

# LA COMISION DE SERVICIO Y LA EXPECTATIVA DE DESTINO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NOCIÓN DE LA COMISIÓN DE SERVICIO Y LA SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1989: 1. *Hechos que concurren en el supuesto*. 2. *Contenido de la sentencia*: 2.1. Del concepto de la comisión de servicio. 2.2. De la comprobación de los requisitos objetivos para la obtención de la prórroga en el cargo.—III. LA EXPECTATIVA DE DESTINO Y LA SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1989: 1. *Hechos que concurren en el supuesto*. 2. *Contenido de la sentencia*: 2.1. De las bases de la convocatoria como *lex vinculante* que rige el proceso de selección. 2.2. ¿Quién es oportunamente nombrado no ha consolidado su relación jurídica? 2.3. Expectativa de ingreso y expectativa de destino. 2.4. Del modo de participar obligadamente en el concurso.—IV. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

La vigente Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo instituyó un procedimiento especial en materia de personal caracterizado por la brevedad de la tramitación y por la imposibilidad de apelación, exclusión hecha de las cuestiones que impliquen la pérdida de la condición de funcionario público o cuando sea alegada desviación de poder. Esto hace pensar que, para el legislador, la temática funcional tiene menor relevancia que otras materias y, por ello, no es menester esforzar las garantías de tutela judicial. Sólo el derecho a la inamovilidad relacional (1) merece atención especial, y ello posiblemente al estar a flor de piel aún las cicatrices producidas por la cesantía decimonónica. La citada imposibilidad de apelación impide que numerosas cuestiones sobre funcionarios sean planteadas y resueltas por el Tribunal Supremo, siendo necesario acudir a la Jurisprudencia «menor» de las Audiencias para poder conocer la doctrina judicial sobre cuestiones de cierta trascendencia dentro del campo de la Función pública. En este caso traemos aquí a colación dos sentencias de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional que se centran en las figuras de la comisión de servicio y la

---

(1) La inamovilidad relacional, como contenido del derecho al cargo, deriva del sentido subjetivo de este último. Se trata del derecho a no ser removido, a no perder la condición de funcionario público si no es por causa excepcional y tasada. El derecho al cargo supone el derecho a «ser funcionario» de modo permanente y, como antítesis de la libre separación, la inamovilidad relacional implica el mantenimiento de la relación funcional, el vínculo jurídico que une a Administración y funcionario.

expectativa de destino y cuya conexión, amén de proceder de la misma Sección (la TERCERA) y Sala, y de tratarse en ambos supuestos de traslados forzosos de puesto de trabajo, es una preocupante falta de interés por el asunto que se aborda y una abierta predisposición a fallar en favor de la Administración demandada, sin reparar en ninguna de las argumentaciones (bastante sólidas en su mayoría) esgrimidas por los recurrentes.

## II. LA COMISIÓN DE SERVICIO Y LA SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1989

### 1. *Hechos que concurren en el supuesto*

La Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 29 de enero de 1985 (BOE de 19 de febrero) resuelve un concurso de méritos, convocado por la Resolución de la Junta de Promoción Educativa de los Emigrantes Españoles, de 13 de octubre de 1984 (BOE de 12 de noviembre), adjudicando determinadas plazas «en régimen de *comisión de servicio*» a funcionarios docentes pertenecientes al Cuerpo de Catedráticos y Profesores Agregados de Enseñanzas medias. Los recurrentes obtienen tres plazas en Australia, en las condiciones que determinaba la Resolución de 13 de octubre de 1984: la llamada «comisión de servicios» tenía una duración de tres años (del 1 de enero de 1985 al 31 de diciembre de 1987), prorrogable por otros tres cursos «a solicitud del interesado», resultando «condiciones necesarias para el otorgamiento (...) haber desarrollado su actividad profesional con probada eficacia, valorada ésta objetivamente por la Junta de Promoción Educativa de los Emigrantes Españoles» (base novena de la convocatoria).

Posteriormente, el RD 564/1987, de 15 de abril, sobre la Acción Educativa en el Exterior, dictado en desarrollo del artículo 12 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (2), viene a introducir ciertas modificaciones en el régimen de Educación exterior, e introduce, con carácter general, el régimen de personal de los Centros Públicos Docentes en el Extranjero, en desarrollo del artículo 1.2 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública (en adelante, LMRFP). Con anterioridad, el régimen previsto debía ser el que se preveía con carácter general en la citada LMRFP, aunque de hecho viniera aplicándose otro distinto, contrario en ciertos aspectos a la última norma citada, y que debiera haberse entendido derogado.

El 21 de mayo de 1987 tiene lugar por los funcionarios la solicitud de la prórroga a que tenían derecho, en los términos de la convocatoria. A partir de este momento tendrán lugar una serie de hechos destinados a

---

(2) A estos efectos es interesante traer a colación el citado artículo 12: «Los Centros docentes españoles en el extranjero tendrán una estructura y un régimen singularizados a fin de acomodarlos a las exigencias del medio y a lo que, en su caso, dispongan los convenios internacionales. Sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales o, en su defecto, del principio de reciprocidad, los centros extranjeros en España se ajustarán a lo que el Gobierno determine reglamentariamente.»

oscurecer la cuestión de fondo suscitada por el problema que analizamos.

Así, los recurrentes tomarán conocimiento de una presunta denegación de la prórroga solicitada a través de vías oficiosas, que no por medio de notificación en forma al efecto; una denegación que, en primer término, pretenderá justificarse por una más que sospechosa reforma orgánica casualmente destinada a suprimir precisamente las vacantes de los funcionarios recurrentes, creando paralelamente, y «en sustitución de», una figura de «Asesor Lingüístico». Reforma orgánica que propone el Agregado de Educación de la Embajada el 4 de noviembre de 1987, fecha en la que comunicará a los interesados que quedan suprimidas las tres plazas de Profesores de Bachillerato.

El Agregado de Educación, al parecer empeñado en que los funcionarios recurrentes no prosigan en sus destinos, y presumiblemente considerando que su pretendida reforma orgánica no sea tomada demasiado en serio, eleva, con fecha de 15 de noviembre de 1987, un informe en el que alegará la improcedencia de la concesión de la prórroga a los afectados, basándose en acusaciones tales como «probada ineficacia», «falta de adecuación a las realidades de la docencia para españoles en el extranjero», «aplicación arbitraria de los planes de estudio» y «falta de colaboración». Informe del que los funcionarios recurrentes no tuvieron conocimiento hasta iniciado el recurso contencioso-administrativo, y que se contradice con las declaraciones que se contienen en otro informe, de 16 de junio de 1987, elaborado por el propio Embajador de España en Australia, y dirigido al Presidente de la todavía existente «Junta de Promoción Educativa de los Emigrantes Españoles».

El 5 de febrero de 1988 se dicta la «orden de cese» por el Director General de Personal y Servicios del Ministerio de Educación y Ciencia (cese que se produjo de facto el 1 de enero anterior), sin que la citada Orden contuviera motivación alguna justificativa de la denegación de esta prórroga. Este mismo Director General resolvió, con fecha de 4 de mayo de 1988, desestimar el recurso de reposición, señalando, entre otros aspectos, que en el expediente no se han tenido en cuenta otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las aducidas por los interesados al solicitar la prórroga, lo que se afirma para justificar la ausencia total y absoluta de los trámites destinados a dar audiencia a las partes, y, burdamente, para no tener que motivar el acto en cuestión. La resolución del recurso se fundamentará en la sola idea de que la prórroga solicitada no constituye un derecho de los recurrentes, sino una facultad de la Administración, que puede discrecionalmente acordarla o no.

## 2. *Contenido de la sentencia*

De la Sentencia destaca, en primer término, la brevedad y simpleza con que resuelven las cuestiones planteadas. Simpleza y brevedad que no pueden ser acordes con todas las anomalías patentes en los hechos. La Sala se desentiende de todas las irregularidades que han rodeado al

caso (privación de audiencia a los interesados, denegación «oficiosa» de la prórroga amparada en una reforma orgánica que sólo afecta a los recurrentes y cuya validez y existencia real es más que dudosa, existencia de informes contradictorios entre sí, resoluciones carentes de cualquier viso de motivación) para pasar a justificar la postura sustentada por la Administración centrándose en la figura de la comisión de servicio, sin examinar si tal calificación es la adecuada o no al supuesto de hecho planteado, dando por hecho sin más que se está ante la presencia de tal figura y reforzando su argumentación mediante el alegato de la falta de cumplimiento de los requisitos para la obtención de la prórroga controvertida.

La cuestión se centra, pues, en lo fundamental, en su único argumento: la determinación de cuál es la relación habida entre los profesores recurrentes y las vacantes de las que han sido desposeídos.

### 2.1. *Del concepto de la comisión de servicio.*

La Sala estima que la situación de los recurrentes era la de «comisión de servicios», amparándose en la Orden de 29 de enero de 1985, que resolvía el concurso por el que los recurrentes obtuvieron sus destinos. Partiendo de tal consideración, no hay un «derecho» a la prórroga mencionada en la citada Orden, sino una mera expectativa, que habría de cumplirse a voluntad de la propia Administración, en aras a la mejor cumplimentación de un servicio público de interés general, y, como condición necesaria (pero no suficiente), cumpliendo con los requisitos de haber desarrollado su actividad profesional con probada eficacia, valorada ésta objetivamente, así como el grado del dominio del idioma del país donde ejerzan. El problema se centra en determinar si estamos ante una verdadera comisión de servicios, en cuyo caso el fallo sería correcto, o bien si se trata de un simple nominalismo que está oscureciendo la verdadera naturaleza de la situación funcional que se contempla. Y es aquí donde la Sentencia demuestra sus mayores deficiencias.

La comisión de servicios, cuando se trata de puestos de trabajo vacantes de los aludidos por el artículo 4.2.a) del vigente Reglamento de situaciones administrativas, es una forma «anormal» de provisión (3) que tiene

---

(3) El sistema normal de provisión es, según el artículo 20 LMRFP y el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo (tanto en su versión de 1985, aplicable a los hechos debatidos, como la actual de 1990), el concurso de méritos o concurso de traslado, según se quiera denominarlo. Del artículo 6 de este último Reglamento (art. 8 en el nuevo Reglamento de 15 de enero de 1990), así como del artículo 4 del vigente Reglamento de Situaciones Administrativas, se desprende que la comisión de servicios es una forma anormal y excepcional de provisión de los puestos de trabajo incluidos en las relaciones de puestos de trabajo adscritos a funcionarios, sin perjuicio de ser además un medio de hacer uso del personal en tareas no asignadas a los puestos de trabajo a que nos referimos, o aquellas otras a realizar fuera del ámbito y dependencia de la Administración pública a la que se vincula el funcionario. En el caso presente, y como quiera que estamos hablando de puestos de trabajo de funcionarios docentes, la comisión de servicio sólo puede operar, como se ha advertido ya, de modo excepcional o por razones de urgencia.

lugar precisamente cuando surge una vacante que, por estrictas razones de urgencia o excepcionalidad, debe ser cubierta por un funcionario adecuado, y sin que pueda esperarse a su provisión, o ésta no sea posible, por los medios «normales», generalmente por «concurso». De este concepto se desprende la provisionalidad (el funcionario en comisión ocupará el puesto de trabajo en tanto éste no sea cubierto de modo normal) y el hecho de que el funcionario designado se traslada al destino en comisión, si bien retornando a su originario puesto concluida la misión encomendada (4).

Adjudicar una comisión de servicios a través de un concurso de méritos es, formalmente, una contradicción y, operativamente, una forma de provisión de vacantes *contra legem* y sin sujeción de las garantías previstas en el régimen general. Si la Administración dispone del tiempo suficiente como para convocar y resolver todo un concurso de méritos, no se da la nota de urgencia o excepcionalidad que suele justificar a las comisiones de servicios. Es precisamente esta nota de urgencia o excepcionalidad, añadida al siempre difuso concepto de «interés del servicio», lo que permite incorporar un funcionario a una vacante en condiciones de inferiores garantías y derechos que las previstas para la adjudicación a través del concurso. La comisión de servicios supone para el funcionario, y en relación a la vacante que se cubre por tal medio, la quiebra del principio de inamovilidad funcional (y en ocasiones geográfica) como consecuencia de sufrirse un traslado (que puede ser forzoso), y la provisionalidad en su nueva situación, entendida en términos de precariedad, en atención a que la autoridad competente puede dar por finalizada la comisión de servicio en cualquier momento.

La comisión de servicios queda, pues, dentro del ámbito de las potestades discrecionales de la Administración. Bien está que ésta procure autolimitarse en esa esfera (5), lo cual no justifica lo acaecido en el pre-

---

(4) La obligatoriedad del funcionario de aceptar la comisión de servicios no existe en todos los supuestos contemplados por el artículo 4 del Reglamento de Situaciones, sino sólo en los casos, como dice el artículo 5 del citado Reglamento, previstos por el artículo 6 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo (de 1985; en el ahora vigente, de 1990, la misma regla se recoge en su art. 8). Este último alude a los casos de ineludible y urgente necesidad de cubrir una vacante sin poder esperarse a su provisión normal. Pues bien, este supuesto es el más frecuente dentro de las comisiones de servicio. Para el Reglamento de Situaciones puede acordarse una comisión de servicios «para el desempeño temporal de un puesto de los incluidos en las relaciones de puestos de trabajo adscritos a los funcionarios». Como quiera que la provisión normal de estos puestos es el concurso, la comisión de servicios no puede acordarse libremente (el propio Reglamento alude a su excepcionalidad), requiriéndose alguna causa justificativa. Esta suele ser, por lo común, la urgente e ineludible necesidad de provisión de la vacante. De ahí que el principio de voluntariedad en el desempeño de la comisión de servicios, anunciado en el artículo 5 del Reglamento de Situaciones, pueda quedar diluido; en estos casos la Administración puede requerir a los funcionarios para que voluntariamente acepten la comisión (lo que no es *sustancialmente* un concurso de méritos), pero si no hay voluntarios dispuestos será ella misma la que designe imperativamente al funcionario que debe cubrir por esta vía la vacante producida.

(5) La Administración puede determinar que los funcionarios se presenten de modo voluntario para cubrir la vacante en comisión, sin que eso suponga o llegue al extremo

sente caso, pues no se trata ahora de dulcificar la rigurosidad del ejercicio de una potestad discrecional, sino de operar en el ámbito de potestades regladas: cuando no concurre el supuesto de hecho habilitante para establecer una comisión de servicio, entonces las vacantes deben ser provistas de conformidad con el régimen general y normal. Tratándose de vacantes docentes, el sistema es el concurso, que tiene como efecto principal el traslado del funcionario a un nuevo puesto de trabajo en condiciones de inamovilidad. Entre el funcionario y su nuevo puesto se produce un vínculo inatacable, sólo roto en los casos tasados en la Ley. Esto mismo explica que el funcionario pierda todos sus derechos sobre el puesto ocupado con anterioridad. Con el concurso, el funcionario se adscribe de modo definitivo a la vacante adjudicada, frente a la provisionalidad propia de la figura de la comisión de servicios. Adscripción definitiva que no pierde tal carácter aun cuando el destino sea de duración limitada; la provisionalidad no significa temporalidad sino precariedad. No hay certeza de en qué momento puede finalizar la situación, pues ello depende exclusivamente de la voluntad administrativa, que sólo tiene un límite en cuanto a la duración máxima de la comisión de servicios. Por contra, un puesto de trabajo puede ser diseñado introduciendo un factor de duración limitada pero cierta: adjudicado por concurso, el funcionario dispone de los mismos derechos que todo otro funcionario en relación a sus destinos definitivos, pero el ejercicio de tales derechos se circunscribe a un determinado lapso temporal, determinación que excluye toda precariedad y discrecionalidad en cuanto a su remoción. *Adjudicar una comisión de servicios mediante un concurso es retorcer, rozando en desviación de poder, la naturaleza, contenido y finalidad de estas dos instituciones.*

El problema se clarifica si tenemos en cuenta que la «comisión de servicios» en el supuesto de hecho no es sino una utilización impropia del término; todo arranca de la «Orden de 18 de abril de 1978 sobre provisión de vacantes de puestos docentes en el extranjero en comisión de Servicios». Esta Orden había que entenderla derogada por la LMRFP y el Reglamento General de Provisión, sin esperar a una derogación expresa por el RD 564/1987 sobre la Acción Educativa en el Exterior. Desde la entrada en vigor de la Ley citada anteriormente, el régimen aplicable a la provisión de vacantes educativas en el extranjero habría de ser el de concurso de méritos y aplicar, por tanto, los efectos del mismo. Sin embargo, la convocatoria por la que se trasladaron los recurrentes, sin perjuicio de contener una regulación material propia de un concurso, formal y equívocamente habla de comisión de servicios, siguiendo la terminología contenida en la Orden de 1978. Pero, reténgase esto, la convocatoria establece unas bases propias de un concurso, de las que se desprenden los efectos propios de aquél: voluntariedad de participación (frente a la más que posible obligatoriedad de la Comisión), traslado efectivo de destino, con pérdida del anterior que se viniera ocupando (frente al traslado precario

---

de la convocatoria de un concurso, o bien puede optar por designar directamente a la persona que deba ser destinada en comisión de servicio.

y provisional y retorno al anterior destino de la Comisión), inamovilidad en el nuevo destino por el tiempo establecido, obligación de participar en un nuevo concurso para obtener una nueva vacante, una vez finalizado el plazo establecido para el destino ocupado.

Pero es que, además, el RD 564/1987, en desarrollo de la LMRFP, al regular el sistema de provisión de vacantes docentes en el extranjero, en ningún momento califica el régimen de provisión como «Comisión de Servicios», siendo lo sustancial del citado régimen idéntico al contenido en la convocatoria que mencionamos. Se trata de la configuración de destinos definitivos (no en precario, inamovilidad funcional, fruto del ejercicio de potestades regladas) aunque temporales, sujetos a plazo, de duración limitada por la propia naturaleza del cargo. Aquí se acoge una figura consagrada ya en la Disposición adicional 15 de la LMRFP para la provisión de vacantes de puestos de trabajo de Inspectores Educativos: acceso por concurso, *libre*, de méritos, permanencia por tres años prorrogables por otros tres, a petición del interesado, inamovilidad en tanto dura el plazo, necesidad de concursar a un nuevo destino una vez finalizado el tiempo por el que se obtuvo el destino. Y aquí tampoco se alude a este sistema como «Comisión de Servicios».

A la luz de estas consideraciones, ¿es la prórroga en el destino, recogida en los actos de convocatoria y resolución de concurso, y confirmada en el Real Decreto que viene a establecer posteriormente el régimen de provisión de estas vacantes, un derecho del funcionario o una simple facultad discrecional de la Administración?

Conviene analizar que la prórroga se somete a requisitos objetivos y siempre pertinentes a la función, requisitos destinados a confirmar la capacidad que ya de antemano fue juzgada, y cuya valoración positiva dio lugar a la obtención de la vacante. Debe inferirse de ahí que:

— Si, comprobado positiva y objetivamente el mérito y capacidad de un funcionario, la Administración está obligada a otorgarle la vacante solicitada (si no hay concursantes con mejor derecho), igual obligación debe desprenderse en este proceso confirmatorio a la hora de la solicitud de la prórroga. Una vez finalizado el juicio objetivo de capacitación, siendo éste positivo, la Administración no puede decidir discrecionalmente si concede o no esa prórroga. Lo contrario sería ignorar lo más elemental de la institución del concurso.

— La mencionada prórroga, cumplidos los requisitos, forma parte del plazo de tiempo por el que se obtuvo el destino. En otros términos, los citados requisitos son *conditio* necesaria y suficiente. En sentido contrario, si el interesado no solicita la prórroga, no está obligado a permanecer en el destino, del mismo modo que todo funcionario puede renunciar implícitamente a su destino presentándose a un nuevo concurso y obteniendo un nuevo destino en este procedimiento. La Administración no podría concederle una prórroga no solicitada. Tan sólo podría obligarle a permanecer en el puesto, ahora sí, en «comisión de servicios», variando de este modo sustancialmente la situación jurídica del funcionario.

— De lo anterior se desprende que la prórroga es un derecho del funcionario, condicionado al cumplimiento de requisitos objetivos circunscritos a las ideas de mérito y capacidad, que la Administración debe reconocer obligadamente, pues se trata nada más y nada menos que de un aspecto del más amplio derecho al cargo en su vertiente funcional, máxime en atención a la durabilidad limitada del destino, obteniendo éste a través de un concurso de méritos, sistema de provisión de vacantes esencialmente de carácter reglado. El interés del servicio, en el que vacuamente se apoya la sentencia, reclama que una vacante sea ocupada por un funcionario capaz, y este dato es el que pretende desvelar el sistema de concurso. Precisamente la comisión de servicios, por motivos de urgencia y excepcionalidad, es una forma de provisión donde no puede constarse esa capacidad necesaria: de ahí su carácter reducido y excepcional. Por tal razón, si la Administración debe velar por ese interés del servicio, su preocupación debe dirigirse a determinar la aptitud del funcionario en razón del puesto que debe cubrirse, y sólo ese criterio es el que válidamente debe emplearse, en este caso, para decidir o no el derecho a la prórroga.

## 2.2. *De la comprobación de los requisitos objetivos para la obtención de la prórroga.*

Determinado el derecho de los recurrentes a la prórroga de su situación, quedaría por ver la forma en que dicho derecho debe hacerse efectivo. Del tenor literal de la convocatoria del concurso se desprende expresamente que la prórroga sólo puede concederse en caso de ser solicitada por el propio interesado, cumpliendo éste los requisitos establecidos por la convocatoria ya vistos antes. Requisitos que deben ser valorados de forma objetiva por un órgano administrativo, requiriéndose el informe de la agregaduría de Educación correspondiente. Lo cual no quiere decir que el citado informe sea el único dato objetivo a manejar para realizar la valoración, máxime si el informe, como en este caso, no está elaborado de forma objetiva, con las necesarias pruebas que apoyen sus conclusiones, sino que se trata de un simple alegato marcadamente subjetivo.

Parece claro que en este procedimiento destinado al otorgamiento de la prórroga, donde se tienen en cuenta datos aportados por los propios órganos de la Administración, y no sólo por el interesado que insta el procedimiento, es preceptivo el cumplimiento del trámite de audiencia, sin perjuicio del derecho a presentar cuantas alegaciones se estimen oportunas. Trámite que en este caso no ha sido respetado.

En el supuesto que nos ocupa el *iter* procedimental ha sido manifiestamente anómalo como para que la sala hubiese hecho algún pronunciamiento al respecto. Y lo que es peor, suficientemente irregular como para no limitarse sin más a creer el contenido de un informe cuyo contenido no está contrastado. Esto no es una «valoración objetiva» de los requisitos exigidos para obtener la prórroga, al menos en los términos que se desprenden de la Orden que se ha citado.



Mas todo esto no ha impedido, como se dijo, que la sentencia apoye su fallo precisamente en la probada ineficacia, sin plantearse para ello si tal extremo es una deducción a la que se llega por el procedimiento y de conformidad con las garantías previstas normativamente (6), dando por hecho simplemente que la ineficacia aludida existe. Piénsese en la gravedad de lo ocurrido: ni siquiera la propia Administración se había atrevido en sus resoluciones definitivas a aludir de modo expreso a la falta de capacidad como motivo denegatorio de la solicitud cursada por los recurrentes, posiblemente por ser consciente de la falta de solidez de tal argumento. En este tema se ha limitado a introducir el dato en el expediente «por si acaso» pudiera servirle a la Sala. Y esta última, quizá por no estar demasiado convencida de la rectitud de su argumento principal, la situación de los recurrentes en comisión de servicio y la potestad discrecional en orden a la concesión de la prórroga, ha querido buscar una apoyatura en esa pretendida falta de capacidad. En este terreno la Sentencia da por ciertos demasiados hechos alegados por la Administración, sin llevar a cabo ninguna labor probatoria, y esto es grave: ¿las afirmaciones de la Administración son HECHOS PROBADOS? *De facto*, en este caso, sí. Lo anterior produce la sensación de que la Sala lo que no ha querido es entrar en cuestiones demasiado peliagudas o complicadas.

### III. LA EXPECTATIVA DE DESTINO Y LA SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1989

#### 1. *Hechos que concurren en el supuesto*

En esta segunda sentencia nos encontramos de nuevo con un sujeto recurrente perteneciente al Cuerpo de Profesores Agregados de Bachillerato. En este caso el problema se suscita en torno al problema de la figura de la «expectativa de destino» y a las consecuencias jurídicas de la misma en relación al derecho al cargo.

El recurrente ingresa en el Cuerpo tras superar un concurso-oposición convocado en 1985, recibiendo el oportuno nombramiento de funcionario de carrera en octubre de 1986. La Orden de convocante del concurso-oposición contenía una base según la cual los funcionarios que superaran las pruebas serían nombrados funcionarios en prácticas, por lo que resultarían adscritos a un puesto de trabajo al objeto de realizar

---

(6) EL FUNDAMENTO CUARTO de la Sentencia literalmente dice: «Debe establecerse que, en el caso planteado, no se cumplían las condiciones señaladas en la base novena de la convocatoria, y que valoraba la Junta de Promoción Educativa de los Emigrantes Españoles. Habiéndose suprimido la citada Junta por Real Decreto 564/1987, de 15 de abril, la apreciación del informe del Agregado de Educación sólo podía hacerse por el Ministerio de Educación y Ciencia. En este sentido, hay que subrayar que tal informe, emitido en 15 de noviembre de 1987, atribuye a los profesores recurrentes, "probada ineficacia como profesor de programa educativo español"; "probada falta de adecuación a las realidades de la docencia en el extranjero"; "aplicación arbitraria de los planes de estudio que deben impartir"; y "falta de colaboración con los proyectos del profesorado español en Australia".» A esta conclusión llega la Sala de modo directo, sin partir de otros datos que no sea el referido informe del Agregado de Educación.

esa última fase del procedimiento de ingreso. Además, los así nombrados tenían la obligación de participar en los sucesivos concursos de traslados para la obtención de un «destino definitivo».

Durante la realización de las «prácticas» se publica (septiembre de 1985) una Orden convocando concursos de traslados para cubrir las vacantes correspondientes al curso 1986/87 (curso en el que el interesado ya habría recibido el nombramiento de funcionario). Dicha Orden indicaba que los profesores en prácticas estaban obligados a participar en el mencionado concurso. Con la resolución del concurso indicado el funcionario interesado es declarado en «*expectativa de destino*» por ausencia de vacante, con la indicación de que posteriormente sería adscrito a un puesto docente de modo provisional. Por demás, la no adscripción a un destino de modo definitivo motivaba la obligación de participar en los sucesivos concursos de traslados que fueran convocados. Así, el recurrente ha sido obligado a participar en los mismos anualmente y hasta el momento presente, pues en la resolución de cada uno de estos procedimientos ha sido reiteradamente declarado en expectativa de destino, trasladado a una vacante distinta (de modo provisional) y obligado a participar en concursos posteriores. Cuatro años después de obtenido el nombramiento, cinco desde que superara la fase de oposición, el recurrente aún no ha sido adscrito de modo definitivo a una vacante, recorriendo entre tanto una extensa parte de la geografía española con cada traslado, justificado todo ello por la Administración en una pretendida ausencia de vacantes. Pretendida más no cierta. ¿Dónde están las vacantes que justificaron la convocatoria del concurso-oposición por el que ingresó en la Función Pública? ¿Y dónde están las vacantes que del mismo modo han legitimado la convocatoria posterior de nuevos procedimientos selectivos durante los años 1986, 1987, 1988 y 1989? (7). Y, finalmente, ¿caso no son vacantes presupuestarias las que este funcionario, y otros muchos en su misma situación, ocupan provisionalmente? (8).

---

(7) Todos los ingresados en su mismo cuerpo y asignatura desde 1983 se encuentran en la misma situación. Para dar una idea es útil traer aquí a colación unos datos recogidos por el diario «ABC», de 28 de noviembre de 1989. Según expresa el mencionado diario, los sindicatos de enseñanza pública denuncian que al menos un 20 por 100 de los funcionarios docentes no universitarios al servicio del Ministerio de Educación y Ciencia se encuentran en «*expectativa de destino*». Algunos de los citados funcionarios que padecen la situación llevan en la misma más de siete años desde que se verificó su ingreso. El recurrente en la sentencia comentada, por ofrecer aquí un dato de más fácil contrastación, lleva ya cuatro años, a punto de cumplir los cinco, padeciendo la expectativa de destino. Contradictoriamente, y siguiendo la misma fuente citada, el Ministerio de Educación hace uso durante este curso de unos 35.000 funcionarios interinos que, en lógica legal, debieran cubrir provisionalmente todas aquellas vacantes para las que no hay funcionario de carrera que adscribir.

(8) El problema subyacente es el de la articulación entre el sistema de selección y el de provisión de vacantes. ¿Cuál es el modo en el que el funcionario recién ingresado es adscrito a una vacante? El nuevo Reglamento de provisión de puestos de trabajo, de enero de 1990, resuelve este tema de modo claro: los funcionarios se adscriben de modo definitivo a las vacantes resultantes previa su elección por los interesados según el orden de ingreso. Anteriormente esta regla estaba implícita en el anterior Reglamento de 1985 (el aplicable a nuestro caso). Pero en el ámbito de la docencia no universitaria el sistema seguido es diferente. El funcionario que supera la prácticas deberá participar

Esta situación es la que se pretendió atacar al impugnarse una de las Ordenes convocantes de los concursos de traslados, la de 21 de octubre de 1987, que determinaba los destinos de los funcionarios docentes para el curso 1988/89. El recurso de reposición se resolvió por silencio administrativo y frente a ambos actos, la Orden citada y la resolución presunta del recurso contra la misma, se interpuso recurso contencioso-administrativo, fundamentado, principalmente, en los siguientes motivos:

— La ilegalidad de la figura de expectativa de destino, aplicada a este caso. Afirmación de ilegalidad que implicaba también el afirmar la no justificación de la obligación de concursar y la improcedencia de la adscripción provisional a una vacante presupuestaria. En definitiva era proclamar la inamovilidad funcional (9) del recurrente.

— La nulidad del concurso por cuanto la Orden no contenía las vacantes concretas que formaban parte del mismo, limitándose a ofrecer una lista de centros donde «posiblemente» pudieran existir vacantes, lista que casualmente contenía todos los centros dependientes del Ministerio de Educación y Ciencia.

— La imposición contenida en la Orden de concursar con cero puntos a los profesores declarados en expectativa de destino.

— La obligación de incluir en la instancia de participación todos los centros recogidos en la misma Orden.

## 2. Contenido de la sentencia.

El fallo judicial, que desestima la totalidad de las pretensiones de la parte demandante, se sustenta en la argumentación que sigue:

El recurrente queda vinculado por las bases de la convocatoria por la que accedió a la Función pública. El Tribunal interpreta que las citadas bases determinaban ya la actual situación jurídico funcional del recurrente en orden a su calificación de funcionario en expectativa de destino, su adscripción provisional a una vacante, y su obligación de participar en todos los concursos en tanto que no obtenga destino definitivo. Esa participación debe hacerse sin valoración de méritos (con «0» puntos) en la medida en que el concurso, para el recurrente, constituye todavía parte

---

en un concurso de traslados para la obtención de un destino. Esta previsión ha carecido de respaldo, legal o reglamentario, hasta 1988, momento en que se reforma la Disposición Adicional Decimoquinta de la LMRFP. Por ello, el sistema de articulación ingreso-provisión usado en el presente caso no era el previsto por el ordenamiento. En todo caso, con independencia de esta última acotación, el empleo del concurso como medio de primera adscripción a una vacante no puede conllevar el que la Administración no cubra las vacantes que, en número, han legitimado el previo proceso de selección. Sea cual sea el sistema empleado, siempre habrá de haber suficientes vacantes a las que adscribir de modo definitivo a los funcionarios que ya han superado la fase de ingreso y obtenido su nombramiento.

(9) La inamovilidad funcional se refiere, a diferencia de la relacional, a la denominada inamovilidad en el destino.

del procedimiento de selección, y por ello la obtención de un destino depende del orden alcanzado en la fase de concurso-oposición. Su situación es distinta de la de aquellos funcionarios que ya han consolidado su posición jurídica, y que tienen destino definitivo, por lo que no cabe hacer comparaciones entre ambos tipos de funcionarios a efectos del artículo 23.2 CE, ni cabe reconocer el derecho a la inamovilidad en el destino que disfrutaban los últimos.

En relación a la segunda cuestión controvertida, la falta de determinación de las vacantes en la Orden que convoca el concurso, el Tribunal construye una argumentación amparada en hechos inciertos: como se verá, el problema radica simplemente en que la Sala no ha interpretado adecuadamente la citada Orden. En todo caso, y contra mandatos expresos de carácter normativo, la Sentencia acepta que la convocatoria de un concurso de méritos no contenga las vacantes, y tampoco, como es lógico, los elementos determinantes de cada uno de los puestos de trabajo convocados.

Finalmente, la Sala resuelve otras cuestiones de menor importancia planteadas en la demanda, siempre afanosamente buscando dar la razón a la Administración demandada.

### 2.1. *De las bases de la convocatoria como «Lex vinculante» que rige el proceso de selección.*

La Sala acude aquí a una reiterada y conocida Jurisprudencia, plasmada hoy en el Reglamento General de Ingreso, de 19 de diciembre de 1984, que no debe entenderse ni aplicarse en términos absolutos: las bases de la convocatoria son la ley que rige el concurso-oposición. Ante esto debemos afirmar que la convocatoria es, por encima de cualquier otra consideración, un acto administrativo. Un acto destinado a regir un procedimiento de ingreso concreto y específico, y que agota sus efectos en la conclusión misma del citado procedimiento, es decir, cuando tiene lugar el nombramiento de funcionario de carrera. La relación funcional, como hoy es comúnmente admitido, es de naturaleza estatutaria, resultando que hoy, además, los elementos esenciales del estatuto de los funcionarios, tienen rango constitucional y legal. Esto implica que las bases de la convocatoria deben atenerse al régimen estatutario vigente, sin poder modificarlo. Imposibilidad modificativa manifestada en una doble vertiente: respeto al régimen previsto para la fase de ingreso, y, en segundo lugar, imposibilidad de extender la aplicación de las bases a fases posteriores que tienen lugar una vez consumada la de ingreso, pues una convocatoria de ingreso es justo y solamente eso. Lo contrario es admitir el carácter contractual de la relación funcional, al admitirse situaciones jurídicas funcionariales diferentes de las estatutariamente previstas, e inatacables al ser consecuencia de la «LEX de la convocatoria».

De ahí que no pueda afirmarse que la peculiar posición jurídica de un funcionario ante un proceso de provisión de vacantes está determinada

por las bases de la convocatoria de un concurso-oposición. Dicha situación jurídica es la determinada por el régimen normativo que regula los sistemas de provisión de puestos de trabajo, y ese régimen normativo no puede ser modificado por una Orden de convocatoria de un procedimiento de ingreso, entre otras muchas razones, porque dicha Orden es un simple acto administrativo y, como tal, no puede derogar singularmente normas reglamentarias o legales.

Todo esto obliga a interpretar las bases de la convocatoria de un procedimiento de ingreso de modo que los efectos de este tipo de actos alcancen y se enmarquen exclusivamente en el ámbito propio de la fase de selección. Por lo demás, si alguna base contraviene preceptos jurídicos, y no es recurrida, el alcance de ese consentimiento igualmente se ciñe sólo al momento y condiciones de ingreso: No debe alegarse la imposibilidad de atacar jurídicamente un acto que convoca un concurso de traslados por quien no recurrió un acto que convocaba un concurso-oposición, pues son actos administrativos distintos, con sustancialidad propia, destinados a aplicar sectores distintos del ordenamiento jurídico funcional. Y esto, aun cuando (e indebidamente) ambos actos digan la misma cosa. No estamos entonces en el caso de actos confirmatorios.

El problema de fondo consiste precisamente en que la convocatoria de ingreso no tiene carácter normativo, idea ésta que falsamente pudiera deducirse del aforismo jurisprudencial que titula este apartado. Así, las bases de la convocatoria no pueden ser objeto de reiterada aplicación en el tiempo y para supuestos de hecho nuevos o distintos, y mucho menos suponer una innovación del Ordenamiento jurídico.

Matizado el sentido que debe tener este principio jurisprudencial hay que concluir en que la afirmación que hace la Sala sobre la obligatoriedad de concursar que recae sobre el recurrente en atención a lo que ya disponía la convocatoria del concurso-oposición por el que se produjo su ingreso, supone extender más allá de lo indebido el alcance que tal convocatoria debiera tener. La convocatoria, en su base 8.5, establecía que «los destinos que se adjudiquen tendrán carácter provisional, estando los opositores obligados a participar en los siguientes concursos de traslado que se convoquen hasta obtener destino definitivo». Previsión lógica si se sitúa ante la siguiente interpretación: los destinos adjudicados tras la fase de oposición son aquellos en los que los aspirantes deben realizar sus prácticas. De ahí que sean provisionales, pues el funcionario en prácticas no ha consolidado aún su situación. Dada la provisionalidad del destino, cuando se supera la última fase del procedimiento y se obtiene el consiguiente nombramiento de funcionario de carrera, es necesario que el ya funcionario sea adscrito a una vacante y esta adscripción debe tener carácter definitivo, máxime si se arbitra a través de un concurso. Lo que no es imaginable es que no exista una vacante presupuestaria que impida que el funcionario obtenga un puesto de trabajo adecuado y que motive una obligación indefinida de concursar sucesivamente hasta que se produzca la vacante necesaria.

2.2. *¿Quién es oportunamente nombrado no ha consolidado su relación jurídica?*

La Sala estima que la obligación de concursar establecida por la Orden de 29 de octubre de 1987 objeto de impugnación es consecuencia del contenido de la base 8.5 de la convocatoria del concurso-oposición. Para la parte actora, dice la Sentencia, el concurso impugnado forma parte del proceso de selección iniciado con la convocatoria de 29 de marzo de 1985. Ese proceso selectivo tiene fin, a juicio del Tribunal, cuando el recurrente obtenga destino definitivo, de modo que su situación funcional quedaría así consolidada.

Estamos ante una doctrina ciertamente curiosa y, desde luego, nada conforme con la que de común se admite y se desprende del propio ordenamiento. Preciso es resolver este confucionismo en el que parece haber incurrido la Sala. La resolución de esta problemática está en el valor asignado al acto de nombramiento. Es éste el que determina que un sujeto consolide su situación jurídica de funcionario, como claramente dispone el artículo 36 de la Ley de Funcionarios de 1964 (10); verificado el nombramiento de funcionario de carrera, con ocasión de vacante, la fase o procedimiento de selección ha finalizado. La persona ha accedido al *status* de funcionario público. Planteamiento tan sencillo, y en absoluto novedoso al ser tesis admitida de antiguo, es ignorado por la Sala, que invierte totalmente los términos. De ahí que la sentencia no haya entrado en el debate planteado por la demanda, en el hecho de por qué un funcionario de carrera resulta adscrito de modo provisional a una vacante, por qué no tiene destino definitivo, cuando su propio acceso a la función pública y su propio nombramiento de funcionario de carrera son siempre con ocasión de vacante. ¿Puede libremente la Administración adscribir a un funcionario provisionalmente a una vacante cuando existen puestos de trabajo que pueden cubrirse de modo definitivo, esto es, a través del oportuno concurso de méritos? ¿Y puede hacer esto amparándose precisamente en una pretendida ausencia de vacantes? A esto debió responder la Sentencia, pero su línea argumental ha ido por derroteros distintos.

Si admitiéramos como posible, que no lo es, que la Administración pudiera decidir con absoluta libertad adjudicar vacantes presupuestarias a través y bajo el régimen de concurso, o mediante la simple adscripción provisional del funcionario a las mismas, y si se admitiese que la obtención del destino definitivo (por concurso) es requisito necesario para la consolidación de la relación jurídica, esto último dependería siempre de aquella voluntad, en función del modo en que decidiera proveer las vacantes. De aquí resultaría que unos funcionarios disfrutarían de derechos no concedidos a otros, al tener una posición consolidada, desigual-

(10) Desde el nombramiento, cumplidos los trámites posteriores de acatamiento de la CE y toma de posesión, se consolidan los derechos del funcionario. Uno de estos derechos es precisamente el de ocupar un puesto de trabajo y bajo el régimen legalmente previsto (si no media una supresión de vacantes que obligue al recién ingresado a pasar a la situación de excedencia forzosa, hecho poco probable que de ocurrir manifestaría una absoluta falta de planificación por parte de la Administración).

dad injustificada propiciada por una conducta arbitraria de la Administración.

Todo esto es lo que está justificando la Sentencia con sus razonamientos, confundiendo dos figuras netamente diferentes: la expectativa de ingreso y la expectativa de destino, términos a los que nos referiremos más adelante.

El resultado de la actitud de la Administración, que la Sala protege con tan chocantes posicionamientos, es una peculiar situación del funcionario de este supuesto, quien:

— Está obligado a concursar hasta obtener un destino definitivo, lo que supone un traslado de carácter forzoso, pues del hecho de no obtener destino no se deriva lo que es norma general, a saber: que el concursante permanece en el destino desde el cual concursa, pues en este último su situación es provisional, precaria. Frente a esto, los funcionarios de su Cuerpo con destino definitivo concursan libremente, a voluntad propia, sin sufrir traslados forzosos, pues sólo aspiran a los puestos deseados y, de no obtenerlos, permanecen en los anteriores.

— Debe concursar sin posibilidad de alegar mérito alguno, lo que es «toda una forma de fomentar la superación personal del funcionario».

— Debe concursar a todas las vacantes, lo que plantea serias dificultades desde el momento en que se desnonocen las propias vacantes ofertadas en el concurso. Así no hay posibilidad de controlar la fase de resolución del concurso.

— Por su personal situación, hay actividades y cargos que le están vedados (11), y cuya realización, para los demás funcionarios, supone la adquisición de méritos cuya importancia es relevante de cara a la propia promoción profesional.

La Tesis de la Sala sobre la extensión del período de selección, desde otra óptica, es absurda si traemos aquí el siguiente argumento: piénsese que dentro de un proceso de selección permanece la posibilidad de determinar que el aspirante no es apto, lo que implica que éste no adquirirá nunca la condición de funcionario, que su aspiración será DENEGADA. No así cuando estamos ante quien es ya funcionario. No puede la Administración sin más determinar privarle de un *status* que ya ha alcanzado, pues el funcionario es inamovible. En nuestro caso estamos ante un funcionario de carrera, no un simple aspirante. Si éste está, como dice la Sala, en proceso de selección, ¿podrá todavía tener la desgracia de ser declarado NO APTO en el concurso-oposición?

---

(11) Vid., más adelante, la nota 14 del presente trabajo.

### 2.3. *Expectativa de ingreso y expectativa de destino.*

Todo lo que refiere la Sala en conexión con la situación jurídica del recurrente son los efectos propios de la llamada expectativa de ingreso, a los que se añaden algunos de los de expectativa de destino. La Sala confunde ambas figuras entre sí, que, en todo caso, ni una ni otra pueden ser de aplicación en la situación peculiar del funcionario del presente caso.

La *expectativa de ingreso* es la situación propia de aquellos quienes, habiendo superado las pruebas de ingreso, no pueden ser nombrados funcionarios de carrera por ausencia de vacante (art. 23 del Reglamento General de Ingreso) (12). En tal caso estamos ante sujetos en «*expectativa de nombramiento*», quienes consolidarán su situación con ocasión de vacante. En estas circunstancias está radicalmente prohibido nombrar nuevos funcionarios de carrera que hubieran obtenido su ingreso con posterioridad a quien se encuentra en la situación que se comenta, y dentro del Cuerpo en el que terminará ingresando el aspirante en expectativa.

Esta forma de consolidación del *status* funcional es la que precisamente la Sentencia pretende aplicar al recurrente. Pero éste es ya un funcionario nombrado, lo que excluye el que se encuentre en expectativa de consolidar algo que ya ha consolidado. Por lo demás, reforzando lo dicho, queda claro que no estamos ante una expectativa de ingreso por cuanto desde 1985 (fecha en que ingresa el demandante) hasta el momento presente, han sido convocadas anualmente nuevas pruebas de selección para el ingreso en el mismo Cuerpo (y para impartir la misma asignatura) al que pertenece el funcionario de este caso, lo que es suficientemente indicativo de la existencia de las vacantes que impedirían que se llegase a producir la situación comentada.

La segunda figura, la expectativa de destino, tiene un marcado carácter excepcional. Aparece regulada de modo expreso *exclusivamente* en la Ley del Proceso Autonómico, artículo 24, y dentro del contexto del proceso de transferencias de medios personales del Estado en favor de las Comunidades Autónomas. Se concibe como aquella situación en la que quedaban aquellos funcionarios del Estado cuyos puestos de trabajo eran suprimidos por razón del traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas, y que no podían ser adscritos a ninguna vacante. Quedaban en expectativa de destino *por no haber puesto de trabajo* al que poder ser destinados. En este contexto estaban obligados durante un período cierto de tiempo a participar en los concursos de traslados, y de no obtener vacante en el citado plazo, serían transferidos forzosamente a las Comunidades Autónomas. Se contenía la previsión consistente en la imposibilidad de convocar pruebas de selección para el ingreso en aquellos Cuerpos en los que hubiera funcionarios en expectativa de destino. De ahí la Sentencia extrae el efecto de la obligación de participación en los concursos.

---

(12) Caso de que, por ejemplo, se convoca un 10 por 100 más de las vacantes realmente efectivas, pensando en jubilaciones, fallecimientos, etc., que posteriormente no se producen.



Estamos ante una figura excepcional que supone un régimen riguroso, no contemplada en el régimen general como situación administrativa tipificada, cuya finalidad era facilitar el traspaso de medios personales, y que suponía una exclusión temporal de la aplicación de la excedencia forzosa, lo que resulta obvio para el cumplimiento de la finalidad perseguida.

En el caso presente no se está, pues, ante una situación de este tipo: ni tiene lugar en este supuesto ese proceso de traspaso de competencias entre el Ministerio de Educación y Ciencia y las Comunidades Autónomas, ni se han suprimido los puestos de trabajo a los que adscribir a los funcionarios docentes en expectativa de destino, quienes en su totalidad desempeñan puestos de trabajo (indebidamente de forma provisional).

Junto a las anteriores consideraciones debe pensarse en el contrasentido que supone aplicar esta figura ¿Cómo puede suprimirse por la Administración la vacante, el puesto de trabajo, de quien según ella misma no ha llegado a ser titular de tal vacante? ¿Y cómo es posible permitir que un sujeto ingrese en la Función Pública para de modo inmediato afirmar que no hay vacante a la que pueda ser adscrito?

#### 2.4. *Del modo de participar obligadamente en el concurso.*

La obligatoriedad de participación en el concurso, consecuencia de la situación de expectativa de destino sufrida por el recurrente, pretende justificarse normativamente a través de dos preceptos diferentes:

— De un lado, el artículo 4 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo de 1985, que regula el reingreso al servicio activo a través de dos mecanismos: incorporación provisional a un puesto de trabajo y posterior participación en el concurso, y participación directa en concurso como medio de reingreso automático. En cualquier caso, lo que el Reglamento contempla es el modo en que aquellos funcionarios procedentes de otras situaciones se reincorporan al servicio activo (o, por analogía, el modo en que resultan adscritos a un nuevo puesto los funcionarios en activo cesados en un puesto obtenido por libre designación). Para nada cita algún supuesto similar o idéntico como al del presente caso, pues da por hecho implícitamente que simplemente no se puede producir lo que está en perfecta consonancia con la declaración expresa y tajante sobre la voluntariedad de participación como derecho instituido en favor de *todos* los funcionarios en servicio activo, sin excepción alguna (13). El Reglamento determina que quienes se reincorporan al servi-

---

(13) El nuevo Reglamento de 1990 sí contempla algún supuesto de funcionarios en servicio activo que, tras perder el puesto de trabajo obtenido por concurso y ser destinados a una nueva vacante de modo provisional, deben participar obligadamente en sucesivos concursos de traslados. Esta variación obedece a la propia reforma de la LMRFP producida en 1988, donde se introducen causas tasadas de pérdida de puesto de trabajo obtenido en concurso —art. 20.1.e) de la actual LMRFP— y que, en todo caso, nada tienen que ver con el supuesto de hecho que ahora se comenta. Por demás, el nuevo régimen legal es posterior a los hechos de los que trae causa la Sentencia comentada.

cio activo mediante adscripción provisional a un puesto de trabajo deberán participar en los sucesivos concursos de traslados, al objeto de ser adscritos a un puesto de trabajo según la forma y con los efectos que la Ley quiere, pues la provisionalidad en el destino es una circunstancia anómala, que, en razón del propio interés del servicio, no debe prolongarse.

Sin embargo, la Sentencia pretende extraer aquí una regla general de lo que es precepto excepcional. Tajantemente se afirma que el Reglamento dispone que todos los funcionarios con destino provisional (sin pararse a considerar la adecuación a Derecho de tal situación) están obligados a participar en los concursos de traslados que se convoquen, y esto es lo que motiva la obligación recogida en la Orden impugnada.

Conclusión inadecuada que, además, contradice toda la argumentación dogmática establecida con anterioridad: o la obligación es consecuencia de la falta de consolidación de una situación personal y se enmarca en el proceso de selección, o bien es consecuencia de la regla extraída del Reglamento de Provisión y debe por tanto articularse a través del régimen que para el concurso establece el citado Reglamento. Pues es claro que cuando esta nota establece la obligatoriedad de participación en un concurso está al tiempo afirmando que esa adscripción por concurso se realizará conforme al régimen que para esta forma de provisión de vacantes determina el propio Reglamento. Y está afirmando también que se trata de una medida que recae sobre funcionarios de carrera, sobre sujetos que tienen consolidada su relación jurídica.

— En segundo término, la Sentencia apoya sus tesis en la Disposición Adicional 15 de la LMRFP. A esto debe señalarse que:

a) La redacción empleada es la resultante de la modificación introducida en 1988, cuando la Orden impugnada es de 1987, resultando que se trataría de un precepto, el aludido por la Sentencia, que no tiene aplicación en este caso al poder tener carácter retroactivo en la medida en que, según lo interpreta la Sala, supone una restricción de derechos reconocidos legalmente.

b) En todo caso, el citado precepto tiene un contenido parejo con la base 8.5 de la convocatoria de ingreso que antes se mencionó, por lo que debe interpretarse en el sentido dado entonces, máxime si la interpretación pretende ser conforme al resto del articulado legal que compone el Estatuto Funcionarial vigente.

Determinada la obligatoriedad de participación en la forma descrita, la Audiencia Nacional entiende perfectamente adecuado a Derecho que los sujetos a los que alcanza tal obligación deben concursar con cero puntos, sin posibilidad de aportación de méritos, pues al permanecer aún en la fase de selección, la adscripción a un puesto debe realizarse conforme al orden que tales personas obtuvieron en la fase de concurso-oposición. Esto no es discriminatorio, se argumenta, dado que la situación de funcionario en expectativa de destino no es comparable con la del que se

encuentra ya con destino definitivo, y por ello ha consolidado su situación jurídica. Son figuras de categoría distinta. Por demás, la comparación debe establecerse entre quienes se encuentran en su misma situación, a los que se les aplica el mismo régimen con escrupulosa igualdad.

El juicio comparativo apuntado por la Sentencia no es correcto. La única diferencia entre los funcionarios con destino definitivo y el recurrente consiste en que a los primeros la Administración ha decidido adscribirles a una vacante según dispone el Ordenamiento, y al recurrente, así como a cuantos padecen su misma situación, no los ha adscrito de tal guisa. Derivar de este hecho una pretendida desemejanza *per natura* de las respectivas situaciones jurídicas personales es, cuando menos, un esperpento jurídico.

Lo que resulta evidente es que la participación en un concurso de *méritos* sin poder aportar mérito alguno es desvirtuar la esencia misma de la institución que, dicho sea de paso, es consecuencia lógica y directa de los principios de mérito y capacidad incorporados al Texto Constitucional. En la práctica, la regla de los «cero» puntos tiene por consecuencia más inmediata acrecentar la desigualdad entre quienes tienen destino definitivo, y participan voluntariamente en el concurso, pudiendo alegar todos los méritos adquiridos que estén contenidos en el baremo correspondiente, y aquellos otros como el recurrente, que deben presentarse cual orondo infante recién traído al mundo. Así se aumenta una diferencia en cuanto a méritos totalmente ficticia (14).

¿Cómo, con este cúmulo de medidas, puede esperarse que un funcionario asuma su deber de perfeccionamiento y autosuperación, si los méritos contraídos como consecuencia de ello, no le serán tenidos en cuenta? ¿Y cómo se conjuga este desánimo inducido en el funcionario, propiciado institucionalmente, con la debida calidad de la enseñanza a la que los ciudadanos tienen, activa o pasivamente, derecho? A nadie escapa que una situación como la presente ha de incidir necesariamente en la función desempeñada por los docentes: súmese a la falta de estímulos unas retribuciones poco dignas, una marco estructural notablemente desorganizado y confuso, un continuo movimiento de profesores de un lugar a otro que impide la debida continuidad de sistemas pedagógicos y de programas que abarcan más de un curso, un enfrentamiento continuo

---

(14) Diferencia ficticia que se acrecienta, además, con la siguiente consideración: determinados méritos a valorar en el concurso, según el baremo que se contenía en la Orden impugnada, eran referentes al desempeño de puestos directivos en los respectivos centros docentes. Estos puestos, a raíz de la famosa LODE, son de carácter electivo. Resulta que, según el desarrollo reglamentario de esta Ley, los cargos directivos están vedados a los profesores en expectativa de destino al disponerse que sólo podrán ser elegidos para los mismos los profesores que tengan destino definitivo en el centro en cuestión. El funcionario con destino definitivo, por gracia de la Administración, puede disfrutar de derechos reconocidos (sin excepciones) en la LODE; puede así obtener mejores retribuciones y adquirir mayores méritos. El funcionario en expectativa está fuera de todo ello, y a medida en que esta situación es mantenida (recuérdese que hay funcionarios en expectativa que sufren la situación por más de siete años), la diferencia medida en méritos de este tipo se acrecienta. Y no es que realmente un funcionario destaque más que el otro por sus méritos reales: simplemente a uno de ellos no le está permitido demostrar sus capacidades en condiciones de igualdad.

entre los diversos sectores de la comunidad docente y una cierta sensación de funcionarios de «segunda clase» que tienen quienes están en la situación del recurrente, fomentada en ocasiones por sus compañeros agraciados por destinos definitivos.

#### IV. CONCLUSIÓN

La poca importancia que el legislador ha dado a las cuestiones funcionariales en el proceso contencioso-administrativo se ha trasladado a los órganos judiciales de modo que existe una marcada tendencia en éstos a fallar siempre en beneficio de la Administración demandada. Hay una perceptible carencia de la debida sensibilidad hacia los problemas de personas que prestan sus servicios, inapreciables en la gran mayoría de los casos, a la comunidad.

Todavía parece flotar en la mente de algunos la idea de que el único derecho realmente importante para los funcionarios es el de no ser separados sino por justa y tasada causa (inamovilidad relacional). Más, en el ámbito de una sociedad como la presente, las preocupaciones de los servidores de los asuntos públicos parecen caminar también por otros derroteros, sin perjuicio de la importancia que tiene la tan difícilmente conquistada inamovilidad. Y esas preocupaciones deben ser seriamente tenidas en cuenta por quienes están llamados a protegerlas, máxime si se tiene presente la reducción de garantías judiciales que se ha operado en este campo. Las cuestiones de personal, como se dijo, pocas veces son susceptibles de ser apeladas. El funcionario, cuando reúne el ánimo suficiente como para recurrir una decisión que le afecta negativamente, cuando logra dejar atrás los miedos, justificados o no, a una posible represalia, e inicia así el lento proceso del recurso contencioso-administrativo, diríase que se lo está jugando todo a una carta. Y en muchos casos la carta que mancha proviene de una baraja que está marcada. El funcionario, con sus escasos recursos, se enfrenta a toda una estructura que dispone de grandes medios para su defensa. Incautamente, se cae en la trampa de acudir al proceso sin la debida asistencia y representación, dado que le está permitido el recurso sin necesidad de Procurador y Letrado al presuponerse en el funcionario unos conocimientos jurídicos de los que, por lo general, carece. Eso sí, la tentación de ahorrarse unos honorarios que mermarían su paupérrimo sueldo es acicate suficiente como para incurrir en el error comentado. Lo cual no quiere ni con mucho decir que la asistencia debida garantice la consecución de sus pretensiones. La impermeabilidad de la Jurisdicción en materia funcional es notoria.

Y esto es peligroso. La propensión a fallar en favor de la Administración puede producir en el funcionario tres efectos perniciosos para el orden jurídico: primeramente, una cierta desconfianza hacia el sistema judicial, y a nadie escapa los efectos de esto último, que degeneraría en un desánimo, en una desidia del funcionario con serias implicaciones en relación a su rendimiento personal (al sentirse injustamente tratado es

imposible que asuma con el debido anhelo las tareas que tiene encomendadas) y en relación también a futuras e hipotéticas impugnaciones de actuaciones administrativas contrarias a Derecho. El funcionario puede terminar por no actuar frente a los abusos de la Administración, lo que, sin duda, tendrá un efecto multiplicador sobre esos abusos en la proporción en que la Administración sea consciente de la falta de reacción frente a actitudes sospechosas de cierta antijuricidad. La eficacia y la rectitud de la Administración están o pueden estar en juego.

Como segundo efecto, alternativamente al anterior, existe el peligro de convertir el recurso de amparo constitucional en una segunda instancia en materia de personal, aumentando peligrosamente la labor del Tribunal Constitucional quien, a su vez, para no verse colapsado, iniciaría un giro doctrinal destinado a restringir la concesión del amparo de forma drástica, afectando así injustamente a aquellos sujetos que, en condiciones normales, sí serían dignos de recibir la esperada tutela de tan alto Tribunal, y que ahora verían rechazadas sus peticiones.

El tercer efecto posible sería el de residenciar aquellos problemas que la Justicia no ha resuelto debidamente en el ámbito sindical. Posibilidad más remota que las anteriores, pero no tanto como para esperar que no llegue a producirse. Cuestiones que podrían resolverse de forma individualizada y bajo formas jurídicas podrían llegar a convertirse en foco de conflictividad social, lo que a pocos beneficiaría. Y no es que se pretenda afirmar aquí la falta de bondad de una acción sindical dirigida a la creación de conflictos como medio de presión para alcanzar determinadas aspiraciones. Ocurre que ésta debe ser la última posibilidad una vez que se han agotado los mecanismos normales para la resolución de conflictos. Por tanto estos extremos pueden y deben ser evitados. En muchos casos basta la simple aplicación de las normas, pero, para ello, hay que prestar una justa y debida atención a los problemas que se susciten en instancias judiciales.

La frecuente permeabilidad judicial a la postura que, en materia de personal, mantiene la propia Administración da lugar en ocasiones a la elaboración de sentencias que sustentan doctrinas poco correctas y esto empaña necesariamente el prestigio de nuestros Tribunales. Las dos sentencias comentadas no son sino simple muestra de una realidad de efectos más amplios. Lo principal de ellas no está tanto en el desacierto a la hora de aplicar el derecho como en la falta de interés que muestran por el problema que plantean los demandantes en cada caso. Situación que se deberá en ocasiones a una carencia de medios que es tradicional en nuestros Tribunales, pero que no puede convertirse en justificación generalizada y absoluta. Por el mismo criterio bien podían las Salas fallar monótonamente en favor de los funcionarios demandantes, lo cual significaría incurrir en el mismo vicio que en este comentario pretendemos poner de manifiesto. Falta de interés traducida en fallos que resultan, cuando menos, chocantes, pues no es el tema el de discutir argumentaciones que abordan problemas jurídicos de difícil solución, sino que se trata de supuestos de hecho para cuya solución sólo se exige una sencilla aplicación de normas y doctrinas consolidadas e indiscutidas. En los dos

supuestos analizados hubiera sido más sencillo aplicar lo que, desde estas páginas se considera, es la doctrina correcta, que la artificiosa elaboración de argumentos destinados a reforzar un fallo que, a más de uno, con menor comprensión de los problemas aludidos, le podría parecer adoptado *a priori*. Ante esta serie de consideraciones ¿podemos entender cumplido con este género de sentencias el principio de tutela judicial efectiva proclamado por nuestro Texto Constitucional? ¿Dicho principio queda a salvo con el simple cumplimiento de los trámites procesales con independencia del contenido de los fallos judiciales? ¿El derecho garantizado en la Constitución alcanza sólo al deber genérico de la actuación de los órganos judiciales o impone límites al contenido material de cada actuación concreta de los jueces y tribunales? Evidentemente la tutela judicial efectiva no debe quedar en un simple formalismo; se trata de un principio que alcanza el contenido de las actuaciones judiciales. Pero esta vertiente material no debe desbordarse, no debe abrir indiscriminadamente vías de acceso al Tribunal Constitucional. Peligro que existe ante la falta de un criterio claro que sirva para deslindar lo que es o no ausencia de tutela efectiva por razón del fondo. Y en tanto no sean determinados esos límites precisos los Tribunales Ordinarios tienen bastante responsabilidad en lo tocante a evitar el abuso del recurso de amparo; déjense de lado ciertas inercias, ármense de un poco más de sensibilidad. No se exigen sentencias dignas de pasar al libro de los hitos jurídicos por su brillantez expositiva y de elaboración, no se pretende que aborden los asuntos con la pausada contemplación con que se caracteriza la doctrina científica. Bastan fallos que resulten simplemente sensatos y que no obliguen al administrado a estar en eterna peregrinación ante unos Tribunales y otros en demanda de un mínimo de comprensión.

Iñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO  
Profesor Ayudante  
de Derecho Administrativo