



Roj: **STS 1674/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:1674**

Id Cendoj: **28079130072008100312**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **31/03/2008**

Nº de Recurso: **6465/2003**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 7899/2003,**
STS 1674/2008

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Marzo de dos mil ocho.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 6465/2003 interpuesto por don Jose Pablo , representado por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, contra la Sentencia dictada el 3 de julio de 2003 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso nº 431/2002, sobre nombramiento de alumnos de centros docentes militares de formación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia recurrida dispone lo siguiente:

"FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso-administrativo de lesividad interpuesto por el Abogado del Estado contra la resolución núm. 169/38809/1998, de 30 de septiembre, de la Subsecretaría del Ministerio de Defensa, que amplía la resolución núm. 160/39087/1997, de 22 de octubre, por la que se nombran alumnos de los centros docentes militares de formación, que capacitan para el acceso a la Escala Básica de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, incluyendo a don Jose Pablo , y contra la Orden del Director General de la Guardia Civil, dictada por delegación, núm. 160/38492/00, de 25 de octubre, por la que fue nombrado Guardia Civil el anteriormente citado, declaramos la nulidad de las citadas resoluciones por no ser conformes a derecho; sin hacer expresa imposición de las costas procesales.

(...)"

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia ha interpuesto recurso de casación el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en representación de don Jose Pablo . En el escrito de interposición, presentado el 26 de septiembre de 2003 en el Registro General de este Tribunal Supremo, después de exponer los motivos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que

"(...) estimando el motivo primero de este recurso, se declare la nulidad de la Sentencia impugnada, y que se dicte en su lugar otra que respete las normas que se invocan como infringidas; o, subsidiariamente, case y anule la Sentencia impugnada por estimar alguno de los restantes motivos alegados, dictando Sentencia por la que se declare inadmisibles o subsidiariamente se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto, con expresa imposición de costas a la adversa".



TERCERO.- Admitido a trámite el recurso, se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima, conforme a las reglas del reparto de asuntos y, no habiéndose personado la parte recurrida, por providencia de 24 de septiembre de 2007 se señaló para votación y fallo el día veintiséis de marzo de 2008, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia cuya casación se pretende estimó el recurso que, previa declaración de su lesividad, interpuso el Abogado del Estado contra las resoluciones del Ministerio de Defensa 169/38809/1998, de 30 de septiembre, y 166/39087/1997, de 22 de octubre, por las que se nombran alumnos de los centros docentes militares de formación que capacitan para el acceso a la Escala Básica de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, incluyendo a don Jose Pablo , y contra la Orden del Director General de la Guardia Civil, dictada por delegación, nº 160/38492/2000, de 25 de octubre, por la que fue nombrado Guardia Civil don Jose Pablo . En consecuencia, la Sala de la Audiencia Nacional declaró la nulidad de su nombramiento, primero, como alumno y, después, como Guardia Civil.

La razón determinante de la iniciativa de la Administración y del fallo estimatorio de la Sentencia reside en que la resolución del Subsecretario de Defensa nº 452/38603/1997, de 2 de junio , que convocó las pruebas selectivas para el acceso a esos centros, exigía en la base 2.1.8 como requisito para participar en ellas estar en posesión o en condiciones de obtener antes del inicio de la primera prueba el título de Graduado en Educación Secundaria o haber superado la prueba prevista en el artículo 32 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre , o tener estudios equivalentes o superiores, de acuerdo con el Real Decreto 986/1991, de 14 de junio , por el que se aprueba el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo. Y en que se había comprobado con posterioridad a los nombramientos cuestionados que el Sr. Jose Pablo no cumplía ese requisito, lo que también determinaba la infracción del Real Decreto 1951/1995, de 1 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso y Promoción en las Fuerzas Armadas y en la Guardia Civil.

Antes de llegar a este pronunciamiento, la Sala de instancia descartó que hubiera caducado el procedimiento de declaración de lesividad por el transcurso de más de tres meses desde su iniciación a su término y que hubieran pasado más de cuatro años desde que se dictaron las resoluciones objeto de la misma. Es decir, entendió que la Administración había procedido conforme a lo previsto en el artículo 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

SEGUNDO.- Antes de dar cuenta de los motivos de casación que el Sr. Jose Pablo dirige contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, conviene dejar constancia de las circunstancias que caracterizan esta controversia, tal como resultan del expediente y de las actuaciones.

1º El Sr. Jose Pablo acompañó a su solicitud para participar en el proceso selectivo en cuestión una certificación expedida el 6 de septiembre de 1996 por el Director Técnico del Colegio homologado "Cumbre" de Madrid según la cual había cursado en el mismo en los años académicos 1993-94 y 1994-95 los estudios de 1º y 2º de BUP y que había obtenido en ambos la calificación final de suficiente.

2º En la prueba de conocimientos el Sr. Jose Pablo fue considerado no apto. Sin embargo, presentada reclamación, fue estimada el 9 de marzo de 1998 al comprobarse que fue incorrectamente calificado su ejercicio a causa de un error en el funcionamiento del lector óptico con el que se hizo la corrección. No obstante, para ese momento, el proceso selectivo había proseguido y los participantes que lo superaron fueron nombrados alumnos por resolución de 22 de octubre de 1997. Por eso, se le reconoció al Sr. Jose Pablo el derecho a realizar las pruebas psicofísicas en la siguiente convocatoria y cuando las superó fue nombrado alumno por resolución 30 de septiembre de 1998 pero con efectos de 22 de octubre de 1997. Y, como superara el ciclo formativo, obtuvo el nombramiento como Guardia Civil el 25 de octubre de 2000, según se ha dicho.

3º En 2001, investigaciones realizadas de oficio por el Servicio de Asuntos Internos de la Dirección General de la Guardia Civil pusieron de manifiesto que algunos de los aspirantes que superaron las pruebas selectivas de referencia y luego fueron nombrados Guardias Civiles podían carecer del requisito de titulación exigido. Entre ellos figuraba el Sr. Jose Pablo .

4º La base de la actuación seguida en relación con el Sr. Jose Pablo fue un certificado de 3 de noviembre de 2000 expedido por el Secretario del Instituto de Educación Secundaria "Ramiro de Maeztu", al que está adscrito el Colegio "Cumbre", según el cual "consultados los archivos que obran en la Secretaría de este Centro, no aparece dato alguno, en expedientes, actas y libro de registro de matrícula del Colegio Cumbre de los alumnos (...) Jose Pablo , cursos 93/94 y 94/95". La misma circunstancia se daba respecto de otros dos guardias.



5º Respecto de los actos de nombramiento de todos ellos incoó la Administración procedimientos de revisión de oficio, pero, a raíz del dictamen del Consejo de Estado, cuyo informe descartó en cuanto al fondo que existiese causa de nulidad y apreció en la forma caducidad, se declaró caducado por haber transcurrido más de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución. Asimismo, se declaró extinguida, por el transcurso de más de cuatro años la acción de lesividad respecto de los otros Guardias que habían aportado certificación del Colegio, "Cumbre" y de los que no constaban datos en el Instituto de Educación Secundaria "Ramiro de Maeztu".

6º También consta en el expediente que en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Lalín se seguían en abril de 2001 unas diligencias previas por supuesto delito de falsedad en las que estaba imputado el Sr. Jose Pablo , pero ningún otro dato hay al respecto.

7º El último destino del Sr. Jose Pablo del que hay constancia en las actuaciones es la Comandancia de Álava y fue solicitado voluntariamente por el interesado, determinándose que prestara servicios en el puesto de Treviño.

8º La Orden de 17 de julio de 2002 por la que se declaró la lesividad de las resoluciones de nombramiento del recurrente como alumno y como Guardia Civil, justificaba su carácter lesivo para los intereses públicos en el vicio de anulabilidad que les afectaba y en que habían producido y seguían produciendo un gasto para el Tesoro Público, con la consiguiente lesión de los intereses públicos de naturaleza económica. Esto último lo decía sin perjuicio de afirmar que la Ley de la Jurisdicción confirma la tendencia dirigida a superar la anterior exigencia de una doble lesión, jurídica y económica, para que pueda ser declarado lesivo un acto.

TERCERO.- Son cinco los motivos de casación que recoge el escrito de interposición en cuyo examen entramos, a continuación, sin haber podido disponer del punto de vista del representante de la Administración sobre ellos, ya que, debidamente emplazado en la instancia, no se ha personado en este recurso.

El primero y el último plantean la misma cuestión, si bien bajo distinto apartado del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción . Se refieren a la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 17. 1 q) del Real Decreto 1951/1995 y de la base 2.1.8 que imputan a la Sala de la Audiencia Nacional por no haber tenido en cuenta las reglas sobre la carga de la prueba que resultan de ese precepto. Así, sostienen, como infracción formal, el primero, y, subsidiariamente, sustantiva, el quinto , que correspondía a la Administración probar que el Sr. Jose Pablo incumplía el requisito de titulación exigido por las bases de la convocatoria y que no lo hizo reprochando, en cambio, la Sentencia al demandado que no acreditara la falta de veracidad del certificado del Instituto "Ramiro de Maeztu" ni tampoco que estuviera en condiciones de obtener antes del comienzo de la primera prueba el título necesario. Aquí es donde sitúa el recurrente el desplazamiento ilegal de la carga de la prueba que afirma en estos dos motivos.

No podemos acogerlos porque no ha existido tal desplazamiento. Más allá de los términos concretos con que se expresa la Sentencia, lo cierto es que la Administración ha actuado en virtud de un hecho acreditado por la certificación expedida por el Secretario del mencionado Instituto, al que está adscrito el Colegio "Cumbre": la falta de constancia en el mismo de que el recurrente hubiera cursado en este centro y superado con calificación de suficiente los cursos 1º y 2º de BUP. Es decir, aporta una prueba en la que sustenta sus pretensiones anulatorias después de haber declarado en virtud de ella la lesividad de las resoluciones impugnadas. Sea cual sea el valor que deba atribuirse a este documento frente al presentado en su día por el Sr. Jose Pablo no puede hablarse de que la Sentencia derive a éste la carga probatoria. Lo único que hace es dar crédito a la certificación del Instituto a lo que le ayuda que el ahora recurrente no la desvirtuara justificando poseer o estar en condiciones de obtener la titulación requerida.

CUARTO.- Los motivos, segundo, tercero y cuarto, sustentados todos en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , imputan a la Sentencia y por el orden en que las recogemos, las siguientes infracciones:

a) Del artículo 103.3 de la Ley 30/1992 , en relación con su artículo 42 y la jurisprudencia que cita. Sostiene que han sido vulnerados porque, en realidad, debió la Sala apreciar la caducidad del procedimiento de declaración de lesividad, ya que transcurrieron más de tres meses desde que se inició el 13 de mayo de 2002 y se resolvió ya que, subraya, aunque la Orden correspondiente se dictó el 17 de julio de ese año, no se notificó hasta el 23 de octubre siguiente con el traslado de la demanda contencioso-administrativa formulada por el Abogado del Estado. La Sentencia, considera que la fecha a considerar es aquella en que se dicta la Orden porque el artículo 103.3 refiere los tres meses a la declaración de lesividad y no a su notificación. Sin embargo, recuerda el recurrente, la finalización de los plazos se cuenta en el momento de la notificación. Invoca al respecto la Sentencia de 12 de abril de 2004 (recurso 241/1998) y las que en ella se relacionan.

b) Del artículo 103.2 de la Ley 30/1992 . En este caso, afirma el recurrente que la Sentencia debió apreciar que había transcurrido en exceso el plazo de cuatro años dentro del cual puede la Administración declarar la lesividad de sus propios actos. Afirma el Sr. Jose Pablo que es obvia la desigualdad con la que ha sido



tratado y que la Administración pretende aprovecharse de sus propios errores en su perjuicio. Recuerda que concurrió a una convocatoria de 1997 y que fue nombrado alumno del centro de formación con efectos de 22 de septiembre de ese año –como los demás aspirantes que superaron el proceso selectivo– aunque la resolución fuera de 30 de septiembre de 1998. Y que, mientras respecto de los otros Guardias Civiles que se hallaban en su misma situación, se declaró extinguida la acción por el transcurso de cuatro años, a él, que se vió obligado a reclamar por el error cometido en la calificación de su prueba de conocimientos, se le ha dado un trato distinto so pretexto de un nombramiento posterior: Es de su actuación contraria a Derecho de la que la Administración se vale para pretender la anulación de sus nombramientos como alumno y como Guardia Civil.

Añade que este es un extremo determinante porque la cuestión decisiva es el nombramiento como alumno del centro militar de formación ya que la condición de Guardia Civil resulta de la superación del proceso formativo. Por tanto, si aquél tuvo efectos de 22 de septiembre de 1997, a esa fecha debe estarse para contar los cuatro años previstos en el artículo 103.2 de la Ley 30/1992. De ese modo, la declaración se hizo cuando ya habían transcurrido y así debió apreciarlo la Sala de instancia en lugar de atenerse al momento en que se dictó la resolución que le nombró alumno.

c) Del artículo 103.1 de la Ley 30/1992. Mantiene el escrito de interposición que se ha producido una indebida aplicación de ese precepto. Razona esta afirmación señalando que la declaración de lesividad implica que el acto sobre el que versa ha de ser perjudicial para los intereses públicos y que la Sentencia se abstiene de hacer consideración alguna sobre ello. Además, llama la atención sobre la circunstancia de que el Abogado del Estado, en la demanda, justifica la lesividad por el gasto que representan para el Tesoro las retribuciones percibidas por el Sr. Jose Pablo. Observa, sin embargo, que por ese motivo no existe lesión alguna, ya que se trata de la contraprestación correspondiente al desempeño de sus funciones.

No hay, pues, concluye, perjuicio alguno. Y añade que ni siquiera puede hablarse de "una infracción legal manifiesta, toda vez que es público y notorio que en el Cuerpo de la Guardia Civil están desempeñando sus funciones con total competencia y a satisfacción de sus superiores numerosos Guardias Civiles que carecen de titulación alguna, puesto que no era exigible en la fecha de su ingreso. No se trata, pues, de un requisito consustancial al desempeño de tal función y, por tanto, su falta tampoco puede considerarse una infracción manifiesta de la ley".

QUINTO.- Efectivamente, la jurisprudencia señala como dies ad quem para el cómputo del plazo de caducidad del procedimiento el de la notificación de la resolución que le pone fin [Sentencias de 24 de octubre y 21 de julio de 2007 (casación para la unificación de doctrina 174/2006 y 74/2003, respectivamente), 18 de enero de 2005 (casación 8/2003), 25 de mayo de 2004 (casación 207/2002)]. En el presente caso, no obra en el expediente, ni se aportó por la Administración en el curso del proceso, justificación de haberse notificado al interesado la Orden de 17 de julio de 2002. Lo único que refleja es que el 9 de septiembre de ese año se oficia al Abogado del Estado-Jefe de la Audiencia Nacional comunicándole la declaración de lesividad e informándole de que el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo vence el 17 de octubre siguiente. Y, ya en las actuaciones procesales, tras la interposición del recurso el 1 de octubre de 2002, obra el justificante de haberse notificado esa circunstancia y trasladado el escrito de demanda al Sr. Jose Pablo el 17 de octubre de 2002.

Por tanto, en el momento de la notificación de la declaración de lesividad habían transcurrido más de los tres meses cuyo paso, según disponía entonces el artículo 103.3 de la Ley 30/1992, determinaba la caducidad del procedimiento. Resultado que se daría aunque como día inicial del cómputo se tomara el de la notificación del acuerdo de incoación ya que tuvo lugar el 6 de junio de 2002 y descontando el tiempo que tardó el Sr. Jose Pablo en formular sus alegaciones. Y es que –considera la Sala– ha de aplicarse en este caso el criterio que siguen, respecto del día final del cómputo del plazo de caducidad, las Sentencias antes citadas y otras muchas con ellas coincidentes, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 42.2 de la Ley 30/1992. En efecto, ha de tomarse como tal la fecha de notificación de la resolución que declara la lesividad y no, como sostiene la Sentencia de la Audiencia Nacional, la de la misma declaración ya que aquella solución es la que más se ajusta al precepto recién citado y mejor responde a las garantías que deben presidir el procedimiento administrativo, tal como pone de manifiesto la jurisprudencia en los supuestos en que se ha pronunciado en este sentido, especialmente a propósito de la imposición de sanciones.

En efecto, no debe olvidarse que el recurso de lesividad previsto en los artículos 103 de la Ley 30/1992 y 43 de la Ley de la Jurisdicción tiene un carácter extraordinario y que esa circunstancia así como las exigencias del principio constitucional de seguridad jurídica imponen una interpretación restrictiva de las normas que lo regulan. Precisamente, estas razones son las que han llevado al legislador a prever la caducidad del procedimiento de declaración de la lesividad de un determinado acto o la del encaminado a la revisión de oficio a iniciativa de la Administración (artículo 102.5 de la ley 30/1992). Supuesto éste último que también se ha dado en este caso, ya que –según se ha dicho– la inicial pretensión del Ministerio de Defensa de seguir ese



último cauce fue abandonada una vez que el Consejo de Estado puso de manifiesto, junto a razones de fondo que lo hacían inviable, que habría de tenerse por caducado el procedimiento.

Procede, pues, la estimación del motivo sin que sea necesario examinar los restantes y la anulación de la Sentencia, lo que nos obliga, conforme al artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción , a resolver el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Abogado del Estado. Evidentemente, cuanto se acaba de decir conduce a su inadmisión ya que, por haber caducado el procedimiento de declaración de lesividad, falta el presupuesto imprescindible para interponerlo.

SEXTO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

1º Que ha lugar al recurso de casación nº 6465/2003, interpuesto por don Jose Pablo contra la sentencia dictada el 3 de julio de 2003, por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional , que anulamos.

2º Que inadmitimos el recurso 431/2002 interpuesto por el Abogado del Estado contra las resoluciones del Ministerio de Defensa 169/38809/1998, de 30 de septiembre, y 166/39087/1997, de 22 de octubre, por las que se nombran alumnos de los centros docentes militares de formación que capacitan para el acceso a la Escala Básica de Cabos y Guardias de la Guardia Civil, incluyendo a don Jose Pablo , y contra la Orden del Director General de la Guardia Civil dictada por delegación nº 160/38492/2000, de 25 de octubre, por la que fue nombrado Guardia Civil don Jose Pablo .

3º Que no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos . PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.