

LOS ACTOS DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCION DE FUNCIONARIOS

Por Enrique SERRANO GUIRADO
Prof. Adjunto de Derecho Administrativo

SUMARIO: 1. Régimen de convocatoria.—A) Concepto y contenido.—B) Eficacia de la convocatoria: a) El principio general. La convocatoria es ley del concurso o de la oposición. a') La Administración ha de respetar en la convocatoria las disposiciones legales. b') El respeto a las bases de la convocatoria es obligatorio para la Administración. c') Eficacia de la convocatoria por consentimiento de los interesados.—b) Fundamentos del principio de eficacia de la convocatoria: a') El postulado de equilibrio entre la prerrogativa administrativa y la garantía de los administrados. b') Los límites que señalan las reglas del régimen de provisión de vacantes. c') El ejercicio de la potestad es fuente de derecho para los administrados. d') El respeto debido a la eficacia del vínculo jurídico que se establece entre la Administración y los aspirantes. e') La aplicación del principio de que a nadie le es lícito volver sobre sus propios actos.—C) Examen especial de la eficacia de la convocatoria por consentimiento de los interesados: a) La competencia de la jurisdicción se extiende sólo a la revisión de las cuestiones planteadas y resueltas en vía administrativa. b) El carácter voluntario del acto de aceptación de la convocatoria. c) La sumisión a las bases priva a los que las consienten del derecho a impugnarlas. d) En virtud de la eficacia jurídica de los actos propios que expresan consentimiento. e) El nombramiento efectuado con arreglo a las bases consentidas no puede ser impugnado. f) Los aspirantes que consienten la convocatoria no pueden beneficiarse de la revocación de la misma.—D) Actores posteriores a la convocatoria. Reglas relativas a su eficacia: a) Actos eficaces por acatamiento a las disposiciones vigentes. b) Eficacia de los actos limitados a la subsanación de errores de hecho. c) Eficacia de los actos posteriores por consentimiento de los aspirantes. d) La falta de publicidad de los actos posteriores a la convocatoria les niega la posibilidad de ser eficaces. e) Los derechos adquiridos por los aspirantes no pueden ser desconocidos o gravados por acuerdos posteriores.—E) Interpretación de las bases de la convocatoria. Principios generales.—2. La situación jurídica de los aspirantes con fundamento en la eficacia de la convocatoria: a) Derecho de admisión al concurso u oposición. b) Derecho a la regularidad del procedimiento. c) Derecho a la provisión de las vacantes anunciadas.—3. La naturaleza jurídica de la relación de los aspirantes con la Administración.—4. Los Tribunales o Comisiones Examinadores.—A) Composición.—B) Nombramiento.—C) Recusación.—D) Facultades de los Tribunales examinadores: a) Facultades regladas en cuanto al procedimiento y condiciones legales de los aspirantes. b) Facultades en orden a la calificación de la aptitud profesional. c) El procedimiento y las funciones del Tribunal examinador con referencia especial al sistema de oposición: a') Criterios relativos a la composición y actuación de los Tribunales. b') Criterios relativos a la discrecionalidad técnica de los Tribunales. c') Criterios relativos al régimen de las votaciones de los Tribunales d') La subsanación de las infracciones de la actuación de los Tribunales por consentimiento de los aspirantes. d) Facultades de los Tribunales en los concursos de méritos: a') Concurso de méritos de apreciación discrecional. b') Concursos de méritos preferentes. c') Concursos de méritos valorados reglamentariamente. d') Escala gradual de méritos preferentes. Su eficacia.—5. La

eficacia jurídica de las propuestas de los Tribunales examinadores y las facultades de revisión de la autoridad de nombramiento.—A) El régimen de las propuestas de los Tribunales examinadores: a) Introducción. b) La eficacia de las propuestas unipersonales. c) Propuestas en terna. d) el nombramiento previa propuesta o informe. B) Facultades de la Administración sobre los actos del Tribunal examinador: a) Intangibilidad del fallo pericial formulado por los Tribunales. b) Competencia para revisar el procedimiento de actuación de los Tribunales. c) La eficacia de las propuestas y la potestad de la Administración.

1.—RÉGIMEN DE LA CONVOCATORIA.

A) Concepto y contenido.

La convocatoria de oposiciones y concursos es una invitación que hace la administración a los administrados en quienes concurren determinadas condiciones, para incorporarse profesionalmente al servicio de la función pública, y a la vez, la norma o conjunto de bases por la que se regirán los distintos actos del procedimiento de selección y las cuestiones que puedan plantearse en el desarrollo del mismo.

Cuando la Administración decide la provisión de plazas vacantes en sus cuadros de personal, el primer acto del procedimiento a seguir es el acuerdo de convocatoria. En otro lugar hemos examinado la naturaleza de la potestad de la Administración en orden a la provisión de vacantes y los límites establecidos a la misma, bien por imperio de los preceptos legales y reglamentarios, o bien por propia autolimitación (1). De otra parte, el ejercicio de la potestad, por regla de carácter discrecional, se ha de ajustar a los preceptos o principios propios de los sistemas de oposición o de concurso (vid. Sentencia de 3 de diciembre de 1931).

El acuerdo de convocatoria coincide generalmente con la convocatoria misma cuando se trata de la Administración del Estado, por cuanto se da a conocer con la publicación de aquélla; son actos atribuidos a la competencia de un mismo órgano, cuya decisión se manifiesta al hacerse pública la convocatoria.

Ello no obstante, en algunos casos se desdoblán los dos actos; primero, la Orden ministerial referida exclusivamente al acuerdo de convocatoria

(1) Así, en el Cuerpo de Abogados del Estado se convocan cada dos años, con independencia de las vacantes que se hayan producido (Reglamento de 27 de julio de 1943, art. 93). Para el ingreso en la Escuela Diplomática, se celebrarán todos los años, en el mes de marzo, exámenes de capacidad para cubrir, como mínimo, cinco plazas de alumnos (Decreto de 1.º de febrero de 1945, art. 1.º).

o decisión de proveer determinadas vacantes, y después, el anuncio dispuesto por el órgano directivo subordinado a quien se le reconoce la competencia de ejecutar el primero, en el que se detalla el contenido de la convocatoria. La jurisprudencia ha señalado la unidad que existe entre ambas manifestaciones de la voluntad administrativa. Así el *Acuerdo* de 1.º de julio de 1949 (Agravios, Orden de 10 de octubre y «B. O. del E.» del 22 siguientes) declara que la Orden ministerial y el anuncio de la Dirección General se complementan entre sí y forman unidad, ya que la primera, en lugar de especificar los requisitos que deberán cumplir los aspirantes, utiliza el sistema de remisión al anuncio, como pudiera haberlo a un Reglamento. La misma cualidad de complementaria y adicional había sostenido la *Sentencia* de 7 de febrero de 1921, la cual añadía que en las convocatorias de concursos no es necesario consignar las disposiciones legales aplicables vigentes a la sazón. En el mismo sentido, *Acuerdo* de 24 de mayo de 1950 (Orden de 12 de julio y «R. O. del E.» del 28 del mismo mes y año). Y si en la convocatoria se establece que se ajustará la resolución a lo dispuesto en determinadas disposiciones, éstas constituyen la ley del concurso o de la oposición, de observancia obligada para los que las aceptaron como para la Administración (*Sentencia* de 23 de diciembre de 1946; vid. Agravios *Acuerdo* de 17 de agosto de 1951, Orden de 25 de octubre y «B. O. del E.» de 3 de noviembre siguientes).

En la Administración Local, administración con órganos deliberantes y activos, se distinguen ambos momentos. En primer lugar, se adopta el acuerdo de provisión (por la Comisión Permanente, por el Pleno), y después, se ejecuta el mismo mediante el acto de publicación de la convocatoria por el órgano activo correspondiente.

La deliberación o acuerdo de proceder a la provisión de vacantes y el acto de convocatoria se presentan, sin embargo, con diversa función jurídica. La primera resuelve sobre la provisión que se pretende; la convocatoria aparece como una comunicación pública de dicho acuerdo, como acto sucesivo de carácter necesario, dirigido al exterior, como dice ZANOBINI, y que, según hemos señalado, tiene por objeto hacer un llamamiento a los administrados interesados en la provisión, ofreciéndoles inmediatamente la posibilidad de tomar parte en la oposición o concurso y de concretar la voluntad de la Administración.

La distinción revela su importancia a los efectos de calificación de la

legalidad de la provisión acordada. La deliberación que acuerda la provisión ha de estimarse como la fuente principal normativa de la convocatoria, a la que, por regla general, ha de atribuirse una finalidad ejecutiva de aquélla y cuya relevancia jurídica es distinta, según los términos del acuerdo, según la precisión y la concesión de facultades, que pueden limitarse al simple acto del anuncio o constituir una verdadera delegación, que da lugar a que se califiquen las bases de la convocatoria como el reglamento de la oposición o del concurso (así D'ALESSIO), y que sirve también de explicación a la reiteradísima doctrina de nuestro más Alto Tribunal.

Al propio tiempo, el carácter sucesivo, subordinado jurídicamente, que tiene la convocatoria, determina su obligada sumisión a las nuevas disciplinas legislativas, incluso contra los límites señalados por el acuerdo de provisión.

Es norma común que las convocatorias se den a conocer en el órgano publicitario oficial del Estado, con el doble fin de que su divulgación permita conocer el acuerdo de provisión a los administrados legalmente capaces y por una exigencia del interés público, que demanda la mayor concurrencia de aspirantes para que la selección se opere siempre en favor de los más idóneos, y por tanto en beneficio de la función pública. Si se trata de provisión de vacantes de la Administración Local, es lógico que el anuncio se inserte también en el periódico oficial de la provincia (2).

La publicidad es requisito esencial de la convocatoria por exigencia de los principios y de los fines del procedimiento de selección de funcionarios profesionales. Por ello, se declara en *Sentencia* de 31 de mayo de 1935 que ha de estimarse única convocatoria, auténtica, eficaz y originaria de derechos dimanantes del concurso, la que obtuvo la publicidad preceptiva y reglamentaria.

En la convocatoria se dan a conocer el número de plazas a cubrir y su categoría administrativa. El Decreto de 13 de mayo de 1948 dis-

(2) Por ejemplo, las bases fijadas para la celebración de un concurso, debidamente publicadas por anuncios en el «B. O.» de la provincia y por nadie ni en tiempo y modo alguno válida y hábilmente impugnadas, son leyes del concurso, a que vienen sometidos los concursantes y la Administración, y con arreglo a las cuales, como ley, ha de fallarse (*Sentencia* de 30 de enero de 1932).

pone que el número de plazas señalado en la convocatoria no podrá ser ampliado, cualquiera que sea el fundamento que se alegue (3).

La convocatoria, que es ley del concurso y de la oposición, fija las condiciones de capacidad legal que han de reunir los aspirantes que acudan a su llamamiento. Asimismo especifica los documentos que se consideran probatorios de dicha capacidad, la dependencia en la que han de presentarse y el plazo que se concede a tal efecto.

En las convocatorias deben especificarse la categoría de las vacantes y los derechos y deberes derivados de la titularidad de los respectivos cargos o categorías administrativas.

La provisión de las vacantes determina la aplicación de alguno de los sistemas de selección establecidos en las disposiciones legales y reglamentarias, o elegidos por la Administración, que la convocatoria debe especificar. Convocado el concurso o la oposición, se establece, por lo general, un plazo mínimo a partir del cual se podrán verificar con eficacia legal las pruebas de aptitud (4).

Si se trata del sistema de concurso, la convocatoria regula, si procede, el orden de méritos que se tendrá en cuenta para la calificación, y las condiciones que han de concurrir en los mismos para que puedan ser estimados. En la oposición se fijan los programas que han de regir la práctica de los ejercicios, así como el número y orden de éstos, su carácter de eliminatorios o no, de escritos, orales, prácticos, forma de puntuación y fecha y lugar en que han de realizarse.

Por una razón de equidad y también por conveniencia práctica de la preparación de los expedientes, se ha establecido la práctica de un sorteo para determinar el orden de actuación de los aspirantes, cuyas características se detallan en la convocatoria, salvando así la sensible

(3) Más adelante nos ocupamos de las reglas relativas al régimen de ampliación de plazas.

Y no es vicio sustancial la omisión de la inserción de la convocatoria en el *Boletín Oficial* de la provincia, cuando sí lo fue en la «Gaceta» («B. O. del E.», que es el requisito principal (?), se declaró en la Sentencia de 23 de enero de 1935.

(4) En el Cuerpo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos exige el Reglamento que la convocatoria sea publicada, cuando menos, con tres meses de antelación a la fecha en que tengan lugar los ejercicios (Reglamento de 23 de febrero de 1943). La Orden de 6 de marzo de 1942 disponía que cuando los Organismos a que se refiere la Ley de 25 de agosto de 1939 convocaran los concursos y oposiciones para ingreso en las diferentes plantillas, se estableciera, por lo menos, un plazo de tres meses entre la fecha de la publicación de la convocatoria y la del comienzo de las pruebas, que podrá reducirse a un mes cuando se trata de personal subalterno.

diferencia que para la preparación de las oposiciones de numerosa concurrencia podría tener el número de presentación de la solicitud, la inicial del primer apellido, etc.

La Administración, que tiene que hacer dispendios para la práctica de los sistemas de selección de los aspirantes a cargos públicos (dietas de los jueces, formación de expediente, etc.), provee a ellos, en cierta medida, con la cuota de inscripción que se exige a los participantes. Su cuantía, lugar de depósito y condición de reintegrable o no a los excluidos de las listas de opositores se comprenden también en el contenido de la convocatoria (5). Sin embargo, tanto la fijación de derechos de examen como el plazo mínimo de anticipación en que debe hacerse la convocatoria, han sido considerados por la jurisprudencia como cuestiones que carecen de importancia necesaria para la nulidad del anuncio de la oposición y de la misma oposición celebrada, pues los acuerdos justos lícitos y legales nunca deben anularse por defectos de tramitación que carezcan de importancia (*Sentencia de 3 de octubre de 1931*).

Finalmente, forma parte del contenido de la convocatoria la designación genérica de la Comisión o Tribunal que ha de juzgar los méritos del concurso o los ejercicios de la oposición, respectivamente, y por una Orden posterior se designan nominalmente las personas que los integrarán.

B) *Eficacia de la convocatoria.*

a) *El principio general. La convocatoria es ley del concurso o de la oposición.*

En el régimen de provisión de vacantes corresponde estudiar los principios generales de nuestro Derecho, de conformidad con las disposiciones en vigor y la doctrina sostenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de Agravios. Las reglas del mismo inciden directamente en el régimen de las convocatorias, y hasta cierto punto, condicionan la validez y la eficacia de las mismas, por afectar al propio

(5) En las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado, cuota fija, que será devuelta a los excluidos de la relación de opositores, siempre que lo soliciten dentro de un plazo determinado (Reglamento de 27 de julio de 1943). En las de Letrados del Ministerio de Justicia, la cuota de inscripción se fijará en cada convocatoria, y será devuelta en las condiciones señaladas en el caso anterior (Reglamento de 12 de diciembre de 1947).

acuerdo de provisión de vacantes, como a las condiciones o bases mediante las que ha de llevarse a efecto.

En esta ocasión interesa el examen del principio general proclamado por la jurisprudencia, a cuyo tenor la convocatoria es ley del concurso o de la oposición. Igualmente, el ámbito de eficacia del principio y los límites que se establecen al mismo en la doctrina contenida en las decisiones del Tribunal Supremo y de la jurisdicción de Agravios.

El Tribunal Supremo ha consagrado como axioma en materia de oposiciones y concursos de funcionarios, a través de una doctrina reiterada y constante, el principio de que la convocatoria constituye su ley privativa, a la que quedan sometidos tanto la Administración como los particulares que acuden a su llamamiento, y a cuyo tenor se han de resolver todas las cuestiones y se han de realizar, en su caso, los nombramientos de los vencedores.

La ley de los concursos y oposiciones es el conjunto de normas establecidas o contenidas en la convocatoria, proclama la *Sentencia* de 13 de mayo de 1940. En numerosísimas decisiones se repite una de estas fórmulas: *las bases de la convocatoria para la provisión de vacantes por concurso u oposición constituyen su ley, a las que quedan sometidos los concurrentes, como la propia Administración* (6), y en otra más comprensiva del ámbito de eficacia, que *merced a la insistencia e inmutabilidad de la doctrina jurisprudencial sobre la materia, debe otorgarse categoría de axiomática, dentro de la técnica de lo contencioso-administrativo, a la afirmación de que las bases de la convocatoria constituyen la ley de los concursos, a la que inexorablemente quedan sujetos los que acuden a tomar parte en ellos, de tal suerte que quienes no formularen oposición a aquéllas quedan privados de todo derecho de impugnar las consecuentes designaciones, caso de ajustarse a tales bases* (7).

(6) Sentencias de 9 de junio de 1948, 8 y 28 de marzo, 8 de mayo y 9 de julio de 1947, 25 de febrero, 1 y 21 de marzo, 27 de mayo, 2 de julio, 2 y 10 de octubre, 5 y 23 de diciembre de 1946, 23 de marzo, 11 de junio, 5 de julio, 29 de noviembre y 27 de diciembre de 1945, 30 de octubre de 1944, 26 de enero y 11 de marzo de 1943, 12 de febrero de 1941, 16 de marzo, 6 y 23 de abril, 27 de mayo y 27 de diciembre de 1940, 17 de octubre y 4 de diciembre de 1939, 31 de enero, 12 de marzo, 23 y 28 de abril y 4 de junio de 1936, 8 de marzo de 1933, 11 de diciembre de 1930, 28 de febrero y 4 de marzo de 1917, 21 de junio de 1910, etc.

(7) Sentencias de 17 de marzo y 12 de junio de 1949, 29 de octubre, 6 y 16 de diciembre de 1946, 3 de junio de 1942, 28 de abril y 10 de junio de 1936, 27 de abril de 1935, y 3 de febrero, 6 y 11 de marzo de 1931, 25 de febrero, 11 de junio, 17 y

La convocatoria, como ley del concurso, es *inexorable* (*Sentencia* de 20 de enero de 1949; en *Agravios*, *Acuerdo* de 19 de octubre 1951, *Orden* de 10 de noviembre y «B. O. del E.» del 21) y de *inflexible observancia* (*Sentencia* de 9 de noviembre de 1932).

Esta declaración general ha de delimitarse más concretamente conforme a la doctrina jurisprudencial que, con fines correctivos, permite una más exacta comprensión del alcance y eficacia del principio. La fijación de límites es de la máxima trascendencia, en especial por lo que se refiere a su fuerza obligatoria, tanto respecto de los sujetos directamente interesados, como de la jurisdicción llamada a conocer y resolver las cuestiones que puedan plantearse en el desarrollo de los distintos actos del procedimiento de selección de funcionarios, desde el acuerdo de convocatoria hasta el acto del nombramiento. La convocatoria aparece así como fuente primaria de nuevas situaciones jurídicas.

La doctrina sostenida por el Tribunal Supremo que con fines delimitadores establece las condiciones de validez y de eficacia de la convocatoria, puede concretarse en las siguientes reglas.

a') *La Administración ha de respetar en la convocatoria las disposiciones vigentes.*

La Administración ha de atenerse primordialmente, al fijar las bases de las convocatorias, a las reglas jurídicas vigentes a la sazón, para cuyo desconocimiento carece de potestad (*Sentencias* de 2 de junio 1946 y 9 de febrero de 1924); y si la tuviera, se convierte en reglada por la convocatoria (*Sentencias* de 7 de marzo y 20 de abril de 1936), no sólo en su parte formal, sino también en la sustantiva (*Sentencia* de 21 de junio de 1933).

En la *Sentencia* de 16 de junio de 1950 se determina el rango jurídico de las convocatorias, al declarar que «es constante y reiterada la doctrina jurisprudencial sobre concursos, en el sentido de que la convocatoria y sus bases constituyen la ley a que deben sujetarse quienes toman parte en ellos, e incluso el Tribunal que los resuelve, *pero sin olvidar el acatamiento a las normas legales de rango superior, e incluso a los Reglamentos generales y más aún a los particulares de las Corporaciones (municipales)*».

21 de octubre y 30 de noviembre de 1930, 13 de febrero de 1912, 22 de abril de 1908, por ejemplo.

En la de 10 de octubre de 1949 se señalan los límites, en cuanto toda convocatoria ha de entenderse sometida al imperio de las normas legales que sean de aplicación a la provisión de las vacantes a que aquélla afecte. En dicha decisión se proclama que «no puede tal doctrina (la convocatoria del concurso), entenderse de modo absoluto, sin distinción alguna, ya que sólo será ella aplicable rectamente cuando en la convocatoria hubiera observado la Administración los preceptos legales o reglamentarios aplicables a la misma, *pues si el anuncio infringiera*, por el contrario, *alguna de las normas preestablecidas para el caso, surge entonces la necesidad de decidir de oficio ejerciendo la función revisora de los actos administrativos, características de esta jurisdicción, si dada la trascendencia que aquella infracción tuvo en el desarrollo del concurso, adolece éste de nulidad y procede repetir la convocatoria* (vid. también las de 23 de febrero de 1949 y 12 de noviembre de 1935) (8).

Esta recta, verdadera y sana doctrina, por cuanto es garantía para el interés público y para los que responden al llamamiento de la convocatoria, confiados en la legalidad de la misma, quiebra en alguna ocasión en que el propio Tribunal ha interpretado demasiado latamente el principio de que la convocatoria es la ley del concurso (como se desliza en uno de los considerandos de la *Sentencia* de 25 de marzo de 1935), y sobre todo, por otro principio también consagrado por la jurisprudencia, en cuya virtud la convocatoria resulta eficaz e inatacable por el consentimiento inicialmente otorgado por los aspirantes, que después se estudia.

La consecuencia que se deriva de esta jurisprudencia es que son nulas e ineficaces las convocatorias acordadas con infracción de las disposiciones vigentes y de los principios propios del régimen de provisión de vacantes.

Al estudiar en el número anterior de esta REVISTA el régimen de provisión de vacantes, se señalaron los límites generales y especiales que han de ser respetados por la Administración. Dichos principios sirven de guía y norma para la calificación de la legalidad de la convocatoria. Ello no obstante, y a modo de recordatorio, pueden citarse a este propósito algunas decisiones.

(8) En otra ocasión, no obstante la ilegalidad de las bases de la convocatoria, el Tribunal Supremo declaró que aquéllas (las bases), *por sí solas eran lo bastante para obligar a la Administración* a su más exacto cumplimiento, por constituir la ley del concurso (*Sentencia* de 25 de marzo de 1935).

Así, en *Sentencias* de 23 de febrero y 10 de octubre de 1949 y 16 de junio de 1950, se declaran nulos los acuerdos de provisión de vacantes y las correspondientes convocatorias, cuando en ellos se infringen los Reglamentos vigentes sobre sistemas de provisión y condiciones que han de concurrir para realizarse.

Carece de eficacia la convocatoria de provisión de vacantes por el turno que no correspondía (*Sentencia* de 31 de mayo de 1935).

La nulidad del nombramiento de uno de los concursantes por mandato del Tribunal implica la procedencia de que se resuelva de nuevo el mismo concurso, cuando otros aspirantes reúnen las condiciones preceptivas, y por ello, es improcedente, sin valor ni efecto alguno, el nuevo concurso que se acordó abrir y la correspondiente convocatoria (*Sentencia* de 19 de noviembre de 1926).

Las convocatorias acordadas por Administración incompetente, aunque interesada en la provisión de las vacantes, no producen efecto (*Sentencia* de 2 de junio de 1930).

Es viciosa la convocatoria que, al particularizar tanto las condiciones, hace ilusorias las garantías de la inmensa mayoría de los aspirantes. (*Sentencia* de 26 de junio de 1934), y sobre todo, cuando los preceptos reglamentarios señalan límites a las facultades de la Administración y establecen las condiciones generales de los que pretendan concurrir.

Son nulas las convocatorias que, infringiendo las disposiciones legales, hacen omisión del derecho de los que tienen aptitud reconocida por éstas para la provisión de determinadas plazas, en virtud de los títulos que poseen (*Sentencia* de 6 de enero de 1936).

Está viciada de nulidad, y por consiguiente no puede producir sus efectos ordinarios, la convocatoria que infringe la Ley y el Reglamento de aplicación, al no estimar preferentes los méritos que los mismos exigen y califican, como por atribuir tales condiciones a los no reconocidos por aquéllas (*Sentencia* de 13 de mayo de 1940) (9).

(9) Por el contrario, se declara que no constituye vicio esencial la omisión de la inserción de la convocatoria en el «B. O.» de la provincia cuando sí lo fué en el del Estado, que es requisito básico (*Sentencia* de 23 de enero de 1935), y en la de 30 de octubre de 1930, que no está viciada la convocatoria porque un mes antes se había cubierto interinamente la plaza anunciada, sin publicarse en periódico oficial alguno, y sin notificación a los concursantes, porque no existe disposición que exija tales requisitos y porque los recurrentes no gozan en dicho momento de la cualidad de aspirantes.

b') *El respeto a las bases de la convocatoria es obligatorio para la Administración.*

Es principio proclamado constantemente por la jurisprudencia, que se repite en la casi totalidad de las resoluciones de los recursos promovidos en materia de concursos y oposiciones (10).

La Administración, al señalar libremente los términos de un concurso, una vez que los aprueba y *publica*, a ellos tiene que someterse necesariamente para resolver (*Sentencia* de 13 de mayo de 1935).

Las bases de la convocatoria publicada constituyen una convención obligatoria y vinculante para la Administración, que no puede desconocer ni desposeer a los concursantes de los derechos adquiridos por virtud de acuerdos posteriores que así resultan ilegales (*Sentencias* de 9 de febrero de 1924 y 15 de febrero de 1916).

c') *Eficacia de la convocatoria por consentimiento de los interesados.*

Este principio es quizás el más importante y el más peligroso para el interés público y para el de cuantos gozan de capacidad legal para aspirar a empleos o cargos profesionales de las plantillas de la Administración. Sin perjuicio de examen especial, veamos ahora el alcance que se otorga en la doctrina jurisprudencial al consentimiento de la convocatoria por los interesados. En las declaraciones del Tribunal Supremo y de la jurisdicción de Agravios predominan las reglas siguientes:

I) *La falta de impugnación de la convocatoria en el momento oportuno determina la carencia de acción y de derecho para acudir ante la jurisdicción revisora competente.*—La declaración de esta regla se contiene, por ejemplo, en las *Sentencias* de 31 de marzo, 26 de abril y 8 de mayo de 1947, 6 de marzo y 11 de octubre de 1933, 9 de noviembre de 1932, 4 de julio de 1930, 27 de marzo, 26 de abril y 28 de junio de 1929, 31 de enero de 1920, 21 de noviembre de 1914, 10 de abril y 10 de junio de 1911 y 5 de noviembre de 1907.

II) *El que consiente la convocatoria no puede después impugnarla.* (*Sentencias* de 11 de octubre de 1933 y 17 de febrero de 1909), *ni pretender su modificación* (*Sentencia* de 29 de octubre de 1946).

(10) Por ejemplo, *Sentencias* de 15 de marzo de 1949, 25 de mayo de 1946, 30 de enero de 1932, 17 de enero de 1931, etc.

III) *El consentimiento de la convocatoria impide que pueda posteriormente impugnarse alegando que infringe disposiciones legales.* (Sentencias de 9 noviembre de 1932, de 31 de enero y 19 de febrero de 1920 y 28 de febrero de 1917); *ni tampoco por la alegación de vicios de nulidad* (Sentencias de 6 de enero de 1933, 27 de marzo, 26 de abril y 28 de junio de 1929, 24 de noviembre de 1914, 10 de abril y 5 de noviembre de 1911; *o de que fuera nula en su origen* (Sentencias de 6 de marzo de 1933, 4 de julio de 1930, 27 de marzo, 26 de abril y 28 de junio de 1929, 24 de noviembre de 1914, 10 de abril de 1911, 9 de marzo y 5 de noviembre de 1907). La misma doctrina, si la convocatoria consentida prescindió de requisitos obligatorios (Sentencia de 29 de enero de 1949).

IV) *El aspirante que responde al llamamiento de la convocatoria sin impugnarla, ni reserva eficaz de hacerlo, consiente sus bases.* (Sentencias de 8 de mayo de 1942, 20 de febrero de 1936, 11 de julio de 1930 y 9 de marzo de 1920).

V) *La resolución final del concurso u oposición de acuerdo con la convocatoria consentida es inatacable.* (Sentencias de 11 y 29 de enero de 1949, 8 de mayo de 1947, 4 de diciembre de 1939, 6 de enero de 1933, 9 de noviembre de 1932, 28 de junio de 1829, 24 de noviembre de 1914, 10 de julio de 1911 y 5 de noviembre de 1907; en Agravios, Acuerdo de 13 de abril de 1951 —Orden de 12 de mayo y «B. O. del E.» del 25—, 14 de julio de 1950 —Orden de 21 de diciembre de 1950 y «B. O. del E.» de 6 de enero de 1951— y 24 de marzo de 1950 —Orden de 13 de septiembre y «B. O. del E.» del 17).

VI) *Los que consienten la convocatoria no pueden beneficiarse de los efectos de su revocación en vía contenciosa* (Sentencia de 8 de noviembre de 1950, 25 de febrero y 1.º de marzo de 1946).

b) *Fundamentos del principio de eficacia de la convocatoria.*

Esta doctrina se declara por las jurisdicciones de lo contencioso-administrativo y de agravios, en una serie de reglas o principios.

a') *El postulado de equilibrio entre la prerrogativa administrativa y la garantía de los administrados.*

En tal sentido, la Sentencia de 5 de febrero de 1916 declara el deseo de conciliar sobre principios fijos el libre ejercicio de la potestad

reglamentaria de la Administración con el respeto al derecho del que acudiendo a su llamamiento es admitido a la prestación de un servicio o al desempeño de un cargo público.

Hay que hacer notar, sin embargo, que el interés del servicio, fundamento de la prerrogativa y de sus límites, puede justificar o determinar la incorporación de nuevas bases o modificaciones en las de la convocatoria. Interpretado con rigidez el principio de que la convocatoria es ley del concurso, puede resultar evidente perjuicio para la función pública de mantenerse en sus términos una convocatoria no conveniente o no compatible con las exigencias de aquélla. De otra parte, ha de tenerse en cuenta que el régimen de los funcionarios públicos está constituido ordinariamente por normas legales y normas reglamentarias, y que una modificación de aquéllas puede imponer o aconsejar el cambio de éstas, con sus repercusiones sobre las convocatorias en curso, pero siempre, claro está, que las de carácter reglamentario tengan justificación legal bastante. Por ello se declara en alguna decisión que los derechos reconocidos en la convocatoria al vencedor en la prueba de la oposición o en el concurso sólo pueden ejercerse respecto a la Administración y por actos dependientes de su voluntad, pero carecen de eficacia, es decir, se extinguen cuando dependen de la Ley (*Sentencia* de 27 de junio de 1949).

El fin de equilibrio entre prerrogativa y garantía, técnica y valientemente utilizado, puede servir de modo eficaz para corregir todo extremismo en la aplicación del principio según el cual la convocatoria es ley del concurso.

b') *Los límites que señalan las reglas del régimen de provisión de vacantes.*

La determinación del régimen de concursos y oposiciones no constituye materia discrecional, dice la *Sentencia* de 4 de junio de 1918, porque las prescripciones que establecen las Leyes y Reglamentos, para su apertura y condiciones especiales de los mismos, son un límite a la actividad administrativa, *cuando menos* en esas propias condiciones, debiendo la Administración sujetarse y atenerse a tales normas (11).

(11) Vid. el núm. 7 de esta Revista nuestro trabajo *El régimen de provisión de empleos públicos*.

c') *El ejercicio de la potestad discrecional es fuente de derecho para los administrados.*

El Tribunal Supremo aplica a la materia de concursos y oposiciones la doctrina general de la jurisprudencia según la cual han de respetarse los derechos nacidos del ejercicio de la potestad discrecional de la Administración (vid., por ejemplo, *Sentencias* de 8 de junio de 1942, 22 de abril de 1940, 21 de marzo y 16 de abril de 1936 y 29 de marzo de 1934), además de los límites generales impuestos a la actividad administrativa por muy amplias y discrecionales que sean las facultades otorgadas para su desarrollo (12).

Por ello, se sostiene que la Administración no goza de facultades discrecionales para variar las normas de la convocatoria, que, fijadas por ella, son fuente de derecho para el particular; de aceptarse la tesis contraria, de que no es facultad reglada, sería manifiesta la inestabilidad de los derechos de índole administrativa al quedar su eficacia pendiente de su voluntad exclusiva, con la posibilidad de desconocer en cualquier momento aquellos derechos (*Sentencias* de 10 de octubre de 1948, 6 de diciembre de 1946, 16 de abril de 1936, 12 de marzo, 13 de mayo y 13 de julio de 1935 y 16 de abril de 1916).

d') *El respeto debido a la eficacia del vínculo jurídico que se establece entre la Administración y los aspirantes.*

Esta doctrina se contiene, entre otras, en las *Sentencias* de 10 de octubre de 1948, 27 de mayo de 1946, 8 y 9 de mayo y 3 de junio de 1942, 12 de marzo, 13 de mayo y 13 de julio de 1933, 21 de junio de 1933 y 11 de noviembre de 1919.

La regla se aplica también en los casos en que la Administración, si bien puede señalar libremente los términos del concurso, una vez que los aprueba y publica, a ellos tiene necesariamente que someterse, tanto en la tramitación como en la resolución (*Sentencias* de 13 de mayo de 1935, 30 de enero y 5 de diciembre de 1934, 31 de diciembre de 1931 y 17 de febrero de 1917).

(12) Como sin duda podrían obtenerse de un detenido examen de las facultades de la Administración en materia de organización de servicios, por cuanto pudiera afectar a los derechos de los funcionarios.

A este propósito, es interesante recoger las observaciones formuladas por BIELSA. El régimen del concurso-oposición, dice, contribuye a definir el carácter contractual de la relación del funcionario con la Administración. En las bases del concurso predomina el criterio técnico de la Administración pública, pero una vez establecido, se opera una *auto-limitación* de la potestad discrecional de la Administración, y, siendo objeto del concurso probar la idoneidad de los aspirantes, puede la Administración variar las condiciones antes de las pruebas, pero dentro de ciertos límites:

I) *No puede alterar el régimen legal del Estatuto de funcionarios*; y
 II) *Debe fundarse en exigencias del servicio público*. Esta posibilidad legal se justifica porque en los contratos de derecho público la Administración regla *totalmente* el contenido de la *obligación* del funcionario, y si después del nombramiento puede modificar los términos de la relación jurídica (sueldo, horario, etc.), con mayor motivo podrá hacerlo antes en el concurso. Además, señala, la llamada a concurso es una *declaración unilateral* de la Administración de que, estando vacantes tales empleos, quienes deseen ocuparlos deben manifestarlo en la forma y cumplir los requisitos que se establecen en la convocatoria, la que no es siquiera una *oferta ad incertam personam*. Por ello, ningún derecho pueden aducir los candidatos para trabar la potestad de la Administración; el empleo no es un negocio para los particulares, sino satisfacción del interés público. El concurso tiene por fin exclusivo llamar a los aptos y probar su idoneidad (13).

Es, pues, el servicio público el que ha de utilizarse, como dice GARRIDO FALLA, de *standard* de interpretación, de índice determinante de la legalidad de la actividad administrativa. Más adelante, al estudiar los actos posteriores a la convocatoria, veremos cuál es la doctrina que sostiene la jurisprudencia y la calificación jurídica del acto de convocatoria.

(13) *Derecho Administrativo*, 4.ª ed., t. II, Buenos Aires, 1947, págs. 165 a 167. Las afirmaciones de BIELSA no todas son admisibles plenamente. Una cosa es que la Administración pública, en cumplimiento de disposiciones legales, en los límites establecidos por el interés público y el Estatuto de los Funcionarios, y en garantía del fin esencial de los procedimientos de selección de personal, puede introducir modificaciones en su oferta, y otra, que, en su papel de juez del interés público desborde los cauces de las naturales garantías para el mismo y para los aspirantes.

e') *La aplicación del principio de que a nadie le es lícito volver sobre sus actos propios.*

La doctrina de los actos propios, aún no sistematizada en nuestro Derecho administrativo, entraña ciertamente una serie de beneficios en orden a la estabilidad y seguridad en el desarrollo de las relaciones jurídicas, pero es evidente que también encierra peligros, sobre todo en el vastísimo campo sobre el que incide la acción administrativa. Lo difícil en esta materia, como en la del silencio a falta de disposición expresa, es el catalogar, desde el punto de vista de su eficacia jurídica, qué actos del particular, positivos o negativos, expresos o no, o de la Administración, tienen virtualidad bastante para obligar al sujeto de que emanan, y en nuestro caso, el hecho de que convocatoria ilegal no se impugne inicialmente, origine toda privación de derecho a combatirla en vía contenciosa, incluso que se prive al sujeto que la consintió de los beneficios derivados de la impugnación por un tercero, parece excesivo, en términos generales. Es cierto que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para revisar de oficio la regularidad del procedimiento y de la competencia actuada por la Administración puede servir al menos de correctivo y de directiva a la Administración activa; pero aun así, dada la limitación subjetiva de los efectos de la decisión, la garantía del administrado no es todo lo eficaz que debiera, pensando especialmente en las repercusiones que habría de tener en el ejercicio de la prerrogativa administrativa.

La doctrina de los actos propios constituye también una regla en favor de la inmutabilidad de la convocatoria. Así lo declaran, por ejemplo, las Sentencias de 15 de marzo de 1949, 24 de octubre de 1947, 8 de mayo de 1942, 4 de junio de 1936, 25 de marzo de 1935, 9 de marzo de 1933, 9 de noviembre de 1932, 17 de enero y 24 de junio de 1930, 21 de diciembre de 1922, 9 de marzo de 1920 y 11 de noviembre de 1919; en Agravios, *Acuerdo* de 24 de marzo de 1950, Orden de 25 de mayo y «B. O. del E.» de 5 de junio siguientes (todas en materia de funcionarios).

La Administración, señala la *Sentencia* de 28 de octubre de 1921 (referente a concurso de funcionarios), es la primera obligada a no ir contra sus propios actos y a observar los preceptos que previamente dictó por constituir una norma de ineludible cumplimiento por parte de quien voluntariamente se las impuso; y porque faltar a estas reglas, además

de pugnar con el buen sentido y la equidad, sería infringir los preceptos legales y reglamentarios preexistentes, con grave detrimento de la justicia y de los derechos de los interesados, que lo tenían perfecto a ver cumplidos los anteriores acuerdos reguladores de los nombramientos, y al faltarse a ellos, evidentemente se quebranta el derecho preestablecido en favor del solicitante de un empleo, que, según las normas aplicables, reúne condiciones de preferencia (en el mismo sentido, la *Sentencia* de 29 de octubre de 1915).

Del conjunto de las reglas señaladas, y teniendo en cuenta las observaciones que se han hecho, puede afirmarse que el régimen de *estatuto*, en progresiva consolidación, inicia su influencia y eficacia desde el mismo momento en que se acuerda la convocatoria de provisión de vacantes, condicionando las facultades de la Administración y el contenido de las bases de *aquella*.

C) *Examen especial de la eficacia de la convocatoria por consentimiento de los interesados* (14).

Los fundamentos en que el Tribunal Supremo y la jurisdicción de agravios apoyan su doctrina sobre la eficacia de la convocatoria se desvanecen como garantía de legalidad en la acción administrativa, cuando, no obstante sus defectos esenciales o accidentales, se le otorga eficacia por aplicación de otro principio jurisprudencial que nosotros concretamos en la frase: eficacia de la convocatoria por consentimiento de los particulares interesados.

Es una de las consecuencias más onerosas de la aplicación del principio jurisprudencial según el cual las bases de la convocatoria de la oposición o del concurso constituyen su ley, a la que ineludiblemente han de someterse tanto la Administración como los que acuden a su llamamiento.

Efectivamente, si la seguridad jurídica y el funcionamiento ordinario

(14) La misma doctrina mantiene la jurisprudencia cuando la convocatoria emanada de la Administración Central se refiere a la provisión de vacantes de la Administración local, en los casos en que las disposiciones legales reservan a las Entidades locales el derecho de señalar determinadas condiciones, no respetadas después en el anuncio de convocatoria, la sumisión de las Corporaciones a las bases anunciadas les obliga después a que la resolución se ajuste a las bases de la convocatoria. Así lo declaran, entre otras, las *Sentencias* de 20 de septiembre de 1939, 26 de marzo de 1936 y 5 de diciembre de 1934 (vid. *Sentencia* de 2 de diciembre de 1948).

de los servicios administrativos exigen, de una parte, la eficacia permanente de los actos de la Administración, y de otra, la estabilidad de los funcionarios incorporados en virtud del nombramiento ajustado a las bases de la convocatoria, no son extraños a los mismos fines el interés público por la legalidad de la acción administrativa y el interés público concorde con el de los particulares de que la selección se ajuste siempre a los textos legales que corresponda aplicar, acordados precisamente, en garantía del más capaz, en evitación de arbitrariedades, en defensa del principio de igualdad de todos ante la ley y en recompensa de los méritos de que sean titulares.

En la mayoría de los casos, y sobre todo cuando se trate de ingreso al servicio de la Administración, los aspirantes desconocen los pormenores de la legislación aplicable y no pueden, pues, impugnar una convocatoria por ilegal cuando aquel desconocimiento no le permite obtener semejante conclusión. Ciertamente que el principio de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, como aquel otro de que los derechos, para ejercerse válidamente, han de someterse a las disposiciones que los reconocen o establecen, puede ser un obstáculo para sugerir una flexibilidad en la doctrina legal que más adelante exponemos. Ahora bien, teniendo en cuenta los intereses a que hemos hecho mención, bien podría fundamentarse otra tesis, si no contraria a la que se viene sosteniendo, sí que ofreciera mayores garantías a cuantos con aptitud legal acuden a los distintos concursos y oposiciones, cual sería el establecer algunas condiciones particulares de impugnación que desvirtuaran la rigidez de la «ley del concurso por consentimiento».

En el trabajo de VILLAR PALASI sobre el *acto confirmativo* que se publica en este mismo volumen se analizan los fundamentos, la naturaleza y las consecuencias jurídicas del mismo. Su sustantividad y diferenciación de figuras jurídicas afines (confirmación, convalidación, aquiescencia, sanación, ratificación, etc.), y los problemas que el acto confirmativo y el acto propio de consentimiento plantean desde el punto de vista de la justicia, del interés y de la seguridad jurídica (vid. la copiosa jurisprudencia y las referencias bibliográficas que en el citado estudio se recogen).

La jurisprudencia sostiene la eficacia de la convocatoria por consentimiento de los interesados, a tenor de la doctrina que a continuación exponemos:

a) *La competencia de la jurisdicción se extiende sólo a la revisión de las cuestiones planteadas y resueltas en vía administrativa.*

El Tribunal Supremo aplica al régimen de la convocatoria de oposiciones y concursos de funcionarios la doctrina común y constante de que la jurisdicción de lo contencioso, por su naturaleza revisora, sólo se extiende al conocimiento de las cuestiones planteadas y resueltas en vía administrativa. En antiguas decisiones sostenía además que no existe acción pública que habilite para acudir a la jurisdicción (vid. *Sentencias* de 6 de noviembre de 1907 y 3 de marzo de 1907), y en alguna otra se declara incompetente por exigencias de su naturaleza revisora y porque el recurrente no había alegado en la demanda los vicios o infracciones de la convocatoria (vid. *Sentencia* de 8 de marzo de 1930), aunque otras veces, por su competencia para revisar el procedimiento en todo caso, procediera de oficio a declarar la legalidad o no del acto administrativo de convocatoria (vid. *Sentencia* de 12 de febrero de 1941).

La jurisdicción contencioso-administrativa tiene naturaleza revisora, y no puede, por tanto, entrar a conocer de aquellas cuestiones que no han sido planteadas en vía administrativa (*Sentencias* de 22 de enero y 3 de marzo de 1930, referentes a funcionarios).

b) *El carácter voluntario del acto de aceptación de la convocatoria.*

Las disposiciones bajo las cuales se hace una convocatoria constituyen su ley, a la que deben sujetarse los aspirantes al cargo de cuya provisión se trata, ya que libremente pueden o no aceptarlas, por lo que, verificados los ejercicios, no puede admitirse discusión alguna sobre la fuerza legal y valor de las disposiciones a cuyo amparo se efectuaron y de cuya aplicación no se interpuso recurso ni se hizo protesta de ningún género (*Sentencia* de 10 de julio de 1911), incluso en el supuesto de duda sobre la eficacia de las mismas, sometidas más tarde a revisión por la propia Administración (*Sentencia* de 27 de enero de 1922), ni aun alegando supuestas infracciones legales cometidas en la convocatoria (*Sentencias* de 28 de febrero de 1918, 9 de noviembre de 1932 y 2 de marzo de 1934).

Las bases no impugnadas obligan como si fueran su ley (*Sentencias* de 17 de enero de 1931 y 28 de septiembre de 1935), al aceptarlas voluntariamente (*Sentencia* de 10 de mayo de 1934).

c) *La sumisión a las bases priva a los que las consienten del derecho a impugnarlas.*

La sumisión a las bases priva a los que las consienten del derecho a impugnarlas, a pretexto de que adolecen de defectos y omisiones o de que vulneran derechos previamente reconocidos (*Sentencias* de 12 de febrero de 1948, 9 de noviembre de 1932, 15 de febrero, 7 de marzo, 2 y 11 de julio de 1930), sin que sirva como razón que se acudió al llamamiento para evitar perjuicios y pérdida del derecho a ingresar, ya porque esta finalidad no era incompatible con cualquier protesta o alegación de los derechos a que se creyera asistido, y hubiera de formalizar en su momento; pero al omitir esa elemental previsión queda ligada a las bases del concurso; y, por tanto, a su ley, por sus actos propios, y con ello privado de todo derecho administrativo que invocar como lesionado (*Sentencia* de 8 de mayo de 1942); y fueran cualesquiera las deficiencias de que pudiese adolecer la convocatoria, que se aceptó y consintió (*Sentencias* de 17 de octubre y 14 de diciembre de 1939 y 4 de diciembre de 1949) y porque, además, la impugnación de la convocatoria no priva del derecho de participar en la oposición o en el concurso (*Sentencia* de 27 de abril de 1935).

Es improcedente toda reclamación de la convocatoria cuando no se formuló en tiempo protesta alguna (*Sentencias* de 25 de junio de 1929 y 9 de noviembre de 1932; en Agravios, Orden de 21 de junio de 1950).

De otra parte, se ha de tener en cuenta que la impugnación de la convocatoria, para que produzca todos sus efectos, ha de ser de las bases de la misma y de los demás actos posteriores consecuencia de su aplicación. se dice en Auto de 10 de julio de 1902, con un criterio excesivamente exigente, a nuestro parecer.

d) *En virtud de la eficacia jurídica de los actos propios que expresan un consentimiento.*

La aceptación tácita de las bases de la convocatoria implica la sumisión a las mismas (Agravios, Orden de 25 de enero de 1950).

Se consideran aceptadas implícitamente las bases de la convocatoria por el hecho de presentar la solicitud de admisión, sin reclamar contra aquéllas (*Sentencias* de 4 de abril de 1917, de 17 de octubre y 4 de diciembre de 1949 y 12 de junio de 1942).

El hecho de presentar la solicitud para tomar parte en la convocatoria, sin impugnar en tiempo oportuno las bases de la misma, implica el reconocimiento de su legalidad (*Sentencias* de 9 de marzo de 1920, 4 de abril de 1917, 29 de marzo de 1922, 28 de abril de 1927, 20 de febrero y 29 de noviembre de 1936 y 12 de febrero de 1947); por acudir sin salvedad ni reserva de ninguna clase (*Sentencia* de 3 de mayo de 1942); como si la solicitud la presentan después de la rectificación que consideran ilegal y no impugnan (*Sentencia* de 31 de octubre de 1944).

Se estiman consentidas las bases de una convocatoria, como la convocatoria misma, cuando los que se consideren con derechos adquiridos a las plazas anunciadas acuden al llamamiento sin reserva (*Sentencias* de 11 de octubre y 2 de noviembre de 1946, 29 y 30 de enero de 1950, y Auto de 10 de julio de 1902).

La convocatoria para la provisión de determinadas plazas, anunciadas por concurso anterior sin resolver, y que es consentida, produce todos sus efectos (*Sentencia* de 11 de julio de 1930): convalidando así la potestad discrecional de la Administración en la resolución del concurso (*Sentencias* de 30 de enero de 1932 y 31 de febrero de 1936): incluso aunque el concurso fuera nulo en su origen (*Sentencia* de 26 de enero de 1932); como si lo fuera la convocatoria (*Sentencia* de 4 de julio de 1930).

Aun en el supuesto de que el anuncio de convocatoria contenga términos de tal generalidad que a juicio de los interesados en el llamamiento implique una falta de garantía para su derecho, si acudieron al mismo se entiende que se sometían a sus condiciones, otorgando firmeza a la convocatoria y renunciando a toda impugnación, por no haberse presentado en tiempo hábil e inmediato a la apertura y publicación del edicto (*Sentencias* de 26 de septiembre y 19 de octubre de 1931).

El consentimiento por los interesados otorga plena eficacia a las bases, aunque la forma de la convocatoria no fuera la reglamentaria y se hubiera realizado en contra de lo dispuesto en el acuerdo de la provisión de la plaza a que se refería (*Sentencia* de 14 de junio de 1935, Auto de 14 de enero de 1941; vid., en Agravios, Orden 22 de junio de 1949).

Si en la convocatoria no se establecía como obligatoria la práctica de un ejercicio de aptitud, cuya verificación se acuerda posteriormente, y es aceptada por los concursantes, no pueden éstos más tarde impugnar

la resolución basada en los resultados del ejercicio (*Sentencia* de 4 de junio de 1936).

e) *El nombramiento efectuado con arreglo a las bases consentidas no puede ser impugnado.*

Lo proclaman las *Sentencias* de 11 de enero de 1949, 31 de marzo, 26 de abril y 8 de mayo de 1947, 17 de octubre y 4 de diciembre de 1939, 6 de enero de 1933, 9 de noviembre de 1932, 27 de marzo, 20 de abril y 28 de junio de 1929, 22 de octubre de 1928, 5 y 24 de noviembre de 1914, 10 de abril de 1911 y 5 de noviembre de 1905; en Agravios, *Acuerdos* de 13 de abril de 1951 —Orden de 12 de mayo y «B. O. del E.» de 25 siguientes—, 14 de julio de 1950 —Orden de 21 de diciembre y «B. O. del E.» de 6 de enero de 1951— y de 24 de marzo de 1950 —Orden de 13 de septiembre y «B. O. del E.» del 17 siguiente.

El mismo criterio se aplica en los casos en que se alega que la convocatoria infringía disposiciones legales de aplicación (*Sentencias* de 11 y 29 de enero y 22 de febrero de 1949, 31 de enero y 30 de marzo de 1936, 28 de septiembre de 1935, 9 de marzo de 1932, 9 de noviembre de 1932, 31 de enero, 19 de febrero, 24 de junio y 4 de julio de 1930, 15 de abril de 1926, 29 de noviembre de 1919, 28 de febrero de 1917, 24 de noviembre de 1914. En Agravios, Orden de 25 de mayo de 1950); ni en base a que en el escrito solicitando la plaza se anotara por otrosí la infracción de las disposiciones que debieran respetarse, si no se actuaron las acciones administrativas o contencioso-administrativas que para su impugnación le hubieran asistido (*Sentencias* de 28 de septiembre de 1935 y 28 de febrero de 1917; Agravios, Orden de 6 de octubre de 1949); y tampoco en el supuesto de que se interpusieran los recursos administrativos y contencioso procedentes contra las bases —por no incluir determinadas condiciones de preferencias— cuando no prosperaron y se consintieron (*Sentencia* de 30 de diciembre de 1943).

La misma doctrina y sus consecuencias se sostienen cuando en la convocatoria se altera o desconoce el orden de méritos preceptivo (*Sentencias* de 12 de febrero de 1948, 30 de abril de 1946, 9 de noviembre de 1932, 26 de febrero, 24 de junio y 11 de julio de 1930; vid. *Sentencia* de 30 de diciembre de 1943; en Agravios, Orden de 17 de mayo de 1947).

f) *Los aspirantes que consienten la convocatoria no pueden beneficiarse de la revocación de la misma.*

Los concursantes que consintieron las bases no pueden beneficiarse de las consecuencias de su revocación en vía administrativa o en vía jurisdiccional, por los recursos que en tiempo y forma se formularan por otros aspirantes (*Sentencias* de 25 de febrero y 1.º de marzo de 1946).

D) *Actos posteriores a la convocatoria. Reglas relativas a su eficacia.*

Las bases de la convocatoria constituyen la ley por la que han de regirse los actos de la Administración y los de los aspirantes de la oposición o concurso. Sucede en ocasiones que con posterioridad a la publicación de la convocatoria, e incluso una vez transcurrido el plazo para la presentación de solicitudes, la Administración acuerda resoluciones que afectan al régimen establecido por las bases. El conocimiento de la eficacia que se da a dichos acuerdos contribuye también a delimitar el ámbito del principio de la convocatoria ley del concurso. Las reglas anteriormente examinadas con relación a la convocatoria son aplicables a los actos posteriores, para los que especialmente se aplica la doctrina jurisprudencial que a continuación se expone.

a) *Actos eficaces por acatamiento a las disposiciones vigentes.*

Fundada en exigencias de la legalidad vigente, puede la Administración acordar y resolver la modificación de las bases de la convocatoria, con el fin de que sean conforme a las disposiciones en vigor. En este sentido, la *Sentencia* de 23 de abril de 1936 declara que las bases de un concurso o de una oposición, producidas con manifiesta infracción de las disposiciones legales, pueden ser impugnadas por los particulares y modificarse por la propia Administración, a quien se le ha de reconocer el derecho de enmendar sus propios actos si en ellos se olvidaron preceptos obligatorios o de aclararlos si llegan por oscuridad o contradicción de sus normas hasta dejar indeterminados los derechos de las partes interesadas; sin que el hacerlo pueda vulnerar derechos de los recurrentes que no pudieron nacer al amparo de un acto ilegal, ni menoscabarse por la aclaración de términos confusos o contradictorios, atendien-

do la Administración por dicho procedimiento, más que al ejercicio de un derecho, al cumplimiento de un deber.

Por el contrario, justamente, los acuerdos que modifican los términos de la convocatoria, sin que precepto legal alguno los imponga, son ineficaces respecto del derecho del único concursante, quien, negándose a las nuevas pruebas establecidas, no pierde dicha condición ni se incapacita para mantener su derecho (*Sentencia* de 11 de marzo de 1931). Y mucho más, los acuerdos posteriores que adicionan nuevas condiciones, en contra de lo establecido en las bases y en las disposiciones vigentes (*Sentencia* de 30 de octubre de 1922). Y en *Sentencia* de 12 de diciembre de 1935, expresamente se dice que están privados de eficacia todos aquellos actos posteriores que se opongan a derechos reconocidos por disposiciones de rango superior. De acuerdo con el mismo criterio se sostiene que la convocatoria no puede conceder lo que deliberadamente no ha otorgado la ley (vid. *Sentencia* de 13 de enero de 1941).

Es lícita también la aclaración o rectificación de la convocatoria con la exclusiva finalidad de respetar derechos adquiridos (vid. *Sentencia* de 17 de enero de 1942).

b) *Eficacia de los actos limitados a la subsanación de errores de hecho.*

La Administración, se declara en *Sentencia* de 24 de febrero de 1941, goza de facultades para subsanar aquellos errores o defectos en que pueda incurrir, como la falta de publicación del anuncio de convocatoria en el «B. O. del E.», porque el cumplimiento de dicho trámite no implica una nueva convocatoria ni un nuevo concurso. La misma doctrina en lo relativo a rectificación de erratas (Agravios, *Acuerdo* de 17 de agosto, Orden de 25 de octubre, «B. O. del E.» de 23 de noviembre siguiente). Y en la fijación de la remuneración (*Sentencia* de 6 de enero de 1933).

Las plazas anunciadas bajo el supuesto erróneo de estimarlas vacantes pueden sustraerse legalmente a la resolución del concurso, ya que al faltar la condición de hecho de la existencia del derecho, ni existe éste, ni puede resultar con mayor razón vulnerado o desconocido al eliminarse con posterioridad la supuesta vacante, subsanándose así el error padecido (Agravios, *Acuerdos* de 27 de abril de 1950 —Orden de 7 de julio y «B. O. del E.» del 22 siguiente— y 22 de abril de 1949, Orden

de 15 de junio y «B. O. del E.» de 24 siguiente). Igualmente, si el error se produjo en la designación del turno a que reglamentariamente correspondía la provisión (*Sentencia* de 12 de abril de 1918).

Consecuentes con esta doctrina, otras decisiones declaran que las plazas anunciadas en la convocatoria no pueden sustraerse a la resolución del concurso, *porque la Administración sólo puede rectificar errores de hecho* (*Sentencias* de 17 de junio de 1941 y 21 de diciembre de 1922); ni bajo el pretexto de reservarlas para su provisión en llamamiento posterior (*Sentencias* de 15 de junio de 1946 y 17 de junio de 1941).

c) *Eficacia de los actos posteriores por consentimiento de los aspirantes.*

Si en uso de privativas facultades la Administración modifica las bases publicadas, y la modificación se hace pública por su inserción en el «B. O. del E.» antes de comenzar las oposiciones, y es consentida por los aspirantes, el acuerdo adquiere plena eficacia y no es susceptible de ser impugnado más tarde en la vía contencioso-administrativa (*Sentencia* de 17 de noviembre de 1921).

d) *La falta de publicidad de los actos posteriores a la convocatoria les niega la posibilidad de ser eficaces.*

Los actos que, careciendo de publicidad, restringen el derecho de los concursantes, de tal forma que pudiera afirmarse con verdadero fundamento que el aparente concurso se había celebrado tan sólo con el objeto de cumplir formulariamente con exigencias establecidas en las disposiciones legales, son nulos y no pueden obligar a los concursantes (*Sentencia* de 26 de junio de 1934).

Las rectificaciones de la convocatoria que tienen por causa exclusiva la voluntad de la Administración se han de considerar como no hechas, máxime cuando carecen de publicidad, por lo que la oposición o el concurso se han de resolver de acuerdo con las bases que se aprobaron y publicaron reglamentariamente (*Sentencia* de 13 de enero de 1931).

Los concursantes no quedan obligados por aquellas condiciones acordadas posteriormente a la convocatoria y a las que no se les otorga la publicidad reglamentaria (*Sentencia* de 26 de junio de 1934).

Y la provisión de la vacante se ha de llevar a efecto conforme al sistema anunciado por la convocatoria publicada, no por lo que se acordara por la Corporación (*Sentencia* de 26 de marzo de 1936).

e) *Los derechos adquiridos por los aspirantes no pueden ser desco- uocidos o gravados por acuerdos posteriores.*

Cualesquiera preceptos o circunstancias, por racionales y fundadas que parezcan, que se opongan al acto de convocatoria, dice la *Sentencia* de 17 de enero de 1931, carecen de virtualidad para restarle eficacia alguna.

De la convocatoria hecha con las formalidades legales, declara el Tribunal Supremo en *Sentencia* de 21 de diciembre de 1922, derivan los derechos que a su amparo adquieren los concursantes, de los que no se puede despojar por disposiciones posteriores; y una de las principales consecuencias es la de que la Administración no puede acordar por sí resoluciones que deroguen o anulen otras anteriores con daño de tercero (en el mismo sentido, la *Sentencia* de 29 de febrero de 1916).

Las resoluciones adoptadas por los órganos de propuesta o de nombramiento, por las que se establece una nueva condición que no figuraba en la convocatoria, carecen de eficacia (*Sentencia* de 12 de febrero de 1941).

Los Ayuntamientos tienen competencia para reorganizar los servicios municipales, establecer las reglas o bases de los concursos que hayan de convocar, y para modificarlas cuantas veces estimen conveniente, *siempre que lo verifiquen antes de convocar los respectivos concursos, pues hasta tanto que éste se anuncie, bajo determinadas bases, no se han creado derechos a favor de nadie, y sólo cuando ese anuncio tiene lugar es cuando se establece el vínculo jurídico que obliga a ambas partes al cumplimiento de las bases* (*Sentencia* de 8 de junio de 1932).

Por el contrario, acertadamente se estima que la acumulación de un concurso y la inmediata publicación de otro no lesionan derecho alguno de los que a él acuden, puesto que les deja expedito el de contrastar su aptitud y méritos (*Sentencia* de 17 de octubre de 1930).

Por último, en el *Acuerdo* (de Agravios) de 12 de mayo de 1950 (Orden de 21 de junio y «B. O. del E.» del 29 siguiente) se sostiene una doctrina de gran interés por la eficacia jurídica que se debe otorgar tanto a la convocatoria como a los actos posteriores que la cumplimentan. Se

considera como facultad discrecional de la Administración la fijación de la escala de preferencias en la apreciación de los méritos y que esta fijación puede realizarse con posterioridad a la orden de convocatoria e *incluso permanecer oculta para los posibles concursantes.*

Interpretando al extremo las consecuencias de esta declaración, podrían convertirse en ilusorios todos los intereses legítimos de los aspirantes; la Administración, por este procedimiento, goza de facultades muy extraordinarias. Ciertamente que, salvo disposiciones en contrario, la Administración es libre para fijar los méritos preceptivos y para apreciarlos después; pero lo que no es admisible es la tesis de que sus facultades puede ejercerlas en cualquier momento e incluso sin publicidad alguna, salvo la excepción señalada. Según la doctrina del Tribunal Supremo que antes se expuso, la Administración puede rectificar por legalidad o por errores materiales y siempre con publicidad.

La segunda tesis que se formula en la misma resolución y considerando se opone, en ciertos extremos, a la primera.

La declaración fundamental es la de que no es lícito a la Administración la fijación de causas de inadmisión o exclusión con posterioridad a la publicación formal de la convocatoria o cierre de la admisión de instancias. Y de acuerdo con la *Sentencia* de 15 de febrero de 1901, se sostiene que la Administración no puede excluir del concurso a quien la misma admitió a éste, aun en el supuesto de que la Orden y anuncio de convocatoria para la provisión del cargo solicitado por el recurrente contrariase lo establecido en las disposiciones vigentes; porque una vez reconocido el derecho y confirmado tal reconocimiento en acto tan explícito como la admisión al concurso, tampoco puede la Administración anular con daño de tercero sus propios actos, y debe, por consiguiente, sujetarse en la resolución a lo prevenido en la convocatoria.

Finalmente, que el acuerdo impugnado, *al determinar la preferencia por razón de la edad entre los concursantes, no se limitó a establecer una escala de méritos para la apreciación de los mismos, lo cual hubiera sido perfectamente legítimo, sino que se extendió también a establecer una causa de exclusión con posterioridad a la Orden de convocatoria y cierre de admisión de instancias, decisión que no podía realizarse legalmente en el trámite de calificación de los méritos.*

E) *Interpretación de las bases de la convocatoria. Principios generales.*

El Tribunal Supremo recoge en su doctrina las distintas clases de interpretación jurídica, bien aplicando con independencia los criterios propios de cada una, o bien combinándola cuando ello es necesario a los fines de la operación.

Las cláusulas expresivas de las condiciones de un concurso forman un conjunto armónico en el cual se completan todas recíprocamente, debiendo interpretarse las unas por las otras (*Sentencias* de 10 de octubre de 1946 y de 15 de diciembre de 1949).

A tenor de inconcusos principios generales de hermenéutica, las cláusulas comprensivas de las condiciones de todo concurso, como las de cualquiera otra convención que por escrito se establezca entre las partes, han de interpretarse estrictamente, según la propia significación de sus términos literales, cuando ofrezcan un sentido claro y recto, sin ser admisible aplicarlas con analogías y ampliaciones que, en caso de haberlas querido establecer la Administración, debió haberlas expresado en la convocatoria y nunca adoptarlas a *posteriori* (*Sentencia* de 10 de octubre de 1946).

En principio, la interpretación realizada por el Tribunal de las oposiciones no tiene la eficacia que la parte interesada pretende, porque aquél carece de la cualidad de órgano competente para interpretar el alcance jurídico del proyecto (*Sentencia* de 5 de marzo de 1922).

Ha de considerarse como interpretación auténtica la que se adopta por el Municipio que redactó las bases del concurso (*Sentencia* de 27 de mayo de 1940).

Son inadmisibles aquellas interpretaciones que tienden a desconocer los límites que se impuso la propia Administración al aprobar y publicar las bases de la convocatoria (*Sentencia* de 3 de octubre de 1935).

Las interpretaciones que conducen a resultados absurdos, como las que dejan sin sentido una cláusula o palabra importante de la Ley, no pueden prosperar (*Sentencia* de 25 de octubre de 1943).

En estos casos se debe atender al espíritu de las bases, es decir, al fin perseguido por su autor (*Sentencias* de 9 de marzo de 1940 y 10 de mayo de 1934), dirimiendo con sentido equitativo y sereno las diferencias

que parezcan existir en la interpretación de las normas aplicables (vid. *Sentencia* de 31 de octubre de 1931).

La interpretación de los términos de la convocatoria ha de realizarse sin ampliar ni mermar el sentido natural y gramatical de los mismos (*Sentencia* de 8 de marzo de 1924).

2.—LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS ASPIRANTES CON FUNDAMENTO EN LA EFICACIA DE LA CONVOCATORIA.

La aptitud legal para el desempeño de funciones públicas con carácter profesional no otorga derecho alguno respecto a la potestad de la Administración en la provisión de vacantes de sus plantillas, salvo las excepciones legales establecidas.

Ahora bien, desde que la Administración acuerda proveer sus empleos vacantes y hace pública su decisión, la situación jurídica de los administrados que reúnen las condiciones legales es distinta, como diverso es también el alcance de la potestad de la Administración. La publicación de las bases de la convocatoria opera en un doble sentido: como fuente de derechos de los particulares y como límite a las prerrogativas de la Administración pública. La eficacia de las bases, según hemos dicho, es la de constituir el régimen jurídico de las relaciones entre los sujetos interesados.

Al considerar la situación de los particulares por la eficacia de la convocatoria, es posible escalonar aquella situación, que va cualificándose con el desarrollo de los actos que desde la convocatoria del concurso u oposición hasta la resolución de los mismos constituyen toda la trama de sus procedimientos. Así, las situaciones fundamentales y su régimen pueden concretarse a tres períodos, que se refieren, a su vez a los tres derechos derivados de las mismas.

a) *Derecho de admisión al concurso u oposición.*

Las bases de la convocatoria condicionan las facultades de la Administración y otorgan a cuantos reúnan las circunstancias exigidas de aptitud legal el derecho de admisión al concurso o a la oposición (*Sentencias* de 8 de junio y 4 de julio de 1932) para que se contrasten sus méritos y condiciones en relación con los demás (*Sentencia* de 2 de julio de 1930), y la vulneración de este derecho es susceptible de impugnarse ante la

jurisdicción contencioso-administrativa (*Sentencia* de 7 de enero de 1932).

Las condiciones de los aspirantes se determinan por la fecha de la convocatoria y no por la de la vacante producida, salvo expresa disposición en contrario (vid. *Sentencia* de 12 de abril de 1932), y todos cuantos reúnan las condiciones legales tienen derecho a tomar parte, en el concurso (*Sentencias* de 4 de julio de 1930 y 6 de diciembre de 1946).

Es ilegal la exclusión del concurso por los acuerdos posteriores que modifican las condiciones de capacidad (*Sentencia* de 15 de febrero de 1901; *Agravios*, *Acuerdo* de 12 de mayo de 1950, *Orden* de 21 de junio y «B. O. del E.» del 29).

La determinación de las condiciones de capacidad ha de realizarse de acuerdo con las bases de la convocatoria, como primera exigencia de su eficacia (*Sentencias* de 9 de febrero de 1932, 26 de abril de 1929, 29 de abril de 1913, 8 de marzo de 1907, 23 de mayo de 1906 y 31 de enero de 1905; *Agravios*, *Acuerdo* de 12 de mayo de 1950) (15).

Al amparo de la convocatoria adquieren los concursantes un derecho del que no se les puede despojar (*Sentencias* de 12 de marzo, 13 de mayo y 13 de julio de 1935 y 10 de octubre de 1946), siempre que el concurso tenga efecto (*Sentencias* de 11 de junio de 1946 y 15 de febrero de 1916) (16).

(15) Los problemas del régimen de la capacidad de los aspirantes, en un trabajo nuestro publicado en el libro homenaje al maestro GASCÓN Y MARÍN, Madrid, 1952.

(16) Este condicionamiento ha de tener un fundamento legal expreso y de rango bastante para eliminar todas las consecuencias del acto de convocatoria, entre las que merece especial mención el derecho a la provisión de vacantes de conformidad con la convocatoria, principio y límite proclamados por la jurisprudencia, a los que nos referimos después. Y, en términos bien expresivos, la *Sentencia* de 21 de enero de 1936 declara: «Que para precisar si la *Orden ministerial recurrida afecta*, como sostiene el Fiscal, a la organización de un servicio general del Estado, habrá de tenerse en cuenta no sólo el contenido de la misma, sino que también los motivos que determinaron su publicación, expuestos en el preámbulo que la precede, y que no son otros, según dicho preámbulo, que el acuerdo del Consejo de Ministros de suspender las oposiciones anunciadas para ingresar en los diferentes Cuerpos del Estado; acuerdo que, según dice, se llevó a efecto en varios Ministerios, suspendiendo las oposiciones que aún no habían comenzado; y que al Ministro que suscribió la *Orden recurrida* le induce a volver sobre su anterior lo hecho en diferentes Ministerios, pero sin precisar lo que sea; así como el criterio establecido por el Gobierno reflejado en la ley de restricciones; motivos, los expuestos, que están en oposición o aparecen contradichos por la realidad de los hechos, ya que, al dictarse dicha *Orden ministerial*, las oposiciones a que la misma se refiere estaban ya ultimadas y había sido elevada por el Tribunal calificador al Ministro la correspondiente propuesta, de acuerdo con lo dispuesto en la *Orden* del propio Ministerio de 14 de junio de 1935; y en cuanto a la Ley de restricciones, sobre ser de fecha posterior a la *Orden recurrida*, el criterio y el espíritu que la informaban eran ya perfectamente

Con referencia a concursos de la Administración municipal, se ha declarado que, constituyendo el anuncio de la vacante un acto obligatorio que no depende en modo alguno de sus facultades discrecionales, el acuerdo que lo deja sin valor ni efecto, en primer lugar, infringe preceptos de indudable cumplimiento, y en segundo término, perjudica al recurrente que, amparado en el precepto y anuncio publicado, acude al concurso y aspira al cargo vacante, sin que pueda desconocerse su derecho a que se le tenga por concursante (*Sentencia* de 23 de enero de 1935).

La convocatoria otorga el derecho de concurrir al concurso u oposición bajo las condiciones de sus bases, y de tal derecho no puede ser despojado por reglas posteriores (*Sentencia* de 29 de febrero de 1916). Y no hay posibilidad de despojar a los solicitantes de los derechos que adquieren al amparo de la convocatoria (*Sentencia* de 6 de diciembre de 1940).

Sin embargo, el hecho de presentar dentro de plazo la solicitud para tomar parte en unas oposiciones no crea derecho alguno si el Tribunal no llega a constituirse, ni se declara y publica oficialmente la admisión o inadmisión de los aspirantes, porque no constandó si los que presentaron sus instancias reunían o no los requisitos para ser admitidos a los

conocidos del Ministro por el Decreto ministerial que autorizó la presentación a las Cortes del correspondiente Proyecto de ley, por lo que es visto que la Orden recurrida en nada podía estar incluida por los motivos que se dice la inspiraron, sin que, por otra parte, la ya citada de 14 de junio de 1935, limitada a acordar una simple ampliación de las plazas que habían de proveerse, alterase o modificase en lo más mínimo la organización del servicio a que estaban afectadas, o sea el de Intervención del Estado en el de explotación de los ferrocarriles, ni la del Cuerpo de Interventores que le viene prestando, puesto que ni aumentaba la plantilla del mismo, ni se creaban nuevos cargos, ni se ampliaban o modificaban los servicios que tenían asignados, todo lo que nos lleva a la conclusión de que la Orden ministerial recurrida en nada afecta a la organización de los servicios generales del Estado, de lo que resulta manifiesto lo improcedente de la excepción por la incompetencia de jurisdicción formulada por el Fiscal en su contestación. Y en cuanto al fondo de la cuestión planteada en la Orden ministerial de 14 de junio de 1935, que se dejó sin efecto por la hoy recurrida, accediendo a la ampliación solicitada por el Tribunal de oposiciones, concede expresamente el derecho a ingresar en el Cuerpo de Interventores del Estado en la explotación de Ferrocarriles a todos los aspirantes declarados aptos por aquél, con sujeción al orden de méritos que por el mismo habían sido clasificados: y es principio sancionado por constante jurisprudencia, entre otras muchas, en *Sentencia* de 22 de enero de 1925, que la Administración no puede válidamente volver sobre sus propios actos cuanto éstos son declaratorios, salvo el caso de haber incurrido en errores materiales de hechos claros y evidentes, circunstancia que no concurre en el presente, estándole reservada, en otro supuesto, para evitar el perjuicio que a los intereses del Estado infieren sus propias resoluciones, la facultad de impugnarlas en vía contenciosa, previa declaración de lesivas.

ejercicios, el aplazamiento o la suspensión de la oposición no vulnera su derecho a tomar parte en aquélla, ni les priva de su legítima opción a la vacante, ni les autoriza a pedir la exclusión de aspirantes en posteriores convocatorias (*Sentencia* de 27 de diciembre de 1911).

Es doctrina constante de la jurisdicción contencioso-administrativa, abonada por los preceptos legales y reglamentarios que la organizan, que el mero aspirante a la provisión de una plaza por oposición o concurso, que no ha pasado de este carácter, carece del derecho administrativo establecido anteriormente en su favor por una Ley, un Reglamento u otro precepto administrativo que pudiera ser vulnerado por el hecho de que el concurso o la oposición no se verificara (*Auto* de 4 de febrero de 1905).

Los derechos susceptibles de ser invocados son los que se derivan de la convocatoria y de la concurrencia a la misma, pero no otros (*Sentencia* de 30 de junio de 1943).

b) *Derecho a la regularidad del procedimiento.*

Los concursantes con aptitud legal pueden instar el cumplimiento de las bases de la convocatoria e impugnar las resoluciones que entiendan lesivas a su derecho en lo referente a la tramitación del concurso (*Sentencia* de 27 de diciembre de 1920). La condición de opositor o concursante otorga el derecho de exigir que se cumplan en la tramitación las formalidades legales (*Sentencia* de 6 de noviembre de 1903).

Los trámites que no se ajustan a la convocatoria vician la resolución final y es fundamento del recurso que pueden interponer los aspirantes contra unos y otra (*Sentencia* de 12 de febrero de 1941).

Las reglas de procedimiento que se impone voluntariamente la Administración para la tramitación del concurso la obligan a su cumplimiento de forma inexcusable (*Sentencia* de 12 de febrero de 1941). Los órganos administrativos han de ajustarse a los trámites que condicionan la validez y eficacia de su actuación (*Sentencia* de 12 de febrero de 1941). La Administración se encuentra obligada a tramitar y resolver el concurso en respeto y asentimiento a lo dispuesto en la convocatoria (*Sentencia* de 31 de enero de 1936).

Cuando, convocadas legalmente unas oposiciones, se fijan las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se han de realizar, no hay

posibilidad de desconocer, una vez iniciados los ejercicios de aptitud, el derecho de los opositores aprobados a que se practiquen los restantes exámenes, a fin de acreditar su capacitación y obtener, en su caso, la plaza a que aspiran (*Sentencia* de 24 de octubre de 1947); y menos cuando, una vez ultimados, por el Tribunal calificador fué elevada al Ministro la correspondiente propuesta, sin que sea admisible la alegación de que el acuerdo afectaba a la organización de un servicio, y en relación sólo con los aspirantes aprobados por causa de ampliación de las plazas anunciadas, porque la Administración no puede volver sobre sus actos declaratorios de derechos (*Sentencia* de 21 de enero de 1936, vid. nota 16).

c) *Derecho a la provisión de las vacantes anunciadas.*

La Administración, vinculada por la eficacia jurídica de la convocatoria, está en la obligación de proveer todas las plazas anunciadas cuando se presentan aspirantes con aptitud legal (*Sentencias* de 4 de junio de 1946, 11 de enero y 4 de abril de 1945, 7 de abril de 1942, 16 de abril de 1936 y 29 de abril de 1913), porque este derecho nace de la convocatoria misma (*Sentencia* de 11 de enero de 1945), no siendo válido el acuerdo por el cual se reserva la provisión para un llamamiento posterior (*Sentencias* de 15 de junio de 1946, 11 de enero de 1945 y 17 de junio de 1941; vid. también la de 5 de julio de 1940).

El concurso ha de resolverse y no puede declararse desierto cuando no existen vicios o defectos que lo invaliden, porque la Administración carece de facultades para volver sobre sus propios actos cuando declaran derechos (*Sentencia* de 6 de julio de 1940).

El deber de provisión de la plaza vacante es exigible aun en el supuesto de presentación de un solo aspirante (*Sentencia* de 17 de junio y 9 de noviembre de 1946), cuando la convocatoria no establece otras exigencias que las condiciones generales de aptitud, si la Administración, al anunciarla, no se reservó expresamente la facultad de declarar desierto el concurso cuando no fuera posible contrastar los méritos de los que la solicitaran (*Sentencias* de 8 y 26 de abril de 1940 y 27 de diciembre del mismo año). En la convocatoria, se dice en la primera de las *Sentencias* citadas, encuentra su título evidente el derecho administrativo del actor, pues que, al ser el único concurrente en posesión acreditada de todas y cada una de las cualidades exigidas sin posibilidad de

contraste ni de opción a ejercitar por la Administración, era ineludible acatar la convocatoria y discernir el nombramiento en el aspirante idóneo; porque proceder de otro modo y declarar desierto el concurso a pretexto de que el actor no tenía méritos suficientes, constituye una patente infracción de la ley que lo rige, ya que la convocatoria no autorizaba a utilizar el espicioso motivo alegado, ni reservó tampoco a la Corporación la facultad de declarar el concurso desierto, que ha sido, por tanto, indebida y viciosamente ejercitada, lesionando con manifiesto abuso el derecho del concursante (*Sentencia* de 26 de abril de 1940). Por el contrario, no es obligatoria la provisión cuando ninguno de los solicitantes reúne los méritos y servicios que se exigían por la convocatoria en relación con el fin perseguido por la Administración (*Sentencia* de 4 de junio de 1936 y 13 de abril de 1913); ni cuando ninguno de los aspirantes reunía la condición preferente que condicionaba el ejercicio de las facultades de la Administración en la resolución del concurso (*Sentencias* de 2 de octubre de 1946 y 15 de febrero de 1928).

El que acude a un concurso justificando las condiciones requeridas en la convocatoria adquiere un derecho perfecto en virtud de la *relación contractual* que establece con la Administración, ligada a la más exacta observancia de su obligación de adjudicación de la plaza (*Sentencia* de 25 de marzo de 1936).

Cuando los concursantes reúnen las condiciones requeridas para ser nombrados, carece la Administración de facultad para declarar desierto el concurso, sin otro motivo que la tardía preferencia por el sistema de oposición (*Sentencia* de 10 de marzo de 1947).

La Administración puede, en uso de sus atribuciones, declarar desierto un concurso si estima que no reúnen los concursantes las condiciones exigidas por la convocatoria, y en su consecuencia, abrir otro nuevo para la provisión de la vacante anunciada; pero no le es lícito en modo alguno sin infringir las normas que reglan el concurso y vulnerar el claro derecho de los solicitantes, acordar la nulidad sin proceder aquella declaración ni expresar siquiera el vicio o defecto de que adoleciera, porque carece de facultades para volver sobre sus acuerdos cuando éstos son declaratorios de derechos (*Sentencias* de 6 de julio de 1940, 10 de marzo de 1947, 23 de diciembre de 1935 y 11 de noviembre de 1919).

Las normas de la convocatoria constituyen el título de derecho de los aspirantes para que la resolución se ajuste a las mismas, porque limitan

la potestad discrecional de la Administración (*Sentencia de 21 de octubre de 1946*)

Las plazas anunciadas no pueden eximirse del turno de concurso una vez admitidos los concursantes (*Sentencia de 24 de noviembre de 1921*).

3.—LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DE LOS ASPIRANTES CON LA ADMINISTRACIÓN.

La jurisprudencia, para justificar la eficacia de la convocatoria y los derechos y deberes que nacen de la misma, para la Administración y para los que acuden a su llamamiento, ha utilizado diversas figuras jurídicas.

En la *Sentencia de 23 de marzo de 1945 se dice que la convocatoria es una oferta de contrato hecha al público, y la relación que se establece como una especie de relación contractual.* (También la de 28 de marzo de 1935 se refiere a una cierta relación contractual.) La misma doctrina se sostiene en la de 27 de septiembre de 1934, al proclamar que *el anuncio de convocatoria debe tenerse como oferta de condiciones especiales, para una contratación bilateral, en la que el Ayuntamiento, una de las partes, señala las que en uso de sus facultades consideró convenientes, que para cuantos se presentaron al concurso son las únicas que pudieron conocer y que aceptaron, y desde el momento de la aceptación quedó confeccionada la convención válida y perfecta, obligatoria para las partes.* Se habla de *relación contractual* en las *Sentencias de 12 de junio de 1940 y 12 de junio de 1949*, y expresamente de *contrato* en la de 22 de abril de 1930, declarando que su infracción no es admisible por el arbitrio exclusivo de una de las partes, ni aun en el supuesto de haberse cometido un error, por ser todo ello contrario a los principios generales de la legislación.

De mayor predicamento goza la figura del *cuasi contrato*, como una de las fuentes de las obligaciones. En numerosas sentencias se declara que, aun en los casos en que la Administración goza de facultades discrecionales al momento de fijar las condiciones de la convocatoria, una vez anunciada, se limita tal facultad, a consecuencia del *cuasi contrato que entre la Administración y los concursantes nace de la publicación del concurso, porque el pliego de condiciones es la norma de obligado cumplimiento para todos, incluso para la Administración, cuya libertad y autonomía tiene sus límites en los términos de la convocatoria, que constituye verdadera ley, a tenor de lo cual el concurso ha de regirse y a*

cuyo amparo adquieren los concursantes un derecho del que no puede despojarseles (*Sentencias* de 27 de febrero, 12 de marzo, 13 de mayo y 13 de julio de 1935, 4 de marzo de 1936, 10 de octubre de 1946, 28 de febrero de 1917, 11 de junio de 1945, o si se quiere, el vínculo legal que surge se engendra entre la Administración y los aspirantes para regir sus relaciones, y *Auto* de 28 de abril de 1909).

En la doctrina civil se discute si la oferta de contrato produce como efecto inmediato la obligación de mantenerla durante un cierto plazo. El derecho alemán se pronunció en este sentido, al que se opone en general la doctrina española (17). Cuando la jurisprudencia contencioso-administrativa califica la convocatoria de un concurso u oposición como una oferta de contrato hecha al público, ¿reconoce también como obligación la de mantenerla durante un período, el que se establece en la misma convocatoria para participar en su llamamiento? A esta conclusión podría llegarse teniendo en cuenta la eficacia jurídica que se otorga a la convocatoria; sin embargo, la tesis se limita por el lado en que la Administración puede dejar sin efecto la convocatoria, en razón de las facultades que se le reservan para la provisión de las vacantes, según se ha expuesto. Sobre el interés de la Administración, objetiva y subjetivamente considerado, y por encima del que tengan los administrados, el ordenamiento es el que establece la situación de una y otros, y las consecuencias jurídicas, derechos y deberes, que pueden derivarse y surgen, para ambos sujetos.

La figura del *cuasi contrato* tiene menos justificación y confirma, por otra parte, nuestro criterio. El cuasi contrato no goza de estimación por la doctrina científica; se le considera como una figura híbrida que es preciso limitar en sus manifestaciones (18). De aquí que las corrientes más modernas han considerado los cuasi contratos como obligaciones derivadas de la ley; mejor dicho, son obligaciones cuya fuente y título de obligar es la propia ley; ésta es la que genera directamente la obligación.

Con estos antecedentes, ¿cabe otorgar otra calificación a la relación jurídica que estudiamos? Si tenemos en cuenta los fines del régimen jurí-

(17) Vid. en J. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. II, V, I, 4.^a edición, Madrid, 1939, págs. 17 y ss., un resumen de las doctrinas y legislaciones sobre la cuestión de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones.

(18) Vid. F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, Madrid, 1930, págs. 302 y ss. G. DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, 4.^a edición. Trad. de R. SERRANO SÚÑER y J. SANTACRUZ TEJERO, V. II, Madrid, 1931, págs. 527 y ss.

dico de los funcionarios profesionales y la situación de los sujetos de derecho a los que se aplica, hemos de concluir también en esta ocasión que se trata de una relación jurídica especial, cuyo contenido viene determinado por la ley, tanto cuando éste impone a la Administración las condiciones que ha de reunir la convocatoria, como cuando le otorga aquellas facultades de determinación de las mismas, porque entonces, una vez manifestada la voluntad administrativa, se objetiviza, se convierte en ley, obligatoria para el sujeto que la ha creado y sancionado.

Las consecuencias son todas de indudable interés; las de seguridad jurídica son las más inmediatas. El interés público queda garantizado frente a los sujetos que lo gestionan y actúan; el de los particulares se objetiviza también de la libertad de la Administración. Las situaciones jurídicas de los sujetos se cualifican mutuamente conforme al desarrollo y aplicación de aquel régimen jurídico en sus distintos períodos. El contenido de los derechos y obligaciones se especifica y recíprocamente se condiciona a los correspondientes a cada uno de los sujetos hasta alcanzar el equilibrio que surge con la investidura de aquel que ha demostrado reunir las condiciones previstas en la norma, convocatoria o estatuto. A partir de este momento, y en el caso de producción regular del nombramiento, quedan extinguidos los derechos de los demás aspirantes, como las obligaciones que respecto de los mismos estaban a cargo de la Administración, por imperio no de su voluntad, sino de la Ley.

4.--LOS TRIBUNALES O COMISIONES EXAMINADORAS.

A) *Composición.*

La Administración desarrolla su función calificadora de las condiciones de aptitud de los aspirantes con la designación de un Tribunal encargado de juzgarlos (19).

Su composición tiene gran importancia, por su repercusión en el juicio de las cualidades deseables para el buen ejercicio de una función pública. Para lograr este fin, se han adoptado fundamentalmente dos

(19) Los concursos se juzgan o califican, bien por Comisiones nombradas al efecto, por órganos técnicos y de consulta de la Administración, o bien por la propia autoridad de nombramiento. Las propuestas que se formulen, en los dos primeros casos, pueden tener o no atribuida fuerza vinculatoria para la Administración. El régimen especial que en este aspecto presenta el sistema de selección por concurso se estudia más adelante.

sistemas. El de la Civil Service Commission inglesa, cuyos miembros forman un Jurado permanente para los empleados de la Administración civil; se persigue más bien una cultura general y amplia, por la estimación de que los conocimientos específicos que cada cargo precisa se adquieren posteriormente con la práctica. En otros países del Occidente europeo, lo corriente es nombrar para cada concurso u oposición un Tribunal especialmente versado en las materias relacionadas con la función a desempeñar. En principio, uno y otro son buenos si se garantiza la capacidad de los miembros del Tribunal para expresar su juicio sin ceder a consideraciones externas, y si su preparación científica o profesional es lo suficientemente amplia para estimar en los ejercicios la capacidad de los aspirantes.

Cuando el sistema seguido es el de variar los Tribunales en cada oposición o concurso, también rige la variedad en la composición; se quiere que por las distintas procedencias y criterios de los elementos examinadores se forme la opinión más justa. Se otorga la presidencia a una personalidad del máximo prestigio dentro del Cuerpo, o en relación con las actividades de que se trate, como garantía y certeza de aptitud y equidad. Los vocales responden a dos aspectos: científico y práctico; para llenar el primero se nombra a quienes por su preparación en la materia objeto del examen han de valorar con justicia la aptitud científica del aspirante; la participación en el Tribunal examinador de funcionarios del Cuerpo a que corresponden las vacantes tiene la ventaja de ofrecer elementos de juicio de la capacidad técnica para el cargo que se pretende.

El Reglamento para la aplicación de la Ley de Bases de 1918, aunque delega en cada Ministerio la facultad de dictar disposiciones que regulen las oposiciones, establece las normas a que deben ajustarse en la composición de los Tribunales (20).

(20) Para el Cuerpo Auxiliar, el Tribunal se compondrá de un Jefe de Administración del Ministerio correspondiente, un Catedrático de Derecho, otro de Matemáticas, un Jefe de Negociado y un Oficial del Departamento; Oficiales, un Jefe Superior de Administración, dos Catedráticos de Derecho designados por la respectiva Facultad, un Jefe de Administración y un Jefe de Negociado; en las oposiciones entre Oficiales a Jefes de Negociado, un Jefe Superior de Administración del Ministerio, tres Catedráticos de Derecho y un Jefe de Negociado; respecto de las oposiciones directas y libres a plazas de Jefe de Negociado, el Tribunal se compondrá de un Académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas designado por esta Corporación, dos Catedráticos de Derecho designados por la Facultad, un Jefe de Administración y un Jefe de Negociado. La constitución del Tribunal será idéntica.

B) *Nombramiento.*

La convocatoria del concurso u oposición determina de un modo genérico las condiciones que han de reunir los que integran el Tribunal encargado de juzgar los ejercicios. El nombramiento personal suele ser objeto de una Orden posterior, acordada por la autoridad superior competente (21), y en ocasiones tiene carácter de obligatorio para los designados (22).

En la Administración local es de la competencia de los Ayuntamientos, al fijar la manera de practicar los ejercicios, constituir los Tribunales de oposición (*Sentencia* de 22 de enero de 1930) (23).

En el acto de nombramiento de los miembros que han de integrar el Tribunal, por lo común la Administración señala otra lista que comprende a los designados como suplentes, de los individuos de la primera; al presidente le incumbe hacer esta sustitución cuando causas justas impiden a los primeramente nombrados desempeñar su cargo (24). En

tica para las oposiciones directas y libres a Jefes de Administración, con la variante de que el Jefe de Negociado será sustituido por un Jefe de Administración (Reglamento de 7 de septiembre de 1918, art. 12). Ejemplo de la variedad en la composición de los Tribunales se encuentra en los distintos Reglamentos de los Cuerpos especiales. Así, en el de *Médicos Forenses*, Presidente, un Magistrado del Tribunal Supremo o de la Audiencia de Madrid, un Fiscal de la tercera a la quinta categoría, el Jefe de la Sección de Médicos Forenses, un Profesor de la Escuela de Medicina legal y dos Médicos Forenses de Madrid (Reglamento de 14 de mayo de 1948, art. 8). En el *Cuerpo de Estadísticos Facultativos*: Presidente, el Director del Instituto o el Jefe en quien delegue, y como vocales, cuatro Estadísticos Facultativos de las diversas ramas científicas (Reglamento de 8 de febrero de 1948, art. 50). En el de *Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos*: Presidente, el Director General de Archivos y Bibliotecas o el Director del Museo Arqueológico Nacional o uno de los Inspectores Generales del Cuerpo; vocales, un Catedrático de la Facultad de Filosofía y Letras y tres funcionarios del Cuerpo Facultativo, uno por cada Sección (Reglamento de 20 de febrero de 1943, art. 7). En el *Cuerpo de Letrados del Ministerio de Justicia*: Presidente, el Subsecretario del Departamento, que podrá delegar en el Subdirector Letrado o en el Oficial Mayor; vocales, un funcionario de la carrera judicial con categoría de Magistrado, un funcionario de la carrera fiscal con categoría de Fiscal provincial, un Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid y tres Letrados del Cuerpo (Reglamento de 12 de diciembre de 1947, art. 36). Vid. el Decreto de 7 de septiembre de 1951, sobre oposiciones a Cátedras.

(21) Es normal que se requiera que el nombramiento corresponda al Jefe superior de la dependencia: Director del Instituto, en el de Estadísticos Facultativos; por Orden ministerial, a propuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las oposiciones al Notariado, etc.

(22) Así, en el Cuerpo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos, para todos los funcionarios del Ministerio de Educación Nacional.

(23) Vid. artículos 323 y 350 de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950.

(24) La Orden de Educación Nacional de 2 de abril de 1952 sobre designación

general puede decirse que las funciones directivas del régimen de los ejercicios están atribuidas al presidente, quien también goza de facultades ejecutivas (advertencia al opositor de la hora en que debe acabar, autorización de las listas de opositores) y correctivas (declaración de excluidos a los que no acuden puntualmente, mantenimiento del orden, etcétera). Por circunstancias extraordinarias, pueden encontrarse en la imposibilidad de desempeñar sus funciones los miembros propietarios o suplentes de los Tribunales; en tal caso, la Administración debe proveer a esta dificultad. El Tribunal Supremo ha sentado la doctrina de que las alteraciones en la constitución del Tribunal, acaecidas después del comienzo de las oposiciones y sin que la Administración las haya podido evitar, no hacen posible la suspensión de las oposiciones, ni procede anular la parte de ellas ya celebrada, porque los opositores que hubieran actuado tienen perfecto derecho a ser juzgados por los ejercicios ya realizados y no por los que pudieran posteriormente practicar (*Sentencia* de 5 de julio de 1950).

C) *Recusación.*

Es norma común reconocer a los admitidos a concursos y oposiciones el derecho de recusar a los componentes del Tribunal por causas claramente comprobadas, establecidas por el derecho común (25).

La Administración, para decidir sobre las incompatibilidades anunciadas, ha de tener en cuenta si éstas constituyen causas de recusación de las fijadas por disposiciones legales, y si resultan o no debidamente justificadas (*Sentencia* de 5 de febrero de 1944).

Entra en el terreno de la lógica que, tratándose de provisión de plazas por concursos, no se puede tener a la vez el doble carácter de con-

de Tribunales para la provisión de Cátedras de Universidad sirve de ejemplo de la tendencia, cada vez más acusada, de someter el nombramiento de Tribunales a sistemas que aseguran, junto a la competencia técnica, la máxima objetividad en su actuación. Se previene la designación de los vocales suplentes y las causas que determinan la votación y consumo de turnos.

(25) Según el artículo 189 de la Ley de Enjuiciamiento civil, son causas legítimas de recusación: el parentesco de consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil; el estar o haber sido denunciado por alguna de las partes como autor, cómplice o encubridor de un delito, o como autor de una falta; el haber sido defensor de alguna de las partes...; ser o haber sido tutor o curador para bienes, o haber estado bajo la tutela o curaduría; ser o haber sido denunciador o acusador privado del que recusa; tener pleito pendiente con el recusante; tener interés directo o indirecto en el pleito o en otro semejante; amistad íntima; enemistad manifiesta.

cursante y de miembro (Secretario de la Junta) de la Comisión que ha de preparar o instruir el expediente y formular la propuesta para el nombramiento (*Sentencia* de 23 de octubre de 1908; la de 10 de octubre de 1949 establece la misma doctrina cuando se trata de la provisión del cargo de Secretario de Ayuntamiento).

Las relaciones profesionales y de obligada cortesía, no fáciles de eludir entre personas que pertenecen a centros científicos y se dedican al estudio e investigación de las mismas materias, no pueden interpretarse como demostración o prueba de amistad de carácter íntimo como exigen las normas de derecho común para que la recusación pueda estimarse procedente (*Sentencia* de 3 de febrero de 1944) (26). Es caso que en la práctica se da con frecuencia en las oposiciones a Cátedras, en que forma parte del Tribunal el director científico del opositor, sin que este hecho suscite protestas por considerar que la relación científica es independiente de la personal.

El parentesco de afinidad, a estos efectos, subsiste después de fallecida la persona que lo originó (*Sentencia* de 29 de octubre de 1934).

Además de la recusación por motivos de índole personal que establece el derecho común, cabe asimismo apreciar la competencia tanto científica como técnica de los que hayan sido designados para juzgar a los aspirantes a cargos públicos. La jurisprudencia de Agravios ha reconocido este derecho de recusación, al declarar que no es posible discutir en agravios la competencia técnica del Tribunal, fuera del período de recusación de sus miembros (Agravios, Orden de 5 de febrero de 1948).

Finalmente, si las leyes o reglamentos de la oposición o concurso preceptúan unas condiciones que han de reunir los encargados de examinar la aptitud de los concursantes, el no poseerlas puede ser también causa fundada de recusación (27).

(26) No cabe considerar como justificación que en publicaciones científicas se titule de colega y amigo al recusado, ni tampoco la dedicativa de especies descubiertas que recíprocamente se hacen, sobre todo, porque igualmente se dedican otras especies a distintos naturalistas y geólogos españoles y extranjeros.

(27) La facultad reglamentaria de que goza la Administración, por ejemplo, en la calificación de asignaturas análogas a los efectos de designación de jueces, determina que no pueda recusarse el nombramiento de aquellos que lo son en virtud de ejercicio en propiedad de Cátedra análoga. El reconocimiento de tal facultad, en el Decreto de 7 de septiembre de 1951. Y que ello no constituye causa de recusación, en Acuerdo (Agravios) de 22 de abril de 1949, Orden de 15 de junio y «B. O. del E.» de 10 de julio siguiente.

D) *Facultades de los Tribunales examinadores.*

En la selección de funcionarios profesionales, son Tribunales, Comisiones o Juntas especiales, de carácter técnico, los encargados de calificar la aptitud demostrada en los ejercicios de la oposición o de los méritos en el concurso. El examen de sus facultades tiene interés, por cuanto, sobre todo en los concursos, el régimen no es idéntico en todos los casos. Por ello cabe distinguir facultades comunes a los dos sistemas: facultades en la oposición y régimen especial de facultades según el tipo de concurso de méritos.

Algunas veces, en los concursos, es la Administración la que directamente califica los méritos de los candidatos, siendo de aplicar en estos supuestos los mismos principios que si se tratara de Tribunales nombrados para ejercer dicha función calificadora.

a) *Facultades regladas en cuanto al procedimiento y condiciones legales de los aspirantes.*

Las limitaciones de la discrecionalidad administrativa se refieren al procedimiento por el que se ha de llegar a la resolución y a la calificación de las condiciones legales de los aspirantes. La infracción del procedimiento o la admisión de quien no reúna las condiciones legales vicia la resolución final; y estas limitaciones comprenden tanto a la autoridad que ha de decidir como a la que debe proponer (28).

La jurisprudencia mantiene también estos criterios en su doctrina. Así, las *Sentencias* de 22 de mayo de 1920 y 21 de enero de 1925, declaran la nulidad de la propuesta en virtud de que *no había acreditado la primera de las condiciones exigidas* el aspirante incluido en aquélla.

Igualmente, *si la Administración prescinde de la audiencia de aquellos organismos que preceptivamente deben examinar la documentación de los concursantes y los méritos alegados por los mismos*, su acuerdo ha de anularse con todo lo actuado desde que se comete aquel vicio, porque no se trata de una simple infracción del procedimiento, sino de la ausencia total, al no haber propuesta de las normas y condiciones necesarias

(28) Al examen y capacidad legal de los aspirantes, vid. nota 15; a la regularidad en el desarrollo del procedimiento, como condición de su eficacia, en el número 2 de este capítulo.

para resolver (*Sentencia* de 20 de febrero de 1933 y 4 de enero de 1946). *Y es de aplicación este principio a los casos en que la Administración, sin estar obligada a solicitar la propuesta, condiciona su resolución al previo informe de un organismo técnico, porque entonces el trámite no es formulario o poco eficaz, sino que, por el contrario, y en cumplimiento de la base de la convocatoria que lo establecía, constituye un requisito esencial o imprescindible en la normal tramitación y resolución del concurso convocado (Sentencia de 1 de marzo de 1946), como si el organismo encargado de elevar la propuesta delega en una ponencia la calificación de los méritos, prescindiendo después de sus resultados (Sentencia de 4 de enero de 1946) (29); si los organismos emiten su informe sin sujeción a las normas de la convocatoria o a los preceptos reglamentarios que condicionan el modo de su funcionamiento (Sentencias de 12 de febrero de 1941 y 26 de marzo de 1935).*

En algunos casos las facultades de propuesta son de carácter discrecional, como aquellas en las que se persigue una mera información. Es el caso de las que se formulan para el nombramiento de maestros de escuelas preparatorias de segunda enseñanza. El apartado c) del artículo 37 del Estatuto del Magisterio de 1947 dispone que los nombramientos los hará el Ministerio, a propuesta de la Dirección del respectivo Centro. La jurisprudencia de Agravios declara que si el Director del Instituto convocó el oportuno concurso para que se presentasen los aspirantes al cargo, es preciso estimar que el anuncio no perseguía otros fines que los de información, y además que las facultades de propuesta, a tenor del citado precepto, no están disminuidas por parte alguna (Orden de 23 de julio de 1949).

b) *Facultades en orden de la calificación de la aptitud profesional.*

El Tribunal legalmente constituido (dice la *Sentencia* de 11 de marzo de 1940) está plenamente facultado para llevar a efecto la clasificación de los aspirantes, apreciando la totalidad de sus merecimientos y de sus cualidades, siendo indudable que la Administración (el Ayuntamiento)

(29) Sin embargo, se estima válida la resolución, aunque el informe preceptivo se reciba con posterioridad a la terminación del concurso, pues esta circunstancia no puede mermar el mérito del autor, ni ser causa para desconocer el servicio que con la publicación del libro, hecha antes del concurso, ha prestado a la enseñanza (*Sentencia* de 16 de abril de 1916).

no tiene opción para elegir entre los peticionarios (*Sentencia* de 11 de marzo de 1947).

Es deber proclamar con todo rigor y exactitud la tesis de que siempre que se han nombrado en nuestra nación Tribunales de oposición se les ha conferido implícitamente total y absoluta soberanía para sentar sus juicios, *pues nunca se ha instituido sobre ellos otro que pudiera revisar los mismos*, ni además sería prácticamente posible respecto a ejercicios no desarrollados por escrito, ni recogidos por taquígrafos (*Sentencias* de 7 de enero de 1932, 22 de febrero de 1949 y 3 de marzo de 1947), ni la Sala puede revisar la calificación, porque invadiría las facultades del Organismo encargado de hacerla. La Sala, dice la *Sentencia* de 26 de abril de 1926, no puede sustituir con su juicio el de la autoridad técnica designada al efecto. La valoración de los ejercicios de una oposición es operación técnica, ajena a la competencia de la jurisdicción de agravios (*Acuerdo* de 19 de octubre de 1951, *Orden* de 10 de noviembre y «B. O. del E.» de 23 siguiente).

El único capacitado legalmente para formular el juicio de aptitud de los aspirantes es el Tribunal examinador (*Sentencia* de 14 de junio de 1943).

Estu regla constituye uno de los principios más sostenidos por nuestra jurisprudencia, según puede apreciarse.

La libre apreciación pericial de los exámenes realizados por los opositores es de la exclusiva competencia del Tribunal técnico designado para juzgar las pruebas (*Sentencia* de 10 de octubre de 1946). El único órgano competente para juzgar los ejercicios de los opositores no es la Administración, sino el Tribunal técnico por ella nombrado (*Sentencia* de 23 de marzo de 1945; Agravios, *Orden* de 11 de marzo de 1948). El Tribunal calificador del concurso es quien exclusivamente está autorizado para el reconocimiento de aptitud de los aspirantes (*Sentencia* de 11 de enero de 1949). En el Tribunal nombrado para juzgar los ejercicios se delegan plenamente las facultades para calificación de la suficiencia y méritos de los opositores (*Sentencia* de 5 de junio de 1935). La competencia para declarar la aptitud corresponde exclusivamente al Tribunal designado al efecto (*Sentencia* de 26 de mayo de 1940 y 11 de enero de 1949). La potestad de juzgar los ejercicios de las oposiciones reside únicamente en el Tribunal examinador de las mismas, encargado de fijar méritos y declarar aptitudes (*Sentencia* de 24 de enero de 1934). La valoración

de los méritos es de la exclusiva competencia del Tribunal (*Sentencias* de 11 de marzo de 1947, 23 de marzo de 1945, 16 de abril de 1945, 14 de junio de 1943 y 8 de junio de 1936). No es posible revisar en Agravios la apreciación del Tribunal, porque versa sobre materia ajena a toda cuestión jurídica (Acuerdo de 19 de octubre de 1951, Orden de 10 de noviembre y «B. O. del E.» de 31 siguiente).

c) *El procedimiento y las funciones del Tribunal examinador, con referencia especial al sistema de oposición.*

Al estudiar el procedimiento de actuación del Tribunal en el desarrollo de la oposición no nos proponemos más que reseñar las cuestiones fundamentales que plantea y los criterios que la jurisprudencia señala para resolverlas. Sería de una prolijidad ajena a la indole de esta obra exponer la minuciosidad de los detalles que cada Reglamento establece para la puesta en práctica de este procedimiento de selección; esfuerzo, además, prácticamente inútil, puesto que cada convocatoria expresa las disposiciones por que se rige, para conocimiento de los interesados.

La Administración delega en el Tribunal para la resolución de las pruebas a que han de someterse los que aspiran a formar parte de los Cuerpos del Estado. Esta delegación implica unas ciertas facultades que se traducen en las funciones que el Tribunal tiene atribuidas desde el momento de su composición. Su actuación comienza, en unos casos, con el examen de la capacidad legal de los aspirantes, a la que sigue la publicación de la lista de los admitidos a la práctica de las pruebas (30). En otros casos, este examen previo y esta declaración de aptitud la realiza la Administración, y la actuación del Tribunal comienza al ponerse en contacto con los opositores.

(30) Caso singular de amplitud de estas facultades es el de «excluir de la lista de opositores a los que no juzguen dignos de pertenecer al Cuerpo», que concede al Tribunal examinador el Reglamento de Médicos Forenses de 14 de mayo de 1948. En el ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado, la Dirección General de lo Contencioso publicará la lista de los opositores que pueden ser admitidos al sorteo, pero es facultad del Tribunal resolver en definitiva y sin ulterior recurso las reclamaciones en trámite de alzada de los que hayan sido excluidos de la lista, que podrán elevarlos a la Dirección General (Decreto de 11 de junio de 1948, art. 98).

a') *Criterios relativos a la composición y actuación de los Tribunales.*

En la *composición del Tribunal* se persigue la garantía de un juicio recto en la multiplicidad de sus miembros y en la diversidad de su preparación. Para que sus actuaciones respondan a este fin, es preciso que se reúnan un número de jueces (que los Reglamentos determinan) para que los ejercicios puedan considerarse como válidos. Carecen de eficacia las alegaciones y cálculos de proporcionalidad fundados en no haber asistido el número suficiente de jueces, cuando este número rebasa el mínimo fijado por el Estatuto (del Magisterio), y no cabe tampoco admitir que este particular únicamente produjera lesión de derecho cuando no se prueba ni se ha intentado justificar que en el propio ejercicio y para calificar a los demás opositores fuese mayor el número de jueces (*Sentencia* de 26 de junio de 1922).

Cuando la oposición consta de varios ejercicios, el juez que deja de presenciar alguno cesa en sus funciones, y si cesa queda excluido del derecho de votar (*Sentencia* de 22 de abril de 1908).

Las normas que, a partir de la constitución del Tribunal, se refieren a cualquier circunstancia de los ejercicios, han de ser tomadas por acuerdos de aquél, estimándose como tales las decisiones de la mayoría. Sin embargo, el acuerdo del Tribunal que no es notificado, ni siquiera hecho público, no crea ningún derecho (*Sentencia* de 16 de abril de 1945).

En oposiciones numerosas, la diferencia de fecha de actuación puede suponer una indiscutible ventaja en la preparación de los opositores; para salvarla con un criterio de justicia es norma común, como ya dijimos al tratar del contenido de la convocatoria, verificar un sorteo; por ello no existen infracciones reglamentarias cuando los exámenes comenzaron el día señalado en la convocatoria, habiéndose celebrado y hecho público con la necesaria antelación el sorteo de los solicitantes para fijar el orden en que habían de actuar (*Sentencia* de 12 de noviembre de 1934).

De aquí que, llegado el día de actuación, cuando el Tribunal llama y no se comparece, ni se alega en dicho acto causa debidamente justificada que lo impidiera, se da motivo suficiente para que el Tribunal tenga por decaído al opositor de su derecho (*Sentencia* de 12 de noviembre de 1934). Es la cuestión de los denominados «segundos llamamientos», aceptados en unos Reglamentos sin preceptuar justificación de no com-

parecencia en la primera convocatoria (31), condicionados en otros a la debida demostración de imposibilidad de actuación en el momento señalado (32), y tajantemente prohibidos en los menos (33). De todos modos, no puede procederse jamás a un segundo llamamiento cuando ya se esté practicando el segundo ejercicio, ya que ello equivaldría a tolerar una práctica abusiva y viciosa, y con ello un precedente, que restando autoridad y prestigio al Tribunal de exámenes podría amparar determinadas arbitrariedades del mismo (*Sentencia* de 12 de noviembre de 1934).

b') *Criterios relativos a la discrecionalidad técnica de los Tribunales.*

En cuanto se refiere concretamente a la práctica de los ejercicios de aptitud, cada Reglamento especifica en los que han de consistir los de la respectiva oposición. Con referencia a los concursos, estudiamos en epígrafe aparte la valoración de los méritos que entraña en sí la práctica del concurso; aquí nos referimos a las cuestiones de procedimiento general, que pueden considerarse comunes a ambos sistemas.

Rige en ellos, como norma fundamental, el principio de que la convocatoria es ley, y, en consecuencia, los vicios que alteren las normas a que los concursantes y la Administración están sometidos hacen ineficaz la resolución recaída (*Sentencia* de 12 de febrero de 1941), aun en el supuesto de que la Administración hubiera restringido sus facultades, pues al imponerse voluntariamente unas reglas para tramitar el concurso, su cumplimiento es inexcusable.

Cuando la Ley o el Reglamento por que se rija la prueba a practi-

(31) Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, art. 17; en los ejercicios segundo y tercero sólo habrá un llamamiento. En las oposiciones a Registradores de la Propiedad, en los dos primeros ejercicios; el no concurrir al tercero o cuarto cuando corresponda a su grupo, será causa de eliminación (Decreto de 29 de septiembre de 1944). En las del Cuerpo de Abogados del Estado, al terminar en cada ejercicio la lista de opositores, se llamará al que no se hubiere presentado (Reglamento de 27 de julio de 1943, art. 96).

(32) Reglamento del Cuerpo de Letrados del Ministerio de Justicia de 12 de diciembre de 1947, art. 30.

(33) En las oposiciones a Cátedras de Universidad, el no asistir puntualmente a los actos lleva consigo la exclusión. En caso de imposibilidad por causa debidamente justificada antes del acto de que se trate, el Tribunal tiene facultad para suspender los ejercicios, por un plazo que no exceda de ocho días, o continuarlos, aplazando hasta el último lugar los del opositor a quien afecte la imposibilidad (Reglamento, art. 17).

car deja como discrecional alguna parte de ella (quinto y sexto ejercicio de las oposiciones a Cátedras de Universidad), es función del Tribunal reglamentar dicho ejercicio, que debe darse a conocer a los interesados con la antelación precisa, así como también la resolución de las dudas que en la práctica de alguno de ellos pudieran suscitarse. El concurso y la práctica de los ejercicios es potestad del Tribunal, y no puede impugnarse su realización por opositor que no hizo acto de presencia, aunque alegase con certificado médico un estado de enfermedad agudo (Agravios, Orden de 1.º de junio de 1948). El mismo criterio impera en lo relativo a la apreciación de si en el programa de un opositor a Cátedra (de Escuela Superior de Agricultura) se conserva el carácter histórico y filosófico de la asignatura, y si en el ejercicio práctico los dibujos se acomodan a las bases establecidas por el Tribunal, porque son cuestiones técnicas reservadas a su libre juicio, excluidas, por tanto, de revisión (*Sentencia* de 5 de diciembre de 1902). La falta de sanción reglamentaria aplicable a la mayor o menor duración del tercer ejercicio de las oposiciones (a Cátedras) revela que el legislador ha querido dejar al Tribunal toda la libertad necesaria para juzgar sin trabas ni limitaciones de la respectiva aptitud de los opositores, decía ya la *Sentencia* de 21 de junio de 1904.

En el curso de las pruebas, la actuación de los jueces o de los opositores puede dar lugar a protestas de los interesados (infracción del aislamiento prescrito, consulta indebida de textos o notas, violación, en suma, de lo que las Leyes y Reglamentos aplicables establecen). Tales protestas se deben dirigir por escrito al Tribunal, que ha de informarlas al tramitarlas a la superioridad si el caso lo requiere. No puede alegarse infracción legal cuando el interesado no ha cumplido las prescripciones del Reglamento (de Cátedras de Institutos, de 4 de septiembre de 1931, artículo 21) que dispone que las protestas que formulen los opositores contra cualquier acto posterior a la constitución del Tribunal, así como las protestas de los actos de la última sesión que se celebre, se presentarán ante el Tribunal dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la realización del hecho que las motive, para que, con el informe de aquél, sean remitidas al Ministerio de Educación Nacional, que resolverá lo que estime conveniente (Agravios, Acuerdo de 3 de febrero de 1950, Orden de 10 de marzo y «B. O. del E.» de 24 siguiente). En algún Reglamento se establece como función del Tribunal la inmediata expulsión

de la oposición de quien se sorprenda infringiendo las normas de la misma en cuanto a la práctica de los ejercicios (34).

En la realización de los ejercicios escritos es norma común que los pliegos que se entregan a los examinandos lleven, como garantía, la firma de algún miembro del Tribunal, generalmente del Secretario. También es función de este miembro leer los ejercicios escritos de los opositores en caso de ausencia o imposibilidad justificada, y el hacerse cargo, para su custodia, cuando la lectura de los ejercicios no pueda realizarse a continuación de su práctica.

La facultad del Tribunal de suspender los ejercicios una vez comenzados tiene sus límites, pues sólo puede hacerlo por causas muy justificadas y procurando que hayan practicado todos los opositores el ejercicio en curso.

c') *Criterios relativos al régimen de las votaciones de los Tribunales.*

En su lugar nos ocupamos de las facultades de los Tribunales en orden al contenido de los juicios sobre la aptitud técnica de los opositores o concursantes. Una de las cuestiones más interesantes de la actuación de los Tribunales es la relativa a la votación o emisión de sus juicios. Con el carácter de generalidad en que nos movemos, veamos los dos problemas fundamentales de dicho acto de los Tribunales: el modo de proceder a la votación y la resolución de los empates.

La votación puede ser pública o secreta, no presentando esta última duda práctica, más que la prohibición de abstenerse que algunos Reglamentos establecen (35), pues lo interesante es que los miembros del Tribunal hagan constar en acta la opinión que les ha merecido el opositor o concursante. La votación pública, por ser un acto que ha de celebrarse ante interesados y terceros, requiere que de antemano se fije la norma y el orden por el que han de votar los miembros del Tribunal, para evitar toda clase de dudas y vacilaciones; el orden se establece generalmente en relación inversa a la antigüedad en el Cuerpo; pero prueba de lo intrascendente que, a fin de cuentas, es esta ritualidad para el resultado que se desea obtener es la prescripción de algún Reglamento (el de Letrados de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia), de que este or-

(34) Vid., por ejemplo, art. 35 del Reglamento del Cuerpo de Letrados del Ministerio de Justicia de 12 de diciembre de 1947.

(35) Así, en el Reglamento orgánico del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses de 14 de mayo de 1948, art. 8.º, norma séptima.

den siga el alfabético de los primeros apellidos de todos los vocales y del presidente. La votación es nominal, y en las oposiciones que constan de varios ejercicios es norma que fijan los Reglamentos calificar cada uno de ellos a su terminación, procediéndose a votar primero la aprobación o no del aspirante y seguidamente la puntuación. Se entiende como tal puntuación el cociente de dividir la cifra de puntos alcanzados por el número de votantes.

Es obvio que el primer puesto en la relación de opositores aprobados corresponde al que haya obtenido la puntuación más alta. En esta norma general se apoya la doctrina del Tribunal Supremo que declara como resolución implícita de conceder preferente aptitud al opositor que obtuviera puntuación más alta, la del Tribunal por la cual se fija el número y clases de pruebas que habían de realizar y la forma de calificar los exámenes orales y los trabajos presentados (*Sentencia* de 26 de mayo de 1944). En algunos Cuerpos, en vez de un número de puntos necesarios para ingresar, se fija el número de votos concordés de los miembros del Tribunal necesarios para que exista propuesta, sin que se computen —según doctrina de la jurisprudencia— los votos en blanco, bastando para la adopción del acuerdo y su efectividad que concurra a favor el número de votos o la mayoría que en cada caso se hubiere prescrito o establezca la norma legal o reglamentaria (*Sentencias* de 21 de octubre de 1918 y 11 de junio de 1931). Sin embargo, cuando un Reglamento (el de Cátedras de 11 de agosto de 1911) sólo autoriza tres votaciones para que el Tribunal formule la oportuna propuesta, y verificadas aquéllas sin que ninguno de los opositores obtuviera la mayoría absoluta de votos que dicho artículo requiere, lejos de proceder a una nueva votación, debe declararse no haber lugar a la provisión, anunciando nuevamente la vacante (*Sentencia* de 11 de abril de 1904).

En uno y otro sistema puede producirse el empate: bien porque dos o más opositores hayan obtenido idéntica puntuación, bien porque consigan el mismo número de votos necesarios para que exista propuesta. Es regla tradicional que el Presidente del Tribunal tenga atribuida la facultad de dirimir los empates, de suerte que el favorecido con su voto es el que obtiene el derecho a la provisión, y así, en *Sentencia* de 23 de mayo de 1930, se declaraba que el empate no permite la declaración de no provisión, pues en tales casos el voto del Presidente lo resuelve (vid. *Sentencia* de 31 de enero de 1920).

En relación con los empates del primer caso, en los que la solución señalada no es posible, la jurisprudencia ha establecido la doctrina siguiente :

El Tribunal Supremo encuentra muy adecuado, y quizás la única forma posible de resolver el caso de empate, el proceder a una nueva votación (*Sentencia de 7 de enero de 1932*).

El haber resuelto el Tribunal de oposición el empate entre dos opositores que merecieron superior calificación sometiéndolos a nuevas pruebas, no causó agravio al derecho de los opositores, ni la prueba amplia-toria para los dos seleccionados y empatados puede implicar en modo alguno la infracción de las bases de la convocatoria, ley para el Ayuntamiento y los opositores, que la aceptaron y concurrieron a ella. Lo hecho por el Tribunal, con acuerdo unánime, acusa, además de un gran espíritu de rectitud, un vivo deseo de rodear su propuesta de las posibles garantías, de evitar el absurdo que supondría dejar desierta la plaza para la que habían probado su suficiencia dos opositores (*Sentencia de 8 de abril de 1936*).

Cuando en una convocatoria se establece una calificación previa (puntos a los años de servicios en propiedad y en la categoría y por la calidad de los títulos), si bien es obligado reconocerle eficacia como sumando de la calificación total, no es admisible que los antecedentes que la determinan surtan además el efecto de resolver un empate, porque de ello se deduciría la consecuencia injusta de que esas circunstancias profesionales se apreciarían dos veces, con perjuicio de los opositores que actuaron ya con la notoria desventaja de su calificación previa inferior, que sólo podían compensar con un mayor acierto en sus ejercicios, merecedor de ser estimado (*Sentencia de 9 de julio de 1932*).

Los Reglamentos establecen como facultad del Tribunal la resolución del empate, en unos casos, libremente, y en otros, teniendo en cuenta los méritos comprobados en la documentación (36).

d') *La subsanación de las infracciones de la actuación de los Tribunales por consentimiento de los aspirantes.*

La jurisprudencia aplica la misma regla que con relación a la convocatoria. El consentimiento de los aspirantes subsana las irregularidades

(36) Vid. art. 99 del Reglamento de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y Cuerpo de Abogados del Estado de 27 de julio de 1943.

que hubieran cometido los Tribunales durante su actuación. Basta con señalar aquí unos ejemplos.

El aceptar sin protesta las bases del concurso, entre las que se hallaba como esencial y previa la aprobación del examen o prueba de aptitud, hace que a ellas hubiera de atenderse, pues a nadie le es lícito ir contra sus propios actos. El no hallarse incluido en la calificación, dado que se había de resolver de acuerdo con esta propuesta, priva de derecho para impugnar todos los acuerdos posteriores a la eliminación (*Sentencia* de 11 de junio de 1931). A *sensu* contrario, se infringen las bases del concurso al prescindir de las pruebas de aptitud que se habían exigido como parte integrante de los elementos de juicio que habían de tenerse en cuenta al resolver el concurso, y se vulnera el derecho que los concursantes tenían reconocido por ley de la convocatoria, a que se tuvieran en cuenta y se apreciaran discrecionalmente, pero totalmente, los elementos y pruebas de aptitud que se habían exigido (*Sentencia* de 13 de mayo de 1935); pero no puede declararse fuera de las condiciones exigidas para el concurso por la sola circunstancia de haber hecho un dibujo sin determinar la escala, pues ello no lo estableció el Ayuntamiento en las bases de la convocatoria (*Sentencia* de 10 de octubre de 1946).

El actuar sin protesta ante el Tribunal viciosamente constituido y en unas oposiciones originariamente nulas, sin formular queja ni reclamación hasta después de elevada la propuesta, hace indudable el asentimiento, incluso a las infracciones que se enumeran como fundamento de la petición de nulidad, pues sería altamente demoledor y contrario a toda equidad acordar nulidades a instancias de quien, perfectamente conocedor de los vicios que pudieran originarlas, no vaciló en seguir para ver de beneficiarse (*Sentencias* de 17 de enero de 1930 y 5 de junio de 1950).

Convocados los ejercicios, es a los interesados a quienes incumbe estar al corriente de las resoluciones que a ellos se refieren; de aquí que, si una Orden entrañase, respecto de otra anterior, alguna novedad en las condiciones reguladoras del concurso, lesiva para los derechos del interesado, puede éste, al conocerla, impugnarla en forma; pero al omitir esta impugnación le está vedado después discutir la aplicación de la misma por la Administración activa (*Sentencia* de 28 de septiembre de 1948).

La impugnación de los actos del Tribunal sólo cabe estimarla cuando se trata de contradicciones de lo establecido en las Leyes o Reglamentos a

los que ha de someterse la convocatoria, o si lesionan derechos de los solicitantes. No pueden estimarse como vicios sustanciales de procedimiento el que se hiciese en algún caso el llamamiento para el ejercicio escrito sin atenderse al orden alfabético de los apellidos, que preceptúa el Estatuto, ni que en todos los folios de dicho ejercicio faltasen las firmas, que en algunos sólo aparecen en el último, ni que falte en los antecedentes remitidos el ejercicio caligráfico de una de las opositoras, ni que el problema de aritmética se propusiese por reales en vez de hacerlo por pesetas (*Sentencia* de 5 de julio de 1930). Tampoco puede estimarse como vicio de un concurso, cuando las disposiciones no exigen número de publicaciones, la irregularidad de que en el informe del Rectorado se dijera que remitía la hoja de servicios y tres volúmenes, y luego apareciesen ocho en el expediente, cuando se comprueba que la hoja llegó a tiempo, y que el requisito de aportación quedaba cumplido lo mismo presentándose tres que ocho publicaciones (*Sentencia* de 9 de noviembre de 1932).

4) *Facultades de los Tribunales en los concursos de méritos.*

Las facultades de los Tribunales técnicos encargados de calificar los méritos de los aspirantes se determinan en relación a la clase de concurso.

a) *Concursos de méritos de apreciación discrecional.*

La jurisprudencia ha consagrado también un principio general que dice así: *el apreciar los méritos de los solicitantes en un concurso es función propia de la potestad discrecional de la Administración, que sólo se convierte en reglada cuando las disposiciones por que se rija el concurso establecen un orden de preferencia al que haya de sujetarse la elección, y siempre que los aspirantes reúnan las condiciones de la convocatoria* (*Sentencias* de 6 de mayo y de 12 de junio de 1949, 13 y 27 de febrero, 30 de abril, 17 de junio y 2 de diciembre de 1948, 20 de marzo de 1946 —por no haberse autolimitado la Administración y no haber sido impugnada la convocatoria (37)—, 30 de abril, 24 de junio —a! no existir disposición condicionante de su facultad— y 2 de octubre de 1946 —por no vulnerar ningún derecho administrativo (38)—, 31 de mayo de 1944, 30 de enero de 1943, 3 de junio de 1942, 17 de octubre y 4 de di-

(37) Igual las de 9 de enero y 11 de junio de 1930 y 11 de marzo de 1931.

(38) En el mismo sentido, las de 27 de septiembre de 1930, 15 de febrero de 1928 y 13 de junio de 1901.

ciembre de 1939, 30 de marzo de 1936, 30 de enero, 10 de mayo y 5 de diciembre de 1934, 28 de marzo de 1951, 7 de enero, 9 de abril y 2 de junio de 1930, 20 de abril y 20 de junio de 1929, 18 de febrero de 1928, 4 de julio de 1914 y 6 de febrero de 1908; Autos de 21 de marzo de 1903 y de 13 de febrero de 1894. En Agravios, *Acuerdos* de 12 de mayo de 1950, Ordenes de 21 de junio y «B. O. del E.» de 29 siguientes; de 17 de junio de 1949, Orden de 28 de octubre y «B. O. del E.» de 3 noviembre siguientes; de 8 de julio de 1949, Orden de 29 de septiembre y «B. O. del E.» de 4 de octubre siguientes; 16 de marzo de 1951, Orden de 12 de mayo, «B. O. del E.» de 25 siguiente; de 19 de octubre de 1951, Orden de 10 de noviembre y «B. O. del E.» del 24; y 19 de octubre, Orden de 14 de noviembre y «B. O. del E.» de 25 siguiente).

Este principio de apreciación discrecional y conjunta de los méritos se ha estimado en toda su eficacia cuando, aun señalándose méritos preferentes, no se establece un orden entre ellos (*Sentencia* de 17 de junio de 1940); si establecida una condición de preferencia no se alega y prueba por alguno de los aspirantes (*Sentencias* de 2 de octubre de 1946 y 17 de marzo de 1930), o cuando se reserva a la Administración la facultad de apreciar discrecionalmente las demás condiciones del aspirante titular de un mérito preferente (*Sentencia* de 15 de octubre de 1921).

La discrecionalidad se reconoce cuando en la convocatoria se dice que todos aquellos que se interesen por la plaza son llamados a un concurso de méritos, sin otra ni mayor especificación, porque supone la inexistencia de toda norma reglada (*Sentencias* de 26 de enero de 1945 y 30 de abril de 1946); si falta en las bases un orden gradual de méritos que señala la preferencia entre los concursantes (*Sentencias* de 9 de enero, 2 y 11 de junio de 1930, 11 de marzo de 1931, 17 de octubre de 1939, 3 de junio de 1942 y 13 de febrero de 1948); igualmente, si las disposiciones de aplicación no limitan las facultades de la autoridad (*Sentencia* de 13 de junio de 1901); y cuando se reservan las facultades de apreciación de las condiciones objetivas y subjetivas (*Sentencias* de 6 de mayo y 12 de junio de 1949); o si se presenta la dificultad de resolver de entre los servicios alegados cuál es más relevante (*Sentencia* de 28 de febrero de 1950).

La declaración del principio no es suficiente para conocerlo en toda su importancia, en cuanto al orden de facultades que se atribuyen a los Tribunales o Administración, en la apreciación de los méritos.

En otras decisiones se mantiene la doctrina de que las facultades de apreciación discrecional de los méritos han de reconocerse aun en los concursos en que sea preceptivo establecer un orden preferente de méritos si en la convocatoria no se señaló.

Así, en la *Sentencia* de 26 de febrero de 1950 se declara que, si bien es preceptivo para todo Ayuntamiento, cuando se trata de la provisión por concurso de plazas de funcionarios municipales, técnicos o titulados, establecer en el mismo escala gradual de méritos, por orden de preferencia, cuando omitan esta obligación se entiende, según se tiene constantemente repetido por la Sala, que deja todos ellos, cualquiera que sea la importancia y naturaleza de los alegados, al libre criterio y calificación de la Autoridad llamada a hacer la elección, y por sumisión de los concursantes sin protesta ni reclamación, a los términos de la convocatoria (en el mismo sentido, las de 30 abril de 1946 y 12 de febrero de 1948); y cualesquiera que sean los defectos de que el concurso pudiera adolecer (*Sentencia* de 2 de julio de 1930); y aun en el supuesto de que la Administración local interesada acordase el orden de méritos, si en la publicación de la convocatoria, dispuesta por la Administración central, se omitió aquel orden (*Sentencia* de 2 de diciembre de 1948).

Sin embargo, en otras se corrigen acertadamente las interpretaciones extensivas a que pudiera conducir el principio de que nos ocupamos.

La *Sentencia* de 24 de junio de 1946 sostiene que la *facultad de apreciación de las condiciones y títulos en los concursos de méritos queda, desde luego, limitada cuando existen disposiciones generales en las que se señalan como constitutivas de mérito las circunstancias que concretamente se determinan*, por lo que es indudable que en tales casos es obligada la observancia de los indicados preceptos, y a ellos ha de atenerse la Administración al efectuar el correspondiente nombramiento (la misma doctrina en *Sentencias* de 5 noviembre de 1948, 16 de abril de 1945, 13 de mayo de 1940, 25 de abril de 1936, 13 de diciembre de 1931, y *Auto* de 20 de febrero de 1915).

De esta forma, la omisión del orden de preferencia y de prelación de méritos no implica libertad de apreciación por parte de la Administración o de sus Tribunales, como después, en su caso, de los que tengan que revisar la calificación y los nombramientos expedidos.

En este sentido, la *Sentencia* de 26 de junio de 1945 sostiene que, si bien el artículo 231 del Estatuto Municipal y 25 del Reglamento de Se-

cretarios disponen que si nada se estableciera sobre el orden de prelación de los méritos se entiende que deja todos ellos al libre criterio y calificación, ello no implica que el Ayuntamiento, y en su defecto la Dirección General de Administración Local, pudiera dejar de tener en cuenta alguno de los alegados, porque tal sistema equivaldría a desnaturalizar lo que constituye un concurso, convirtiéndolo en una libre designación, lo que el legislador ha repudiado claramente al ordenar se señale prelación de méritos y los únicos que pueden determinar preferencia para el nombramiento (también la de 31 de mayo de 1944) (39).

La misma doctrina en la de 15 de junio de 1936, con referencia a concurso de Cátedras de Instituto, porque *no es lógico admitir —dice la Sala— que el silencio en orden a las preferencias, harto justificado por estar preestablecidas, permitiera un ilimitado arbitrio, traducido en libertad de nombramiento*, porque, a ello se opone toda la doctrina de la Administración expresamente consignada en las disposiciones de aplicación a estos concursos, y en las que se han dictado en garantía de la función y amparo del derecho que los Catedráticos tienen reconocido.

Y la negación del derecho de preferencia de nada sirve cuando existe un ordenamiento legal que señala los servicios que han de tenerse en cuenta como méritos, al resolver los concursos (Sentencias de 21 de octubre de 1942 y 3 de febrero de 1931); como que *la alusión a la libertad de designación inherente a la esencia de los concursos no puede interpretarse en el sentido de que el llamado a resolverlos puede hacer caso omiso del escalonamiento de circunstancias tratado en la respectiva disposición* (Sentencia de 26 de febrero de 1936).

b') *Concursos de méritos preferentes.*

En el concurso de méritos, la estimación de méritos preferentes constituye realmente la primera limitación a las facultades de la Administración, como de los Tribunales o Comisiones calificadoras, en la elección de los candidatos al nombramiento. Cuando el concurso es de méritos sometidos a una apreciación discrecional, puede afirmarse que no existe más límite que la necesidad de que los aspirantes reúnan las condiciones reglamentarias. Por ello, la jurisprudencia califica de potestad

(39) La antigüedad como mérito preferente, al no ser reconocida por la Administración, como se expone en el texto citado, fué la causa de anulación de los nombramientos expedidos en favor de otros concursantes con menos tiempo de servicios.

reglada la que ejerce la Administración en virtud de la eficacia que se otorga a los llamados méritos preferentes.

Cuando la Ley o los Reglamentos especifican, en la provisión por concurso de los cargos públicos, el orden de preferencia de méritos o condiciones entre los que a ellos aspiren, obra la Administración en virtud de facultades regladas, a las cuales habrá de atenerse en los nombramientos, quedando solamente reservado a su poder discrecional la elección, en identidad de condiciones de preferencia, de quien estime más conveniente al buen servicio público (*Sentencias* de 3 de febrero de 1912 y 26 de marzo de 1921).

Si las Corporaciones públicas pueden en determinados casos hacer computación conjunta de los méritos alegados por los concursantes, también es innegable que semejante facultad discrecional se convierte en reglada cuando establece previamente la ley o disposición administrativa la preferencia a que ha de ajustarse la elección o nombramiento; y si los méritos de uno de los aspirantes no admiten término comparativo con los demás, por carecer de ellos o no haberlos justificado durante el concurso, hay que admitir el principio de que la falta de elementos de relación impide en aquella facultad hacer la apreciación sintética o computación de conjunto que requiere, para que sea racionalmente ejercitada, dualidad por lo menos en cuanto a personas a quienes afecta, y dualidad también de circunstancias o cualidades (*Sentencias* de 28 de abril y de 26 de junio de 1934 y 26 de abril de 1940).

En los casos en que las convocatorias establecen varias categorías, sin orden de prelación, la propuesta y nombramiento han de recaer forzosamente en cualquiera de los aspirantes que hubieran alegado alguna de las condiciones de preferencia, pero no en otros, como requisito para su eficacia y efectos oportunos (*Sentencias* de 23 de abril y 6 de diciembre de 1946, 28 de noviembre y 29 de octubre de 1945, 23 de junio y 16 de diciembre de 1932, 25 de febrero de 1930, 13 de junio de 1922, 26 de marzo y 28 de octubre de 1931, 4 de junio de 1918, 18 de noviembre de 1947, 5 de febrero de 1948, 28 de octubre de 1917 y 10 de febrero de 1908; en *Agravios*, *Acuerdos* de 12 de marzo de 1950, Orden de 21 de junio y «B. O. del E.» de 29 siguientes; de 21 de marzo de 1952 (dos), Orden de 6 de mayo y «B. O. del E.» del 16 y de 14 de marzo, Orden de 31 de mayo y «B. O. del E.» de julio siguiente); aun en el supuesto de que una condición tuviera dicho carácter (*Sentencia* de 13 de marzo

de 1936). Se considera que sólo fué establecida la preferencia, pero no la escala gradual de la misma, aunque así figurara en la convocatoria, cuando en ésta se añadía «a juicio de la Corporación» (*Sentencia* de 23 de junio de 1932).

En cuanto a la estimación de méritos con el carácter de preferentes, como a la interpretación de las normas que los reconocen o establecen, también podemos señalar algunos criterios reconocidos por la jurisprudencia en sus declaraciones.

Las preferencias sólo pueden otorgarse a los méritos referidos en la convocatoria (*Sentencias* de 30 de junio y 27 de noviembre de 1943, 16 de febrero de 1935; *Agravios*, Orden de 31 de marzo de 1949), para que tengan virtualidad legal.

Es ilegal toda resolución de concursos basada en méritos que no fueron calificados en la convocatoria, porque constituyen hechos extraños que no han de tenerse en cuenta (*Sentencia* de 25 de marzo de 1948).

Las condiciones de preferencia han de ser notorias para que puedan ser estimadas (*Sentencia* de 5 de diciembre de 1931), y acreditadas reglamentariamente (*Sentencia* de 25 de febrero de 1946). Los méritos o condiciones de preferencia han de ser reconocidos por las disposiciones reglamentarias, para que puedan alegarse con eficacia (*Sentencia* de 6 de marzo de 1931, vid. *Agravios*, *Acuerdo* de 31 de marzo de 1949, Orden de 18 de febrero, «B. O. del E.» de 9 de abril siguiente).

Ha de reconocerse como tendencia la de restringir la libertad de apreciación de méritos y subordinarla a normas fijas y preceptivas que eviten que los nombramientos se funden en motivos que no sean de objetividad absoluta en cuanto a las condiciones científicas y capacidad de los concursantes (*Sentencia* de 28 de abril de 1934), sin que ello sea obstáculo a que los motivos de preferencia sean interpretados estrictamente (*Sentencias* de 30 de abril y 6 de julio de 1932).

c') *Concursos de méritos valorados reglamentariamente.*

La provisión de vacantes mediante concursos de méritos valorados en las disposiciones legales y reglamentarias del Cuerpo a que corresponden constituye una de las más decisivas limitaciones a la potestad de la Administración en la elección de funcionarios profesionales. Se tiende así a que el principio de igualdad de todos los ciudadanos según el mérito y la capacidad tenga efectivo cumplimiento. Al determinarse el va-

lor de cada mérito la intervención administrativa de ejecución se concreta a una simple operación matemática para conocer la puntuación que procede otorgar a cada uno de los candidatos en relación a los méritos alegados por los mismos. Los nombramientos en este sistema han de recaer en favor, por su orden, de los aspirantes que hubieren obtenido mayor número de puntos.

Sin embargo, los concursos de méritos valorados reglamentariamente no son de los más comunes, ni siempre condicionan con la misma intensidad la potestad de la Administración. En primer término, por cuanto la previsión de la ley o del reglamento no puede nunca alcanzar a la multiplicidad y variedad de naturaleza de los méritos que pueden alegar los aspirantes. Salvo los casos en que se limitan los méritos que pueden ser objeto de valoración, es preciso reconocer cierta discrecionalidad para la calificación y puntuación de aquellos otros no previstos en la norma y que pueden justificar los concursantes. Pero, además, el interés público exige que los nombramientos para ciertos cargos recaigan en personas cuya idoneidad técnica venga acompañada de unas condiciones personales (iniciativa, capacidad de mando, de organización, etc.) que aseguren la satisfacción más plena de las funciones propias del empleo o cargo. Así, aparece un sistema mixto en que ciertos méritos son objeto de valoración absoluta conforme al baremo contenido en la disposición legal o reglamentaria y otros méritos o circunstancias de valoración conjunta, según apreciación de la Administración o de los Tribunales en los que delega. El sistema, objetivamente utilizado, puede constituir la solución de equilibrio entre las dos tendencias extremas: la de discrecionalidad total de la Administración y la de sumisión de la misma a un procedimiento y a unos criterios reglados que anulen hasta el máximo el arbitrio de aquélla. Es preciso enjuiciar siempre los problemas administrativos conforme al principio del interés público y resolverlos de forma que con la satisfacción del mismo venga respetada la garantía debida a los administrados; la ley es el verdadero árbitro de uno y otra.

Por ello, en el sistema de méritos tasados y méritos de apreciación discrecional hay que cuidar mucho de no romper el equilibrio que el legislador busca entre los dos intereses, lo que puede suceder si el concurso se resuelve conforme a reglas de pura discrecionalidad.

En el Reglamento de funcionarios de Administración Local, aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1952, se establece el sistema que ex-

ponemos, para los nombramientos en propiedad de Secretarios, Interventores y Depositarios, que se otorgarán mediante concurso y a propuesta en terna del Tribunal calificador nombrado al efecto (art. 193). Los méritos de los concursantes serán, a efectos de su estimación, de doble carácter: méritos específicos de valoración absoluta y circunstancias de calificación conjunta. La puntuación total de cada concursante será el producto de multiplicar la suma de puntos que representen sus méritos específicos por el *coeficiente* con que lo haya calificado el Tribunal. La tabla de valoraciones y el coeficiente de calificación que podrá otorgar el Tribunal se establecen en el Anexo al Reglamento (art. 195).

d') *Escala gradual de méritos preferentes. Su eficacia.*

Al señalarse en la convocatoria, por mandato de la ley o por propia voluntad de la Administración, una escala u orden gradual de méritos preferentes, se establece un límite a la potestad del organismo calificador de los méritos de los concursantes, cuya observancia es ineludible como condición de legalidad y eficacia de las propuestas y nombramientos.

La jurisprudencia sostiene este criterio y declara que *la calificación de la preferencia se acentúa con la ordenación de la misma*. Así, la Sentencia de 16 de marzo de 1940, según la cual este sistema supone, en principios de buena lógica, que los primeros excluyan a los que inmediatamente siguen, y lo mismo los sucesivos, de tal suerte, que precisa examinar cada grupo de méritos y por su orden, pues la graduación coordinada con la preferencia tiene carácter de exclusiva, y termina en el momento en que se demuestra que uno de los concursantes tiene preferente derecho respecto a los demás aspirantes en relación a los grupos o bases fijadas en el concurso. La discrecionalidad sólo puede ejercerse para decidir la opción entre varios concursantes que se encuentran en un mismo grupo de méritos.

El orden de preferencia en los méritos tiene un carácter excluyente, no enumerativo.

En este punto, la doctrina es constante y uniforme (*Sentencias* de 3 de junio de 1947, 20 de marzo de 1946, 7 de marzo y 5 de julio de 1945, 20 y 21 de diciembre de 1944, 16 de marzo y 27 de mayo de 1940, 8 de febrero, 18 de marzo, 25 de abril y 10 de junio de 1936, 3 y 10 de octubre de 1936, 22 de marzo y 29 de noviembre de 1934, 23 de abril y 14 de

junio de 1932, 3 y 13 de enero y 4 de julio de 1931, 15 de enero, 20 de marzo —puesto que la preferencia es primacía y ventaja que una persona tiene sobre otra— y 11 de diciembre de 1930, 2 de septiembre y 24 de noviembre de 1928, 4 de febrero de 1927 y 8 de marzo de 1924).

El orden gradual de méritos preferentes impone un orden defectivo y excluyente, de forma que la elección ha de hacerse en favor del aspirante en quien concurra la condición por su orden preferente, y sólo en el supuesto de que dos o más concursantes se encuentren comprendidos en el mismo grupo, puede resolver discrecionalmente la Administración. La condición primera excluye a los siguientes, y así sucesivamente, por el orden de preferencia establecido. La discrecionalidad de la autoridad de nombramiento y de los organismos llamados a dictaminar queda limitada al juicio técnico de los méritos alegados por los aspirantes, para relacionarlos después de acuerdo con el orden legal de preferencia (en este sentido, *Sentencias* de 15 de junio de 1936, 16 de noviembre de 1935, 5 de diciembre de 1931, 28 de enero de 1925 y 31 de marzo de 1932; *Agravios, Acuerdos* de 28 de marzo de 1952, Orden de 7 de abril y «B. O. del E.» de 12 siguientes; y de 17 de agosto de 1951, Orden de 25 de septiembre y «B. O. del E.» del 29). Y es admisible recurso por infracción del orden de preferencias, como consecuencia de indebida valoración de los méritos (vid. *Acuerdo* de 17 de agosto de 1951).

Todo ello, porque carecerían de finalidad las condiciones de preferencia y su orden (*Sentencias* de 11 de diciembre de 1930 y 3 de enero de 1931). Y el orden de preferencia obliga por imperio de las disposiciones legales de la misma convocatoria (*Sentencia* de 28 de octubre de 1921).

5.—LA EFICACIA JURÍDICA DE LAS PROPUESTAS DE LOS TRIBUNALES EXAMINADORES Y LAS FACULTADES DE REVISIÓN DE LA AUTORIDAD DE NOMBRAMIENTO.

A) *El régimen de las propuestas de los Tribunales examinadores.*

a) *Introducción.*

La Administración actúa; por regla general, facultades regladas cuando acuerda y resuelve la provisión de vacantes de sus cuadros de personal. El carácter reglado de su facultad y del procedimiento a través del cual las ejerce otorga relevancia jurídica a las propuestas, dictáme-

nes, etc., que le formulan los órganos a quienes se atribuye una competencia general o particular, total o parcial, en la calificación del más idóneo para la vacante que se trata de proveer. La relevancia jurídica de los actos de consulta, en sentido lato, guarda relación, como señala SANDULLI (40), con el carácter necesario o no del procedimiento, según que exista o no discrecionalidad en el *iter* que ha de recorrer la Administración.

En efecto, el sistema más común en materia de oposiciones y concursos para la provisión de plazas de funcionarios, comprende, entre sus principios o normas generales, el nombramiento preceptivo de un Tribunal o Comisión de naturaleza técnica, cuya función esencial es la de juzgar y calificar la competencia de los aspirantes a los empleos o plazas anunciados en la respectiva convocatoria.

La forma de constitución y composición de dichos órganos se establece en las disposiciones legales y reglamentarias; no depende de la voluntad de la Administración. La garantía de objetividad en la selección y la competencia técnica que ha de calificarse han impuesto la intervención de órganos periciales que condicionan la libertad de la autoridad de nombramiento. Por ello, según se dijo, la constitución del Tribunal o Comisión y la designación de sus miembros son actos susceptibles de ser impugnados si infringen las disposiciones o normas a las que han de ajustarse.

De todos los actos de los Tribunales o Comisiones examinadoras se distingue por su especial relevancia y trascendencia el acto por el cual formulan ante la autoridad de nombramiento la propuesta en favor del aspirante que juzgan más idóneo y vencedor en las pruebas de la oposición o por los méritos alegados en el concurso.

El acto de propuesta es el más importante por los efectos jurídicos que se le atribuyen. En los casos normales de selección de funcionarios y supuesta la regularidad en la actuación del Tribunal o Comisión, la propuesta es vinculante para la autoridad administrativa, de tal forma, que determina la voluntad de la misma, obligándole a que el nombramiento o nombramientos se otorguen en favor de los aspirantes comprendidos en aquélla, convirtiéndose así en una auténtica manifestación de voluntad la que por naturaleza es sólo un juicio técnico.

(40) *Il procedimento amministrativo*, Milán, 1940, pág. 93.

En este sentido, el acto de propuesta como manifestación de un juicio de naturaleza objetiva es distinto de los actos de consulta o dictamen (41), lo que no obsta a que todos puedan comprenderse en la amplia figura de acto consultivo, diferenciándose por la eficacia que se le atribuye por los ordenamientos generales y especiales en consideración a la materia sobre la que se ejerce y a la finalidad que se persigue con la intervención del órgano de consulta (42).

El reconocimiento de eficacia a los actos de propuesta de los Tribunales o Comisiones examinadoras de los aspirantes a empleos públicos es distinto en grado e intensidad, conforme a exigencias del procedimiento de selección y de los cargos que han de proveerse. En unos casos, la propuesta, calificación, dictamen, es más política y administrativa que técnica; en otros, la emisión de dichos actos se subordina a especial requerimiento de la Administración activa, mientras que en otros depende de la iniciativa espontánea o impuesta legalmente de órgano ajeno o subordinado a la autoridad de nombramiento competente para el cargo que se formula la propuesta. Por ello, es corriente clasificar los actos consultivos: por su necesidad, en facultativos y obligatorios; y por su eficacia, en actos de asesoramiento y actos vinculantes (43). Estos últimos pueden determinar la decisión administrativa positiva o negativamente, o en ambos sentidos, como sucede con los actos de propuesta que estudiamos. La Administración ha de someterse a la propuesta y resolver la oposición o el concurso mediante el acto final de nombramiento que ha de ser conforme a lo formulado en dicha propuesta. Por ello, dice ZANOBINI que el acto de propuesta no sólo es acto de Administración consultiva, sino también de Administración activa.

La diversidad del grado de eficacia que se otorga, según los casos, a las propuestas de los Tribunales, Comisiones y órganos de consulta aconseja estudiar por separado los principios que la jurisprudencia sostiene en los distintos supuestos más generales.

(41) G. VIGNOCCHI, *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Milán, 1950, pág. 233.

(42) Vid. P. CORSO, *La funzione consultiva*, Padua, 1942.

(43) Vid. P. CORSO, ob. cit., pág. 154.

b) *La eficacia de las propuestas unipersonales.*

Las propuestas unipersonales o de relación de aspirantes en número, como máximo, igual al de plazas convocadas, constituyen un límite, el más importante de los establecidos a la libertad de la Administración, en los sistemas de selección de funcionarios.

Las propuestas unipersonales ¿obligan a la Administración?, ¿puede desconocerlas la autoridad administrativa?, ¿constituyen un simple dictamen, facultativo u obligatorio, que no limita la potestad de la autoridad de nombramiento? La condición de órganos técnicos delegados que se otorga a los Tribunales examinadores ¿resta eficacia a sus actos, en especial a los de propuesta de resolución de la oposición o del concurso?

La doctrina científica mantiene, en términos generales, la eficacia de los juicios técnicos de los Tribunales y Comisiones formulados en los actos finales o de propuesta. El reconocimiento de que obligan a la Administración es una exigencia de las garantías estimadas en los sistemas de selección denominados de oposición y concurso, y de los intereses y hasta derechos de los aspirantes cuya idoneidad para los cargos se constata y confirma en el acto de propuesta.

Como dice VIGNOCCHI (44), la propuesta, si no es bastante, es elemento necesario; el juicio que expresa no puede sustituirse por la autoridad administrativa, y es causa de una nueva situación jurídica; la sumisión de la autoridad administrativa a la propuesta del Tribunal no es, sin embargo, absoluta. El mismo autor señala la posibilidad de existencia de vicios de legitimidad; de arbitrariedad en el desarrollo del procedimiento de actuación; de insuficiencia, desproporción y contradicción en los criterios de valoración, etc. En tales casos, la autoridad de nombramiento tiene facultad no sólo para la revisión de los actos del Tribunal, para juzgar de la regularidad de su actuación, sino también para rechazar la propuesta que se le formula y adoptar las medidas que estime necesarias en la órbita de su competencia, en cuanto los vicios señalados no se pueden subsanar por el acto de nombramiento, ya que por su relevancia jurídica pueden impugnarse.

(44) Ob. cit., págs. 235 y ss.

Las propuestas no afectadas por irregularidad sustancial constituyen fuente única y directa de la nueva situación de *status* de los aspirantes comprendidos en las mismas, a los que se reconoce un interés legítimo, tutelado jurídicamente, un derecho condicionado. La propuesta no cierra el entero ciclo del procedimiento de selección: es el nombramiento el que sintetiza todos los varios actos y operaciones (45). Por todo ello, las propuestas no otorgan un derecho absoluto: la reducción de plantillas, la pérdida de las condiciones de capacidad, etc., son hechos que legalmente pueden justificar la carencia de eficacia positiva de las propuestas, relevándose a la Administración, en estos casos, del deber de expedir los nombramientos de conformidad con lo formulado en aquéllas.

En nuestro Derecho se establece el deber de la Administración de someterse a las propuestas que se le formulen por los Tribunales y Comisiones encargados de juzgar y calificar las oposiciones y concursos. Así, el artículo 323, 1, de la Ley de Régimen Local de 1950, establece: «El nombramiento de funcionarios (46) será de competencia de las respectivas Corporaciones. Se efectuará por oposición o concurso, juzgados por Tribunales o Comisiones de carácter técnico-administrativo, que presidirá un representante de la Corporación interesada, la cual deberá atenerse a la propuesta del Organismo calificador, salvo que existiera manifiesta infracción de las bases de la convocatoria. El mismo criterio se recoge expresamente en la disposiciones reguladoras de Cuerpos especiales (47).

La jurisprudencia, sin vacilación, sostiene la misma tesis. En sus declaraciones se señalan los fundamentos que justifican el reconocimiento

(45) *Idem* íd.

(46) Con excepción de los cargos de Secretario, Interventor y Depositario, cuyo nombramiento corresponde a la Dirección General de Administración Local.

(47) El nombramiento de los Catedráticos de Facultades se hará siempre a propuesta del Tribunal juzgador, por el Ministerio de Educación Nacional (art. 58, Ley de 29 de julio de 1943). En el Cuerpo de Abogados del Estado, el Presidente del Tribunal elevará al Ministro la relación de aprobados, a fin de que sean nombrados para las vacantes que existan los que ocupen los primeros números, hasta cubrir aquéllas, constituyéndose con las demás el Cuerpo de Aspirantes (Reglamento de la Dirección General de lo Contencioso y del Cuerpo de Abogados del Estado de 27 de julio de 1943, art. 100). Serán nombrados por su orden para cubrir las vacantes de Letrados de ingreso del Ministerio de Justicia los que figuren en la propuesta aprobada por el Tribunal de oposiciones (Reglamento orgánico del Cuerpo de Letrados del Ministerio de Justicia de 12 de diciembre de 1947, art. 38). Los Jueces de Paz serán nombrados por las Salas de Gobierno de las Audiencias Territoriales, a propuesta en terna de los Jueces de Instrucción, previos los informes que el Ministerio de Justicia disponga (Ley de 19 de julio de 1944, base 5.^a).

de eficacia vinculatoria a las propuestas formuladas de acuerdo con las bases de la convocatoria. La doctrina de nuestro más alto Tribunal, conforme a la clasificación de las situaciones jurídicas más usual en nuestro Derecho administrativo, declara que la propuesta regular y no afectada por causas ajenas (pérdida de capacidad legal del aspirante con posterioridad a la formulación de aquélla, por ejemplo), crea un verdadero derecho subjetivo en favor del aspirante y un deber de ineludible acatamiento en la Administración.

Ha de aceptarse como norma obligatoria en la generalidad de los casos la de que las Corporaciones públicas tienen el deber de acatamiento a las propuestas de nombramiento formuladas por los Tribunales examinadores en quienes hubieran delegado la calificación de los ejercicios o méritos del concurso, por gozar dichos órganos de absoluta soberanía (*Sentencias* de 2 de junio de 1949 y 16 de abril de 1945).

Es preceptivo para la Administración atenersé en el nombramiento a la preferencia que el Tribunal hubiese señalado en su propuesta (*Sentencias* de 11 de marzo de 1947, 16 de abril de 1945 y 26 de noviembre de 1929).

Es ineficaz el nombramiento que no se ajusta a la propuesta del Tribunal (*Sentencia* de 25 de marzo de 1935), porque el nombramiento es una formalidad que llena la Corporación, que debe atemperarse a elevar a acuerdo la propuesta, a menos que se hubiera hecho con inobservancia de la convocatoria o con manifiesta infracción legal (*Sentencia* de 5 de junio de 1935).

El que habiendo acudido al llamamiento de la convocatoria, admitido a la oposición, practicados los ejercicios y propuesto por el Tribunal para la vacante, adquiere un derecho de carácter administrativo, dimanante no sólo de la convención celebrada con la Administración al acudir a la convocatoria y llenar las condiciones de la misma, sino también y principalmente de la propuesta del Tribunal, al ser unipersonal en cumplimiento de un precepto reglamentario, sin que obste en contra la doctrina «de que los derechos a los cargos nacen del nombramiento, pero no de la oposición» establecida principalmente para casos en que el Tribunal hubiese hecho la propuesta en ternas o por listas numeradas, de las que la Administración podía elegir libremente a cualquiera de los propuestos que reuniera las condiciones legales (*Sentencia* de 23 de marzo de 1945).

La misma doctrina se sostuvo en la *Sentencia* de 20 de febrero de 1901, al declarar que, según jurisprudencia de la Sala, los derechos a los cargos públicos nacen del nombramiento, no de la oposición, puesto que ésta sólo confiere una esperanza de derecho dependiente de que las oposiciones se aprueben y de que el Ministro aprecie, en el caso de no requerirse la propuesta unipersonal, cuál de los aprobados reúne las condiciones requeridas para ser nombrado.

El fallo del Tribunal examinador crea un verdadero derecho subjetivo (*Sentencias* de 24 de octubre de 1947, 2 de julio de 1946, 6 de julio de 1940 y 23 de enero de 1935; vid. también *Sentencias* de 10 de octubre, 6 y 23 de diciembre de 1946, 8 y 11 de enero, 23 de marzo y 11 de junio de 1945, 26 y 21 de diciembre de 1944); porque los derechos no nacen del nombramiento, sino del concurso (*Sentencia* de 23 de marzo de 1945).

La Administración está obligada a expedir el nombramiento del vencedor en el concurso u oposición, según el fallo del Tribunal, y a darle posesión del cargo o empleo (*Sentencias* de 11 de marzo de 1947, 10 de octubre, 6 y 23 de diciembre de 1946, 23 de marzo de 1945, 20 y 21 de diciembre de 1944).

El fallo del Tribunal no puede incumplirse porque sus resultados no sean del agrado de la Administración que convocó al concurso y designó al Tribunal calificador (*Sentencias* de 27 de marzo de 1947, 10 de mayo de 1943, 26 de abril, 6 de julio y 27 de diciembre de 1940 y 16 de enero de 1929), porque la valoración de los méritos es de la exclusiva competencia del Tribunal (*Sentencias* de 5 de junio de 1935, 14 de junio de 1943, 23 de marzo de 1945, 10 de marzo de 1947, 16 de abril de 1945 y 5 de febrero de 1949).

La jurisprudencia declara ilegal el acuerdo por el que se declara desierto un concurso cuando el Tribunal ha formulado la propuesta en favor de uno de los aspirantes (*Sentencias* de 27 de diciembre de 1947 y 20 y 21 de diciembre de 1944).

En los casos de provisión de una sola vacante, el Tribunal no se encuentra obligado a establecer en su resolución y propuesta un orden escalonado que comprenda a todos los concursantes, y por ello no es lícito a la Administración desconocer la eficacia de la propuesta (*Sentencias* de 11 de marzo de 1932, 17 de enero, 3 de febrero y 18 de julio de 1920, 22 de enero de 1919 y 27 de enero de 1917).

Si la convocatoria para la provisión de una Cátedra es ley que obliga imperativamente a quien la hace, porque a nadie le es lícito ir contra sus propios actos, y si las facultades de un Tribunal de oposiciones son omnímodas, hasta el punto de poder declarar desierta la oposición, con mayor motivo podría hacer la designación en propuesta unipersonal (*Sentencia de 8 de junio de 1909*).

c) *Propuestas en terna.*

En los sistemas que establecen la propuesta en terna de candidatos para cada una de las plazas, los límites de la potestad de nombramiento de la Administración son menos estrechos, y la eficacia de la propuesta sólo vincula en el sentido de que la designación ha de recaer forzosamente en uno de los candidatos que figuran en la misma. La situación de éstos es, por consiguiente, mucho más precaria; sus derechos no son otros que el de figurar, en su caso, en la terna por los méritos preferentes acreditados y el de impugnar todo nombramiento que se lleve a cabo con infracción de aquel límite (48). Por lo demás, son aplicables los principios señalados en el apartado anterior.

Este sistema se establecía, por ejemplo, en las Leyes de 23 de diciembre de 1940 y 14 de septiembre de 1942, para la provisión de plazas de Secretarios, Interventores y Depositarios de Administración Local. La selección mediante propuesta en terna se mantiene en la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950, con mayores garantías en cuanto a la estimación de los méritos.

La jurisprudencia de Agravios declara que el sistema confiere la facultad de nombrar a cualquiera de los aspirantes comprendidos en la terna, como justificación y consecuencia natural de dicho sistema. En la selección, previa propuesta en terna, se otorga a la autoridad que ha de decidir y resolver mediante el nombramiento, el concurso o la oposición, la facultad de libre elección en favor de uno de los aspirantes incluidos en la terna. En las propuestas en terna, la Administración tiene recono-

(48) Los *Acuerdos de Agravios* de 21 de marzo de 1952 (Órdenes de 6 de mayo y «B. O. del E.» del mismo mes, y en el de 14 de marzo de 1952, Orden de 31 de mayo y «B. O. del E.» de 15 de julio siguiente), expresamente reconocen la competencia del Ministerio y de la jurisdicción para conocer de la regularidad de la terna y el derecho de los concursantes, incluidos o no en la propuesta, para impugnar la formación de la misma y la valoración de méritos verificada.

cida una facultad discrecional de elección en los límites de aquélla (*Acuerdos* de 16 de junio de 1950, Orden de 30 de diciembre siguiente, y «B. O. del E.» de 9 de enero de 1951; de 29 de abril de 1949, Orden de 23 de junio y «B. O. del E.» de 13 de julio siguiente; de 17 de diciembre de 1948, Orden de 24 de enero de 1949 y «B. O. del E.» de 8 de febrero siguiente; Acuerdo de 27 de julio de 1947, Orden de 21 de enero de 1948 y «B. O. del E.» de 27 de julio siguiente; de 28 de mayo de 1948, Orden de 25 de junio del mismo año y «B. O. del E.» de 14 de agosto siguiente) (49). La misma doctrina estableció el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de enero de 1920.

También puede comprenderse en este régimen el nombramiento discrecional condicionado al examen de todos los elementos y pruebas de aptitud que se habían exigido y aportado, siendo nulo en otro caso, porque la discrecionalidad que se otorga no permite prescindir de las actas levantadas por el Tribunal y de las pruebas escritas de aptitud de los examinados (Sentencia de 13 de mayo de 1935).

d) *El nombramiento previa propuesta o informe.*

La tendencia expansiva de los sistemas de oposición y concurso de méritos, en consideración a las garantías que otorgan, se manifiesta en otra serie de limitaciones a la potestad de la autoridad de nombramiento competente, aun en aquellos casos en que la elección puede o no hacerla, apreciando libremente los méritos y circunstancias de los comprendidos en las propuestas. En ocasiones, la propia naturaleza política y de confianza del cargo que ha de proveerse justifica, por una parte, la conveniencia de informes, consultas, dictámenes, propuestas, y de otra, la discrecionalidad administrativa en la elección. La discrecionalidad no afecta, en principio, al procedimiento que preceptivamente ha de seguir la Administración para que sus actos se estimen válidos y eficaces.

Veamos la doctrina de la jurisprudencia, en relación con la eficacia de los informes, dictámenes y propuestas, y efectos de su omisión cuando constituyen trámite preceptivo.

(49) La misma doctrina en *Acuerdo* de 8 de julio de 1949, Orden de 27 de septiembre de 1949, «B. O. del E.» de 4 de octubre siguiente, relativo al nombramiento de Administrador del Patronato de la Alhambra y Generalife.

Los dictámenes cuya apreciación depende de la discrecionalidad de la Administración no crean derecho para el aspirante en cuyo favor se ha dictaminado. (*Sentencia* de 4 de julio de 1921; vid. también la de 6 de julio de 1921). Los informes, cuando sólo tienen por fin la orientación de la Administración, aunque en ellos sea preceptivo formular propuesta de los aspirantes por orden de méritos, no restan competencia alguna a las facultades de resolución atribuidas a la autoridad de nombramiento (*Sentencia* de 30 de abril de 1948). En la *Sentencia* de 24 de noviembre de 1921 se declara que, a falta de disposición en contrario, los informes del Consejo de Educación Nacional no limitan la libre facultad discrecional de la Administración para resolver los concursos a favor de los aspirantes que reúnan las condiciones legales (vid. también las de 6 de diciembre de 1912 y 9 de noviembre de 1932) (50).

En tesis general, dice el Acuerdo de 22 de febrero de 1952 (Orden de 25 de marzo y «B. O. del E.» de 14 de abril siguiente), puede sentarse que los actos por virtud de los cuales las propuestas de nombramiento son rechazadas, son susceptibles de impugnación en vía de recurso (51).

Por último, en cuanto al carácter reglado del procedimiento, en varias decisiones se declaran nulos los acuerdos y los actos posteriores al

(50) En Agravios, el *Acuerdo* de 27 de mayo de 1949, Orden de 6 de octubre de 1949. «B. O. del E.» del 20, sostiene la misma doctrina, y con referencia a concursos de traslado de Cátedras de Universidad dice que «en la apreciación de los servicios y publicaciones científicos, académicos y docentes, juega un factor discrecional que excluye la existencia de infracción legal». Vid. también la *Sentencia* de 15 de octubre de 1921. La audiencia del Consejo de Educación no limita la facultad discrecional del Ministro, y puede, en cambio, constituir garantía de su más acertado ejercicio (*Sentencia* de 6 de diciembre de 1912). En la Orden que recogemos en el texto se declara que, si bien el art. 58 de la Ley de Ordenación Universitaria no especifica el Centro universitario que debe informar cuando se pretende proveer por concurso una Cátedra, es lo más lógico que se pida dictamen a la Facultad a la cual corresponda la vacante y no a otra dependencia dentro de la Universidad, que no podrá informar sobre la idoneidad de los candidatos con la misma competencia técnica como la Junta de Facultad: que las alegaciones de que no se haya realizado un examen de los méritos de los concursantes procede de la exposición hecha por la Ponencia que, según los reclamantes, debía haber sido nombrada al efecto, no tiene base legal, ya que no ha sido dictado todavía el Reglamento que se anuncia en el párrafo primero del art. 58 de la Ley, por lo que no puede fijarse, a los efectos del recurso, la existencia de una infracción legal, si se han cumplido los preceptos de la Ley, dentro de los límites del margen relativo discrecional que impone la falta de desenvolvimiento de sus normas; y recogiendo la propuesta formulada en el voto particular de un vocal del Consejo de Educación Nacional, declara el deber de que se sancione el Reglamento, a fin de fijar claramente y unificar las normas relativas a la provisión de Cátedras de Universidad por concurso.

(51) En el mismo sentido, *Acuerdo* de 7 de diciembre de 1951.

momento de la omisión del trámite de informe establecido preceptivamente (vid. *Sentencias* de 4 de enero y 1.º de marzo de 1946 y 20 de febrero de 1933).

B) Facultades de la Administración sobre los actos del Tribunal examinador.

Es facultad de la Administración, que como todas las funcionales implica al mismo tiempo un deber, la de revisar los actos del Tribunal previamente al nombramiento, al objeto de constatar si se han observado las bases de la convocatoria y es regular la propuesta, como garantía de que el nombramiento que ha de otorgar obligatoriamente se ajusta también a las normas legales de aplicación.

Ahora bien, esta revisión administrativa de los actos del organismo juzgador de la oposición o concurso se limita propiamente a lo adjetivo, porque el juicio pericial es inatacable cuando el Tribunal ha actuado legalmente, según la doctrina anteriormente expuesta.

Por ello, y a efectos de sistemática, se debe hacer una distinción que tenga en cuenta el ámbito y naturaleza de las facultades que la Administración delega en el Tribunal.

a) Intangibilidad del fallo pericial formulado por los Tribunales.

La Administración no tiene competencia para revisar el juicio formulado por aquéllos. El ámbito de la delegación de facultades se concreta en la calificación de la capacidad técnica, de la idoneidad profesional de los aspirantes. Es un procedimiento de selección y de calificación impuesto por la ley y a veces por voluntad de la Administración. La consecuencia inmediata es la limitación de las facultades de la Administración en cuanto ha de pasar por los acuerdos que sobre la suficiencia y pericia de los candidatos a los empleos adopten los organismos examinadores.

Por ello se ha declarado que no puede rechazarse la propuesta del Tribunal por el motivo de la supuesta insuficiencia del propuesto, porque el motivo principal de su acuerdo fué el estimar deficientes los ejer-

cicios publicados, y el desentenderse de la propuesta del Tribunal y anular las oposiciones, declarando desierta la plaza, lesionó el derecho del opositor propuesto (*Sentencia* de 23 de marzo de 1945).

b) *Competencia para revisar el procedimiento de actuación de los Tribunales.*

En este orden, la Administración conserva íntegras sus facultades, y en uso de las mismas puede revisar el procedimiento de actuación de los Tribunales examinadores, la interpretación realizada de las bases de la convocatoria y de las infracciones de las mismas que se hubieran cometido, por ejemplo, en lo relativo a las condiciones de capacidad legal.

La jurisprudencia reconoce esta facultad de la Administración y sus límites propios. Entre sus declaraciones más expresivas sobre este punto pueden citarse las siguientes:

En principio, declara la jurisdicción de Agravios (*Acuerdo* de 4 de abril de 1952, Orden de 16 de junio y «B. O. del E.» de 29 de julio siguientes), existe la presunción de que la actuación de los miembros de un Tribunal de oposiciones se ajusta a las normas establecidas, mientras no se demuestre lo contrario, toda vez que debe entenderse que el personal elegido para la calificación de los ejercicios y adjudicación de las plazas goza de las condiciones idóneas al cargo, y la presunción se refuerza cuando no se aporta ni se ofrece prueba alguna relativa a las irregularidades cometidas en el desarrollo de los exámenes.

La revisión de los actos del Tribunal es discrecional de la Administración frente a las pretensiones de los particulares, aun en los casos en que la legislación lo permita en cuanto al juicio pericial (*Agravios, Acuerdo* de 19 de octubre de 1951, Orden de 10 de noviembre y «B. O. del E.» del 23 del mismo mes y año), y además, en evitación de dejar impune en manos de los aspirantes la posibilidad de revisión de los fallos de un Tribunal de oposiciones, aunque la reclamación carezca de fundamento (*Agravios, Acuerdo* de 4 de abril de 1952, Orden de 16 de junio y «B. O. del E.» de 29 de julio siguientes).

c) *La eficacia de las propuestas y la potestad de la Administración.*

La Administración puede rechazar las propuestas de los Tribunales cuando en su formulación se han cometido manifiestas infracciones de las bases de la convocatoria para evitar así un nombramiento nulo o ilegal (*Sentencias* de 2 de junio de 1949 y 16 de abril de 1945).

Sólo pueden anularse las oposiciones o concursos si la Administración aprecia alguna infracción de lo dispuesto en la convocatoria *en orden a las condiciones legales y a la forma de practicar los ejercicios*, pero no es de su competencia formular nueva calificación de la aptitud de los aspirantes (*Sentencia* de 23 de marzo de 1945).

La Administración obra dentro de sus facultades al mandar que se subsanen las infracciones de la convocatoria y que se formule por el Tribunal nueva propuesta ajustada a las bases (*Sentencia* de 5 de junio de 1935).

Es deber de la autoridad administrativa rechazar las propuestas en las que se infringen las condiciones sobre capacidad legal de los aspirantes (*Sentencias* de 22 de mayo de 1920 y 21 de enero de 1935).

Lo único preceptivo para las Corporaciones es aceptar el orden de preferencia que en sus propuestas establezcan los organismos examinadores, en cuanto se relaciona con la capacidad y méritos científicos de los aspirantes, por ser absoluta su soberanía para juzgarla; pero ello no quiere decir que las Corporaciones carezcan de facultades para examinar los expedientes formados por los Tribunales haciendo constar todo lo referente a la oposición, con el fin de comprobar si los mismos han cumplido estrictamente las normas legales que regulan el modo y forma en que debe verificarse, pues lo contrario llevaría a la conclusión de que las Corporaciones, cualesquiera que fueran las anomalías e irregularidades cometidas, estaban obligadas a consentirlas (*Sentencias* de 16 de abril de 1945 y 26 de diciembre de 1929).

Es más, por economía procesal, la Administración debe estar interesada en que sus nombramientos sean inatacables, y no tendrían esta condición si fueran adoptados infringiendo las disposiciones legales o las bases de la convocatoria.

