

- 1.—*Suárez Fernández contra Resolución de la Asamblea de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo. Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de mayo de 1950.* («B. O. del E.» núm. 171, de 20 de junio de 1950).

Entendiéndose amparados por la dicción amplia del art. 4.º de la Ley de 18 de marzo de 1944 («resoluciones de la Administración Central en materia de personal»), han sido ya muy numerosas las ocasiones en que los particulares afectados se han alzado ante el Consejo de Ministros, utilizando el recurso de agravios, impugnando las decisiones finales recaídas en los expedientes relativos a la concesión en sus diversos grados de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo.

Los expedientes citados son instruidos por el Consejo Supremo de Justicia Militar y, previo dictamen de las Fiscalías Militar y Togada, son elevados al conocimiento de la Asamblea de la Real y Militar Orden (el propio Consejo Supremo actuando con tal carácter), por quien se emite una consulta a cuya vista, el Jefe del Estado, Soberano de la Orden, decide lo pertinente. Planteado, ante la interposición de los recursos de agravios, el arduo problema de si la jurisdicción del Consejo de Ministros se extendía a la revisión de tales resoluciones, la jurisprudencia, moviéndose con extremada cautela y cuidando de aportar y razonar cuidadosamente el material jurídico que empleaba como fundamento de sus fallos, ha sentado una doctrina interesante en grado sumo sobre este punto :

Los expedientes de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo ante el recurso de agravios.

El primero y fundamental obstáculo a salvar por la doctrina que comentamos, era el, al parecer insuperable, representado por el art. 105 del Reglamento Orgánico del Consejo Supremo de Justicia Militar, se-

gún el cual «en los expedientes en que el Consejo entienda por virtud de lo dispuesto en las Leyes y Reglamentos especiales por que se rigen las Reales Ordenes de San Fernando y San Hermenegildo, no podrá ser oído ningún otro Cuerpo del Estado, ni contra las soberanas resoluciones que en ellos se dicten se admitirá recurso en vía contenciosa».

En uno de los primeros acuerdos (1), el Consejo de Estado (el dictamen es de conformidad), sólo muy incidentalmente, se plantea la cuestión de la procedencia del recurso, limitándose a afirmar, en sentido favorable a la misma, que «el recurso de agravios no puede considerarse como una mera continuación del recurso contencioso-administrativo». El acuerdo tiene gran interés, no obstante, por otras razones y especialmente porque se aborda y resuelve el problema de cómo un organismo incompetente para conocer en cuanto al fondo de los asuntos debatidos puede revisar el cumplimiento respecto de los mismos de las formalidades establecidas por las leyes, velando así por la observancia y pureza del procedimiento (2).

Los acuerdos de 11 de marzo y 30 de noviembre de 1949 (3) y el que es objeto directo de este comentario, se enfrentan ya resueltamente con el presunto impedimento que para la admisibilidad del recurso constituye el ya transcrito texto del Reglamento del Consejo Supremo de Justicia Militar, analizando para ello sus dos incisos:

1.º Imposibilidad de audiencia de ningún Cuerpo del Estado, una vez evacuada la que el Consejo Supremo emite en virtud de lo dispuesto en las leyes y reglamentos por que se rige la Real Orden de San Hermenegildo. La tesis jurisprudencial es clara: en los expedientes de recursos de agravios, el Consejo Supremo no conoce en cumplimiento de lo mandado por aquellos reglamentos y leyes, sino como consecuencia de las normas contenidas en la Orden de la Presidencia del Gobierno de 13 de junio de 1944, y «al sólo efecto de evacuar el informe preceptivo que allí se encomienda a la Sección de Personal». Por consiguiente, el supuesto contemplado por el art. 105 es distinto, e inaplicable, por ello mismo, la disposición prohibitiva que en éste se contiene.

2.º Inexistencia de recurso en vía contenciosa contra las soberanas resoluciones dictadas en los expedientes de la Orden. En este extremo, el razonamiento es más sutil y complejo; por lo pronto se reitera la declaración de que «el recurso de agravios no es una mera continuación

(1) Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 1948 (*B. O. del E.* 19 de septiembre de 1948).

(2) El tenor del acuerdo es el siguiente: «...en todo caso, procede su admisión (la del recurso de agravios), cuando exista algún vicio de forma que invalide una parte o todas las actuaciones practicadas en el expediente.» Se recoge como precedente la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1911.

(3) Publicados en los *Boletines Oficiales del Estado* núm. 123 de 3 de mayo de 1949, y núm. 7 de 7 de enero de 1950, respectivamente.

del contencioso-administrativo», y se añade que aunque pueda calificarse al primero de «vía contenciosa» (4), siempre sería preciso establecer una distinción dentro de las resoluciones consultadas por la Asamblea de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo: a un lado, las que impliquen el ejercicio de una potestad soberana, como lo son las relativas al ingreso o expulsión de la Orden, respecto de las cuales puede sin violencia entenderse que quedan excluidas del ámbito del recurso de agravios; y a otro, las que se limitan a hacer una aplicación mecánica y reglada de beneficios minuciosamente predeterminados, de las cuales no puede predicarse el atributo de soberanía y que, por lo mismo, son impugnables (5).

Toda esta doctrina parece haberse consolidado, puesto que acuerdos posteriores contienen una simple referencia a la misma o la dan por supuesta (6), dando por sentado que únicamente son inaccesibles en vía de agravios, en esta materia, aquellas resoluciones consultadas por la Asamblea que puedan ser propiamente calificadas de soberanas conforme al criterio expuesto.

2.—*Sanz Sanz contra Resolución de la Asociación Mutua Benéfica del Ejército de Tierra. Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de febrero de 1950* («B. O. del E.» núm. 74, de 15 de marzo de 1950).

El movimiento mutualista, de tan hondo arraigo entre los funcionarios públicos españoles, cuyos antiguos Montepíos instauraron un sistema de protección a las que después habían de llamarse clases pasivas, mucho antes de que el Estado estableciera un régimen regular y general de pensiones, tuvo un amplio desenvolvimiento en el campo militar, donde fueron numerosas las instituciones de este tipo que surgieron, con el nombre de Asociaciones Mutuas u otro similar, concediendo a sus mutualistas asociados la más variada gama de prestaciones y auxilios.

(4) Con ello se viene a establecer una implícita distinción, que el acuerdo no hace sino apuntar, entre vía contenciosa y recurso contencioso-administrativo.

(5) La doctrina está esbozada en el comentario a grandes rasgos; los acuerdos de 11 de marzo y 11 de noviembre, aunque análogos, no son idénticos, acusándose algún ligero avance en el segundo respecto del primero; concretamente, al mencionar las resoluciones que estima excluidas, el de 11 de marzo habla sencillamente de «las que impliquen el ejercicio de una potestad de soberanía, tales como las relativas a la admisión en la Orden o a la expulsión de la misma»; mientras que el de 11 de noviembre precisa más refiriéndose a «las resoluciones que impliquen el ejercicio de una potestad de soberanía, como lo son las relativas a la admisión en la Orden o expulsión de la misma, por motivos atinentes al comportamiento, conducta y honor militares y a la apreciación de los hechos y circunstancias que mancillen este honor u oscurezcan aquella conducta». En este último sentido se pronuncia también el acuerdo de 12 de mayo de 1950.

(6) Ver, por ejemplo, acuerdo de 7 de octubre de 1949 (B. O. del E. 21 de noviembre de 1949).

La promulgación, después de concluida la Guerra de Liberación, de una nueva legislación orgánica sobre mutualidades (1), unida a la conveniencia, en algún caso, de unificar las varias Asociaciones existentes dentro de un mismo Ejército, han motivado la reciente aparición de disposiciones reguladoras de las Mutualidades Militares; en poco más de año y medio, sucesivos Decretos-Leyes han ido creando las Asociaciones Mutuas Benéficas del Ejército de Tierra (Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1948), de la Armada (Decreto-Ley de 24 de junio de 1949), del Cuerpo de la Guardia Civil (Decreto-Ley de 2 de diciembre de 1949) y del Aire (Decreto-Ley de 9 de diciembre de 1949) (2).

Tomando como tipo el Reglamento de la Asociación Mutua Benéfica del Ejército de Tierra, el gobierno de la Mutualidad se encuentra atribuido (3) a las Juntas Delegadas, Comisión Ejecutiva y Consejo de Gobierno, figurando entre las facultades de este último la de decidir, con carácter inapelable, los recursos interpuestos por los asociados (4).

Como, pese a esta disposición del Reglamento, los interesados cuyos recursos eran total o parcialmente desestimados por el Consejo de Gobierno de la Asociación, se alzaron contra las Resoluciones del mismo ante el Consejo de Ministros utilizando como vía de impugnación la proporcionada por el recurso de agravios, vino a plantearse el problema del

Régimen jurisdiccional de las Asociaciones Mutuo Benéficas Militares,

sentando el acuerdo decisorio que comentamos, una interesante jurisprudencia que posteriormente ha sido reiterada por otros (5).

El acuerdo de 16 de diciembre de 1949 plantea, como cuestión inicial y previa, la de si se dan los supuestos básicos determinantes de la competencia del Consenjo de Ministros para conocer del recurso interpuesto, esto es, si existe una Resolución de la Administración y si la materia es de «personal». Y llega a la conclusión de que ambos supuestos faltan. porque —dice el acuerdo—:

(1) Los textos básicos están constituidos por la Ley de 6 de diciembre de 1941 y el Reglamento para su aplicación de 26 de mayo de 1943.

(2) El contenido de todos estos Decretos-Leyes es similar; todos comienzan con la disposición constitutiva de la Mutualidad, hacen una breve indicación de la finalidad de la misma, señalan quiénes tienen o pueden tener la condición de mutualistas y fijan los recursos económicos con que aquélla habrá de contar para el cumplimiento de sus fines. También todos ellos (salvo el de 2 de diciembre de 1949), llevan como anejo el Reglamento de la respectiva Asociación Mutua.

(3) Capítulo V, arts. 42 a 60 del Reglamento aprobado por el Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1948.

(4) Número 12 del art. 44 del Reglamento citado; su tenor literal es el siguiente: «Resolver los recursos que puedan formularse por los interesados contra las determinaciones de la Comisión Ejecutiva o de las Delegadas y los de reforma de las decisiones del propio Consejo, cuyas resoluciones serán inapelables.»

(5) Acuerdos del Consejo de Ministros de 16 de diciembre de 1949 (B. O. del E. de 17 de marzo de 1950) y 10 de febrero de 1950 (B. O. del E. de 30 de marzo).

AGRAVIOS

1.º No existe una resolución de la Administración, ya que no puede atribuirse tal carácter a la emanada del Consejo de Gobierno de la Asociación Mutuo Benéfica del Ejército de Tierra; ninguno de los órganos internos de régimen de la Asociación es un órgano de la Administración, como tampoco lo es la propia Asociación, ya que, constituida ésta «con un fin de previsión social y compañerismo que es por completo ajeno a cuanto puede hacer referencia a la gestión de negocios públicos», puede ser considerada «y esto con una visión verdaderamente amplia de sus finalidades, como personal moral de derecho público, pero nunca como integrante de la Administración».

2.º La materia no es de personal, en el peculiar sentido que a este término ha dado la jurisdicción de agravios, porque las resoluciones impugnadas no «se dirigen ni afectan a un funcionario o a un miembro del personal de la Administración en su calidad de tales, sino a un asociado, a un mutualista, a un elemento subjetivo de la Asociación, no de la Administración».

Sentadas tales premisas, el fallo del recurso resulta obligado: improcedencia por incompetencia de jurisdicción.

* * *

Con posterioridad a la jurisprudencia que es objeto de este comentario, se ha dictado por la Presidencia del Gobierno el Decreto de 24 de febrero de 1950, cuyo art. 3.º concede a los asociados-mutualistas en «las cuestiones de índole contenciosa» y una vez agotado el régimen de recursos previsto por el Reglamento de cada Asociación, una alzada ante el respectivo Ministro (de la Gobernación, del Ejército, de Marina o del Aire, según los casos) «sin que contra la resolución que dicte pueda interponerse recurso alguno».

No hemos visto hasta la fecha publicado en el «B. O. del E.» ningún acuerdo decisorio del recurso de agravios en que haya sido ya tenido en cuenta el citado Decreto, sin duda por el escaso tiempo que éste lleva en vigor. Será interesante ver, cuando surja, si la actual doctrina sigue manteniéndose o en qué sentido se modifica.

3.—*Mori Iglesias contra Orden del Ministerio de Justicia. Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de febrero de 1950* («B. O. del E.», número 92, de 2 de abril de 1950).

Fué ya objeto de comentario en el anterior número de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (1) la doctrina sentada por el Consejo de Mi-

(1) Pág. 207; Ibarra Vives contra Orden del Ministerio de Trabajo. Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de mayo de 1949 («B. O. del E.» núm. 287, de 14 de octubre de 1949).

nistros en aquellos casos en que, pendiente un recurso de agravios, la resolución recurrida era revocada por el propio Departamento ministerial que la había dictado en virtud de una tardía estimación del recurso de reposición; fundamentó su fallo el Consejo de Ministros en la distinción entre efectos sustantivos y efectos procesales de la resolución estimatoria extemporánea del aludido recurso y, sobre todo, en la consideración de que, habiendo tenido efectos positivos el trámite de reposición, «carece de objeto el recurso de agravios interpuesto, al dirigirse contra una disposición anulada y carente de efecto».

Si se concibe el recurso de agravios como un litigio o contienda ventilada jurisdiccionalmente, habrá de admitirse que, al lado de su forma normal de concluir constituida, como en todo proceso, por la sentencia, aquí representada por el acuerdo decisorio del Consejo de Ministros, existen formas anormales de extinción no debidas tanto a la actividad del órgano jurisdiccional como a la desarrollada por las partes. Del mismo modo que en el proceso civil el allanamiento, la renuncia y el desistimiento, el primero como acto del demandado y los dos últimos como actos del demandante, son estudiados como formas de extinción (2), en el recurso de agravios puede considerarse, al menos en principio, la posibilidad de una extinción que tenga por causa la actividad de quienes se enfrentan en el recurso: la Administración, como defensora de las resoluciones impugnadas, y el recurrente, como parte activa, pretendiendo la revocación de las mismas.

Ahora bien, así como surgen serios obstáculos que se oponen a concebir la reposición tardía como un allanamiento de la Administración a la pretensión del recurrente (3), no existe, en cambio, grave inconveniente para admitir, como lo hace el acuerdo comentado,

La extinción del recurso de agravios en virtud de declaración de voluntad del recurrente.

El acuerdo de 3 de febrero de 1950 nos refiere en su último «resultando», que, hallándose en trance de dictamen ante el Consejo de Estado el recurso, el recurrente suplicó se le tuviera por desistido del mismo y, sobre tal base, el Consejo de Ministros declara no haber lugar a resolverlo, porque:

1.º «El procedimiento a que se contrae el presente recurso, por su naturaleza rogada, no puede mantenerse sin que en todo momento pro-

(2) Vid. GUASP: «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», t. I. páginas 161 y ss.

(3) Mucho más sencilla es la construcción según la cual la Administración puede revisar la ilegalidad de sus propios actos reponiéndolos por contrario imperio a la vista del recurso del particular perjudicado.

cesal la parte actora inste o sostenga la petición de resolución de sus pretensiones».

La doctrina es, posiblemente, rigurosa en exceso y, en realidad, repugna a la naturaleza objetiva de un recurso encaminado a defender y mantener la vigencia de preceptos desconocidos o negados por la resolución recurrida; se refuerza exageradamente el poder dispositivo del particular sobre el recurso y puede conducir al contrasentido de que, conocida ya por la jurisdicción la existencia de la ilegalidad, se vea impotente ante ella al no sostener el recurrente su pretensión; muy especialmente se opone a su admisión la concepción que ve el recurso de agravios como un recurso de anulación típicamente objetivo, encaminado no sólo a la protección de derechos subjetivos, sino a la restauración de la legalidad violada por el acto administrativo impugnado (4); si se sienta la objetividad del recurso no puede, en buenos principios, admitirse el desistimiento como se admitiría en un recurso subjetivo o de plena jurisdicción (5).

Todo el peso del párrafo transcrito se centra sobre la petición del recurrente; como es éste quien pretende ante el Consejo de Ministros, apoyado bien en su derecho subjetivo —supuesto del recurso de plena jurisdicción—, bien en su interés «personal, directo y legítimo» —supuesto del recurso de nulidad— se entiende que el abandono de la petición se traduce en el,

2.º Perfeccionamiento de la «ejecutoriedad de la resolución impugnada».

En realidad, la ejecución de la resolución recurrida no ha podido verse perturbada por la interposición del recurso, ya que ésta, según reiteradas declaraciones jurisprudenciales, carece de efectos suspensivos; lo que se quiere expresar, sin duda, es que al desistirse del recurso de agravios, el acto administrativo impugnado adquiere la definitiva firmeza que es propia de las resoluciones que ya no pueden ser objeto de impugnación en ninguna vía. Lo cual, indirectamente, viene a sentar la tesis de que la pretensión de impugnación interpuesta y de la que se ha desistido no puede volver a ser reproducida (6).

(4) Aun se puede aducir algún nuevo argumento en defensa de la no admisión del desistimiento en el recurso de agravios cuando éste se interponga con el carácter de un recurso objetivo: el principio de la no renunciabilidad de los derechos, cuando la renuncia sea contra el interés o el orden público, sentado por el art. 4.º del Código civil, porque no puede por menos de entenderse que afecta al interés público la revisión de los posibles actos ilegales de la Administración. Recuérdese que tal límite existe también en la renuncia procesal civil (Vid. GUASP, obra citada, pág. 162).

(5) Vid., sobre este punto, PÉREZ HERNÁNDEZ: *Naturaleza jurídica del recurso de agravios*, en «Publicaciones del Consejo de Estado». Madrid, 1950.

(6) Se ha de hacer notar que este efecto es más propio de la renuncia al derecho alegado como fundamento de la pretensión que del desistimiento de la pretensión misma.

4.—*Ramos Jiménez contra Orden del Ministerio de Educación Nacional. Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de mayo de 1950 («B. O. del Estado» núm. 180, de 29 de junio de 1950).*

El supuesto de hecho contemplado por el acuerdo cuyo comentario vamos a hacer puede resumirse así:

1.º Un Consejo de Protección Escolar, en uso de las facultades que le fueran concedidas por su disposición constitutiva, convocó concurso para la provisión de determinadas plazas de maestros; en la convocatoria no se señaló condición ni se estableció limitación alguna que tuviera por base la edad máxima de los concursantes.

2.º Con posterioridad a la convocatoria y ya cerrado el plazo de admisión de instancias, el Consejo de Protección adoptó el acuerdo de «no seleccionar a ningún maestro ni maestra que tuviera más de cuarenta años de edad».

3.º En virtud de esta causa de discriminación fué excluida del concurso la recurrente.

El recurso de agravios interpuesto contra la Orden ministerial por la que se aprueba la propuesta del Patronato y se confieren los nombramientos prestaba amplia base para sentar doctrina en punto al problema de

La convocatoria como ley del concurso; facultades y limitaciones de la Administración en la resolución del mismo.

La densidad del acuerdo comentado, aprovechada por el Consejo de Estado —el dictamen es de conformidad— para dejar sentado su criterio respecto de una numerosa serie de cuestiones concretas, precisando tendencias apuntadas en anteriores resoluciones y recogiendo jurisprudencia del Tribunal Supremo, fuerza a analizar por separado sus más importantes extremos; son los siguientes:

a) «Las bases del concurso constituyen norma obligatoria y de ineludible observancia, siendo la ley que lo regula y a cuyo tenor han de resolverse todas las cuestiones que sobre él se susciten»; «las bases de la convocatoria son la ley del concurso y la única norma dispositiva en cuanto a las condiciones de admisión se refiere»; en apoyo de esta tesis se traen a colación sentencias del Tribunal Supremo (1) y se afir-

(1) El acuerdo cita las de 31 de enero de 1905, 23 de mayo de 1906, 8 de marzo de 1907 y 26 de abril de 1929.

ma que la doctrina ha sido ya sustentada con anterioridad por la jurisdicción de agravios (2).

b) Natural consecuencia de lo anterior: cerrado el plazo de admisión de instancias para el concurso, la Administración no puede establecer limitaciones ni hacer jugar causas de exclusión que no estén previstas en la convocatoria, y mucho menos puede hacerlo en el trámite de calificación de méritos de los concursantes, por cuanto, al haber admitido las solicitudes de éstos, ya se ha pronunciado en sentido afirmativo respecto de que aquéllas se ajustaban a las bases del concurso: «no puede la Administración anular con daño de tercero sus propios actos (3), y debe, por consiguiente, sujetarse en la resolución final del expediente a lo prevenido en la convocatoria».

c) La obligada sumisión a la convocatoria no se opone:

1. A la facultad de la Administración de apreciar los méritos de los concursantes; facultad que, además, tiene el carácter de discrecional, «siempre que en las bases del concurso no se hubiere fijado escala graduada de preferencia», y con discrecionalidad que alcanza hasta la fijación posterior de aquella escala si la convocatoria la hubiere omitido.

2. A la facultad de los concursantes de impugnar la convocatoria si entienden que no se halla ajustada a derecho o que contiene llamamientos o exclusiones ilegales o antirreglamentarias (4).

MANUEL ALONSO OLEA

Letrado del Consejo de Estado.

(2) Efectivamente, la jurisprudencia sentada en los acuerdos resolutorios de recursos de agravios ha partido siempre de la base de que la convocatoria constituye una norma que ha de ser forzosamente acatada tanto por la Administración como por los concursantes; así, el acuerdo de 11 de junio de 1948 («B. O. del E.» núm. 220, de 7 de agosto de 1948) declara que era procedente la anulación de una Orden resolutoria de concurso por haberse violado en ella la convocatoria, siendo precisa la reposición de aquel «al punto y momento a partir del cual se desenvuelva sobre las bases legales para él previstas»: el de 17 de junio de 1949 («B. O. del E.» núm. 290, de 17 de octubre de 1949) habla de «el principio general de que a quien toma parte en un concurso u oposición, sometiéndose a las bases del mismo, no le es lícito, después de resuelto, impugnar sus resultados con el argumento de la existencia de vicio o irregularidad en los términos de la convocatoria que voluntariamente ha acatado»; y el de 24 de marzo de 1950 («B. O. del E.» núm. 156, de 5 de junio de 1950) dice ya terminantemente que «es principio general de Derecho administrativo, reiteradamente declarado por esta jurisdicción, el de que la convocatoria es la ley del concurso».

(3) Incidentalmente se insiste aquí sobre la imposibilidad de que la Administración vuelva sobre sus propios actos en materia de personal; esta cuestión ha sido ya objeto de estudio en la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (*La revocación de los actos administrativos en materia de personal*, págs. 163 y ss.).

(4) Lo que, en cambio, no puede admitirse, es que, habiendo sido acatada la convocatoria, se impugne la resolución del concurso alegando vicios en aquélla. Acuerdos del Consejo de Ministros de 17 de junio de 1949 y 24 de marzo de 1950, citados ambos en la nota anterior.

CRONICA ADMINISTRATIVA

