

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Sexta

C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2019/0003924

Procedimiento Ordinario 0000

Demandante: D./Dña. _____

LETRADO D./Dña. REGINA DORADO MARTIN

Demandado: DIRECCION GENERAL DE LA GUARDIA CIVIL

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA N° 000

Presidente:

D./Dña. Mª TERESA DELGADO VELASCO

Magistrados:

D./Dña. CRISTINA CADENAS CORTINA

D./Dña. JOSE RAMON GIMENEZ CABEZON

D./Dña. LUIS FERNÁNDEZ ANTELO

En la Villa de Madrid a dieciséis de junio de dos mil veinte .

VISTO el presente procedimiento contencioso-administrativo interpuesto por **D.** _____, contra la desestimación presunta por silencio administrativo de recurso de alzada contra Resolución de 20-08-18(BOGC 21.08.18) de la DG Guardia Civil, por la que se destina a Guardias Civiles a vacantes de provisión por antigüedad. Habiendo sido parte en autos la Dirección General de la Guardia Civil representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, previa remisión del expediente administrativo, se emplazó a la parte demandante para que formalizara su demanda, lo que verificó mediante escrito en que postuló una sentencia que anulase la actuación administrativa impugnada, con reconocimiento de situación jurídica individualizada.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicó se dictase sentencia desestimatoria del mismo, a cuya vista se acordó oír a la parte actora respecto de la causa de inadmisión esgrimida , lo que dicha parte cumplimentó cual obra en la causa.

TERCERO.- Fijada la cuantía litigiosa como indeterminada y habiéndose acordado recibir el proceso a prueba, se practicó como documental el medio de prueba admitido a la actora, con el resultado obrante en autos.

CUARTO.- A continuación se abrió trámite de conclusiones que las partes cumplimentaron por su orden, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento.

QUINTO.- Para votación y fallo del presente recurso se señaló la audiencia del día 3 de junio de 2020, teniendo lugar.

SEXTO.- En la tramitación y orden de despacho y decisión del presente proceso se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Vistos los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente el Magistrado de la Sección Ilmo. Sr. D. José Ramón Giménez Cabezón.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en esta litis, cual se señaló, la desestimación presunta por silencio administrativo de recurso de alzada contra Resolución de 20-08-18(BOGC 21.08.18) de la DG Guardia Civil, por la que se destina a Guardias Civiles a vacantes de provisión por antigüedad.

En concreto el recurrente, Guardia Civil con destino en el _____ (Comandancia de Islas Baleares), solicitó en primer lugar la vacante nº 1311 del concurso, correspondiente al Puesto de _____-Seguridad Ciudadana, cuya no adjudicación da origen, previa alzada administrativa inatendida, a la presente contienda.

La correspondiente convocatoria fue realizada por Resolución 1830003, de 7 de mayo de 2018 (BOGC 8-05-18), por la que se anuncian vacantes de provisión por antigüedad para Guardias Civiles en situación de activo (nivel 17), y la presente impugnación se circunscribe a la no adjudicación al recurrente, Guardia Civil en situación de activo, de la vacante nº1311 del concurso, correspondiente al Puesto de _____ (Islas Baleares), pedida en primer lugar por el recurrente, que obtuvo plaza en dicho concurso en el citado Núcleo de Servicios de _____ (Comandancia de Islas Baleares), solicitada en el ordinal 19 por el recurrente.

SEGUNDO.- A la vista del avance de adjudicaciones en dicho concurso de vacantes, publicado en la intranet oficial corporativa en fecha 15.06.18, el recurrente solicitó en fecha 16.08.16 la revisión de la adjudicación de su destino en el citado Núcleo de

Servicios de Palma de Mallorca, en tanto que en el primer destino pedido (Puesto de _____), publicado como “vacante 0” (lo que supone que se genera tanto número de vacantes como se produzcan en el mismo movimiento), sólo se ha producido (cubierto) una vacante, en tanto que por el contrario han salido seis agentes a destinos diferentes (5 por provisión por antigüedad y 1 por concurso de méritos realizado simultáneamente al que nos ocupa).

Con fecha 30.08.18 se presentó el citado recurso de alzada, en base a lo anterior, con cita en su favor de la Orden INT/ 359/2018, de 6-04, de clasificación y provisión de destinos (artículo 24), la Orden General 2/18, de 9-04 y la propia convocatoria del concurso. Al expediente obra informe de 14.09.18 del Mando de Personal (Servicio de RR.HH.), que, aun reconociendo lo anterior, propone la desestimación del recurso al amparo del arº 110 LPAC y del principio de igualdad respecto de los peticionarios no impugnantes con mayor antigüedad que el recurrente.

TERCERO.- La demanda actora se sustenta en resumen suficiente, tras relatar los antecedentes del acto impugnado, en lo ya significado, entendiéndose que la actuación recurrida infringe el principio de legalidad, estándose ante una potestad reglada, así como que concurre falta de motivación en el actuar administrativo (artº 33.1 d) LPAC), instando, al amparo del artº 31 LJCA, la adjudicación de vacante en dicho destino solicitado. Postula por ello, que se anule la actuación impugnada, instando asimismo que se declare su derecho a la adjudicación de vacante en tal destino, La Abogacía del Estado se opone a la demanda actora, planteando en primer lugar como causa de inadmisión (que no insta como tal en la súplica correspondiente) la falta de legitimación activa del actor ex artº 69 b) LJCA, en tanto que, conforme a tal informe respecto de la alzada interpuesta, el destino solicitado no le hubiera correspondido, por lo que estaríamos ante una defensa abstracta de la legalidad, que no confiere tal legitimación precisa en autos. Alude de seguido al principio de conservación del acto administrativo ex artº 51 LPAC, que lleva aquí al mantenimiento del acto, puesto que, aun apreciada la infracción, ello no determinaría su alteración, permaneciendo igual su contenido. Postula por ello la confirmación del acto impugnado con desestimación del recurso.

CUARTO.- En cuanto a la alegada falta de legitimación activa, dadas las circunstancias del caso, ya expuestas, cae por su base en tanto que el recurrente pidió la vacante y destino que no se le adjudicó, por lo que tiene obviamente legitimación activa para recurrir en sede administrativa y en autos. No se trata desde luego de una mera defensa de la legalidad, para lo que la defensa pública parte de que no le hubiera correspondido en ningún caso la vacante, lo que ni resulta acreditado en el expediente (simplemente lo afirma sin más el informe citado), ni se recoge la existencia de otros recurrentes que con mayor antigüedad hayan solicitado tal destino o incluso hayan accionado contra la no adjudicación de vacantes en tal destino solicitado. Se volverá sobre lo anterior.

QUINTO.- Con carácter general debemos partir, aunque sea conocido, de un dato fundamental, cual es el valor de las bases de la convocatoria. Hemos reiteradamente manifestado, siguiendo jurisprudencia en la materia, que: "Las partes y la Comisión de Selección se encuentran vinculados por lo que dispongan las bases de la convocatoria, ya que es principio básico en nuestro ordenamiento jurídico, aquél a tenor del cual las bases de una convocatoria de un proceso selectivo vinculan a la Administración, a los Tribunales o Comisiones de Selección que han de juzgar las pruebas y, en fin, a quienes participan en las mismas. Es decir, rige en nuestro Derecho el viejo axioma según el cual, las bases de una convocatoria constituyen la Ley del concurso. El derecho que este precepto reconoce, art.23.2 Constitución , es, claramente, un derecho de configuración legal, cuya existencia efectiva cobra especial relieve en relación con el procedimiento establecido por una norma para acceder a determinados cargos públicos, de conformidad con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE (RCL 1978, 2836) Por lo que el citado derecho fundamental opera reaccionalmente en una doble dirección. De un lado, respecto de la potestad normativa para configurar el procedimiento de acceso y selección, permitiendo la impugnación de aquellas bases de la convocatoria que desconocieran los principios antes aludidos y establecieran medidas manifiestamente discriminatorias (SSTC 93/1995 , 269/1994 y 115/1996 entre otras), de otro lado, el derecho fundamental garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública, con arreglo a las bases y al procedimiento de selección establecido, que han de ser aplicadas por igual a todos los participantes; impidiendo así que la Administración, mediante la inobservancia o la interpretación indebida de lo dispuesto en la regulación del procedimiento de acceso, introduzca diferencias no preestablecidas entre los distintos aspirantes (STC 115/1996 , con cita de las SSTC 193/1987 y 353/1993) “.

SEXTO.- Signifiquemos ahora que la normativa de aplicación al caso recoge cual sigue:

1.- Real Decreto 848/2017, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal de la Guardia Civil

“Artículo 13. Criterios

4. En la resolución de anuncio de vacantes de provisión por antigüedad, cuando expresamente se determine, se considerarán incluidas las que se originen en todas, o en determinadas unidades, por el proceso de asignación de las vacantes específicamente anunciadas. La asignación de los destinos a las vacantes incrementadas por esta causa sólo se podrá efectuar a quienes las hubieran solicitado con carácter voluntario o anuente”.

2.- Orden INT/359/2018, de 6 de abril, por la que se establecen las normas específicas para la clasificación y provisión de destinos en la Guardia Civil

“Artículo 24. Vacantes generadas en el proceso de asignación de destinos.

Las vacantes generadas por los propios movimientos de asignación de destinos de provisión por antigüedad, podrán ser ofertadas en la forma que se determine en la resolución de anuncio. Para ello, el Director General de la Guardia Civil establecerá el procedimiento para diferenciar las que se oferten de este tipo, con respecto a las que se anuncien con carácter general”.

3.- La Orden General 2-18, de 9-04, desarrolla lo anterior, señalando en su artº 3 que, conforme a dicho último precepto reglamentario, en la resolución de anuncio de vacantes de provisión por antigüedad *“se considerarán incluidas aquellas que se generen en el propio proceso de asignación de destinos o en otros que se especifiquen expresamente en la*

resolución, identificadas como “vacantes 0”, las cuales serán asignadas, en su caso, de acuerdo con el procedimiento ordinario”.

4.- Por último, en la Resolución de anuncio de estas vacantes (ya citada) se señala en su párrafo 2º lo que sigue:

“Se considerarán incluidas las vacantes que se produzcan únicamente las anunciadas en las Zonas de Cataluña, Aragón, Islas Baleares y en la Unidad de Protección y Seguridad (UPROSE), originadas por el proceso de asignación de vacantes anunciadas en esta Resolución y en las resoluciones 1820003 y 1810010. En estos casos, únicamente serán destinados los peticionarios con carácter voluntario o anuente.”

SÉPTIMO.- De todo lo anterior resulta sin dificultad, se adelanta, que el recurso actor ha de acogerse en los términos que corresponde, en tanto que estamos explícitamente ante un destino del concurso (Puesto de _____) que permite la cobertura voluntaria o anuente por parte de los solicitantes, al tratarse de una vacante 0 lo que en el ámbito de la función pública se viene denominando como vacantes “a resultas”, que permite que no se queden sin cubrir determinadas plazas o destinos que resulten vacantes como consecuencia del propio concurso de que se trate.

En este caso, cual se ha expuesto, estamos ante una de tales vacantes del concurso (plaza 0), sin que de adverso se exponga y acredite por la demandada razón legal o normativa alguna que impida u obvie el juego de tales vacantes.

La Administración en dicho informe último, sin resolver la alzada interpuesta (tampoco contestó nada a la exposición o reclamación precedente del actor a la publicación de la Resolución recurrida), se limita a significar que en efecto en el concurso que nos ocupa se generaron cinco vacantes, recuperándose sólo una de las mismas, si bien se aconseja al órgano decisor correspondiente no dar lugar, al amparo del principio de igualdad (artº 110 LPAC de 2015), a la revisión de la asignación de plazas en dicho concurso, toda vez que existe personal con mayor antigüedad que el recurrente que había peticionado la plaza y que le correspondería la adjudicación, no habiendo impugnado dicho personal la adjudicación realizada.

El citado artº 110 LPAC (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), dispone:

“Artículo 110. Límites de la revisión.

Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”

Sobre este precepto podemos citar, como cercana en el tiempo, la STS, Sección 4ª, de 29.11.18 (rec. 385/16, ROJ 4058/18-), que señala:

“SEXTO.-.....La revisión de oficio, es un remedio extraordinario y, en cuanto tal, su utilización ha de guiarse por criterios restrictivos y debe respetar los límites que le impone el artículo 106 de la Ley 30/1992 --ahora el artículo 110 de la Ley 39/2015-- y, en particular, el derivado del tiempo transcurrido cuando en razón de él la revisión pueda ser contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. Límite éste que la jurisprudencia quiere que se constate caso por caso, en función de las singulares circunstancias existentes en cada uno, de la naturaleza de la actuación administrativa concernida y de los bienes jurídicos

en juego”.

Ahora bien el juego de tal precepto no puede razonablemente justificar la solución dada por silencio en este supuesto, toda vez que:

1.- Dicho artº 110 LPAC (ídem al precedente artº 106 LRJ-PAC de 1992) se refiere a los límites a la facultad de *revisión de oficio* por la Administración de sus propios actos (artículos 106 a 111 de dicha Ley) y no a los recursos administrativos (artº 112 y ss), que cabe fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de la propia Ley (artículos 112.1 de la misma), cual acaece en el presente caso.

2.- No puede entenderse acreditado que el interesado no hubiera podido acceder a una de las plazas vacantes resultantes de tal destino y concurso, cual afirma sin más la Administración en dicho informe en alzada y recoge cual vimos la defensa pública.

OCTAVO.- En efecto no están en igualdad de situaciones quienes recurren que aquéllos que no recurren, no pudiendo servir esto último para no atender los recursos de los primeros al socaire de un mejor derecho de terceros que no han ejercitado, parece, en sede de recurso.

Tal argumento permitiría a la Administración obviar, so pretexto de la inacción de terceros no reclamantes, la aplicación de la normativa del caso, alegando un principio de igualdad que no resulta aplicable a supuestos diferentes, en tanto que unos reclamaron y otros no, con las consecuencias que de ello han de derivarse (distinta o diferenciada posición jurídica).

En nuestro caso, en que además el recurrente alega estar destinado en comisión de servicios a dicho destino solicitado, lo que no contradice la Administración, todo ello nos lleva a declarar el derecho del recurrente a tal asignación de destino y consecuencias correspondientes, cual insta la actora y permite lo aportado a las actuaciones.

La Sala puede en este caso estimar la pretensión de reconocimiento del derecho a obtener el destino solicitado en primer lugar, dadas las vacantes producidas a consecuencia de la propia resolución del concurso, sin que con ello asuma indebidamente potestades que son propias de la Administración demandada, cual acontecería en supuestos en que se apreciara falta de motivación del acto recurrido, sin que existieran elementos para decidir la controversia en cuanto al fondo a debate, aun cuando ello fuere instado por el recurrente, en su caso.

En efecto, concurriría en nuestro caso, tal déficit de motivación ex artº 35 LPAC, a cuyo tenor:

“2. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”.

Así el acto impugnado no motiva la concreta asignación de destino al interesado, sin que de lo actuado, a salvo de dicho informe ex post a la vista de la alzada no resuelta, pueda colegirse la razón de la Administración para no dar lugar a la citada asignación del destino solicitado en primer lugar.

Lo anterior determina, sin precisar mayor fundamentación, dado lo ya expuesto, la anulación de la actuación impugnada, con las consecuencias que corresponden, esto es, declarar el derecho del recurrente a la asignación de dicha plaza solicitada en el referido concurso, con

condena al efecto, con los efectos administrativos correspondientes, sin que proceda una mera retroacción de actuaciones para nueva decisión en tal concurso, dado su resultado (4 plazas generadas en tal destino) , que las partes además no instan en autos, existiendo, cual hemos señalado, elementos suficientes para decidir respecto del fondo de la pretensión actora.

NOVENO.- En consecuencia con lo anterior, procede pues la estimación del presente recurso, en los términos señalados, con anulación del acto impugnado.

En cuanto a las costas el artº 139.1 LJCA dispone:

“1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad”.

Lo anterior conlleva, dado el resultado del debate, la condena en costas de la Administración, que limitamos a 400 euros, por honorarios de Letrado y Procurador, siguiendo criterio de esta Sección, dada la índole y circunstancias del pleito (artº 139.1 y 3 LJCA).

En su virtud, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confieren la Constitución y el pueblo español

FALLAMOS

1.- **ESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo 0000, interpuesto por **D.** _____, contra la desestimación presunta por silencio administrativo de recurso de alzada contra Resolución de 20-08-18(BOGC 21.08.18) de la DG Guardia Civil, por la que se destina a Guardias Civiles a vacantes de provisión por antigüedad. , actuación administrativa que en consecuencia de anula y revoca en tanto que no ajustada a Derecho en cuanto al extremo objeto del presente recurso, declarando el derecho del recurrente a la asignación de la vacante nº 1311, Puesto de _____ (Islas Baleares) que solicitó en dicho concurso, con los efectos administrativos correspondientes, con condena al tal efecto a la demandada.

2.- Condenar a la Administración demandada en las costas del presente recurso en los términos del Fº Dº 9º, párrafo último, de esta sentencia.

Contra la presente sentencia cabe interponer Recurso de Casación, dentro de los TREINTA días siguientes al de su notificación, a preparar ante esta Sala (artículos 86 y 89 LJCA, en la redacción dada por la Disposición Final 3ª de la Ley Orgánica 7/15, de 21-07, modificativa de la LOPJ).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.