

I.—COMENTARIO MONOGRAFICO

EL REGIMEN DE PROVISION DE VACANTES DE EMPLEOS PUBLICOS

SUMARIO: I. Principios generales. a) Las facultades de la Administración en orden a la provisión de las vacantes de sus cuadros de funcionarios. b) Efectos de la estimación errónea de plazas vacantes. c) Provisión de vacantes de funcionarios destituidos. d) La provisión de vacantes y el derecho de los excedentes.—2. Sistemas y turnos de provisión. a) Principios comunes. b) En ascensos. e) En la elección del sistema de selección. d) En la elección de los turnos de provisión. e) Provisión de vacantes en periodo electoral.—3. Reserva de plazas. a) Fundamento y régimen. b) Cuestiones derivadas de la aplicación del régimen de reserva de plazas.—4. Los administrados y la provisión de vacantes.

I.—PRINCIPIOS GENERALES.

Al tratar aquí de la provisión de vacantes, nos limitamos a los criterios que fundamentan la potestad de la Administración, sus límites y la situación jurídica de los que tienen la capacidad legal para optar a empleos públicos, respecto de las vacantes que existan en los distintos cuadros administrativos.

a) Las facultades de la Administración en orden a la provisión de las vacantes de sus plantas de funcionarios.

Es principio general el de que la Administración goza de libertad para convocar la provisión de vacantes que existan o puedan existir en sus plantillas.

Es de su libre facultad, si una disposición expresa no le impone la provisión, declara la Sentencia de 24 de junio de 1936; la provisión de las vacantes en los empleos de la Administración es función de gobierno, y por ello excluidas de la revisión contencioso-administrativa las resoluciones adoptadas en ejercicio de dicha facultad, dice la Sentencia de 13 de diciembre de 1920. En Agravios se sostiene la misma doctrina, insistiendo en que la Administración es libre de fijar el momento de proveer las plazas cuando la Ley no le señala un término (Orden de 31 de marzo de 1948).

Así, pues, si ninguna disposición expresa le impone acordar la provisión tan pronto existan vacantes, o la convocatoria para las que pue-

dan producirse durante un período de tiempo, incluso por la conveniencia de disponer de aspirantes en expectativa de destino y en garantía de la continuidad eficaz del servicio, la Administración goza de facultades discrecionales, y frente a esta prerrogativa no cabe alegar derecho alguno por parte de los administrados legalmente aptos para aspirar a una de las plazas vacantes.

Y por el mismo fundamento puede la Administración acordar la provisión de plazas destinadas a ser amortizadas, si ésta no se dispuso con carácter imperativo (Agravios, Acuerdo de 12 de mayo de 1950, Orden de 21 de noviembre y «B. O. del E.» de 28 del mismo mes y año).

Por el contrario, la Administración tiene limitada su facultad en cuanto se refiere al aumento de plantillas, y por consiguiente, al nombramiento de nuevos funcionarios, porque ello implica un aumento del presupuesto de personal, cuya concesión no es de su competencia, pues ha de acordarse expresamente por medio de Ley o en virtud de autorización legislativa (Agravios, Acuerdo de 21 de mayo de 1950, Orden de 21 de noviembre y «B. O. del E.» de 30 del mismo mes y año).

En definitiva, y salvo esta general limitación, goza la Administración de potestad discrecional para acordar la provisión de vacantes y el momento en que ha de tener lugar la misma.

b) *Efectos de la estimación errónea de plazas vacantes.*

Sin embargo, existen otros límites. No se puede convocar la provisión de *plazas determinadas* que, al momento de la convocatoria, no se encontraban en situación de vacantes, por lo que el anuncio de las mismas, las solicitudes de los aspirantes, la propuesta y la adjudicación no pueden producir efecto como legalmente inexistentes, en razón de que en la fecha del anuncio no existían de derecho las plazas que se otorgaron en base al indebido supuesto de hallarse vacantes (Sentencia de 7 de octubre de 1944, 27 de octubre de 1939, 7 de junio y 8 de marzo de 1935; vid. en Agravios, Acuerdo de 19 de octubre de 1951, Orden de 14 de noviembre y «B. O. del E.» de 26 del mismo mes y año).

Igualmente, cuando se tiene adquirido y reconocido el derecho a ocupar las vacantes que se produzcan (vid. Sentencias de 1 de julio de 1921 y 11 de marzo de 1936), y como tales pueden considerarse las de nueva creación (Agravios, Acuerdo de 23 de abril de 1950, Orden de 31 de mayo y «B. O. del E.» de 8 de junio siguientes).

c) *Provisión de vacantes de funcionarios destituidos.*

La destitución no adquiere el carácter de definitiva hasta que, por decisión de los Tribunales o por consentimiento de los interesados, se

da lugar a la prescripción del derecho a recurrir contra la sanción. El acuerdo de destitución adoptado por la Administración interesada, si produce el efecto inmediato de la separación de una persona de la comunidad de funcionarios en que figuraba, se encuentra, por otra parte, condicionada a la producción de uno de aquellos hechos. En este período la vacante no tiene el carácter de definitiva, y por ello la Administración se encuentra limitada en cuanto se refiere a la provisión de la plaza con carácter permanente, sobre todo cuando por el carácter del cargo o el número de plazas de la correspondiente plantilla impide o dificulta la incorporación del funcionario cuya destitución se estima indebidamente decretada.

Ha de señalarse que esta interpretación se opone, en cierto sentido, al carácter ejecutivo propio del acto de la Administración por el que se acuerde la separación del servicio. Para obviar la cuestión se podría establecer un distinto régimen según la especialidad o no de la vacante así producida.

La jurisprudencia sigue en líneas generales esta orientación. Se declara que, en principio, salvo disposición expresa en contrario, no pueden considerarse como plazas vacantes las que fueron desempeñadas por funcionarios separados o destituidos, mientras los acuerdos administrativos declaratorios de dicha situación no adquieran el carácter de firmes por consentimiento de los interesados o por desestimación de los recursos administrativos o contenciosos que legalmente se interpongan contra aquéllos (Sentencias de 23 de noviembre de 1948, 20 de marzo de 1936, 7 de junio de 1935, 17 de junio de 1930 y 15 de octubre de 1921).

La Administración sólo tiene facultades en estos casos para proveer con carácter provisional o interino los empleos vacantes, mientras se encuentren pendientes de resolución los recursos interpuestos y con la finalidad de que el servicio se desarrolle ordinariamente (Sentencia de 1 de julio de 1925).

A pesar de esta doctrina, en otra decisión referente a funcionarios municipales se ha reconocido la efectividad de los nombramientos realizados mediante concurso para la provisión de plazas vacantes por destitución de sus titulares, después reintegrados a su empleo —el caso de más interés— en virtud de mandato judicial (Sentencia de 20 de febrero de 1932). Los fundamentos de la decisión fueron: a) Que el Estatuto Municipal y el Reglamento de Secretarios, Interventores y Empleados Municipales prohíben las interinidades por tiempo superior a seis meses; b) Que la tendencia del legislador es la de que los servicios estén constantemente cubiertos por personal idóneo y con las mayores garantías de acierto; c) Las garantías que establece el régimen de funcionarios en favor de la inamovilidad; d) La reposición en sus cargos de los funcionarios destituidos no puede suponer una dificultad, que en todo caso habrá de salvar la propia Corporación utilizando para ello las facultades

des que le están atribuidas sobre creación de nuevas plazas, reconocimiento de excedencias a los que no puedan quedar ajustados a las plantillas existentes o en cualquier otra forma que, usando de su autonomía y dentro del límite de su competencia, le sea lícito acordar; y e) En el vínculo jurídico establecido entre la Corporación y los funcionarios, primero, por el anuncio del concurso, y después, por el nombramiento realizado en forma legal (1).

La provisión de las vacantes producidas por separación de sus titulares en virtud de expediente de depuración por responsabilidades políticas, de acuerdo con la Ley de 10 de febrero de 1939 y demás disposiciones sobre la materia, queda sometida, por su propia especialidad, al régimen ordinario (2), aunque la sanción impuesta sólo implique un cambio temporal de residencia por razón de destino (3), como si la plaza

(1) Algunos de los fundamentes de la Sentencia citada sugieren el comentario sobre el deber de la administración de provisión en forma legal y definitiva de los empleos vacantes y precisamente con referencia a las Entidades municipales. Si el artículo 162 de la Ley Municipal de 1935 y hoy el 326 de la Ley de 16 de diciembre de 1950, preceptúan que ninguna plaza municipal puede estar provista interinamente más de seis meses, la experiencia viene demostrando que se infringe la prohibición legal con harta frecuencia, a juzgar por los recursos contenciosos que se interponen por aquellos que son removidos y se consideran asistidos del derecho a la inamovilidad en consideración al tiempo durante el cual han desempeñado los cargos. Por otra parte, puede ser un procedimiento de violar la ley materialmente la provisión de las plazas con carácter interino, removiendo a los designados antes de que transcurran seis meses desde la fecha de nombramiento, y procediendo sucesivamente con arreglo a las mismas condiciones. En otra ocasión hemos señalado que este proceder es contrario a las tendencias y conquistas del Derecho del Trabajo, a los principios del régimen estatutario de los funcionarios y a las exigencias de las funciones públicas a cargo de los servidores profesionales; la continuidad y la eficiencia imponen la corrección. La jurisprudencia ha declarado que la exagerada permanencia en el cargo de los interinos no les otorga derechos de propiedad, «cuando más bien constituiría materia de infracción administrativa» (Sentencia de 22 de abril de 1935); no cabe admitir la adquisición del empleo por prescripción (Sentencias de 30 de enero y 12 de marzo de 1947, 2 de abril de 1949, 18 de junio de 1936, otras. También en Agravios, Orden de 30 de octubre de 1948). Si es necesaria la provisión, al mismo tiempo de la designación del funcionario interino, debía realizarse la convocatoria para su concesión en propiedad.

(2) Vid. Agravios, Acuerdo de 21 de abril de 1950, Orden de 31 de octubre y «Boletín Oficial del Estado» de 14 de noviembre del mismo año. Idem acuerdo de 14 de septiembre de 1949, Orden de 30 de noviembre y «B. O. del E.» de 28 de diciembre del mismo año.

(3) Vid. Agravios, Acuerdo de 1 de diciembre de 1950, Orden de 13 de marzo y B. O. del E. de 25 del mismo mes y año 1951; Acuerdo de 16 de febrero de 1951, Orden de 5 de abril y «B. O. del E.» de 14 del mismo mes y año; Acuerdo de 16 de diciembre de 1950, Orden de 31 de enero de 1951 y «B. O. del E.» de 7 de febrero de este año; Acuerdo de 9 de abril, Orden de 7 de mayo y «B. O. del E.» de 16 de este mes y año; Acuerdo de 28 de enero, Orden de 14 de febrero y «Boletín Oficial del Estado» de 23 del mismo mes y año de 1949.

que ocupaba el funcionario se encontrara vacante en el momento de su rehabilitación (4).

d) *La provisión de vacantes y el derecho de los excedentes al reingreso.*

Es otra de las limitaciones a la facultad de la Administración en orden a la provisión de las vacantes de sus plantillas de funcionarios. El derecho reconocido por la Ley a los funcionarios en situación de excedencia condiciona en un doble sentido la discrecionalidad administrativa: en cuanto reserva de determinadas plazas con carácter obligatorio y en cuanto al turno de provisión de las propias vacantes. En razón de esta dualidad de manifestaciones, nos ocupamos aquí del problema, aunque se prescinda de un análisis del régimen jurídico de las excedencias.

En la Sentencia de 16 de octubre de 1935 se declara que, cuando se trata de escala cerrada, los derechos de los funcionarios datan desde el momento en que se producen las vacantes y no desde que el Ministerio realiza los actos necesarios para la provisión, «porque entonces dependerían los derechos no de un acto originario y firme, sino de la mayor actividad o morosidad que la Administración quiera imprimir a sus actos, lo cual es contrario a los principios que informan el movimiento de la escala cerrada».

Y en la de 16 de abril de 1936 se insiste en que, solicitada la vacante antes de producirse, el excedente con su petición creó así automáticamente un derecho subjetivo a su favor, reconocido por preceptos administrativos reglamentarios de carácter orgánico que constituyen una ordenación formal imperativa de protección eficaz, en cuanto la Administración queda vinculada a ellos, por ser fuente original de derechos y deberes irreductibles, sin que la facultad innegable del Poder público para variar las normas del servicio le autorice, sin embargo, a hacerlo con desconocimiento de situaciones jurídicas rectamente consolidadas al amparo de la legislación vigente en el momento de su acaecer; porque, de lo contrario, proclama el Tribunal, de no quedar condicionada la actividad del Estado a sus propias limitaciones, la licencia del desafuero daría pretexto a que el exceso del arbitrio colocase una voluntad cualquiera en lugar de la voluntad objetiva estatal, con subversión de los principios de Derecho público, inadmisibles en todo caso, y como enseña la Sentencia de esta Sala de 16 de octubre de 1935, «porque entonces dependerían los derechos particulares no de un acto original y firme, sino de un concepto antijurídico de la discrecionalidad ministerial, libre de todo freno, que al retrasar irregularmente la emisión de la provi-

(4) Vid. Agravios, Acuerdo de 31 de marzo, Orden de 15 de abril y «Boletín Oficial del Estado» de 28 de abril y año de 1950.

dencia legítima, mediante la cual debía, sin excusa alguna proveerse la vacante, y aprovechar, en cambio, este lapso para modificar el régimen orgánico del Cuerpo donde se produjera, vendría a destruir el concepto y aniquilar la vida de un verdadero Estado de derecho».

Por todo ello, cuando no se ejerce el derecho de reingreso en tiempo hábil, la Administración puede autorizar la provisión que en tal caso corresponda (vid. Sentencia de 6 de diciembre de 1935).

2.—SISTEMAS Y TURNOS DE PROVISIÓN.

a) *Principios comunes.*

La provisión de vacantes ha de llevarse a efecto mediante el sistema establecido y de acuerdo con el turno a que corresponde (5). Es decir, si el sistema de oposición es preceptivo, no puede adoptarse el de con-

(5) Como ejemplo de la diversidad de procedimientos seguidos en la provisión de vacantes, insertamos a continuación las disposiciones de varios Cuerpos del Estado en lo referente a la cuestión que estudiamos. Las vacantes que se produzcan en los Escalafones de los Cuerpos de Ingenieros Agrónomos y de Montes, y en los de sus ayudantes respectivos, Peritos Agrícolas del Estado y Auxiliares Facultativos de Montes, se cubrirán, sea cualquiera la causa que las origine, con sujeción a dos turnos, denominados de reingreso y de ascenso, que se aplicarán en régimen de rigurosa alternativa, dentro de cada categoría y clase (Decreto de 5 de julio de 1944, art. 1).

Los destinos de los funcionarios del Cuerpo Especial de Prisiones se harán por riguroso orden de antigüedad en la petición, con arreglo a las vacantes que se produzcan en sus respectivas escalas y categorías, estableciéndose un orden de preferencia para los que acrediten el derecho de consorte o queden sin destino por supresión de Establecimiento o reducción de plantillas. Los funcionarios de nuevo ingreso cubrirán las vacantes que haya en los Establecimientos Penitenciarios no solicitados (Reglamento de 5 de marzo de 1948, arts. 448 y 449).

Las vacantes de Jueces municipales y comarcales se proveerán mediante los correspondientes concursos que se anunciarán periódicamente en el «Boletín Oficial del Estado», a las que podrán acudir los Jueces respectivos, en activo servicio, o excedentes forzosos y voluntarios que tuvieran reconocido su derecho a reingresar, cualquiera que fuese su categoría y la de los Juzgados a proveer. El ascenso a las categorías 2.ª y 1.ª se verificará por antigüedad entre los funcionarios de la respectiva inferior, y en tres turnos: antigüedad en el Cuerpo, antigüedad de servicios en la categoría y antigüedad de servicios en la carrera (Decreto de 25 de febrero de 1949, artículos 25 y 28).

Las vacantes del Cuerpo de Inspectores Municipales Veterinarios se adjudicarán por el Ministerio de Agricultura en virtud de concursos de prelación en el Escalafón, a excepción del 50 por 100 de las vacantes que se produzcan en cada capital de provincia o población mayor de 50.000 habitantes, que se cubrirán mediante concurso-oposición convocado por el mismo Departamento entre Inspectores Municipales Veterinarios, cualquiera que sea la situación en que se encuentren (Decreto de 17 de agosto de 1949, art. 3).

En los meses de marzo y septiembre de cada año, y con referencia, respectiva-

curso, cuya convocatoria sería ilegal, como así también los actos sucesivos y de ejecución de la misma. Igualmente, si los sistemas han de seguir un turno de rotación con las vacantes que se produzcan. Así, por ejemplo, la plaza que deba otorgarse en virtud de antigüedad no puede anunciarse a un concurso de méritos; como la que corresponda a excedentes, convocarla para su provisión por oposición libre.

La jurisprudencia ha aceptado estos criterios en sus declaraciones. Así establece la doctrina de que la provisión de vacantes ha de ajustarse a las disposiciones del Reglamento de funcionarios que corresponda aplicar, tanto respecto de las plazas de ingreso como de las de categoría superior (Sentencias de 17 de mayo de 1933 y 27 de marzo de 1936; en Agravios, Acuerdo de 29 de abril de 1949 —Orden de 23 de junio y «Boletín Oficial del Estado» de 22 del mismo mes y año—. Acuerdo de 24 de junio de 1949 —Orden de 12 de noviembre siguiente y «B. O. del E.» de 21 del mismo mes y año)

Es, pues, otro de los límites de la potestad de la Administración en la provisión de sus vacantes de funcionarios profesionales, que ha de realizarla sometiéndose al sistema y turno que legalmente corresponda. Al punto que el nombramiento realizado sin someterse al sistema o turno de provisión establecido no puede producir efectos por considerarse ilegal (Sentencia de 25 de febrero de 1927).

Cuando la provisión, dice la Sentencia de 30 de octubre de 1922, ha de efectuarse con arreglo a la clasificación de los empleados en el respectivo Escalafón, cualquier condición que se adicione y oponga a la misma es ilegal y revisable ante la jurisdicción de lo contencioso.

La provisión de cargos, dentro de la reglamentación preestablecida, no corresponde a la potestad discrecional de la Administración, ni sus actos son políticos o de gobierno, ni se comprenden en sus facultades de reorganización de los servicios (Sentencia de 29 de marzo de 1934).

mente, a las vacantes ocurridas dentro del semestre natural anterior, se anunciará en el «Boletín Oficial del Estado» el oportuno concurso para Recaudadores de Hacienda entre los funcionarios que el artículo 24 de su Estatuto especifica (Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948, art. 26).

En Abogados del Estado, oposición cada dos años para cubrir las vacantes del Cuerpo y seis plazas más de Aspirantes, se convocan, aunque no haya vacantes en la escala activa, para proveer plazas de Aspirantes, y en caso de urgencia se podrán convocar sin que haya transcurrido tal plazo (Decreto de 27 de julio de 1943, artículo 93).

Las plazas del Cuerpo Facultativo de la Dirección General de los Registros y el Notariado en las vacantes que ocurran se proveerán necesariamente por ascenso riguroso, y la última de los Auxiliares en turno alterno, por oposición libre entre Licenciados de Derecho o por concurso de méritos entre Registradores y Notarios con más de cinco años de servicios efectivos (Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, artículo 262).

b) *En ascensos.*

Como hemos señalado anteriormente, no tratamos aquí de examinar la naturaleza del derecho de promoción o ascenso, la distinción de ascenso económico y ascenso de carrera, ni los diversos sistemas más generalmente utilizados por la Administración para proveer las plazas de los cuadros superiores. Sólo pretendemos en esta ocasión señalar los criterios generales que inspiran el régimen legal y jurisprudencial español en materia de ascensos en relación con las facultades de la Administración para acordar la provisión de las vacantes existentes o que puedan existir en sus plantillas.

En materia de ascensos, se ha de distinguir la aptitud para ascender y la facultad de la Administración para otorgar el ascenso. (Así, por ejemplo, la Sentencia de 13 de febrero de 1934; y en Agravios, Ordenes de 29 de enero y 6 de octubre de 1949.)

Se tiene que reconocer la existencia de un verdadero derecho subjetivo al ascenso, cuando la norma no reserva a la Administración libertad sino que, por el contrario, le previene de forma categórica el modo y circunstancias en que ha de realizarse (vid. Sentencia de 6 de julio de 1934).

Por último, en ciertos Cuerpos se condiciona el ascenso no sólo a la aptitud, sino también a la existencia de vacantes (vid. Decreto de 26 de mayo de 1943).

La existencia de turnos para el ascenso por disposición de la Ley no puede alterarse por precepto reglamentario, declara la Sentencia de 27 de mayo de 1936. Pero esta norma no tiene aplicación cuando los ascensos se deben no al movimiento normal de las escalas, sino a la necesidad de cubrir las plazas de nueva creación o de hacer efectivas reformas derivadas del aumento de plantillas (Sentencias de 27 de octubre y 23 de noviembre de 1922).

c) *En la elección del sistema de selección.*

Según los principios expuestos, la Administración actual se encuentra vinculada en cuanto a la provisión en propiedad de los cargos y empleos profesionales por las disposiciones constitutivas del régimen jurídico estatutario de los respectivos Cuerpos.

Este límite se manifiesta también en lo que afecta a la elección del sistema o procedimiento por el cual haya de realizarse la elección. La Sentencia de 17 de febrero de 1936 declara que la Administración no ejerce facultad discrecional al momento de proveer plazas de un Cuerpo de funcionarios del Estado, porque ella misma reguló su conducta al dic-

tar las normas por las que había de regirse la provisión (vid. Sentencias de 31 de mayo de 1935 y de 30 de junio de 1936).

Si es innegable que emana de la potestad discrecional de la Administración (municipal) el acuerdo de proveer por oposición o por concurso determinadas plazas, igualmente se ha de reconocer que, al adoptarse uno de los procedimientos, aquella facultad se convierte en reglada, por cuanto la Administración queda sometida a sus disposiciones (Sentencias de 11 de marzo de 1947, 27 de septiembre de 1934, 20 de enero de 1933 y 30 de junio de 1936).

El sistema de selección no puede ser otro que el previsto por las disposiciones aplicables, como condición de eficacia de los nombramientos (Sentencias de 9 de junio de 1948, 25 de abril de 1936, 11 de diciembre de 1930, 25 de febrero de 1927 y 1 de julio de 1925).

Sin embargo, la Sentencia de 25 de noviembre de 1921 declara con acierto que la Administración puede suspender el orden legal de provisión de vacantes cuando así lo exijan circunstancias graves para el orden público y para asegurar el funcionamiento regular de los servicios.

Por último, en otras decisiones se dice que están viciadas de nulidad las resoluciones de la Administración del Estado que alteran las condiciones a que había de ajustarse la provisión de plazas de empleados locales, modificando el régimen jurídico establecido por la Ley, y por tanto, se acuerdan con abuso de poder (Sentencias de 28 de febrero de 1936 y 9 de noviembre de 1932).

d) En la elección de los turnos de provisión.

En determinados Cuerpos de funcionarios, aunque el ingreso en ellos es siempre por oposición, la provisión de cada una de las vacantes está sometida a rotación, correspondiendo una vez a oposición y otra a concurso. Así sucede, por ejemplo, en la provisión de cátedras universitarias.

La Ley de Ordenación Universitaria de 29 de julio de 1943 dispone en su artículo 58 que las cátedras vacantes serán provistas alternativamente por oposición directa y por concurso de traslado, entre catedráticos numerarios de la misma asignatura.

¿El orden en que figuran en el texto legal los dos sistemas de selección tiene alguna trascendencia? ¿Puede estimarse que la intención del legislador es la de que cada una de las cátedras se provea primeramente por oposición? (6). Hasta la Orden de 28 de febrero de 1949 (7), dictada

(6) En la Orden de Agravios de 25 de abril de 1949 se plantea el mismo problema en relación a cátedras de Escuelas de Comercio. Se declara que la falta en el Decreto de 28 de diciembre de 1945 de toda norma sobre rotación de los turnos puede en modo alguno justificarse por el mero hecho de que en su artículo primero aparezca en el apartado a) el turno de concurso de traslado, y en

en uso de las facultades que la disposición transitoria número quince de la Ley de 29 de julio de 1943 concede al Ministro de Educación Nacional para aclarar e interpretar los preceptos de la misma, el problema planteado no estaba resuelto, y ello dió motivo a que se interpusiera algún recurso de agravios. A partir de la citada Orden, las cátedras de nueva creación se proveerán, de conformidad con la práctica habitualmente seguida desde la publicación de la Ley, por el turno que libremente considere más conveniente la autoridad ministerial, continuándose después el orden alternativo legal (8).

En esta materia también la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse, y por su utilidad como precedente, exponemos a continuación su doctrina (9).

La excepción de incompetencia ha de rechazarse cuando, si bien la

el b) el de oposición libre. Ello fuerza a acudir a las disposiciones reguladoras de la materia que cronológicamente le han precedido; y en tal sentido la disposición transitoria segunda del Decreto de 30 de mayo de 1940 dice que «las cátedras actualmente vacantes se anunciarán al turno que les corresponda, según los arts. 3.º y 4.º, y en relación a las provisiones anteriores», conteniéndose disposición similar en el Decreto de 30 de abril de 1915, al decir en su artículo séptimo que para aplicar los turnos que se establecían se perdiera del último que rigió para la misma cátedra. En el siguiente Considerando se hace una declaración interesante: «El sistema establecido por estas disposiciones, con notorios fundamentos, por lo demás, en principios de justicia y de seguridad jurídica, ha de entenderse vigente en tanto no sea expresamente derogado, cosa que no ha hecho el Decreto de 23 de diciembre de 1945, que deroga solamente lo que se oponga a lo en él preceptuado, debiendo, por tanto, entenderse subsistente la legislación anterior en materia como ésta, que el Decreto citado deja huérfana de regulación.» Vid. la Sentencia de 14 de noviembre de 1921, que sostiene cómo con arreglo al Decreto de 30 de abril de 1915 las cátedras debían proveerse impredeciblemente por oposición libre en el turno primero, por concurso de traslado en el segundo (el tercero no está vigente).

(7) Vid. Decreto de 30 de diciembre de 1912. También los de 1915 y 1922 y 18 de septiembre de 1933, sobre cátedras.

(8) En la misma Orden se dispone que en las Facultades donde exista más de una cátedra de la misma denominación, debida a figurar en el plan de estudios más de un curso de la disciplina, o a que expresamente se hayan desdoblado las cátedras en las plantillas de la Facultad respectiva por disposiciones del correspondiente Decreto orgánico o por aplicación del artículo 60 de la Ley de 29 de julio de 1943, se entenderá, de acuerdo con la interpretación que tradicionalmente se viene dando por este Ministerio, que dichas cátedras son iguales desde el punto de vista jurídico y administrativo, sin que entre ellas exista prioridad alguna, aunque por circunstanciales motivos de precisión hayan sido dotadas, convocadas o previstas con la denominación subsidiaria de 1.ª, 2.ª y 3.ª.

(9) En la Sentencia de 15 de octubre de 1923 se dice que las disposiciones que contiene la Ley de Instrucción Pública de tan lejana fecha, si fueron en lo esencial respetadas por el Poder legislativo, en medio de las grandes transformaciones que desde entonces ha experimentado el estado social y político de España, hubieran de adaptarse en todo tiempo a los principios reinantes, en materia de organización de la enseñanza, determinando una constante y variadísima producción de normas, en las cuales la potestad reglamentaria, realizando su función privativa sin perder el contacto con la ley, atiende preferentemente a las conveniencias públicas. Por el con-

orden de que se convoque la provisión sin publicarse la correspondiente convocatoria no ha podido vulnerar derecho alguno sin que la oposición se lleve a cabo, es lo cierto que el daño estaría hecho desde el momento en que se niega el derecho a que se provea por el turno de concurso precedente (Sentencias de 3 de julio de 1941 y 31 de mayo de 1935).

Si los excedentes tienen reconocida una condición de preferencia para ocupar las vacantes, no les alcanza cuando se trata de cátedras desdobladas, porque tratándose de la división, no estaba la Administración obligada a regirse por anteriores preceptos de legislación general, sino por los especiales dictados para ese caso: y, por consiguiente, cabía dentro de su potestad discrecional establecer las reglas a que había de sujetarse el concurso, sin que al fijarlas suponga ni constituya agravio alguno a derecho preexistente, porque, como queda dicho, la provisión de cátedras por división de enseñanza quedaba excluida de la legislación general (Sentencias de 22 de junio de 1917, 28 de febrero de 1919 y 5 de julio de 1920).

Las cátedras son las que se proveen, y el profesor que produce la vacante, según fuera su origen, ha de dar la norma por la que ha de ingresar el que le reemplace, sin que obste para la aplicación de este criterio el que la misma asignatura se divida en varios cursos, porque cada uno de ellos forma una cátedra independiente y ha de someterse a las mismas reglas establecidas para las demás (Sentencia de 12 de abril de 1918).

Y en Sentencia de 24 de febrero de 1930 se adopta un criterio que asegura la objetividad en la provisión de las nuevas vacantes después de una nueva ordenación. Así, declara que estableciéndose para la provisión de las plazas superiores la rotación de turnos por *antigüedad o por oposición*, según determinara el Ayuntamiento, al acordar la promoción por antigüedad ejerció la facultad que tenía reconocida y además por tratar de la *forma primera* de las señaladas.

Conforme con la misma finalidad, el Acuerdo de 23 de abril de 1948 (Orden de 22 de mayo y «B. O. del E.» de 6 de agosto siguientes) declara que si la disposición transitoria de la Ley de Enseñanza Primaria facultaba al Ministerio para reglamentar la provisión de las vacantes de Inspectores existentes en la fecha de la misma, dicha facultad sólo podía ejercerse para la provisión de las vacantes que existieran al tiempo de la promulgación de la Ley, pero no para las que se produjeran sucesiva-

trario, en la de 28 de junio de 1923 se sostiene que si los progresos de la enseñanza científica requieren mayores condiciones de aptitud para el desempeño de las respectivas cátedras que las que imponen las disposiciones de la Ley de 1857, la consecuencia lógica que de ello se deriva es la de que tales disposiciones deben reformarse por el procedimiento adecuado, o sea por preceptos legales, como previene el art. 5.º del Código civil, para derogar o dejar sin efecto una disposición legal, pero no por otras de carácter reglamentario que alteren o restrinjan lo que la ley tiene estatuido.

mente, y ello además porque lo concedido no es una potestad discrecional para resolver en cada caso según su criterio, sino una facultad reglamentaria para señalar con carácter general, y dentro de los términos de la Ley, las bases a que debía ajustarse la provisión.

La Administración puede rectificar la convocatoria cuando ha cometido error al señalar el turno a que corresponde la provisión de la cátedra vacante (Sentencia de 12 de abril de 1918).

Con referencia a la provisión de plazas de médicos, se sienta la doctrina de que equivale a primera vacante la de nueva creación (Sentencia de 31 de mayo de 1935).

Si la provisión inmediatamente anterior a la cuestionada no consumió turno, y la que la precedió se verificó por el concurso de traslado, el turno que corresponde es el de provisión mediante oposición libre (Agravios, Orden de 25 de mayo de 1949, con referencia a cátedras de Escuelas de Comercio, y Sentencia de 3 de junio de 1941).

e) *Provisión de vacantes en período electoral.*

La Ley electoral de 8 de agosto de 1907 (artículo 68, núm. 3) prohíbe el nombramiento de funcionarios durante el período electoral, siempre que tales actos no estén fundados en causa legítima y afecten de alguna manera a la sección, colegio, distrito, partido judicial o provincia donde se verifique la elección (10).

3.—RESERVA DE PLAZAS.

a) *Fundamento y régimen.*

En consideración a causas de muy diverso carácter, es tradicional el reconocimiento de un derecho de exclusividad o de preferencia respecto de los empleos públicos, constituyendo el régimen que denominaremos

(10) El mismo precepto del artículo 91 de la Ley de 26 de junio de 1890, el cual fué desarrollado por Real Orden de 12 de mayo de 1891, a tenor de lo cual se hallan comprendidos en la excepción de causa legítima, y por consiguiente son lícitos y eficaces los nombramientos de empleados hechos durante el período electoral para cubrir las vacantes naturales, ocurridas por fallecimiento, si la provisión no afecta a las elecciones y es rigurosamente necesaria para la marcha expedita de la Administración. Por ello, en las órdenes de los expresados nombramientos se harán constar el nombre del funcionario que por fallecimiento haya producido la vacante, la circunstancia de no afectar a aquéllas la elección convocada y la necesidad de provisión de la vacante para que el servicio no se interrumpa.

Así, podemos citar la llamada Ley de Sargentos de 10 de julio de 1885 de reserva de plazas. Se establece la excepción en beneficio de aquellos que reúnen las condiciones señaladas en los textos legales. Por este procedimiento se pretende corresponder a los servicios extraordinarios prestados a la comunidad política; a la situación de ciertos funcionarios derivada de la organización de los servicios o por consecuencia de su falta de aptitud para las funciones que desempeñaban; a veces, por relación de parentesco con los que forman o han formado parte de un Cuerpo. (vid. artículos 50 y 90 del Reglamento de funcionarios de 1918); el ingreso en el Cuerpo de Porteros de Ministerios Civiles de los retirados de los Cuerpos armados (Ley de 23 de diciembre de 1947); la reserva del diez por ciento de las plazas que se convoquen en el Cuerpo de Guardia Forestal, con preferencia para los hijos y huérfanos de los que formen parte del mismo (11) (Decreto de 30 de diciembre de 1941); la reciente Ley de 15 de julio de 1952, sobre adjudicación de destinos o empleos civiles a Oficiales de la Escala Auxiliar, Suboficiales y determinadas clases de tropa de los Ejércitos; y, por su ámbito, las disposiciones sancionadas en los últimos años, regulando la reserva de plazas en favor de los ex combatientes, ex cautivos, huérfanos y familiares de las víctimas de la guerra. A estas últimas nos referimos a continuación.

El régimen que establecen constituye un privilegio en favor de sus beneficiarios y una excepción justificada al principio de igualdad de todos los ciudadanos para optar a empleos y cargos públicos. En su virtud, han de aplicarse estrictamente sus beneficios, las condiciones de preferencia han de ser acreditadas en su carácter y justificadas en sus circunstancias cualificadoras de la excepción que implican (12).

La Ley de 25 de agosto de 1939 ha constituido el texto básico y fundamental (13) hasta la de 17 de julio de 1947. En ella se establecía la dis-

(11) Son excepcionales estas reservas, por cuanto el carácter hereditario de los cargos ha quedado derogado en el estado de Derecho por el principio de igualdad de todos los ciudadanos para el desempeño de funciones públicas, y por la exigencia de la Administración de contar con personal de probada aptitud.

(12) Las disposiciones que otorgan un privilegio o una excepción de la regla general hay que interpretarlas siempre en sentido restrictivo, y aún más, si de ello puede seguirse daño de tercero, aceptando una interpretación más amplia (Sentencia de 28 de junio de 1923, sobre funcionarios).

(13) Decreto de 12 de marzo de 1937, reservando el 50 por 100 de vacantes para quienes hayan prestado servicio en frentes de combate durante tres meses. Orden de 16 de agosto de 1940, aclarando la Ley de 25 de agosto de 1939. Orden de 30 de julio de 1940, determinando la forma de cubrir las vacantes existentes en 18 de julio de 1936 y posteriores, en entidades concesionarias de servicios públicos. Orden de 6 de marzo de 1942, disponiendo que al convocar los Organismos a que se refiere el artículo 1.º de la Ley de 25 de agosto de 1939 los concursos y oposiciones necesarios para el ingreso en las diferentes plantillas, habría de establecer, por lo menos, un plazo de tres meses entre la fecha de publicación de la convocatoria y aquellas en que las pruebas hayan de comenzar; se reducirá a un mes cuando pertenezcan a la esca-

tribución de cupos por clases de beneficiarios; las condiciones de admisión y preferencia, la rotación de turnos para las vacantes que tuvieran la condición de únicas, la provisión de las de Corporaciones locales y, por último, se exceptuaban de la rotación las cátedras de Universidad y Escuelas Especiales Superiores (14). La Ley de 17 de julio de 1947, que deroga la de 25 de agosto de 1939 y sus disposiciones complementarias, a la vez que opera una reducción de los cupos, establece otra serie de medidas tendentes a limitar el ejercicio del derecho en aquellos que ya lo disfrutaron y resuelve determinadas cuestiones que la aplicación del anterior régimen había suscitado.

b) *Cuestiones derivadas de la aplicación del régimen de reserva de plazas.*

a') *Las asimilaciones de carácter militar no gozan de los beneficios reconocidos a la oficialidad del Ejército.*

A los efectos de la preferencia y reserva de plazas consiguientes, se establecieron diversos grupos de beneficiarios. Entre ellos, el de Oficiales del Ejército. Ahora bien, en la organización militar se distinguen los grados efectivos y las llamadas asimilaciones. ¿Los que tienen este carácter gozan de los beneficios de las disposiciones sobre reserva de plazas en oposiciones y concursos? El privilegio se otorga por servicios prestados con carácter excepcional: se excluyen, pues, todos aquellos cuyos servicios en relación con las circunstancias no puedan calificarse de excepcionales. Así, la jurisprudencia ha declarado que las asimilaciones a grados militares, en razón del ejercicio profesional, que no se otorgó con el carácter de permanencia y continuidad exigidas para la concesión de un título, sino temporalmente, por la necesidad que las circunstancias imponían a todos los españoles de prestar sus servicios a la Patria, no otorgan el derecho establecido por la Ley (Sentencia de 16 de abril de 1945). Las categorías de Oficiales honoríficos no son equiparables a las de Oficiales provisionales y de complemento, a los efectos de la Ley de 25 de agosto de 1939 (Dictamen del Consejo de Estado en 19 de mayo de 1945, expediente núm. 989) (15).

la del personal subalterno. Decreto de 7 de mayo de 1942, sobre preferencia de voluntarios de la División Azul. Orden de 14 de junio de 1943, fijando la interpretación del artículo 4.º de la Ley de 25 de agosto de 1939 sobre distribución entre los distintos cupos de las plazas sobrantes en alguno de ellos, etc.

(14) Están excluidas de la reserva las vacantes de ingenieros afectos a la Dirección General de Minas y Combustibles, de acuerdo con el artículo 6.º de la Ley de 17 de julio de 1947.

(15) En Acuerdo de 22 de febrero de 1952, Orden de 17 marzo y «Boletín Oficial del Estado» de 31 del mismo mes y año, se acepta la *asimilación* de ex-combatientes.

b') *La Medalla de la Campaña ha de ser la de vanguardia.*

La posesión de la Medalla de la Campaña o el hecho de reunir las condiciones para obtenerla constituye otra de las causas para gozar de los beneficios a que nos venimos refiriendo. También en este caso se hace preciso establecer una distinción: en esta recompensa militar existen dos clases. ¿cualquiera de ellas es título suficiente? El Tribunal Supremo se ha pronunciado en la misma ocasión, declarando que la Medalla de la Campaña ha de ser la de vanguardia (de acuerdo con la Resolución de la Presidencia del Gobierno de 3 de mayo de 1941).

c') *Los comprendidos en las categorías de las reservas de plazas pueden optar a las de carácter libre.*

Los que solicitan la participación en concursos y oposiciones en concepto de aspirantes clasificados en relación con las plazas reservadas, ¿quedan por ello excluidos de optar al cupo de vacantes de provisión libre? Además de la declaración de principio de que la reserva de plazas no priva a sus beneficiarios del derecho a optar a las convocadas con carácter libre, la Sentencia de 21 de octubre de 1946 fundamenta su doctrina en las siguientes consideraciones: 1) La adjudicación ha de hacerse sin restricciones, es decir, entre cuantos reúnan las condiciones señaladas en la convocatoria; 2) De no procederse así, se convertirán dichas vacantes libres en restringidas, otorgando a los demás aspirantes la calificación de clasificados, formando con ellos un nuevo grupo privilegiado con beneficio de exclusividad, sin apoyo legal alguno; 3) Porque todo el sentido de la Ley de 25 de agosto de 1939 es beneficiar a quienes cooperaron a la Cruzada e identificados con ella resultaron víctimas de la misma; y 4) Porque, de interpretarse de otra forma sus preceptos resultarían en cada caso dos concursos u oposiciones restringidas (vid. Ordenes de 30 de octubre de 1939 y de 14 de junio de 1943, regulando la distribución entre los distintos grupos de las plazas sobrantes en alguno de ellos).

d') *El régimen especial de reserva de plazas no tiene carácter absoluto para la provisión de cualquier vacante.*

Por otra parte, la Ley citada, teniendo en cuenta la especial idoneidad que se requiere para el ejercicio de algunas funciones públicas o las especiales características de organización de determinados servicios, no pudo pretender, como ha reconocido la jurisprudencia de agravios, la derogación de las disposiciones que constituyen el régimen de los distintos Cuerpos de funcionarios, a los que se haya de aplicar (Orden de 21 de enero de 1948), como que el derecho de carácter especial y privilegiado que otorgaron no puede tener aplicación a los concursos y oposiciones que se celebren entre funcionarios para la provisión de una plaza o cargo determinado, tradicionalmente conocidas con el nombre de restringidas (Orden de 11 de marzo de 1948. Vid. también Acuerdo de 8 de julio, Orden de 14 de octubre y «B. O. del E.» de 22 del mismo mes y año), y

que la Ley de 17 de julio de 1947 sólo establece un orden de prelación en la distribución de las vacantes, pero de ninguna manera otorga automáticamente, a los candidatos que reúnen la condiciones de preferencia, las plazas convocadas a concurso u oposición (Acuerdo de 3 de febrero, Orden de 10 de marzo y «B. O. del E.» de 24 del mismo mes de 1950).

e') *La resolución de concursos y oposiciones con infracción de las normas del régimen de reserva de plaza vicia de nulidad los nombramientos.*

Finalmente, y por respeto al régimen excepcional en los casos que proceda su aplicación, se ha declarado que la resolución de los concursos y oposiciones con infracción de las disposiciones sobre plazas reservadas vicia de nulidad los respectivos nombramientos (vid. Sentencias de 16 de junio de 1950, 2 de julio y 24 de noviembre de 1949).

f') *La obligación de los aspirantes de optar por uno de los grupos establecidos, en caso de ser titulares de varias condiciones de preferencia.*

En cierta relación con este problema se presenta otro, cual es el de si los aspirantes clasificados que reúnen varias condiciones de preferencia, y por consiguiente pueden formar parte de varios de los grupos establecidos por la Ley sobre reserva de plazas, pueden alegar en el mismo concurso u oposición «todas sus distintas condiciones meritorias, a fin de pedir vacantes reservadas a unos y otros de los diversos grupos», como dice la propia Sentencia de 21 de octubre de 1946, o si, por el contrario, se encuentran en la obligación de elegir uno de entre los grupos en los que tienen derecho a ser clasificados. Los argumentos que en defensa de esta última tesis cabe exponer son los mismos que se han reseñado, además de que la situación de privilegio sólo como preferencia cabe aceptarla, y a este fin, tanto la Ley de 1939 como la de 1947, establecen el orden preferente en caso de igualdad de puntuación (16).

g') *El derecho de acrecer.*

Lo declara la Sentencia de 2 de julio de 1949.

(16) Esta doctrina queda plenamente confirmada por el régimen único que se establece por la Ley de 17 de julio de 1947. Anteriormente, era posible señalar una situación mixta, la de los voluntarios de la División Azul, a tenor del artículo 2.º del Decreto de 7 de mayo de 1942, según el cual cuando concurren a oposiciones o concursos aspirantes que además de ser ex-combatientes de la guerra de Liberación lo sean también como voluntarios comprendidos en la preferencia del Decreto, se añadirá al cupo reservado a «ex-combatientes» una plaza por cada dos instancias que reúnan dichas condiciones. Estas plazas se destinan de una en una, y por votación «libre», pero sin que en ningún caso el número de plazas pueda ser superior a una por cada cinco de las que que correspondan a cada uno de los cupos llamados a ceder parte de sus vacantes. La misma regla se observará en relación con el cupo de «Oficiales provisionales» cuando no presenten instancias de quienes, teniendo este título con anterioridad, lo sean también en la División Española, con las circunstancias de presencia o de ser heridos en el frente que en el mismo se determinan.

h') *Situaciones especiales y transitorias.*

Los aspirantes que hubieran pertenecido a la División Española contra Rusia gozaban de los beneficios de la Ley de 25 de agosto de 1939 y de otra especial relativa a la práctica de los ejercicios para el ingreso. Según el artículo 3.º del Decreto de 7 de mayo de 1942, los voluntarios de dicha División admitidos a la práctica de oposiciones o concursos efectuarán los ejercicios sin sujeción a número de sorteo, y los tribunales respectivos los admitirán a la práctica de aquéllos en cualquier fecha que se presenten, anterior a la terminación de los mismos; y que los que estando en condiciones para tomar parte en oposiciones o concursos no lo hayan podido efectuar, por encontrarse en la División Española de voluntarios, si aprueban en el primer concurso u oposición que tenga lugar después de su regreso a España serán colocados en la oposición o concurso en el que no pudieron presentarse, en igual forma que si hubieran sido examinados cuando éste tuvo lugar.

La jurisprudencia de Agravios (Acuerdo de 20 de mayo, Orden de 30 de septiembre y «B. O. del E.» de 14 de octubre de 1949) ha interpretado acertadamente, y en sus límites, el alcance de esta excepcional preferencia. Se declara que la mera condición de idóneo, que en los más de los casos se determina simplemente por la posesión de un determinado título facultativo, no basta para que pueda entenderse que los interesados se hallaban entonces en situación de tomar parte en los concursos u oposiciones, y por tanto, para acogerse, *sine die*, a los beneficios del Decreto, porque siempre resultará que lo regulado por el mismo era una situación de imposibilidad generada por los deberes militares y ausencia de España, por lo que si consta, como efectivamente ocurre, que hubo intervalos de tiempo en que estando abierta la admisión al concurso, aquella situación de imposibilidad no se dió, y el recurrente no tuvo traba alguna, salvo las personalísimas, no por muy respetables menos irrelevantes a los efectos, desaparece por completo la posibilidad de aplicación del Decreto citado.

4.—LOS ADMINISTRADOS Y LA PROVISIÓN DE VACANTES.

En este momento sólo nos hemos de referir a la situación de los administrados respecto de las facultades de la Administración en la provisión de las plazas vacantes de sus plantillas. Las situaciones especiales, como la de excedencia, ascensos, etc., tienen su régimen propio, que otorga en determinados casos un verdadero derecho subjetivo, condicionante objetiva y subjetivamente de la actividad administrativa. Igualmente, son distintas las situaciones y diversa su calificación jurídica ante los actos de la Administración encaminados a desarrollar el procedimiento de pro-

visión, desde la convocatoria al nombramiento del vencedor en la oposición o en el concurso.

Excluidas esas situaciones, los particulares, en consideración a su aptitud, no tienen otro derecho que el de acudir a los concursos y oposiciones una vez convocados y aquellos otros que tienen su nacimiento en la convocatoria y consecuencia de las condiciones de que sean titulares. El interés público se deja en este momento a la exclusiva gestión administrativa. El título de que se encuentran asistidos los particulares no implica un derecho, sino una aptitud para acudir a la oposición o al concurso, cuando se anuncia, y una esperanza de obtener plaza, se dice en la Sentencia de 25 de octubre de 1918, porque la aptitud no da derecho a exigir del Gobierno, en un momento determinado, que acuerde la convocatoria, sino sólo derecho a que, una vez convocada, se admita en ella a la persona con aptitud legal (también Sentencia de 1 de julio de 1933).

El reconocimiento de aptitud legal para participar en determinados concursos es cosa muy distinta del derecho para poder reclamar la provisión de plaza y de forma determinada (Sentencias de 22 de octubre de 1904, 27 de febrero de 1913 y 21 de junio de 1922).

El problema de mayor interés y trascendencia es el relativo a la elección del sistema y turno de provisión de las vacantes y la legitimación para impugnar la Orden de convocatoria cuando se estima que infringe el orden establecido con carácter general.

La jurisprudencia de Agravios se ha mostrado exigente al desconocer en ciertos casos el *interés personal, directo y legítimo* del recurrente para impugnar la Orden de convocatoria (vid. Acuerdos de 1 de diciembre de 1952 y 1 de febrero de 1952, Orden de 28 del mismo mes y «Boletín Oficial del Estado» de 26 de marzo siguiente).

ENRIQUE SERRANO GUIRADO

Prof. Adjunto de la Universidad de Madrid.