autónomo Aeropuertos Nacionales.

A pesar de la evidencia de la adscripción al Ente Público AENA, del Aeródromo de Son Bonet, y de la falta de competencias por parte del Ministerio de Defensa al no tener adscritos dichos bienes, y seguir afectos al fin público para el que fueron expropiados, valgan las estadísticas que se acompañan a efectos probatorios, no existe en el expediente de reversión prueba alguna de la existencia de la más mínima comunicación al Ente Público AENA, de la intención de desafectación, ni siquiera consulta de cual fuera su opinión al respecto.

El Ministerio de Defensa al no tener adscritos los terrenos en los que está construido el Aeródromo de Son Bonet, carece de competencias para determinar su desafectación al interés público y su alienabilidad, pues no es él, el ente administrativo que tiene las competencias sobre la actividad de evidente interés público que se desarrolla.

Como fundamentos de Derecho alega los artículos 339 y 341 del Código Civil, y los artículos 12 y 62 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, del

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establecen que la competencia es irrenunciable, y que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho cuando vengan dictados por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

Tercero.- El Abogado del Estado se opone a la demanda alegando en primer lugar la falta de legitimación activa de la entidad mercantil recurrente, y en cuanto al fondo del asunto, que la adscripción de un bien demanial a un Organismo Autónomo no puede identificarse siempre con una auténtica mutación demanial que dé lugar a un cambio de la titularidad demanial de dicho bien. Que la auténtica mutación demanial, prevista en la Ley de Patrimonio del Estado exige una completa mutación de destino que ha de realizarse necesariamente a través del Ministerio de Hacienda, lo cual en este caso no se ha dado, pues la titularidad de material de los terrenos se ha mantenido siempre en el Ramo de Defensa con independencia de que en la Subsecretaría de Aviación Civil pasará a depender del entonces Ministerio de Transportes y de que los terrenos se adscribieran primero al Organismo Autónomo y hoy al Ente Público “Aeropuertos Nacionales”. Por ello la única autoridad competente para declarar la desafectación de los terrenos es el Ministerio de Defensa.

Cuarto.- Planteados así los términos del debate, entiende este Tribunal que debe examinar en primer lugar la falta de legitimación activa alegada por el representante de la Administración, y con respecto a esta cuestión conviene recordar, que a partir de la Constitución, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1987, se ha extendido la legitimación a la defensa de los intereses legítimos, concepto que es mucho más amplio que el de interés directo que menciona el artículo 28 de la Ley Jurisdiccional, debiendo entenderse por interés legítimo el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por su situación personal ser destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico, cuando con motivo de la prosecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de ese interés propio, aun cuando la actuación de que se trate no les ocasione un concreto beneficio o perjuicio inmediato. Del mismo modo, la Sentencia constitucional 93/1990, subraya que al conceder el artículo 24.1 C.E. el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con

amplitud las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden a la legitimación activa para acceder a los procesos judiciales, de manera que la legitimación *ad causam* otorgada por el artículo 28.1 a) de la Ley Jurisdiccional a “los que tuvieren interés directo en ello” ha de interpretarse con la mayor amplitud que resulta del interés legítimo a que alude el citado precepto constitucional. En el plano del Derecho positivo, el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión y para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción. Por todo lo expuesto, no puede aceptarse que la sociedad demandante carezca de legitimación para formular la pretensión que deduce, ya que una vez producida la desafectación y en su consecuencia pueda tener lugar la reversión de los terrenos a sus antiguos propietarios, es evidente que la concesión del bar del Aeródromo pudiera verse modificada o incluso extinguida por los nuevos adquirentes de dicho terrenos. De manera que no puede sostenerse la inexistencia de un interés real actual en la base de la pretensión impugnatoria sino que concurre un interés legítimo que hace necesario entrar a examinar el fondo de la cuestión planteada. Entrando a conocer de la misma, el argumento fundamental en el que se basa la demanda para pedir la declaración de nulidad de pleno derecho del acuerdo de desafectación, estriba en que la recurrente considera que los terrenos están adscritos al Ente Público “Aeropuertos Nacionales” en virtud de las diversas disposiciones que cita y no al Ministerio de Defensa, por lo que este último resultaría incompetente para acordar su desafectación al fin público de dichos terrenos. Sin embargo la propia recurrente reconoce expresamente que el Aeródromo de “Son Bonet” procede de una expropiación, seguida de otras posteriores, todas ellas exclusivamente justificadas en su momento por motivos militares, concretados en la construcción primero y la ampliación después del citado Aeródromo y todas ellas realizadas también por la Administración Militar. De lo expuesto se desprende, en primer lugar, que la afectación implícita, a la que se refiere el artículo 119 de la Ley de Patrimonio del Estado, Texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, y que se deriva de las expropiaciones forzadas en su día realizadas, ha estado justificada exclusivamente por las razones de interés militar que motivaron la expropiación, sin que, por lo demás, se haya demostrado en modo alguno que el Aeródromo de Son

Bonet, pudiera considerarse tácitamente desafectados de cualquier fin de interés militar antes de que por el Ministerio de Defensa se acordara expresamente tal desafectación. En este sentido, no debe desconocerse la existencia de disposiciones como el Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, que regula la utilización conjunta por la Administración Civil y la Militar de numerosas instalaciones aeroportuarias.

Además como acertadamente razona el Abogado del Estado, hay que tener presente que la adscripción de un bien demanial a un Organismo Autónomo no puede identificarse siempre con una auténtica mutación demanial que dé lugar a un cambio de la titularidad demanial de dicho bien. En efecto, la auténtica mutación demanial, prevista en los arts. 124 y 125 de la Ley de Patrimonio del Estado exige una completa mutación de destino que ha de realizarse necesariamente a través del Ministerio de Hacienda, lo cual en este caso no se ha dado, pues la titularidad demanial de los terrenos se han mantenido siempre en el Ramo de Defensa con independencia de que la Subsecretaría de Aviación Civil pasara a depender del entonces Ministerio de Transportes y de que los terrenos se adscribieran primero al Organismo Autónomo y hoy al Ente Público “Aeropuertos Nacionales”. Una buena prueba de lo afirmado anteriormente puede ser la aportación del expediente no del “tracto sucesivo” del que habla la recurrente en el hecho segundo de su recurso sino del auténtico tracto sucesivo de los terrenos, que no es otro que el contenido en los correspondientes asientos del Registro de la Propiedad, con los que se puede demostrar que la titularidad demanial de dichos terrenos se ha mantenido siempre en el Ramo de Defensa. Por lo demás, la distinción entre adscripción y cambio mutación de titularidad demanial puede fundarse también en lo que venía expresamente previsto por el artículo 10 párrafo 1º la Ley de Entidades Estatales Autónomas, al disponer que: “Los bienes que el Estado adscriba a los Organismos Autónomos para el cumplimiento de sus fines conservarán su calificación jurídica original”, toda vez que, en virtud de lo prevenido en este precepto, cabe entender que la adscripción no implica una transmisión de titularidad sino únicamente una “puesta a disposición” para que el Organismos Autónomo gestione o administren los bienes que se le adscriben. A mayor abundamiento, la nulidad del acuerdo acordando expresamente la desafectación de los terrenos del fin por el que fueron expropiados en su día perjudicaría injustamente a los causahabientes de los expropiados y a la propia Administración, pues es evidente que, a tenor de lo prevenido en el artículo segundo 4º de la Ley 28/84, en relación con el art. 1 de la Ley 32/94,

y la Disposición de Excepción Segunda de la Ley de Patrimonio del Estado, la única autoridad competente para declarar la desafectación de los terrenos del fin exclusivamente militar por el que fueron expropiados es el Ministerio de Defensa, siendo precisamente la desaparición de ese fin de carácter militar lo que, con arreglo a lo previsto por el art. 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y 63 c) de su Reglamento, permite abrir un expediente de reversión en el que la Administración pueda efectuar las oportunas notificaciones a los causahabientes de los expropiados para que, en el plazo de un mes y o indefinidamente, puedan ejercitar, si a su interés conviene, el derecho de reversión de acuerdo con lo previsto al efecto por el artículo 65 en relación con el 67.2.a) del citado Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa. Finalmente, parece de interés resaltar que AENA no solo ha tenido conocimiento del expediente administrativo, como se deduce del escrito de 11.05.94, que obra en el mismo, sino que no se ha opuesto a la desafectación producida, estando conforme dicho Ente Público con el acuerdo ministerial impugnado. Por todo ello estima esta Sección de acuerdo con lo argumentado por el Abogado del Estado, que el Ministerio de Defensa es la única autoridad competente para declarar la desafectación de los terrenos en los que se halla ubicado el Aeródromo de Son Bonet en Mallorca, y que la resolución recurrida es ajustada al ordenamiento jurídico.

Quinto.- Por las razones expuestas procede desestimar las pretensiones deducidas en la demanda por la recurrente, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 131 de la LJCA no se hace expresa declaración en materia de costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Primero.- Desestimar el recurso contencioso administrativo nº 995/96 promovido por la Procuradora D^a Concepción Arroyo Morollón, en nombre y representación de Gabriel Vidal, S.L., contra la desestimación presunta de la petición de nulidad de pleno derecho de la resolución de 4 de agosto de 1994, del Ministro de Defensa, que acordó la desafectación del antiguo Aeródromo Eventual de Son Bonet en Mallorca, por estimar dicha resolución ajustada de Derecho.

Desestimar las demás pretensiones deducidas por la parte recurrente.

Segundo.- No procede hacer expresa declaración en materia de costas.

III.- NOTIFICACION PERSONAL DE RESOLUCION ADMINISTRATIVA E INDICACION DE RECURSO PROCEDENTE.

La falta de los requisitos de notificación personal y expresa indicación del recurso procedente impiden apreciar después la extemporaneidad de un recurso presentado fuera de plazo.

Audiencia Nacional

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia de 25 de mayo de 2000

Ponente: Ilma. Sra. D^a Lucía Acín Aguado

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del Ministerio de Defensa, de 24 de julio de 1998, por la que inadmite por extemporaneidad, el recurso ordinario interpuesto por D. *** contra la resolución 562/00004/98, de 18 de diciembre de 1997, por la que es destinado con carácter forzoso y por el turno especial, a la vacante número 50006066003 que había sido anunciada por Resolución 562/13177/97.

Segundo.- El actor solicita en el escrito de demanda que se “decrete que el destino asignado al dicente lo fue por una acción negligente de la administración del Ministerio de Defensa, negligencia que el dicente no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que debe ser restituido el daño moral y material sufrido”.

El Abogado del Estado se opone a la demanda, señalando que la declaración de inadmisibilidad del recurso es plenamente ajustada a Derecho ya que el recurso interpuesto es extemporáneo.

Tercero.- Conviene tener en cuenta que la resolución recurrida no procedió a examinar el fondo del asunto sino que consideró que la pretensión formulada por el recurrente era absolutamente extemporánea, toda vez que tenía por objeto la modificación de un acto administrativo que sobrepasa los plazos previstos para su impugnación y se trata por tanto de resoluciones firmes y consentidas.

Si bien es cierto que el recurso ordinario se interpuso fuera de plazo las consecuencias derivadas de esas irregularidades no suponen tal como entiende la Administración la declaración de inadmisibilidad del recurso desde el momento que la notificación de la resolución impugnada no cumple los requisitos previstos en el artículo 60.2 de la Ley 30/1992.

En efecto el artículo 60.2 de la Ley 30/1992, establece que la publicación de un acto deberá contener los mismos elementos que el artículo 58.2 exige respecto de las notificaciones, estableciendo el artículo 58.2 que toda notificación debe contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de sí es o no definitivo en vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.

Por otra parte conviene señalar que la publicación de dicha resolución en el Boletín Oficial de Defensa no sustituye a la notificación personal del acto, desde el momento que únicamente se prevé la sustitución de la publicación por la notificación en los supuestos previstos en el artículo 59.5 de la Ley 30/1992 (cuando el acto tenga por destinatario una pluralidad indeterminada de personas o cuando se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurso).

De lo reseñado anteriormente se deduce que en este caso se han cometido dos irregularidades. Por una parte no consta notificado personalmente la resolución impugnada y por otra parte la publicación adolece de un defecto al no indicarse los recursos que proceden, órgano ante el que hubiera de presentarse y plazo de interponerlos.

Estas irregularidades determinan que si bien el interesado tuvo conocimiento del acto mediante la publicación del mismo no tuvo conocimiento de los medios de impugnación de dicha resolución, sin que ésta incorrecta forma de actuar de la Administración deba perjudicar al administrado. Así lo ha declarado numerosas sentencias del Tribunal Supremo (STS 2 de julio de 1964, 13 de mayo de 1965, y 7 de julio de 1984).

En consecuencia debe anularse la resolución recurrida, por no ser conforme a Derecho en cuanto a esa declaración de inadmisibilidad.

Al considerar esta Sala que no es extemporánea la petición formulada por el recurrente no concurre la causa de inadmisibilidad indicada en la resolución recurrida. Procede por tanto anular la resolución en cuanto inadmitió el recurso y entrar a analizar la pretensión del recurrente, posibilidad admitida por el artículo 42 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (B.O.E. 28 de diciembre de 1956) que señala que la parte demandante puede pretender además de la anulación del acto impug-

nado, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma.

Cuarto.- En el suplico del escrito de demanda se limita el recurrente a solicitar una indemnización de daños y perjuicios derivados de la irregularidad en la asignación de destino sin que esta Sala puede entrar a examinar esta pretensión, ya que con carácter previo uno de los requisitos para solicitar una indemnización por responsabilidad patrimonial, es que se declare que esa asignación de destino no es conforme a Derecho, al objeto de acreditar que el recurrente no tenía el deber jurídico de soportar las consecuencias de esa resolución.

Sería necesario por tanto que con carácter previo se anulara la asignación de la vacante número 50006066003 realizada por la resolución 562/00004/98, de 18 de diciembre de 1997, sin que esta Sala puede efectuarlo, por cuanto el recurrente no lo ha solicitado en el suplico de la demanda y ello aun cuando la Administración ha reconocido en la propia resolución impugnada que ha estimado otros recursos ordinarios en similares circunstancias a la del actual recurrente.

En consecuencia este recurso se estima parcialmente en el sentido de que procede anular la resolución impugnada en cuanto inadmite el recurso ordinario interpuesto por D. *** sin que haya lugar a examinar la pretensión del recurrente de reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios.

Quinto.- No se aprecian motivos de mala fe o temeridad para hacer una expresa imposición de las costas procesales, a tenor del art. 131.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En atención a lo expuesto

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don Darío Jiménez Verdugo contra la resolución del Ministerio de Defensa, de 24 de julio de 1998 y en consecuencia:

1. Se anula la resolución del Ministerio de Defensa, de 24 de julio de 1998 en cuanto inadmite por extemporaneidad, el recurso ordinario interpuesto por Don Darío Jiménez Verdugo contra la resolución 562/0000/98, de 18 de diciembre de 1997, por la que es destinado con carácter forzoso y por el turno especial, a la vacante número 50006066003.

2. Se establece la obligación de la Administración de resolver el recurso interpuesto el 9 de junio de 1998, por Don Darío Jiménez Verdugo con-

tra la resolución 562/000043/98, de 18 de diciembre de 1997, por la que es destinado con carácter forzoso y por el turno especial, a la vacante número 5000606603.

3. No ha lugar a examinar la pretensión de indemnización formulada en el escrito de demanda.

4. No se hace condena en costas.

IV.- RENUNCIA A LA CONDICION DE MILITAR DE CARRERA

Denegación por incumplimiento de los requisitos establecidos en las normas en vigor, sin perjuicio del derecho que asiste al interesado de formular nueva pretensión, una vez cumpla el tiempo de servicios exigidos o se proceda al desarrollo normativo que establece el artículo 147.3 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas en cuanto a la fijación de las cantidades a resarcir.- El tiempo de servicios para solicitar la renuncia se contabilizará desde la fecha de terminación del curso que le supuso la aptitud para el vuelo y no desde la adquisición de la condición de militar de carrera.- La renuncia a la condición de militar de carrera no se podrá conceder hasta que el interesado abone la cuantía que se determine como indemnización.

Audiencia Nacional

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia de 18 de mayo de 2000

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Gil Saez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El acto impugnado es la Resolución del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, por delegación del Ministro de Defensa, según O.M. 189/97, de 31 de octubre, de fecha 15 de junio de 1999, por la que se acuerda “Desestimar la petición de renuncia a la condición de militar de carrera formulada por el Capitán ***, por cuanto al día de hoy no cumple los requisitos establecidos en las normas en vigor, sin perjuicio del derecho que le asiste al interesado de formular nueva pretensión, una vez cum-

pla el tiempo de servicios exigidos o se proceda al desarrollo normativo que establece el artículo 147.3 de la misma Ley, en cuanto a la fijación de las cantidades a resarcir; sin que pueda acordarse nada al respecto hasta tanto se dicte la oportuna disposición reglamentaria”.

El actor suplica en su demanda la nulidad de la resolución recurrida, por aplicación del artículo 62.1 a) y 2; y se le reconozca el derecho a renunciar a la condición de militar de carrera por haber acreditado como años de servicio activo desde su nombramiento de Teniente, más de diez años, o alternativamente, se declare su derecho de renuncia, sin perjuicio que en el futuro pudiera proceder en orden al resarcimiento económico por su formación en el proceso de Enseñanza Militar de Perfeccionamiento.

Por la Abogacía del Estado se opone a la pretensión procesal, haciendo suyas las razones expuestas por la Administración.

Segundo.- En primer término, se solicita en la demanda la nulidad de la resolución impugnada al amparo del artículo 62.1 a) y 2 de la Ley 30/92, al entender que la decisión administrativa, en cuanto contiene la manifestación “...sin perjuicio del derecho que le asiste al interesado de formular nueva pretensión, una vez cumpla el tiempo de servicios exigidos o se proceda al desarrollo normativo que establece el artículo 147.3 de la misma Ley, en cuanto a la fijación de las cantidades a resarcir; sin que pueda acordarse nada al respecto hasta tanto se dice la oportuna disposición reglamentaria”, se configura como una medida provisional prevista en el artículo 72 de la precitada norma legal; tesis que no puede ser aceptada, el concepto de “medida provisional” que establece el artículo 72 de la Ley 30/92, se refiere a la adopción de medidas cautelares por parte de la Administración, durante la tramitación de un procedimiento administrativo, cuando en el caso de autos la decisión administrativa impugnada pone fin al procedimiento tramitado en virtud de solicitud del interesado, constituyendo parte del pronunciamiento de fondo respecto de la indicada solicitud; esta distinta naturaleza jurídica, a lo pretendido por la parte, excusa del examen del resto de las alegaciones efectuadas sobre dicho extremo, al faltar la premisa inicial del discurso lógico postulado en la demanda.

Tercero.- En orden a la segunda petición del suplico de la demanda, el reconocimiento del derecho del recurrente a renunciar a su condición de militar de carrera, por entender que ninguno de los cursos que llevó a cabo tienen aparejada servidumbre y, en consecuencia, por haber acreditado como años en activo desde su nombramiento de Teniente del Ejército del Aire, más de diez años, que señala el artículo 147 de la Ley 17/99. Ha de

partirse de las normas jurídicas vigentes sobre esta materia al tiempo de formularse la solicitud del interesado.

La Ley 17/1999, de 18 de mayo, a la hora de regular la renuncia a la condición de militar de carrera establece dos sistemas, por un lado la renuncia sin sometimiento a condición alguna, para la cual exige un tiempo de servicios, o, ante la falta de este tiempo de servicios, resarcir económicamente al Estado y efectuar un preaviso de seis meses. en primer término, procede examinar la primera, es decir, sí el interesado ha cumplido el tiempo de servicio exigido por la norma legal.

El artículo 147 de la Ley 17/99, establece como condición para la renuncia de la condición de militar, sin necesidad de resarcimiento al Estado por los costes de formación recibida, al transcurso de un período de tiempo que no puede exceder de diez años; el *dies a quo* para el cómputo de este plazo se establece en apartado segundo de este artículo en dos circunstancias, al decir “El tiempo de servicios para solicitar la renuncia se contabilizará desde la adquisición de la condición de militar de carrera o de militar profesional de tropa y marinería, respectivamente, o desde que hubiese ultimado los cursos de perfeccionamiento o de altos estudios militares que a estos efectos hayan sido fijados por el Ministro de Defensa.

A la luz de este precepto, la Administración deniega la renuncia pedida, al entender que el cómputo de los diez años debe efectuarse desde la fecha de terminación por el interesado del Curso de Perfeccionamiento de Transporte Aéreo Militar, el 23 de julio de 1993, en cuanto que le supuso la aptitud para el vuelo.

Esta tesis ha de ser aceptada.

La disposición derogatoria única, apartado 1º de la ley 17/1999, establece como cláusula general que “quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley”; el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Adquisición y Pérdida de la Condición de Militar y de Situaciones Administrativas del Personal Militar Profesional, a la hora de regular la renuncia a la condición de militar, -en desarrollo del artículo 65 de la Ley 17/89, de 19 de julio, cuya regulación en esta materia en lo esencial es bastante igual al actual, si bien establecía un plazo superior máximo de quince años para solicitar y conceder la renuncia a la condición de militar de carrera-, se encuentra vigente en todo aquello que no contradiga lo dispuesto en la Ley 17/1999; así, con el nuevo tope máximo de diez años fijado por la nueva norma legal, es susceptible de aplicación a los casos devenidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/99, en concreto y para el

caso de autos, en su artículo 4 se regulan los tiempos de servicio que son necesarios, distinguiendo según se computen los tiempos de servicios desde la adquisición de la condición de militar, o desde la finalización de los cursos de perfeccionamiento.

Así, en el primer supuesto establece el artículo 4.1, párrafo 3º, del Real Decreto 1385/90, establece: “Para los pertenecientes a cualquier Escala que al acceder al primer empleo de la misma ostentan u obtengan la aptitud para el vuelo, el Ministro de Defensa fijará el tiempo de servicios efectivos entre ocho y quince años, según las necesidades del planeamiento de la defensa militar”, precepto que fue desarrollado por la orden Ministerial 25/1990, de 9 de abril, sobre normas sobre concesión de excedencias y admisión de renunciadas a la condición de militar de carrera del personal de la Escala del Aire del Arma de Aviación, en quince años.

Para el segundo supuesto, es decir, en el caso de cursos de perfeccionamiento, el apartado tercero de este artículo 4, establece, en el párrafo a) “Todos los cursos que supongan por primera vez aptitud para el vuelo conllevarán un tiempo de servicios efectivos mínimo de ocho años. El Ministro de Defensa podrá aumentar este tiempo hasta un máximo de quince años cuando las necesidades del planeamiento de la defensa militar así lo exijan”.

A la luz de estos preceptos, puestos en relación con los datos fácticos obrantes en autos, aparece que la Administración deniega la petición de renuncia del recurrente en base a iniciar el cómputo de los diez años de permanencia –tiempo que ha de estimarse como máximo fijado por la vigente Ley 17/99- desde la fecha de terminación del curso de perfeccionamiento de 23 de julio de 1993, al entender que este Curso le supuso por primera vez la aptitud para el vuelo.

Este dato fáctico, de honda transcendencia para la resolución de la cuestión litigiosa, no ha sido rebatido o contradicho por el actor, sino que pretende el cómputo del plazo desde la fecha de su nombramiento como Teniente del Arma de Aviación, por Orden Ministerial 532/13682/87, de 14 de julio de 1987, y de esta forma acreditar 11 años, 10 meses y 11 días de tiempo de servicio, pero no ha acreditado, ante este Tribunal que tal nombramiento implicara la concesión de la primera aptitud para el vuelo, y por tanto se pudiera configurar *prima facie* como el *dies a quo* para el cómputo del tiempo de permanencia. La ausencia de este dato fáctico, cuya aportación corresponde al actor en aras al principio general de la carga de la prueba y que dimana de la presunción de validez del acto administrativo que establece el artículo 57.1 de la Ley 30/92, determina la desestimación de la petición segunda del suplico de la demanda.

Cuarto.- Procede examinar la petición contenida en el apartado c) de la misma, como petición alternativa, en orden a la declaración del derecho del recurrente a renunciar a la condición de militar de carrera, sin perjuicio de lo que en el futuro pudiera proceder en orden al resarcimiento por su formación en el proceso de enseñanza Militar de Perfeccionamiento. Petición que no puede ser estimada, por cuanto independientemente de la pretendida ausencia de desarrollo reglamentario del artículo 147 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, y sus consecuencias sobre el caso de autos, la petición articulada es contraria a esta norma con rango de ley, por cuanto, el artículo 147.3 de la misma, literalmente, establece: “Esta –la renuncia a la condición de militar de carrera- no se podrá conceder hasta que el interesado abone la cuantía que se determine como indemnización”. Por lo que, por disposición legal, se establece como requisito antecedente para otorgar la renuncia, en caso de falta del tiempo de servicios necesarios, que el militar afectado abone a la Administración la suma determinada con carácter previo, sin que sea factible la posposición del abono de esta cantidad a momento posterior, so pena de infringir el mandato legal, conducta o actuación que sería *contra legem* y por ello, viciaría de nulidad el acto administrativo o la decisión judicial que lo aceptara.

Quinto.- Por las razones expuestas procede desestimar el recurso formulado, sin que existan méritos bastantes para hacer expresa imposición de las costas causadas, al no apreciarse mala fe o temeridad en alguna de las partes, de conformidad con el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación.

FALLAMOS.- Que desestimado el recurso contencioso-administrativo formulado por Don ***, contra la Resolución del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, por delegación del Ministro de Defensa, según O.M. 189/97, de 31 de octubre, de fecha 15 de junio de 1999, por la que se acuerda “Desestimar la petición de renuncia a la condición de militar de carrera formulada por el Capitán Pallarés Casado, por cuanto al día de hoy no cumple los requisitos establecidos en las normas en vigor, sin perjuicio del derecho que le asiste al interesado de formular nueva pretensión, una vez cumpla el tiempo de servicios exigidos o se proceda al desarrollo normativo que establece el artículo 147.3 de la misma Ley, en cuanto a la fijación de las cantidades a resarcir; sin que pueda acordarse nada al respecto hasta tanto se dicte la oportuna disposición reglamentaria”, debemos declarar y declaramos la conformidad a Derecho de la precitada Resolución sin hacer expresa imposición de las costas causadas.