



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 2 7 / 1 9 9 5

La Laguna, a 6 de mayo de 1995.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *revisión de oficio de la Resolución de la Dirección General de Personal, de 20 de febrero de 1990 (BOC de 7 de marzo), por la que se hizo pública la adjudicación provisional en el concurso de traslados convocado por Orden de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, de 18 de octubre de 1989 (EXP. 10/1995 RO)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

El objeto del presente Dictamen lo constituye la "Propuesta de Orden culminatoria del expediente de Revisión de Oficio de la Resolución de la Dirección General de Personal, de 20 de febrero de 1990 (BOC de 7 de marzo) por la que se hizo pública la adjudicación provisional de destinos en los turnos de consorte y voluntario, obtenidos en el concurso general de traslados restringido y preescolar convocado por Orden de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de 18 de octubre de 1989 (BOC del 25), en el extremo de la misma en que se procedió a la ampliación de vacantes en la localidad de San Cristóbal de La Laguna, así como los actos posteriores que sean consecuencia directa de dicha ampliación de vacantes".

La legitimación del Presidente del Gobierno para solicitar el Dictamen y la competencia del Consejo para emitirlo resultan del art. 11.1 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCC), en relación con los arts. 102 y 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

---

\* **PONENTE:** Sr. Fernández del Torco Alonso.

En virtud de los arts. 10.6 LCC y 102.1 LRJAP-PAC, el Dictamen que se solicita es preceptivo y habilitante de la revisión, de modo que sólo si es favorable a la misma procederá declarar la nulidad.

## II

La Propuesta de Orden que se dictamina surge en el curso de un procedimiento incoado por Orden Departamental de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, datada el 23 de noviembre de 1994, y que se dirige a la revisión de oficio parcial de la Resolución de la Dirección General de Personal de dicho Departamento de 20 de febrero de 1990 y los actos posteriores que sean consecuencia directa de la parte del acto que se considera nulo.

Estas fechas tienen, en principio, trascendencia para la determinación de la legislación aplicable porque, como se señaló en el Fundamento II del Dictamen 19/1994, el procedimiento de revisión de oficio es autónomo de aquél que alumbró el acto que constituye su objeto; por lo que iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la LRJAP-PAC ésta será la que rija su tramitación con independencia de la fecha en que se dictó el acto a revisar; mientras que el parámetro de la validez de éste lo constituye la legislación en vigor cuando se dictó, lo que conlleva que sea también la legislación anterior la que rige su conversión, conservación y convalidación, porque estas instituciones forman parte del régimen de su nulidad y anulabilidad, ya que sólo tienen sentido en función de éstas, como lo revela el contenido de los arts. 50.2 a 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (LPA) y 65 a 67 LRJAP-PAC y el hecho de que en ambas se regulen conjuntamente; en la primera, bajo la rúbrica de "Invalidez", en la Sección 3ª, Capítulo II, Título III; y en la segunda, bajo la rúbrica "Nulidad y anulabilidad", en el Capítulo IV, Título V.

## III

La claridad de exposición del análisis de la Propuesta objeto de este Dictamen exige que se resuman sus antecedentes, dada la complejidad del asunto. Con ello, no se pretende recordarle a la Administración cómo ha procedido. Esto no es necesario. El resumen de antecedentes obedece, primero, a la necesidad de que aparezca debidamente fundamentado un Dictamen tan trascendente jurídicamente como es el de carácter habilitante; y, segundo, porque los Dictámenes del Consejo no tienen como único destinatario el concreto órgano administrativo que lo solicita; sino que

por las características de objetividad e independencia de la institución que los emite ofrecen una pauta segura para la resolución de casos semejantes, tanto a los órganos de la Administración autonómica como a los ciudadanos.

De ahí que siempre que sea necesario para su fundamentación o para su inteligibilidad, el Dictamen debe contener un resumen de antecedentes, que permita discernir si la doctrina contenida en él sirve como pauta para la solución de otro asunto por ser idéntico o similar su supuesto de hecho a aquél en que recayó el Dictamen.

En el presente asunto, el resumen de antecedentes es el siguiente:

1º. El Real Decreto 895/1989, de 14 de julio, estableció una nueva regulación del sistema de provisión de vacantes del Cuerpo de profesores de EGB, la cual, según su preámbulo, recibió "el acuerdo previo de las Comunidades Autónomas con competencias en materia educativa, sin que ello implique la renuncia al ejercicio de sus competencias propias, respecto de las cuales el Decreto asume el carácter de derecho supletorio que el art. 149.3 de la Constitución española le reconoce".

Esta confesión del preámbulo -de que se trata de una normativa cuyo contenido ha sido pactado con las Comunidades Autónomas (CC.AA.) con competencias educativas- se explica porque esa norma se dirige a posibilitar, con carácter general y homogéneo, concursos de traslados de ámbito nacional entre los funcionarios docentes, lo cual no sería posible sin la colaboración de las CC.AA. con competencias en materia de educación. Esta colaboración, a través de un mecanismo informal, se ha plasmado en una regulación estatal consensuada con aquéllas, las cuales -a cambio de esa participación en la determinación de su contenido- se comprometen a no impedir su aplicación como derecho supletorio mediante el establecimiento de normas propias divergentes, conformando así el ejercicio de sus competencias en ese concreto aspecto de la materia a la normativa estatal, sin que ello implique, por impedirlo la Constitución, renuncia a su titularidad ni la imposibilidad de que en cualquier momento las CC.AA. puedan ejercer sus competencias de modo distinto. Esto explica que el art. 2 del mencionado Real Decreto disponga su aplicación "en el ámbito de gestión del Ministerio de Educación y Ciencia y en el de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en la materia".

Si se ha procedido a este excurso no es porque el RD 895/1989, de 14 de julio, haya sido de aplicación al concurso de traslados durante el curso 1989/1990, donde surgió el acto que se pretende revisar -ya que su disposición transitoria XIV<sup>a</sup> dispone que ese concurso se regirá por las normas anteriores- sino para explicar por qué la Orden Departamental que se cita en el antecedente 3º) se remite a la Orden Ministerial que se reseña a continuación.

2º. La Orden del Ministerio de Educación y Ciencia, de 9 de octubre de 1989 (BOE del 17), estableció las normas para el curso 1989-1990 del concurso de traslado general, restringido a localidades de más de 10.000 habitantes, de Educación Preescolar y de Educación Especial, del cuerpo de Profesores de Educación General Básica (EGB).

3º. La Orden Departamental de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, de 18 de octubre de 1989 (BOC del 25), convocó concursos de traslado para profesores de Preescolar y Educación General Básica para la provisión de plazas vacantes en centros públicos de Preescolar y Educación General Básica dependientes de esa Consejería. Esos concursos, conforme a la Base I.1, eran los siguientes: a) Concurso general. b) Concurso restringido a localidades de censo superior a 10.000 habitantes. c) Concurso para unidades de Educación Preescolar.

Según la Base II.3, las vacantes a proveer eran las producidas hasta el primero de septiembre de 1989 más las vacantes primeras resultas que se produjeran por la resolución de los concursos en las localidades que hubiesen figurado anunciadas y que se adjudicarían, según rotación reglamentaria, a los concursantes de mejor derecho, entendiéndose por primera resulta la vacante que deja un concursante destinado a plaza directamente anunciada al concurso. Todas las vacantes a las que se hacía referencia debían corresponder a unidades cuyo funcionamiento estuviera previsto de acuerdo con la planificación escolar para el curso 1989-1990.

La Base II.5 disponía que los destinos eran a localidades determinadas. El destino a centro concreto en las localidades de más de 10.000 habitantes lo obtendrían los interesados a través de un concursillo posterior regulado en el art. 5 del Decreto de 18 de octubre de 1957. En las otras localidades, se obtenía por elección ante el órgano correspondiente, que resolvía según la puntuación de cada uno de los interesados y que se establecía conforme al art. 71 del Estatuto de Magisterio.

El plazo de presentación de las peticiones para la participación en esos concursos se fijaba del 2 al 18 de noviembre de 1989, ambos inclusive. La relación de localidades a proveer se haría pública en el BOC con anterioridad al *dies a quo* de ese plazo (Base XI.29).

La Base XVI.38 facultaba a la Dirección General de Personal (DGP) para resolver las dudas que se suscitaran, publicar las vacantes a proveer, adjudicar provisionalmente los destinos, resolver las reclamaciones y elevar a definitivos los nombramientos.

4º. La Resolución de la DGP de 19 de octubre de 1989 (BOC del 30) publicó la relación de localidades y número de vacantes en cada una de ellas y abrió un plazo de 15 días hábiles (que coincidía con el de presentación de solicitudes de participación en el concurso) para las reclamaciones contra posibles errores u omisiones en el anuncio de las vacantes a cubrir.

5º. La Resolución de la DGP de 20 de febrero de 1990 (BOC de 7 de marzo de 1990) adjudicó provisionalmente destinos a los concursantes, eliminó numerosas vacantes de las anunciadas, eliminación que en algunos casos justificaba por haberse "adjudicado por el art. 2 del Decreto de 18 de octubre de 1957", pero que en la inmensa mayoría de los casos no justificaba. También incluyó numerosas vacantes nuevas cuya inclusión consideró procedente por corresponder a localidades donde se habían anunciado vacantes. Asimismo, declaraba que se anunciarían en el momento de la adjudicación definitiva de destino aquellas vacantes cuya inclusión en el concurso era procedente por haberse estimado las oportunas reclamaciones, pero que por corresponder a localidades no anunciadas en el mismo no podían ser adjudicadas provisionalmente. Por último, debido a que se aumentaba el número de vacantes, se abría un nuevo plazo para presentar solicitudes de participación en el concurso, plazo que coincidía con el de presentación de reclamaciones contra las adjudicaciones provisionales de destinos.

6º. La Resolución de la DGP de 2 de abril de 1990 (BOC del 16) convocó el concursillo de traslados a unidades de EGB y Preescolar en localidades de censo superior a 10.000 habitantes, fijando un plazo para la presentación de peticiones de diez días naturales a partir del siguiente a la publicación de la Resolución definitiva de los concursos generales de traslados.

7º. La Resolución de la DGP de 7 de mayo (BOC del 14) adjudicó definitivamente los destinos a localidades en concurso, remitió los destinos a centros en localidades de más de 10.000 habitantes a la resolución del correspondiente concursillo, eliminó otra vez vacantes y anunció una nueva vacante, cuya inclusión en el concurso procedía, pero que por corresponder a una localidad no anunciada no pudo ser tenida en cuenta en la adjudicación definitiva y abrió plazo para que se solicitara.

8º. Contra la anterior Resolución, M.E.A.S. y once profesores más interpusieron recurso contencioso-administrativo 476/90 y acumulados que fue resuelto por la Sentencia nº 292/93, de 28 de abril de 1993, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (TSJC), con sede en Santa Cruz de Tenerife, cuyo fundamento jurídico tercero dice así:

*"Vinculada la Administración por la Base 3 de la Orden de 18 de octubre de 1989, las vacantes ampliadas que se produjeron después del 1 de septiembre de 1989, tenía aquella que haberlas adjudicado a los concursantes de mejor derecho, seleccionando a éstos entre los que presentaron sus instancias dentro del plazo reseñado en la citada Orden; esto es, entre los días 2 y 18 de noviembre de 1989, pero no acudiendo, en cambio, al sistema de aperturar un nuevo plazo para que los docentes que no habían tomado parte por decisión propia y voluntaria en los concursos convocados por la Orden de 18 de octubre de 1989, optaran a participar en una convocatoria posterior, por lo que cuando la Administración, luego de haber adjudicado provisionalmente las vacantes ampliadas en la localidad de San Cristóbal de La Laguna a los Profesores recurrentes, los cuales presentaron sus instancias en el tiempo y forma señalados por la convocatoria regulada en la repetida Orden de 18 de octubre de 1989, procedió a abrir un nuevo plazo de solicitudes, propiciado así la intervención en el concurso de quienes, como los hoy coadyuvantes, no habían participado por voluntad propia en la convocatoria inicial, lo que dió lugar a que se adjudicaran definitivamente a los mismos las vacantes ampliadas de San Cristóbal de La Laguna que ya habían sido asignadas provisionalmente a los actores, con el consiguiente desplazamiento de estos últimos de las plazas obtenidas, vino de esta forma a producirse una conculcación de la aludida Base 3 de la Orden indicada que trae consigo la anulación del acto administrativo impugnado, acto que, por otra parte, no puede prevalecer por el hecho de no haberse recurrido por los actores en vía administrativa la Resolución de 20 de*

*febrero de 1990, que amplió el plazo para la presentación de solicitudes, al no haber podido aquéllos tener racional certeza de que en virtud de la mencionada Resolución iban a ser desplazados de las plazas que les habían sido adjudicadas provisionalmente por parte de la Administración, quien tampoco puede justificar la ilegalidad de su acto invocando el ejercicio de su potestad organizativa, al exceder del ámbito de ésta cualquier conducta que implique un quebranto de las Bases de la Convocatoria, que representan la ley de la oposición o concurso".*

Coherentemente, el fallo estimaba los recursos interpuestos y anulaba el acto administrativo impugnado.

9º.La ejecución de la Sentencia determinó:

a) la adjudicación definitiva de destino en la localidad de La Laguna a los recurrentes (Resolución de la DGP de 21 de octubre de 1993 [BOC del 29] por la que se hacía público el cumplimiento de la Sentencia).

b) la anulación de la adscripción a centros determinados de los coadyuvantes, los profesores M.D.B.D. y otros, que habían desplazado a los recurrentes en la adjudicación definitiva de destino en localidad al haber presentado sus solicitudes en el segundo plazo que había abierto la Resolución de la DGP de 20 de febrero de 1990 y que fue declarado ilegal y, por ende, anulado (Auto del TSJC, de 23 de diciembre de 1993 en el recurso 476/90 y acumulados, Resolución de la DGP de 11 de marzo de 1994 [BOC del 18] por el que se hacía público el cumplimiento de la Sentencia) y que disponía que por la Dirección Territorial de Educación se otorgaría a esos profesores destino provisional con la obligación que establece el art. 11.4.2 del RD 1664/1991, de 8 de noviembre, que modificaba el RD 895/1989, de 14 de julio.

c) la remisión de la adjudicación de plaza a los recurrentes en centro concreto a la resolución del oportuno concursillo de vacantes en la localidad de La Laguna; en el cual, obviamente, no podían participar los profesores coadyuvantes, puesto que su adjudicación de destino en esta localidad -presupuesto previo de esa participación- había sido declarado ilegal y, por ende, anulada por la Sentencia (Autos del TSJC de 10 y 18 de enero y de 7 de marzo de 1994; Resolución de la DGP de 16 de mayo de 1994 [BOC del 25]). Esta última Resolución convocó dicho concursillo para cubrir 17 vacantes en esa localidad (12 de ellas en el Colegio Público de Prácticas anejo a la

Escuela Universitaria de Formación del Profesorado de EGB de la Universidad de La Laguna); abrió un plazo de 20 días naturales a partir del siguiente de su publicación en el BOC para la presentación de solicitudes; y determinó que la toma de posesión de las plazas adjudicadas se llevaría a efecto el 1 de septiembre de 1994, con efectos administrativos de fecha 1 de septiembre de 1990.

10º.El 8 de marzo de 1994, los 17 profesores de EGB, coadyuvantes de la Administración en el recurso contencioso-administrativo 476/90 y acumulados, dirigen un escrito a la Consejería de Educación por el cual le comunican que, conforme habían manifestado el 21 de febrero de 1994 en una anterior reunión con el Viceconsejero de la que no hay constancia en el expediente, ese colectivo "decide mantener la actitud de exigir" entre otros puntos la *"nulidad de la totalidad de las plazas ampliadas en dicho concurso, puesto que al ser declarada ilegal la ampliación del plazo de petición de vacantes no cumplieron con los requisitos de publicidad e igualdad de oportunidades, ni siquiera teniendo en cuenta el que con posterioridad a la publicación de las vacantes fueran reclamadas por los Sindicatos, ya que sobrepasan en mucho el tercio permitido en cualquier convocatoria de la época como plazas procedentes de reclamaciones"*.

11º.El 25 de abril de 1994, los mismos profesores dirigen un nuevo escrito a la Consejería de Educación en que el que reiteran la petición de nulidad que habían formulado en la reunión referida de 21 de febrero y en su escrito de 8 de marzo pasados. En dicho escrito solicitan formalmente que la Consejería "proceda a declarar de oficio la nulidad o, subsidiariamente, la anulabilidad de la Resolución de 20 de febrero de 1990 de la Dirección General de Personal por la que se hace público la adjudicación provisional de destinos" en los concursos de traslados convocados por la Orden Departamental de 18 de octubre de 1989, solicitud que fundamentan jurídicamente en que *"El acto en virtud del cual se produce el aumento de plazas en el concurso de traslados convocado por Orden de 18 de octubre de 1989 es un acto nulo de pleno derecho por estar afectado de vicios especialmente graves. En efecto, según el apartado II.- Tres. de la Orden de Convocatoria, las vacantes a proveer son las producidas hasta el primero de septiembre de 1989 (Decreto de 18 de octubre de 1957) y las vacantes primeras resultas. Por Resolución de 19 de octubre de 1989 se anunciaron las vacantes que para la localidad de La Laguna son cinco; por lo que las vacantes a proveer, según la Orden de convocatoria sólo pueden ser cinco más las primeras resultas. En consecuencia, las plazas procedentes de Las Escuelas Anejas,*



*que no son primeras resultas ni fueron anunciadas en la Resolución de 19 de octubre de 1989, no pueden ser adjudicadas porque dicha ampliación de vacantes es nula de pleno derecho y así tendrá que ser declarado de oficio por parte de la Administración". Añadiendo además que "la ampliación de las plazas vacantes se produjo porque se incluyeron de forma absolutamente ilegal las plazas de las Escuelas Anejas".*

12°.La Orden Departamental de 23 de noviembre de 1994 dispuso la iniciación del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de la DGP de 20 de febrero de 1990, por la que se hizo pública la adjudicación provisional de destinos en los concursos de traslados convocado por la Orden de 18 de octubre de 1989, "en el extremo de la misma en que se procedió a la ampliación de vacantes en la localidad de San Cristóbal de La Laguna, así como de los actos posteriores que sean consecuencia directa de dicha ampliación de vacantes".

13°.Por Resolución de 24 de noviembre de 1994, de la Secretaría General Técnica de la Consejería, se concedió trámite de audiencia en dicho procedimiento de Revisión de Oficio.

14°.Los profesores instantes de la revisión de oficio, por medio de escrito presentado ante la Consejería de Educación el 19 de diciembre de 1994, cumplen el trámite de audiencia dando por reproducido y adhiriéndose al informe del Director General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias que es recogido íntegramente en la Orden de incoación del procedimiento de Revisión de Oficio, y añadiendo que existía otro motivo de nulidad de pleno derecho consistente en que *"Dado que los Colegios Públicos de Prácticas anejos a las Escuelas Universitarias del Profesorado de Educación General Básica está determinado por un régimen especial de provisión de plazas del Profesorado mediante Comisión de Servicio y, por lo tanto, no se podían ofertar en el concurso de traslado ya convocado por la anterior Orden de 18 de octubre, y puesto, además, que las plazas vacantes de estos Centros no fueron anunciadas, en sesión de 13 de febrero de 1990, la Mesa Sectorial de negociación del personal docente de Centros Públicos no Universitarios y por acuerdo de algunos Sindicatos con la Administración, deciden que para poder ofertar las plazas de las referidas Escuelas Anejas en el ya convocado concurso de traslado se tendría que ampliar el plazo de solicitudes por tratarse de vacantes que no fueron anunciadas y,*

*es la Resolución de 20 de febrero de 1990 (BOC de 7 de marzo), por la que se hace pública la adjudicación provisional de destino, la que amplía tal plazo anunciando la existencia de nuevas vacantes sometidas a concurso. Resultando realmente sorprendente que sea en la misma Resolución en la que se anuncia la ampliación de vacantes la que publica la adjudicación provisional de destino, con lo cual se adjudicaron las plazas vacantes incluso antes de haberse procedido a su ampliación".*

15°. También en el trámite de audiencia se presentaron escritos de varios profesores solicitando el archivo del procedimiento de revisión de oficio por considerar que los actos que se pretendían revisar estaban protegidos por la fuerza de cosa juzgada; que no había habido vulneración del art. 23.2 de la Constitución, que la Resolución de la DGP de 20 de febrero se ajustaba a Derecho, pues el concurso era para destinos en localidades no a plazas vacantes concretas. Otros se limitaron a manifestar que puesto que habían obtenido destino definitivo en La Laguna con anterioridad al concurso de traslado convocado por la Orden de 18 de octubre de 1989, no se consideraban afectados por el procedimiento de revisión de oficio; y otros, por último, alegando también que tenían destino definitivo en La Laguna con anterioridad a la convocatoria de dicho concurso de traslado, pues habían obtenido plazas en virtud de la resolución del concursillo de traslados convocado por la RDGP de 16 de mayo de 1994 (antecedente 9, cº) que se pretende revisar.

16°. Por último, se remitió el expediente para Dictamen del Consejo Consultivo sin Propuesta de Resolución, lo que determinó que se devolviese para que se formulara por la Administración activa, lo cual hizo ésta y remitió de nuevo el expediente al Consejo, pero incompleto, lo que motivó que se oficiara a la Administración para que lo completara con suspensión del plazo para dictaminar, incidencias que, junto a la solicitud de ampliación de plazo, que se concedió, han determinado el retraso en la emisión del presente Dictamen.

## IV

La Propuesta de Resolución (PR) se dirige a declarar la nulidad parcial de la Resolución de la DGP de 20 de febrero de 1990. Este carácter parcial de la declaración de nulidad resulta de que no pretende, según el propio tenor de la PR, la nulidad de todo el contenido de la Resolución de la DGP de 20 de febrero de 1990, sino sólo de aquella parte de su contenido que procedió a una variación del número de vacantes que se habían anunciado.

Hay que precisar que no pretende declarar nula esa parte de su contenido porque haya efectuado la variación del número de vacantes mediante la eliminación o ampliación, sino sólo por esta última. Tampoco predica con carácter general la nulidad de la ampliación del número de vacantes en varias de las localidades a que se concursaba, sino sólo de la realizada respecto a las de la concreta localidad de La Laguna. Pero no respecto a todas las vacantes ampliadas en La Laguna, sino sólo de aquellas vacantes ampliadas "que fueron adjudicadas a interesados que presentaron su solicitud en el plazo ampliatorio abierto por dicha Resolución", adjudicación que fue dejada sin efecto, en ejecución de la Sentencia del TSJC de 28 de abril de 1993, por la Resolución de la DGP de 11 de marzo de 1994. Si se ha hecho este recorrido en la determinación del contenido de la RDGP de 20 de febrero de 1990 que se quiere declarar nula se debe a que la PR, ni en su encabezamiento ni en su parte dispositiva, precisa cuáles son los otros "actos posteriores que sean consecuencia directa de dicha ampliación de vacantes" que también se pretende declarar nulos.

Estos actos son, según se dice en el quinto considerando de la PR:

1º.-La Resolución de la DGP de 7 de mayo de 1990, que resuelve el concurso general de traslados en el ámbito de la Comunidad Autónoma y que adjudica destino definitivo en localidades a unos 700 maestros; pero -según se deduce de la declaración de nulidad parcial que se pretende- sólo en el extremo de la misma que sea consecuencia directa "de la ampliación de vacantes de la localidad de San Cristóbal de La Laguna que fueron adjudicadas a interesados que presentaron su solicitud en el plazo ampliatorio abierto por dicha Resolución" (la de 20 de febrero de 1990).

Es decir, para poder determinar qué extremos de la RDGP de 7 de mayo de 1990 se pretenden declarar nulos, como ésta no adjudica plazas vacantes sino destino en localidades (art. 5 del Decreto de 18 de octubre de 1957, Base II.5 de la Orden de 18 de octubre de 1989, Resolución de la DGP de 2 de abril de 1990 [BOC del 16]), hay que localizar en la relación de profesores a los que adjudica destino en La Laguna a aquellos que presentaron su solicitud de participación en el nuevo plazo abierto por la RDGP de 20 de febrero de 1990 y comprobar qué vacantes de las ampliadas en La Laguna por la RDGP de 20 de febrero de 1990 les fueron adjudicadas por medio del concursillo posterior a centro concreto (convocado por la Resolución de la DGP de 2

de abril de 1990). Sólo entonces se podrá determinar que destinos definitivos en La Laguna hay que declarar nulos por ser consecuencia directa de aquella parte de la ampliación de vacantes de la RDGP de 20 de febrero de 1990 que se pretende declarar nula.

Que haya que realizar esta comprobación es consecuencia de que la PR no se dirige a declarar la nulidad de todas las vacantes ampliadas en La Laguna (vacantes A); sólo quiere declarar la nulidad de parte de esas vacantes ampliadas (vacantes A1).

Las vacantes A1, la PR las identifica del siguiente modo: Fueron adjudicadas a unos profesores (profesores B), que a) presentaron sus solicitudes de participación en el concurso de traslado en el nuevo plazo abierto por la RDGP de 20 de febrero de 1990; b) obtuvieron destino definitivo en La Laguna en virtud de la RDGP de 7 de mayo de 1990; y c) ese destino definitivo fue dejado sin efecto en ejecución de la Sentencia de 28 de abril de 1993.

Por eso, para realizar esa comprobación hay que recurrir a la Sentencia de 28 de abril de 1993, a los Autos dictados en ejecución de ésta de 23 de diciembre de 1993 y de 10 y 18 de enero de 1994 y a la Resolución de la DGP de 11 de marzo de 1994 citada en el antecedente 9º.

De esa Sentencia, Autos y Resolución resulta que aquellos destinos definitivos en La Laguna adjudicados por la RDGP de 7 de mayo de 1990 y que hay que declarar nulos por ser consecuencia directa de aquella parte de la ampliación de vacantes de la RDGP de 20 de febrero de 1990 que se pretende declarar nula, ya están anulados.

Por consiguiente, el considerando quinto de la PR yerra cuando estima que ese extremo de la RDGP de 7 de mayo debe ser declarado nulo. Ya lo está por sentencia. Ya no pertenece al mundo jurídico. Es indiferente que la Sentencia lo haya expulsado de él por otros motivos distintos de los que alega la PR. Sobre lo que no existe jurídicamente, no procede pronunciamiento alguno.

2º.El quinto considerando de la PR identifica también como actos que deben ser declarados nulos "los actos dictados en ejecución de la Resolución de 7 de mayo". Es obvio que no se refiere a los cientos de concursillos de traslado y tomas de posesión de plazas que se realizaron en ejecución de dicha Resolución, sino sólo a la parte de la resolución del concursillo de traslados a centro concreto en La Laguna que

adjudicó las vacantes A1, y su subsiguiente toma de posesión por los profesores B. Pero esos actos administrativos ya han sido anulados por la Sentencia del TSJC de 28 de abril de 1993 y su ejecución, por lo que tampoco cabe hacer declaración alguna de nulidad sobre actos que ya están anulados.

3º. Por último, el considerando quinto afirma que también han de ser declarados nulos los actos dictados en ejecución de la anulación parcial de la RDGP de 7 de mayo de 1990 por la Sentencia de 28 de abril de 1993. Esto significa que aparte de la RDGP de 20 de febrero de 1990, se pretende declarar la nulidad de las Resoluciones de la DGP de 21 de octubre de 1993 -citada en el antecedente 9º,a)-, de 11 de marzo de 1994 -antecedente 9º,b)- y de 16 de mayo de 1994 -antecedente 9º, c)- y la resolución del concursillo convocado por esta última RDGP en aquel extremo en que hubiera adjudicado a los profesores participantes plazas vacantes A1; es decir, plazas que anteriormente habían sido "adjudicadas a interesados que presentaron su solicitud en el plazo ampliatorio abierto "por la RDGP de 20 de febrero de 1990 y que posteriormente vieron esa adjudicación anuladas por la Sentencia de 28 de abril de 1993.

Este fatigoso recorrido para lograr la determinación clara y patente de los actos cuya nulidad se pretende declarar obedece a la exigencia legal de que en el procedimiento de revisión de oficio se identifique el acto u actos que constituye su objeto. Esta exigencia deriva directamente del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que impone la certeza en la actuación administrativa e impide que la revisión de oficio de la nulidad de un acto administrativo, por medio de una serie de conexiones insospechadas y subterráneas, altere sorpresiva y peyorativamente las situaciones jurídicas de los ciudadanos. Esta exigencia resulta también de la letra de la ley. El art. 102.1 LRJAP-PAC dice que puede ser declarada de oficio la nulidad de los actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o no recurridos en plazo en esta vía. Es patente que para determinar si concurren alguno de estos dos requisitos legales el acto debe estar perfectamente identificado. Igualmente si el Dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico es presupuesto habilitante de esa declaración (art. 102.1 LRJAP-PAC), va de sí que ese Dictamen ha de tener un objeto cierto sobre el que versar. Si cabe que la resolución del procedimiento reconozca indemnizaciones a los interesados (art. 102.3 LRJAP-PAC), éstos sólo pueden determinarse en relación a un concreto acto

administrativo. Si el acto anulable sólo puede ser revisado de oficio dentro de los cuatro años siguientes desde que fue dictado -art. 103.2.a) LRJAP-PAC-, es obvio que debe estar perfectamente identificado para poder computar ese plazo. En definitiva, siempre y en todo caso, como se afirma en el Dictamen del Consejo de Estado 1.086/92, de 29 de julio, el procedimiento formal revisorio requiere la identificación del acto sobre el que se proyecta el impulso revisor.

## V

El acto administrativo que constituye el objeto central de este procedimiento de revisión de oficio es la RDGP de 20 de febrero de 1990 "en el extremo de la misma en que se procedió a la ampliación de las vacantes en la localidad de San Cristóbal de La Laguna que fueron adjudicadas a interesados que presentaron su solicitud en el plazo ampliatorio abierto por dicha Resolución", adjudicación que fue posteriormente anulada por la Sentencia del TSJC de 28 de abril de 1993; es decir y como se convino en el Fundamento anterior para comodidad de la exposición, en el extremo concreto en que se amplió las vacantes A1. La nulidad de los actos posteriores que sean consecuencia directa de esa ampliación de vacantes será consecuencia de la nulidad de dicha Resolución.

Conforme al art. 102.1 LRJAP-PAC, en los actos cuya nulidad puede ser declarada de oficio han de concurrir simultáneamente dos requisitos: a) deben ser declarativos de derechos; b) deben haber puesto fin a la vía administrativa o que, aun siendo susceptibles de recurso administrativo, hubiesen devenido firmes por no haberse recurrido dentro de plazo.

Que el procedimiento de revisión de oficio sólo puede tener por objeto actos declarativos de derechos resulta del art. 105.1 LRJAP-PAC que permite que las Administraciones Públicas revoquen en cualquier momento, sin necesidad de seguir el procedimiento de revisión de oficio, los actos no declarativos de derechos y los de gravamen. Regulación legal que es coherente con la finalidad que persiguió la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que fue la que introdujo en nuestro Ordenamiento la técnica de la revisión de oficio de actos declarativos de derechos. Antes de esa Ley la Administración sólo podía conseguir la declaración de nulidad de esos actos demandándola ante la jurisdicción contencioso-administrativa mediante el recurso de lesividad cuyo éxito dependía de la concurrencia del requisito de la doble lesión; es decir, de que el acto además de ilegal (lesión jurídica) fuera

económicamente perjudicial para el interés público (lesión económica). Esta regulación permitía que, con vulneración del principio de legalidad de la actuación administrativa, surgieran actos declarativos de derechos "*contra legem*" y que, sin embargo, fueran inatacables por no ocasionar lesión económica al interés público.

Como remedio a esa situación se introdujo al lado del recurso de lesividad -que sigue siendo la vía ordinaria para la revocación de los actos declarativos de derecho (art. 103.2 LRJAP-PAC)- un procedimiento excepcional, el de revisión de oficio, que sólo procede cuando el acto adolezca de un vicio de nulidad, sin limitación temporal, o de un vicio grave de anulabilidad en cuyo caso la posibilidad de revisarlo de oficio se limita temporalmente a un plazo cuatrienal (arts. 110.2 LPA y 103.1 LRJAP-PAC). Como garantía de los sujetos favorecidos por esos actos se introdujo el requisito esencial del Dictamen preceptivo del Consejo de Estado (art. 110 LPA) o del órgano consultivo autonómico equivalente (art. 102 LRJAP-PAC), que en la nueva regulación sólo es habilitante en caso de que se pretenda la revocación por una causa de nulidad de pleno derecho (arts. 102 y 103 LRJAP-PAC).

En definitiva, al procedimiento de revisión de oficio sólo puede acudir la Administración cuando pretenda revocar un acto firme y definitivo declarativo de derechos a favor de sujetos determinados respecto a los que cumplen una función de garantía, como ha confirmado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 23 de noviembre de 1983, Ar. 6679; de 22 de julio de 1984, Ar. 4650; de 13 de junio de 1986, Ar. 3505; de 29 de septiembre de 1987, Ar. 6370; y de 20 de mayo de 1988, Ar. 3910).

Los actos declarativos de derechos son aquellos actos administrativos decisorios de un procedimiento por el que se declara un derecho de su destinatario, o se levanta un límite a su ejercicio o se reconoce un derecho, entendiéndose con esta última expresión la constitución de una situación jurídica subjetiva favorable que, como tal, ha de referirse a personas inequívocadamente individualizadas que ven así enriquecido su patrimonio con un derecho antes inexistente.

Es patente que la RDGP de 20 de febrero de 1990 no fue el acto decisorio del procedimiento de concurso general de traslados convocado por la Orden de 18 de octubre de 1989, ya que ese procedimiento sólo es decidido por el acto administrativo que resuelve la adjudicación definitiva de destinos en localidades.

La RDGP de 20 de febrero de 1990 no es más que un acto de trámite en ese procedimiento que posibilita y prepara esa adjudicación definitiva. En el extremo que amplía o reduce el número de vacantes en las localidades que habían sido anunciadas a concurso no reconoce ninguna situación jurídica subjetiva a favor de destinatarios inequívocamente determinados; no genera en los funcionarios participantes ningún derecho a obtener las vacantes. Ese derecho surge de un acto decisorio posterior, la resolución del concursillo de traslado, que es un procedimiento distinto que, a su vez, tiene como presupuesto el acto declarativo del derecho a obtener destino en determinada localidad.

La RDGP de 20 de febrero de 1990, al ampliar o reducir las vacantes, amplía o reduce las expectativas a obtener destino en una localidad de los participantes en el concurso de traslados; pero no se pueden considerar actos favorables aquellos que dan lugar a meras expectativas de derechos (SSTS de 7 de abril de 1979, Ar. 1572; de 28 de enero de 1981, Ar. 127; de 16 de julio de 1982, Ar. 5442; de 18 de octubre de 1986, Ar. 5355; de 2 de julio de 1984, Ar. 4650; de 20 de noviembre de 1984, Ar. 5789; de 8 de abril de 1992, Ar. 2717; de 27 de octubre de 1992, Ar. 8389; de 28 de octubre de 1992, Ar. 8390; y de 30 de noviembre de 1992, Ar. 9393).

No siendo la RDGP de 20 de febrero de 1990 un acto que reconozca derechos a favor de personas determinadas sino un mero acto de trámite, no puede ser objeto de revisión de oficio. Ahora bien, dado que los actos administrativos decisorios "se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido" (arts. 40.1 LPA y art. 53.2 LRJAP-PAC), el cual está constituido por la cadena de actos de trámite que preparan y conducen a la resolución final, la observancia del procedimiento de producción de ésta se convierte en una de sus condiciones de validez -arts. 47.1.c) y 48.2 LPA; 62.1.e) y 63.2 LRJAP-PAC). De modo que si la decisión final depende de un acto preparatorio y éste está viciado de nulidad, ello determinará la comunicación de ese vicio a dicha resolución final (art. 50.1 LPA; arts. 64.1 y 66 LRJAP-PAC).

La Propuesta de Resolución considera que nos encontramos ante este supuesto porque la RDGP, al ampliar el número de plazas vacantes una vez finalizado el plazo de presentación de instancias, infringió las bases de la convocatoria, lo que determina la nulidad de la RDGP de 7 de mayo de 1990 que adjudicó los destinos definitivos a localidades y, consecuentemente, también los destinos definitivos a



centro concreto resueltos por los posteriores concursillos de traslados. Pero la PR aplica la técnica de la conversión a la RDGP de 20 de febrero de 1990 para evitar tal declaración de nulidad en masa, considerando que al abrir de nuevo el plazo para presentación de instancias la RDGP realizó una convocatoria de concurso *ex novo*. Únicamente excluye de esa conversión a parte de las plazas de la localidad de La Laguna -las ocupadas por los profesores (profesores B) que vieron anuladas su adjudicación definitiva de destino en La Laguna por la Sentencia de 28 de abril de 1993- pues respecto a ellos esa ampliación de plazas vacantes operada por la RDGP de 20 de febrero de 1990 provocó indefensión y vulneración del derecho fundamental del art. 23.2 CE; de modo que ese vicio de nulidad se comunica a las RRDGP de 21 de octubre de 1993; de 11 de marzo de 1994 y de 16 de mayo de 1994, todas ellas dictadas en ejecución de la Sentencia de 28 de abril de 1993, y se infiere que también a la de la resolución del concursillo convocado por la última RDGP citada, en cuanto haya adjudicado destino definitivo en centros a los que habían sido destinados anteriormente los profesores que hemos convenido en denominar profesores B.

Lo sorprendente es que la Propuesta de Resolución no determine claramente y en primer lugar los actos definitivos -los actos favorables- que deben ser declarados de oficio nulos a causa del vicio de nulidad que les trasmite el acto de trámite en que consiste la RDGP de 20 de febrero de 1990.

A pesar de la imposibilidad de que un acto de trámite, un acto no declarativo de derechos, pueda ser objeto de una revisión de oficio, es éste el que, invirtiéndose los términos, se presenta aquí como el objeto principal de esa declaración, de la cual, luego, por una larga reacción de consecuencias imprevisibles se va a producir la nulidad de una serie de actos favorables, los cuales se encuentran en línea directa de ejecución de una Sentencia firme.

## VI

En primer lugar, lo que está claro es que de ser cierta la tesis que sostiene la PR -de que la RDGP de 20 de febrero de 1990 no podía variar el número de plazas vacantes por suponer una vulneración de la Orden de 9 de octubre de 1989 y de la Orden Ministerial de 18 de octubre de 1989- la conversión que pretende de la RDGP de 20 de febrero de 1990 en una convocatoria de concurso *ex novo* supondría

igualmente un cúmulo de vulneraciones de las Órdenes citadas, normativa aplicable a ese supuesto concurso *ex novo*, ya que la RDGP de 20 de febrero de 1990 no contiene bases para regularlo.

Así, tanto una como otra Orden son terminantes en establecer que el plazo de presentación de instancias se inicia el día 2 de noviembre de 1989 y termina el 15 del mismo mes y año. Si es un concurso nuevo -y por tanto distinto la adjudicación de destinos- no se podía acumular con los del anterior concurso. Se debió haber publicado en el BOE, como determinaban tales Órdenes y realizado una nueva y distinta adjudicación provisional, que debía ser publicada simultáneamente en el BOE y en el BOC; no podía suprimir plazas que había anunciado la RDGP de 19 de octubre de 1989, etc., etc.

En consecuencia, parece descabellado que, para subsanar la supuesta vulneración de las Órdenes citadas en que incurrió la RDGP de 20 de febrero de 1990 al variar el número de plazas vacantes, se acuda a convertirla en un acto distinto que implica mayor número de vulneraciones de las normas que lo preordenaban.

Ya se ha narrado en el antecedente 5ª) que la RDGP de 20 de febrero de 1990 tanto amplió como suprimió con toda soltura plazas vacantes. La PR sostiene que, conforme a las Órdenes citadas, la RDGP de 20 de febrero de 1990 no podía variar el número de plazas vacantes. Esta afirmación hay que constatarla con la literalidad de una y otra Orden.

La Orden Ministerial dice que será de aplicación a los concursos de traslados general, al restringido al de las localidades de más de 10.000 habitantes, al de Educación Especial (punto primero); que las convocatorias de los concursos de traslados se han de publicar antes del plazo de presentación de instancias en el BOE y en los respectivos BB.OO. autonómicos; que sus anexos con las relaciones de localidades se publicarán en el Boletín Oficial del Ministerio y en los respectivos BB.OO. autonómicos (punto segundo). Está claro, por tanto, que la Orden lo que exigía era que las convocatorias de los concursos de traslado se publicaran antes de la apertura del plazo de la presentación de instancias, pero no exigía que la relación de localidades a las que se concursaba fuera simultánea a la de la convocatoria, como resulta de que se contemple su publicación por separado en el BOE y en el B.O. del Ministerio.

El punto octavo de tal Orden disponía: "los concursos de traslado incluirán, además de las vacantes existentes el 1 de septiembre de 1989, las primeras resultas que se produzcan como consecuencia de la resolución de los propios concursos de traslados, siempre que todas ellas correspondan a unidades cuyo funcionamiento esté previsto de acuerdo con la planificación escolar". Este punto octavo no dice " la convocatoria incluirá" sino el "concurso de traslados"; es decir, el procedimiento mismo por el que se ha de adjudicar destino en una localidad -no su convocatoria- ha de incluir a efectos de su resolución las vacantes. Si se interpretara, contra la literalidad del texto, que "concurso de traslado" equivale a "convocatoria de concurso" y que, por tanto, ésta debía incluir las plazas vacantes, entonces devendría absurda la referencia a las primeras resultas; es decir, a aquellas plazas que dejan vacantes los que en el concurso obtienen un nuevo destino.

En conclusión, de la Orden Ministerial de 9 de octubre de 1989 resulta que los concursos de traslados era a localidades, no a plazas vacantes; que lo que tenía que publicarse antes de la apertura del plazo de presentación de instancias era la relación de localidades, no la relación de plazas vacantes. Indudablemente que esta última determina la segunda, pero no de una manera mecánica, rígida e inescindible, de modo que si junto a la relación de localidades se publica una relación de plazas vacantes la Administración educativa no puede variar esta última, suprimiendo o ampliando plazas incluidas en ella.

Ello no es así porque del antiguo conjunto normativo que regulaba los concursos de traslados (Estatuto del Magisterio aprobado por el Decreto de 24 de octubre de 1947, Decreto de 18 de octubre de 1957, Decreto de 5 de febrero de 1959) resultaba que esa relación de plazas vacantes tanto podía verse reducida porque la Administración, en el ejercicio de su potestad de organización de los servicios, suprimiera o concentrara Escuelas, o porque adjudicase plazas directamente a los maestros que se encontraran en los supuestos del art. 2 del Decreto de 18 de octubre de 1957, como podía verse ampliada por las primeras resultas del concurso. Por eso, el concurso era de traslado de destino en localidades y, una vez obtenido, si la localidad era de más de 10.000 habitantes, se tenía que celebrar un concursillo de traslado a centro concreto; y si era de 10.000 habitantes o menos, se obtenía por elección del interesado en concurrencia según méritos con los otros destinados por el

concurso y en concurrencia con los maestros que, teniendo destino definitivo en esa localidad con dos o más años de antigüedad, desearan cambiar de centro.

Con este sistema y con la Orden Ministerial de 9 de octubre de 1989 se corresponden las Bases de la Orden de 18 de octubre de 1989:

La Base II.3 dice que las vacantes a proveer son las producidas hasta el primero de septiembre de 1989 y las primeras resultas. La Base II.5 expresa que los destinos son siempre a localidades determinadas, remitiendo el destino a centro concreto a los procedimientos que se acaban de exponer (concursillo a centro concreto, elección en régimen de concurrencia de méritos). Y por eso la Base XIII.32 vuelve a insistir, al regular el formato de la petición, en que la petición es de localidades, limitando su número a cincuenta, aunque admitiendo para el concurso general la petición global de destinos en una provincia determinada.

La Base XI.29 establecía el plazo mencionado del 2 al 18 de noviembre de 1989 para la presentación de peticiones y "a ese fin (...) la relación de localidades a proveer se hará pública en el Boletín Oficial del Ministerio y Boletín Oficial de Canarias con anterioridad a la fecha del comienzo del plazo de solicitudes anteriormente citado", con lo que resulta patente que lo que debía estar publicado antes de la apertura del plazo para la presentación de solicitudes era la relación de localidades, no la de plazas en centros concretos de esas localidades.

La Base XVI.38 dispone literalmente que "por la DGP se ordenará la publicación de vacantes a proveer", pero su tenor no permite discernir si se refiere a "localidades vacantes" o a "plazas vacantes en centros".

Del sistema del concurso de traslados y de la interpretación conjunta de las Bases se deduce que lo que debía publicar obligatoriamente antes del 2 de noviembre de 1989 era la relación de localidades. Con esto cumplía la DGP el mandato de la Orden.

De las Bases no resulta en ningún momento que la publicación de la relación de plazas vacantes en centros concretos tuviera que ser simultánea a la publicación de la relación de localidades, ni que no pudiera ser posterior al 2 de noviembre de 1989, ni que una vez publicada esa relación de plazas vacantes en centros concretos no pudiera ser rectificadas, ya porque se hubiesen adjudicado plazas en los supuestos del art. 2 del Decreto de 18 de octubre de 1957, ya porque se hubieran omitido plazas

vacantes al 1 de septiembre de 1989, ya porque se hubieran consignado plazas de las que se afirmaba que pertenecían a localidades de más o menos 10.000 habitantes con base en datos censales erróneos. Todas esas cuestiones las remitía la Base XVI.38 al criterio de la DGP al disponer que por este órgano "se resolverán cuantas dudas se susciten en el cumplimiento de la presente convocatoria". Las Bases sólo le imponían que con anterioridad al plazo señalado publicara la relación de localidades en las que existieran plazas vacantes con anterioridad al 1 de septiembre de 1989. Pero no le imponían que publicara simultáneamente la relación de plazas vacantes en centros concretos ni le prohibían que la rectificara. Tanto la relación de localidades como la relación de plazas vacantes en centros concretos no son actos que reconozcan o declaren derechos, sino actos de determinación geográfica y numérica del ámbito donde se va a mover la resolución del concurso de traslados y de los concursillos posteriores. Los errores materiales de hecho y aritméticos en que incurriera la Administración en su confección los podía rectificar en cualquier momento (arts. 111 LPA y 105.2 LRJAP-PAC).

Por eso, la RDGP de 19 de octubre de 1989, que publicó la relación de localidades y junto con ella la relación de plazas vacantes, abrió un plazo coincidente con el de presentación de peticiones para reclamar contra posibles errores u omisiones en la reclamación.

Ni en las Bases ni en el resto del Ordenamiento jurídico, como hemos visto, había ni hay obstáculo a tal posibilidad de reclamar contra esos errores, ni por ende a la posibilidad de que, como consecuencia del éxito de las reclamaciones, la relación de plazas vacantes se modificase.

## VII

Lo expuesto hasta aquí es suficiente para sostener que la RDGP de 20 de febrero de 1990 no incurrió en ninguna ilegalidad y que, por tanto, no está viciada de una nulidad de pleno derecho que determinara la de los actos decisorios a los que servía.

Sin embargo, el análisis no se puede detener aquí porque la PR considera que esos vicios de legalidad determinaron vicios de constitucionalidad, valoración que por su trascendencia y por lo erróneo de las consideraciones en que se basa no pueden

dejar de ser abordadas. Por ello, en aras de la exhaustividad de nuestra fundamentación es necesario decir lo siguiente:

La PR afirma que la ampliación del número de plazas vacantes constituyó una infracción de las bases de la convocatoria lo que produjo "la exclusión en el acceso a tales vacantes de aquellos profesores legitimados que no presentaron su instancia en el plazo inicialmente previsto y a la vista de las plazas inicialmente convocadas".

Esta segunda afirmación derivada de la falsa premisa anterior también es incorrecta en sí misma. Ni se estaba convocando a plazas sino a destino en localidades; ni esos profesores junto con el conjunto de los destinatarios de la convocatoria ignoraban que la relación de plazas que acompañaba a la de localidades podía variar, bien por las primeras resultas, bien por la aplicación del art. 2 del Decreto de 18 de octubre de 1957, bien por el éxito de las reclamaciones contra la relación anunciada de plazas vacantes; ni su exclusión en un concurso de traslado (de ámbito nacional, además) dependía del número de plazas convocadas, sino de sus mayores o menores méritos en comparación con los de los otros concursantes; ni la variación en el número de plazas les produjo indefensión porque no fue sorpresiva sino que ya estaba anunciada en la RDGP de 19 de octubre de 1989, a la que, de no estimar conforme a Derecho, pudieron haber recurrido oportunamente, por lo que no se puede hablar de indefensión respecto de quien no ha recurrido (STC 29/1984, de 29 de febrero, FJ 3º).

Tampoco se entiende por qué la afirmación de que la ampliación posterior del número de plazas produjo la exclusión en el acceso a las vacantes de los profesores que no concursaron "en el plazo inicialmente previsto y a la vista de las plazas inicialmente convocadas", no se extiende, de acuerdo con su propia lógica, a aquellos profesores que habiendo presentado su solicitud "en el plazo inicialmente convocado y a la vista de las plazas inicialmente convocadas", se vieron excluidos del acceso a las vacantes por la reducción posterior del número de plazas vacantes que operó la RDGP de 20 de febrero de 1990.

De todas maneras, no merece detenerse en subrayar la inconsistencia de esas afirmaciones de la PR porque se trata de una cuestión que está resuelta por la Sentencia, de 28 de abril de 1993, que en su Fundamento Jurídico IIIº afirma derechamente que los profesores a los que se pretende favorecer con la proyectada declaración de nulidad no participaron por voluntad propia en la convocatoria inicial.

Lo que hay que retener ahora es que, con pie en esas dos afirmaciones erróneas, la PR sostiene que se ha producido "una auténtica vulneración constitucional, no sólo del art. 14 CE sino concretamente del art. 23.2 CE, al consagrar el derecho de igualdad en el acceso a las funciones públicas", pero que se limita sólo "respecto a los interesados afectados por la anulación (judicial) del nuevo plazo de presentación de instancias" puesto que los demás concursantes ("al no haber sido anulados ni, consiguientemente, devenir ineficaces tanto la ampliación de vacantes como la del plazo de presentación de instancias, y quedar inalterada la adjudicación de tales vacantes, al poder participar en un segundo plazo -no anulado- de presentación de instancias), han podido ejercer efectivamente su derecho a concurrir para la provisión de dichas vacantes, no existiendo, por tanto, lesión efectiva de derecho fundamental alguno".

Estas afirmaciones tampoco se pueden compartir por lo siguiente:

Primero, la igualdad nunca se viola en abstracto sino en relación con otro derecho, en relación con la regulación de una relación jurídica concreta o de su aplicación. El derecho a un tratamiento igual no es un derecho subjetivo autónomo, sino un derecho subjetivo a ser tratado igual que los demás que se encuentren en el mismo supuesto de hecho en todas y cada una de las relaciones jurídicas que se construyan. Por ello, el Tribunal Constitucional ha declarado que "la igualdad reconocida en el art. 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 2.1).

Segundo, la igualdad consagrada en el art. 14.2 CE y en el art. 23.2 CE es la igualdad jurídica; aquella que impone que de iguales supuestos de hecho deben derivarse idénticas consecuencias jurídicas. Por ello, la Constitución no prohíbe que los poderes públicos dispensen un tratamiento diferente a situaciones de hecho diferentes. La Constitución lo que prohíbe es la discriminación, es decir, dar un trato diferente cuando no existe base objetiva y razonable para ello (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3 y 34/81, de 10 de noviembre, FJ 3.B). De ahí que la primera condición para que un trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible y no de no discriminación, es la desigualdad en los supuestos de hecho, porque no puede darse violación del principio de igualdad entre quienes se hallan en situaciones

diferentes. El principio de igualdad impone que se dé tratamiento igual a idénticas situaciones y tratamiento diferente a situaciones desiguales. Esto exige que cuando se invoque una violación del principio de igualdad, que cuando se afirme que un sujeto ha sido tratado de distinta forma que aquellos que se encuentran en la misma situación, se deba aportar un *tertium comparationis*.

En efecto, siendo la diferencia de situaciones de hecho la cobertura jurídica que da lugar a la diferenciación admisible y excluye la discriminación, corresponde a quien afirma que un sujeto ha sido tratado desigualmente, suministrar un término comparativo que permita llegar a la conclusión de que ese sujeto ha sido tratado de forma injustificadamente desigual que otros y que, por tanto, ha sido discriminado.

La comparación de las situaciones de hecho y la determinación de si son o no idénticas es, por tanto, el criterio básico (aparte de los de la finalidad, razonabilidad y proporcionalidad) para decidir si un trato desigual es constitutivo de una discriminación constitucionalmente vetada o de una diferenciación admisible. Esa comparación exige, lógicamente, un elemento ajeno, el *tertium comparationis*. En otras palabras, "para efectuar el juicio de igualdad y razonar acerca de la posible vulneración del derecho a la igualdad hace falta que se aporte un adecuado término de comparación, sin cuya concurrencia no es posible llevar a cabo aquella operación" (STC 14/1985, de 1 de febrero, FJ 3).

Ahora bien, ese *tertium comparationis* no puede ser *contra legem*, porque "el principio de igualdad ante la Ley no puede transformarse en una exigencia de trato igual a todos fuera de la legalidad" (STC 43/1982, de 6 de julio, FJ 2); es decir, "el principio de igualdad ante la Ley no significa un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquel a quien se aplica la Ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido" (STC 21/1992, de 14 de febrero, FJ 4). Por consiguiente, "la equiparación en la igualdad que por propia definición puede solicitar el ciudadano que se sienta discriminado, ha de ser dentro de la legalidad, y sólo ante situaciones jurídicas idénticas que son conformes al Ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad" (STC 37/1982, de 16 de junio, FJ 3).

Una última precisión: En el supuesto de que para verificar el carácter discriminatorio de una actuación administrativa se alegue como *tertium comparationis* un acto administrativo, no es suficiente su firmeza y su presunción de



legalidad si se trata de confrontar con otro acto administrativo que, a diferencia del primero, ha sido revisado judicialmente. Esto significa que "el precedente administrativo no sancionado por resolución judicial no puede prevalecer frente al que ha obtenido la fuerza que genera la sanción judicial" (STC 62/1987, de 20 de mayo, FJ 5).

Esto es así porque aunque la Administración se halla vinculada sin resquicio alguno al principio de legalidad y, por tanto, al de igualdad, la conformidad de su actuación a esos principios se entrega al control judicial; de donde se sigue que el criterio de legalidad de la actuación administrativa y, por ende, de la recta aplicación por la Administración del principio de igualdad es sentado en última instancia por las decisiones de los Tribunales. La valoración de la aplicación del principio de igualdad en la actividad administrativa se encuentra en las resoluciones judiciales que revisan los actos administrativos impugnados por presunta vulneración del principio de igualdad. Esto es lo que explica que los precedentes administrativos no sometidos a revisión judicial no son alegables como *tertium comparationis* en relación con aquellos otros actos administrativos que fueron sometidos a revisión judicial.

La PR afirma que se ha producido una vulneración del derecho a la igualdad en la promoción funcional de los profesores cuyas adjudicaciones definitivas de destino a la localidad de La Laguna fue anulada por la Sentencia de 28 de abril de 1993 con los siguientes argumentos: a) La ampliación de plazas y de plazo realizada por la RDGP de 20 de febrero de 1990 fue ilegal; b) sólo esos profesores vieron anulados sus adjudicaciones definitivas por resolución judicial; c) mientras que otros (*tertium comparationis*) que también presentaron sus solicitudes dentro del nuevo plazo no han visto anulada su adjudicación de destino porque ese acto administrativo no ha sido revisado judicialmente.

Resulta que la PR, para predicar la existencia de un trato discriminatorio respecto a los profesores, utiliza un *tertium comparationis* consistente en un acto administrativo ilegal (la adjudicación definitiva de destino a profesores que también presentaron su instancia en el nuevo plazo) y que además lo trata de confrontar con otros actos administrativos (los de ejecución de la Sentencia de 28 de abril de 1993) dictados en sustitución de un acto administrativo ilegal anulado por Sentencia

judicial e idéntico al *tertium comparationis contra legem* que se pretende hacer valer para afirmar que esos actos administrativos de ejecución de la Sentencia son discriminatorios.

Frente a ello, hay que afirmar que conforme a la doctrina constitucional expuesta, no existe desigualdad discriminatoria entre una situación funcional que surge como consecuencia de una infracción del Ordenamiento y una situación funcional que surge como consecuencia de la anulación judicial de una infracción del Ordenamiento; entre una situación funcional producida por una Sentencia judicial y otra situación funcional que no ha sido revisada judicialmente. En consecuencia, no existe vulneración alguna del derecho a la igualdad en la promoción funcional que reconoce el art. 23.2 CE.

## VIII

Llegados aquí, procede detenerse en la cuestión esencial a la que ha de dar respuesta este Dictamen y que no es otra que si la Resolución proyectada, de surgir al tráfico jurídico, contradiría el efecto de cosa juzgada de la Sentencia del TSJC de 28 de abril de 1993 que es firme y está definitivamente ejecutada.

Con cosa juzgada aquí no se alude a su dimensión formal que sólo dentro del proceso en que ha sido dictada produce toda Sentencia firme y, por tanto, inimpugnable; efecto que consiste en la vinculación del órgano judicial a lo dispuesto en la Sentencia y que le impide revocarla y le obliga partir de su concreto contenido para los sucesivos actos en ese mismo proceso.

Por cosa juzgada material se entiende aquella cuyo presupuesto es la formal, y que se predica sólo de las Sentencias que deciden sobre el fondo. Esta cosa juzgada material consiste en el mandato que la Constitución y las Leyes (arts. 24.1 y 118 CE, art. 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 86 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, LJCA) dirigen a los órganos judiciales y administrativos para que, siempre que se den las identidades establecidas por la Ley (art. 1.251 del Código Civil (CC), art. 86.2 LJCA), no vuelvan a decidir sobre una pretensión resuelta en cuanto al fondo por una Sentencia firme, de manera que si dos asuntos son idénticos y uno de ellos ha sido resuelto por una Sentencia de esas características el otro no puede ser objeto de nueva decisión (efecto negativo de la cosa juzgada material); mandato que conlleva necesariamente la vinculación de los órganos

judiciales y administrativos a las declaraciones jurídicas de esa Sentencia cuando decidan asuntos conexos y en que intervengan las mismas partes o partes afectadas en el sentido del art. 86.2 LJCA. Este efecto positivo de la cosa juzgada material en el orden contencioso administrativo tiene una importante modulación por obra del art. 110.1 LJCA que habilita al Tribunal a adoptar en ejecución de la Sentencia cuantas medidas sean adecuadas o considere procedentes para el cumplimiento de lo fallado y sean su consecuencia, desarrollando o ampliando incluso lo declarado por la Sentencia, medidas de ejecución que también quedan cubiertas por la cosa juzgada material.

Esta vinculación a lo decidido por la Sentencia y en su ejecución exige, conforme al art. 1.252 CC, la identidad de cosas, causas, personas de los interesados y calidad en que lo fueron, aunque el art. 86.2 LJCA establece aquí otra modulación esencial respecto a las Sentencias estimatorias al extender sus efectos a los terceros que se encuentren respecto al acto o disposición anulados en idéntica situación que los recurrentes, o "a los supuestos en que aún siendo diferentes los recurrentes se resuelven actuaciones iguales por pretenderse un mismo objeto con idénticos argumentos" (STS 21 de diciembre de 1972).

Por "cosas" se entiende el *petitum*, la concreta petición de tutela que se solicita del órgano jurisdiccional (arts. 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 69 LJCA) y que en el proceso contencioso-administrativo consiste en las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos administrativos (art. 1 LJCA), siendo la básica la anulación del acto (art. 41 LJCA) y las adicionales el reconocimiento de una situación jurídica individualizada alterada por el acto y la adopción de las medidas necesarias para el restablecimiento de la misma (art. 42 LJCA). Por "causas" se alude al fundamento del *petitum*, a la *causa petendi* que está integrada por un elemento fáctico y otro jurídico. El primero, lo representan los hechos jurídicamente relevantes que fundan la pretensión. Una alteración de esos hechos produce una alteración de la *causa petendi* y, por ende, de la pretensión. El elemento jurídico lo representan las consecuencias jurídicas que se alega que el Ordenamiento anuda a determinado supuesto fáctico y que determina que la concreta tutela que se solicita sea ésa y no otra distinta y las normas que se sostiene que producen dichas consecuencias. De estas dos facetas del elemento jurídico de la *causa petendi* sólo son relevantes las consecuencias jurídicas que se pretenden y no las normas que se

alegan, porque en virtud del sometimiento del juez a la ley la alegación de parte de tal o cual norma no vincula al Tribunal sentenciador, por lo que no puede delimitar la *causa petendi*.

La Propuesta de Resolución afirma que la declaración de nulidad a la que se dirige no colide con la cosa juzgada material de la Sentencia del TSJC de 28 de abril de 1993, firme y definitivamente ejecutada, razonando que es distinta la causa de nulidad en que se fundamenta (*causa petendi*) y distinto el acto que se pretende declarar nulo (*petitum*).

Respecto a lo primero, que la causa de nulidad es distinta porque lo que la Sentencia estimó como tal fue la apertura por la RDGP de 20 de febrero de 1990 de un nuevo plazo para presentar instancias, mientras que la que ahora se esgrime es la consistente en la variación del número de plazas por esa RDGP de 20 de febrero de 1990, hay que recordar que el Tribunal debe juzgar dentro del límite de las alegaciones de las partes (art. 43.1 LJCA) y decidir todas las cuestiones controvertidas en el mismo (art. 80 LJCA, *in fine*), y que en el recurso contencioso-administrativo, que fue resuelto por la Sentencia señalada, se alegó, como consta en la contestación a la demanda de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias que obra en el expediente, la licitud de la ampliación del número de plazas vacantes, alegación a la cual dió cumplida y cabal respuesta la Sentencia en su fundamento jurídico tercero con el siguiente razonamiento:

*"Vinculada la Administración por la Base 3 de la Orden de 18 de octubre de 1989, las vacantes ampliadas que se produjeron después del 1 de septiembre de 1989, tenía aquélla que haberlas adjudicado a los concursantes de mejor derecho, seleccionando a éstos entre los que presentaron sus instancias dentro del plazo reseñado en la citada Orden, esto es, entre los días 2 y 18 de noviembre de 1989, pero no accediendo en cambio al sistema de aperturar un nuevo plazo para que los docentes que no habían tomado parte por decisión propia y voluntaria en los concursos convocados por la Orden de 18 de octubre de 1989, optaran a participar en una convocatoria posterior".*

La Sentencia de 28 de abril de 1993 declara incontestablemente que fue legal que la RDGP de 20 de febrero de 1990 variara el número de plazas vacantes y que, en cambio, fue ilegal que abriera un nuevo plazo de presentación de solicitudes. Según la Sentencia, lo primero no contradijo las bases de la convocatoria, lo segundo sí. Por

ello, el acto de trámite que es la RDGP de 20 de febrero de 1990 está viciado sólo en este aspecto, vicio que comunica al acto decisorio del concurso, la RDGP de 7 de mayo de 1990 que adjudica definitivamente los destinos a los que presentaron sus instancias en el nuevo plazo.

Resulta así que la causa de nulidad en que se apoya la Propuesta de Resolución es una de las pretensiones que delimitaron el objeto del proceso contencioso-administrativo, una de las *causa petendi* a las que dió respuesta ésta, como una cuestión que debió ser resuelta necesariamente para pronunciarse sobre el fondo, que ha sido propuesta y debatida por las partes y que, en consecuencia, está cubierta por la cosa juzgada material. Identidad, pues, de causa entre el acto administrativo que se proyecta y la Sentencia, de 28 de abril, firme y definitivamente ejecutada.

La Propuesta de Resolución sostiene que tampoco colide la declaración de nulidad a la que propende con la cosa juzgada de la Sentencia de 28 de abril de 1993, porque el acto que pretende declarar nulo es distinto del que ésta anuló.

En cuanto a que son actos distintos la RDGP de 20 de febrero de 1990 y la RDGP de 7 de mayo de 1990 y que sólo esta última ha sido objeto de pronunciamiento judicial por lo que se puede revisar la primera, hay que tener en cuenta que los vicios de los actos de trámite han de ser examinados conjuntamente con los actos decisorios a los que sirven (arts. 113.1 LPA; 107.1 LRJAP-PAC; 37.1 LJCA) y en este caso la Sentencia si anuló un extremo de la RDGP de 7 de mayo de 1990 fue debido a que presentaba un vicio que le había comunicado la RDGP de 20 de febrero de 1990, por lo que ésta fue también objeto de revisión judicial y aquel aspecto de ella que ahora la PR sostiene como determinante de la nulidad de la RDGP de 7 de mayo de 1990 fue considerado conforme a Derecho por la citada Sentencia.

Por tanto, también se da identidad entre el objeto de ésta, (las pretensiones que se dedujeron en torno a un acto administrativo en razón de los vicios de otro sobre el que reposaba) y el objeto del acto administrativo *in fieri* que se dictamina.

Pero además, la situación jurídica en que colocó la Sentencia del TSJC de 28 de abril de 1993 a la Administración y sus coadyuvantes por un lado, y por otro, a los recurrentes y a los afectados por la anulación del acto -a saber, aquellos profesores que tenían destino definitivo en La Laguna con anterioridad al concurso de traslado

convocado por la Orden de 18 de octubre de 1989 y que participaron en el concursillo de traslados a cuya celebración obligó la ejecución de la Sentencia obteniendo una de las plazas cuya adjudicación se pretende declarar nula- se vería alterada profundamente con la declaración de nulidad que se pretende, con lo que es patente que también concurre una perfecta identidad entre las partes y los terceros afectados por la repetida Sentencia y la Administración que prohija esta declaración de nulidad *in fieri* y sus eventuales afectados; identidad que, por lo demás, la Propuesta de Resolución no niega porque salta a la vista.

Así las cosas, es obligado reconocer que entre la cuestión que quiere decidir la Propuesta de Resolución y la que falló el TSJC concurren las identidades que los arts. 1.252 CC y art. 86.2 LJCA exigen para el despliegue de la fuerza de la cosa juzgada material, por lo que no cabe el pronunciamiento administrativo que se persigue (STS, Sala 4ª, de 4 de febrero de 1995).

Tanto el acto administrativo que se pretende revisar como la causa de nulidad que se alega para ello ya han sido objeto de revisión judicial que no estimó que existiera esa pretendida causa de nulidad. Por ello, en virtud de los arts. 24.1 y 118 de la Constitución, 17.2 LOPJ, y 86 LJCA la Administración ha de respetar esa decisión judicial. Porque, al fin y al cabo, la cuestión esencial radica en que con esta Propuesta de Resolución se pretende, en contra de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, dejar sin efecto una resolución judicial que ha ganado firmeza y que está definitivamente ejecutada, lo cual contradice al art. 86.2 LJCA y simultáneamente, al art. 24.1 CE, puesto que *"el derecho a la tutela judicial efectiva incluye no sólo el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes, sino también el respeto 'a la firmeza de esas mismas resoluciones y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, pues si también la cosa juzgada (material, según la más arraigada expresión doctrinal) fuese desconocida vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso' (STC 159/1987). El art. 24 de la Constitución reconoce implícitamente el derecho a que las resoluciones firmes se cumplan, e impide su revisión o modificación fuera de los cauces expresamente previstos en el ordenamiento (STC 119/1988)"* (STC 12/1989, de 25 de enero, FJ 4).

En definitiva, la PR pretende un imposible jurídico: Por medio de este especial procedimiento declarar nulo un acto de trámite en un particular extremo -aquel

consistente en aumentar cierto número de plazas que se identifican porque posteriormente sus adjudicatarios las pierden por Sentencia- para declarar la nulidad de un extremo del acto decisorio que ya ha sido anulado por Sentencia -la adjudicación de las plazas- y así arrastrar la nulidad de los actos administrativos dictados en ejecución de la resolución judicial. Dicho más gráficamente: por medio de la revisión de oficio pretende declarar nulo un acto de trámite para poder saltar a través del acto final y derribar la cosa juzgada.

## IX

En el presente procedimiento los interesados que habían pedido su iniciación, en el trámite de audiencia, han planteado una cuestión, la nulidad de la RDGP de 20 de febrero de 1990 en el extremo en que incluye en la relación de las plazas vacantes las correspondientes a las Escuelas de Prácticas Anejas a las Escuelas Universitarias de Formación del Profesorado de EGB de Las Palmas y de La Laguna, las cuales, según alegan, tenían su propio y específico procedimiento de provisión. Este sí que es un aspecto de la legalidad de la RDGP de 20 de febrero de 1990 que no fue alegado en el recurso que decidió el TSJC y, por tanto, éste no se pronunció sobre él. De ahí que sí pueda ser examinado en un procedimiento de revisión de oficio si concurre o no esa causa de nulidad. Mas, sobre esta cuestión la PR guarda silencio, no obstante imponer el art. 89.1 LPAC que la resolución final decida todas las cuestiones planteadas por los interesados. Dado el carácter de órgano consultivo no agente del Consejo, este Dictamen no puede sustituir el previo pronunciamiento de la Administración al respecto, la cual, dando nueva audiencia a todos los interesados para que expongan lo que les convenga sobre la alegada causa de nulidad, está obligada a formular una Propuesta de Resolución que se pronuncie sobre su existencia y a remitirla luego a este Consejo para que la dictamine.

## CONCLUSIONES

1. La Resolución de la Dirección General de Personal de 20 de febrero de 1990 no es un acto declarativo de derechos, sino un acto de trámite. No puede ser objeto principal en un procedimiento de revisión de oficio (Fundamento V).

2. La Resolución de la Dirección General de 20 de febrero de 1990, al variar el número de plazas anunciadas, no contradujo las Bases de la Convocatoria (Fundamentos V y VI), como ya declaró la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 28 de abril de 1993 (Fundamento VIII); así, tampoco se aprecia vulneración del derecho a la igualdad en la promoción funcional como se razona en el Fundamento VII.

3. La Propuesta de Resolución no es conforme con los arts. 86.2 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa, 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 24.1 y 118 de la Constitución (Fundamento VIII).

4. Procede que la Administración formule nueva Propuesta de Resolución por la que decida, única y exclusivamente, sobre la cuestión de nulidad planteada por los solicitantes de la revisión de oficio y que se indica en el último Fundamento.

5. En definitiva, la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, por lo que este Dictamen es desfavorable a la declaración de nulidad que se propone.