

La ejecución de sentencias contencioso- administrativas en materia de empleo público

Marcos Peña Molina



Derecho
Administrativo

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS
EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO

COLECCIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Director

Santiago Muñoz Machado

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense, de la Real Academia Española y de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

Consejo Asesor

Ignacio Borrajo, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pública de Navarra, Letrado del Tribunal Constitucional.

José María Baño León, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

Andrés Betancor Rodríguez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

Vicente Álvarez García, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura.

Ricardo Rivero Ortega, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.

Juan Francisco Mestre Delgado, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia.

José María Gimeno Feliu, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.

Blanca Lozano Cutana, Catedrática de Derecho Administrativo de la UNED.

Eva Desdentado Daroca, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá.

Federico Castillo Blanco, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

Alejandro Huergo Lora, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo.

Diego Vera Jurado, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga.

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO

MARCOS PEÑA MOLINA



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2022

Primera edición: marzo de 2022



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© De los contenidos, Marcos Peña Molina
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 090-22-058-7 (edición en papel)
090-22-057-1 (edición en línea, PDF)
090-22-056-6 (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2807-4

Depósito legal: M-6228-2022

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

A mi Madre.

AGRADECIMIENTOS

«La gratitud es la memoria del corazón».

Lao TSE

El que da. El que ofrece. El que se desprende, el que acompaña, si quiere, puede olvidar. El que recibe. El que aprende. El que crece, nunca. Uno no puede dejar escapar entre recuerdos banales y fugaces, el lugar donde se encontraba la fuente que le dio de beber. Por eso, estas breves líneas van destinadas, esencialmente, a dos personas que se han desprendido para permitir mi re-construcción personal, profesional e intelectual, y lo mejor es que sin nada a cambio, solo ofreciendo su tiempo, su saber y su incalculable paciencia.

Una, es un amigo. Un profesor. Un Maestro. D. Eduardo Gamero Casado. Se quedaría ingratamente lábil la verdad si le tuviera que reflejar mi gratitud por el formal hecho de haber sido un director de tesis. Ha sido mucho más que eso. No es fácil, captar el espíritu y la pasión de alguien, para sentir y después traducir, con aportes precisos, claros y adecuados, lo que uno porta desde hace tiempo y por demasiado tiempo, de estudio, de vicios, de errores, de prácticas y demás accidentes, en su cabeza y en sus propias manos. Sus innumerables observaciones. Sus incontestables correcciones. Su capacidad de razonar al unísono con quien intenta reflejar una idea, un pensamiento, para que pueda tener encaje y materia en una realidad tan desorganizada como el empleo público, te demuestra que lo mejor que le puede pasar a uno es que, en su camino, te acompañe quien ya ha estado en el lugar al que quieres dirigirte. Solo mediante la guía y la propuesta. Sin imposición o sobreposición. Entendiendo que la personalidad, el espíritu y la inquietud del guiado son las herra-

mientas con las que cuenta el que guía, o como se decía antes, del *guiandante*. La tesis es solo la llegada a esa lejana meta que se ha marcado el guiado, bajo la atenta mirada del que lo guía.

Por tanto, querido amigo, admirado profesor, mi gratitud más sincera, más profunda y más pura. Gracias, gracias y gracias.

La segunda persona a la que quiero darle las gracias es a una amiga, a una compañera de mil aventuras y desventuras. A una Mujer. A mi esposa, María. ¿Qué te digo? El robo de innumerables horas de tu tiempo. Tu siempre desinteresado esfuerzo para, entre todo lo que haces, entre todo lo que llevas, encontrar ese libro, ese texto o esa bibliografía que mi obtusa cabeza busca y rebusca, sin saber muy bien si existe. El ordenarme ideas y reflexiones. El acompañarme a cualquier lugar o sitio, que mi loca inquietud me impulsara a ir, a viajar, o a conocer, sin contraponer duda o reproche, solo ilusión y voluntad, me brota decirte que, lo que hoy se refleja entre letras Time New Roman, número 12, que con tanta dedicación nace, es por ti y gracias a ti. Un millón de gracias por todo. Por tanto.

Y por último, quiero dar las gracias a mi buen amigo Jose Luis Louviert, por estar siempre al otro lado del teléfono para solucionarme esas dudas que, para mi tenían el diámetro de un océano y para él, la profundidad de un charquito. Muchísimas gracias, querido amigo.

«La fuerza puede, en caso de necesidad, vivir sin el Derecho; ya lo ha demostrado. El Derecho, sin la fuerza, es una palabra falta de sentido: solo la fuerza realiza las reglas del Derecho y hace de éste lo que debe ser»

RUDOLF IHERING

«La primera lección que aprende el abogado es que el juez puede sentenciar pero no resolver»

ANTONIN SCALIA

ÍNDICE

	Páginas
PRÓLOGO	17
ABREVIATURAS	21
INTRODUCCIÓN	25
A) Propósito y pertinencia de esta investigación	25
B) Delimitación del objeto de estudio	28
C) Perspectiva preeminente en la investigación	30
D) Metodología del trabajo	31
E) Estructura del trabajo	33
CAPÍTULO PRIMERO. DEL PROCESO HISTÓRICO DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS ANTE EL PODER PÚBLICO EJECUTIVO. LA EXISTENCIA DE UN PODER JUDICIAL TARDÍO	39
1.1 Potestad jurisdiccional vs función jurisdiccional.....	39
1.1.1 Aclarando los términos. Poder, Potencia y Potestad	39
1.1.2 Entre la Revolución francesa y norteamericana. Entre Rousseau y Montesquieu	50
1.1.3 La teoría de la división del poder en el Estado. Un poder judicial presque null	71
1.1.4 Tocqueville y la Justicia Administrativa	80

	Páginas
1.2 Marco legislativo y jurisprudencial preconstitucional regulador de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Breve aproximación histórica.....	89
1.2.1 La potestad ejecutoria como presupuesto necesario para la existencia de un poder jurisdiccional real. Su aparición en la evolución normativa de la jurisdicción contencioso-administrativa española	89
1.2.2 Un acercamiento a la jurisprudencia española preconstitucional en materia de ejecución de sentencias contencioso-administrativas. Algunos supuestos en materia de empleo público	100
1.2.3 Epítome capitular	108
 CAPÍTULO SEGUNDO. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DESDE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 HASTA LA LEY 29/1998 DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: PUNTO DE INFLEXIÓN	 111
2.1 De la justicia de la Administración a la justicia sobre la Administración	111
2.2 La labor constitucionalizadora del Tribunal Constitucional ante la Ley de 1956	120
2.2.1 Bases constitucionales en la interpretación de la ejecución de sentencias	128
2.3 La judicialización del proceso de ejecución de sentencias contencioso-administrativas en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998	130
2.4 El principio de exclusividad y responsabilidad judicial en la ejecución de sentencias contencioso-administrativas	141
2.4.1 La posición del Juez y de la Administración pública ante la ejecución de sentencias contencioso-administrativas. Unas reflexiones de la praxis forense	141
A) La inmutabilidad del fallo judicial. La obligación judicial sobre lo juzgado	145
2.4.2 El deber de colaboración y cumplimiento de la Administración pública	146
A) Alcance general del deber de colaboración	146
2.4.3 El aspecto objetivo y subjetivo del derecho a la ejecución de sentencia. El protagonismo del Legislador en la regulación de	

tal derecho. La Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1984, de 7 de junio	151
2.5 Reflexiones conclusivas. El orden contencioso-administrativo exige un Estado de Justicia	156
CAPÍTULO TERCERO. CUESTIONES GENERALES DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LA ACTUAL LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1998	
3.1 El cumplimiento espontáneo por la Administración	162
3.2 Problemas reales para cumplir determinadas sentencias. No siempre la Administración tiene una conducta obstativa	164
3.3 La insinceridad en el cumplimiento de sentencia condenatoria. Clases de ejecuciones fraudulentas	172
3.4 Naturaleza jurídica de las actuaciones administrativas en ejecución de sentencia: actos formalmente administrativos, materialmente judiciales	180
3.5 Nulidad de actuaciones administrativas en fase de ejecución. Criterios de ponderación. El efecto del cambio normativo sobrevenido en el pleno derecho al cumplimiento de la sentencia	183
3.6 Competencia judicial para acordar la nulidad de actuaciones administrativas en fase de ejecución	187
3.7 ¿Quiénes pueden instar la ejecución forzosa? Partes procesales y partes afectadas. Condiciones y límites	190
3.8 Excepciones a la ejecución. La prioridad del cumplimiento efectivo sobre la imposibilidad de ejecutar. La indemnización como última ratio	194
3.9 Mutación de la legislación procesal en legislación presupuestaria. Las obligaciones de pago. Intereses procesales, indemnizatorios y penales ...	199
3.10 Ejecución forzosa de obligaciones de hacer y no hacer. Concretos problemas y eventuales soluciones para la ejecución de sentencias condenatorias por sustitución	206
3.10.1 Cuestiones generales	206
3.10.2 En particular, la eventual sustitución interadministrativa en la ejecución de sentencias	216
3.11 La pieza separada de la ejecución de sentencia. Las garantías de la interpretación finalista del fallo y del agotamiento del procedimiento incidental. ¿Una acción ejecutiva imprescriptible?	218
3.11.1 Las garantías de la interpretación finalista del fallo y del agotamiento del procedimiento incidental. ¿Una acción ejecutiva imprescriptible?	218
3.12 Unas notas sobre la mediación en la ejecución de sentencias	223

	Páginas
3.13 Medidas subjetivas de coacción judicial. El «levantamiento del velo» organizativo. Momento procesal para acreditar el comportamiento intencionado de resistencia	227
3.14 Especial estudio de los artículos 110 y 111 de la LJCA. Presupuestos objetivos y condicionantes para la extensión subjetiva de los efectos de una sentencia favorable en materia de personal	231
3.14.1 Antecedentes normativos y jurisprudenciales. Principios informadores	231
3.14.2 Hermeneusis del precepto legal. Contenido legal y presupuestos	236
3.14.3 Trámite procesal. Límites y condicionantes para la extensión de los efectos	240
 CAPÍTULO CUARTO. PROBLEMAS DE EJECUCIÓN JUDICIAL RELACIONADOS CON EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO	 245
4.1 Unas necesarias consideraciones previas	245
4.2 Ejecución de sentencias en materia de Relación de Puestos de Trabajo y plantillas de personal. Obstáculos y choques entre la potestad de autoorganización administrativa y la potestad jurisdiccional	249
4.2.1 Breve acercamiento a su origen y regulación legal. Conexión entre RPT y plantilla de personal. Su labor en el contexto de la organización	249
4.2.2 El control judicial sobre las RPTs. De una potestad discrecional a una actuación administrativa delimitada. La potestad jurisdiccional como límite	256
4.3 Ejecución de sentencias declarativas de nulidad de las bases de convocatoria para procesos selectivos de acceso a la función pública. ¿Qué ocurre con los que adquirieron su plaza? Los opositores de buena fe	262
4.3.1 Una necesaria ponderación de principios. El efecto expansivo de la nulidad	263
4.3.2 Criterios constitucionales de flexibilidad y modulación de la nulidad. La equidad como valor humanizador de situaciones injustas. Conceptos indemnizables	267
4.4 Ejecución de sentencias en procesos de provisión de puestos de trabajo. ¿Es posible que en ejecución de sentencia se determine el sistema de provisión?	275
4.4.1 El acceso a plazas y la provisión de puestos. La desconfianza judicial sobre el sistema de libre designación	275
4.4.2 Control del sistema de provisión en ejecución de sentencia	280

	Páginas
4.5 La fuerza de la «discrecionalidad técnica» de los Tribunales calificados. Dique a la ejecución judicial	284
4.5.1 La discrecionalidad técnica, un oxímoron. Un binomio inseparable: discrecionalidad técnica-control judicial	284
4.5.2 El artículo 71.2 de la LJCA. El «iura novit curia» no abarca el juicio técnico en ejecución de sentencia	289
CAPÍTULO QUINTO. PROBLEMAS DE EJECUCIÓN JUDICIAL RELACIONADOS CON EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMPLEADO PÚBLICO	295
5.1 Una reflexión previa necesaria: el problema de las distintas modalidades de contratación laboral temporal. ¿Todas deben ser aplicables a la Administración Pública?	295
5.1.1 Un eterno problema	295
5.1.2 La contratación laboral temporal en la Administración pública	298
A) Límites y limitaciones	298
B) El contrato de obra y servicio. ¿sustantividad propia en un servicio público?	301
C) El contrato por circunstancias de la producción. Un contrato sin espacio	304
D) El contrato de interinidad. Un vaivén jurisprudencial	305
5.2 La ejecución de sentencias declarativas de laborales «indefinidos no fijos de plantilla». Fricciones entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción social. Una necesaria revisión de los antecedentes doctrinales judiciales del indefinido no fijo. Posibles soluciones desde el Derecho Comunitario	308
5.2.1 El indefinido no fijo en la organización pública. Efectos inmanentes	308
5.2.2 Un debate relevante en torno a sus consecuencias	312
5.2.3 Dos ordenamientos jurídicos y una misma realidad. La ponderación como pauta	316
A) El estado de la cuestión. Una ambiciosa alternativa para el personal laboral indefinido de larga duración	317
B) Argumentaciones para una nueva respuesta a la cuestión existente	320
5.3 La ejecución de sentencias en materia de funcionarios interinos. El nuevo «funcionario interino indefinido». Especial estudio de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 en los asuntos acumulados Martínez Andrés y Castrejana López (C-184/15 y C-197/15). La imposibilidad legal de su cumplimiento judicial por las Administraciones públicas	329

■ LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS EN MATERIA...

5.3.1	Como punto de partida, un régimen jurídico discriminatorio	329
5.3.2	La causa de disputa: el interino por programas	330
5.3.3	La causa en el ámbito europeo	333
5.3.4	Las valoraciones del Tribunal Supremo ¿un funcionario indefinido? ...	339
5.4	Ejecución de sentencia en supuestos de sucesión de empresas. Casos de integración de plantilla y «personal subrogado». Las categorías de empleados «del» sector público. Graves problemas de organización administrativa para mantener el estatuto jurídico de los trabajadores integrados	342
5.4.1	Contexto y realidad. El elemento sustantivo como elemento de valoración de la sucesión	342
5.4.2	Supuestos. Tomando como ejemplo a las Entidades Locales	346
5.4.3	La problemática de la integración administrativa del personal subrogado. Sentencias, de facto, inejecutables. Algunas alternativas posibles	350
CAPÍTULO SEXTO. PROBLEMAS DE EJECUCIÓN EN CASO DE PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE EMPLEADO PÚBLICO		357
6.1	Incidentes de ejecución de sentencias dictadas en expediente de regulación de empleo. ¿Es posible que la Administración Pública dicte actos con eficacia retroactiva sustituyendo los actos anulados en sentencia? Delimitación de la jurisdicción contencioso-administrativa frente a la jurisdicción social	357
6.1.1	Extinciones colectivas de relaciones laborales	357
6.1.2	Regulación legal y régimen jurídico	359
6.1.3	Análisis jurisprudencial. Deslinde entre la jurisdicción laboral y contencioso-administrativa en los procesos de despidos colectivos	364
6.2	Ejecución de sentencias que acuerdan la reposición del empleado público en su puesto de trabajo. Supuestos de amortización de la plaza. La problemática del cálculo del quantum indemnizatorio. La valoración de los daños psicológicos y los daños morales	370
6.2.1	Contexto de estudio. ¿Invasión de competencias administrativas? ...	370
6.2.2	Supuesto de amortización de la plaza ¿sentencia inejecutable?	372
6.2.3	Daños morales por amortización de la plaza. Parámetros de referencia para su cuantificación	376
BIBLIOGRAFÍA		381

PRÓLOGO

Esta obra recoge sustancialmente –aunque resumida– la tesis doctoral que su autor defendió en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, el 24 de mayo de 2021, ante un tribunal compuesto por los Profs. Dres. Federico Castillo Blanco, Luis Miguel Arroyo Yanes y Josefa Cantero Martínez, mereciendo la calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad. Con ocasión del acto de defensa los integrantes del tribunal, todos ellos expertos en empleo público, aportaron valiosos comentarios y sugerencias que el autor ha tenido en consideración para la versión final de su trabajo que finalmente ha dado a la imprenta.

El tema objeto de estudio es tan complicado como actual. Es complicado porque, a la especificidad de la legislación sobre empleo público, que exige un gran dominio de sus categorías y resulta siempre delicada de analizar, se le añade la perplejidad que causan los pronunciamientos de condena a la Administración, pues no es infrecuente desconocer de qué manera podría verdaderamente ejecutarse el fallo, evitando que cualquier medida adoptada por la Administración desemboque en nuevos litigios que lo embrollen todo más todavía. Y es actual porque las sentencias recaídas en este ámbito no solo son muy abundantes, sino que vienen acuñando una serie de figuras y de consecuencias que impactan profundamente en la gestión ordinaria de los recursos humanos en el sector público.

La idea principal que subyace en el trabajo, y que lo impregna en toda su extensión –la tesis– es que la jurisdicción contencioso-administrativa dispone actualmente de instrumentos suficientes para garantizar la ejecución de sus sentencias, y descarta, por tanto, que los problemas que se presentan en la realidad cotidiana de estos asuntos se deban a omisiones o defectos de las normas procesales. Lo que sucede, a juicio del autor, es que frecuentemente las

sentencias son inejecutables porque la Administración pública es quien no dispone de las herramientas necesarias para llevarlas a su puro y debido efecto. Se trata, precisamente, de las particularidades de la legislación del empleo público a las que anteriormente aludí, las que pueden hacer inviable la ejecución de sentencias contencioso-administrativas: la exigencia de lograr la consolidación de las plazas mediante procedimientos selectivos, la rigidez –predeterminación– de las platillas y RPTs, la protección de la seguridad jurídica –confianza legítima, buena fe– de aspirantes cuyos procesos selectivos se anulan... Estos y otros elementos se combinan endiabladamente para determinar que muchas veces la Administración quiere pero no puede ejecutar las sentencias contencioso-administrativas en materia de empleo público.

El despliegue de esta teoría tiene lugar en dos fases claramente delimitadas por el ecuador de la obra: los capítulos I a III pretenden demostrarnos que, gracias a la evolución que se ha producido en el régimen procesal de lo contencioso-administrativo, actualmente los jueces y magistrados de este Orden jurisdiccional tienen a su alcance los medios necesarios para hacer ejecutar lo juzgado. La doble formación del autor, en Derecho y en CC. Políticas y de la Administración, así como su atracción intelectual por el pensamiento político y jurídico que eclosionó con ocasión de las revoluciones constitucionalistas de finales del siglo XVIII y principios del XIX, dotan a esta parte de una especial –y no falsa, ni superflua– erudición que, sin duda, hace las delicias de cualquier jurista-lector.

La segunda de las partes en que podemos deslindar la obra se extiende por los capítulos IV a VI, y en ellos se abordan los concretos problemas de ejecución que se plantean a la Administración en materia de empleo público. Salen a relucir infinidad de temas: los indefinidos no fijos, los interinos indefinidos, las RPTs, la provisión de puestos de trabajo, la discrecionalidad técnica de las comisiones evaluadoras... Un rosario de problemas que da vértigo. Pero es importante advertir que el propósito de la obra no es explicar en qué consisten esos conceptos o figuras, porque en tal caso no estaríamos ante una tesis doctoral, sino ante un tratado de empleo público. La finalidad de este libro es analizar los problemas que se le presentan a la Administración para ejecutar las sentencias que se dictan en esas materias, e intentar ofrecer soluciones que le ayuden a resolver la situación.

Por tanto, no debe buscarse aquí un tratamiento pormenorizado de cada una de esas cuestiones, porque el tema que se aborda en este libro no es, por ejemplo, recordar en qué consiste un trabajador indefinido no fijo, sino indicar cómo tiene la Administración que ejecutar una sentencia que declara a un trabajador incurso en esa categoría. Una lectura de la obra que no tenga en cuen-

ta esta orientación del trabajo puede juzgar insuficiente el aparato bibliográfico y jurisprudencial de la segunda parte (capítulos IV a VI); sobre todo, comparativamente respecto a la primera (capítulos I a III). Honestamente, pienso que no es así: se maneja y se invoca el aparato bibliográfico y jurisprudencial que ha abordado cada problema en examen desde el prisma que atañe a este trabajo, esto es: la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración en esos temas o ámbitos materiales.

Para recorrer este camino el autor ha disfrutado de las vivencias prácticas que ha podido conocer y experimentar en su trayectoria profesional, como Secretario-Interventor de la Administración Local, como Letrado de entidades locales, como Técnico Superior de la Administración General de la Junta de Andalucía y como abogado. Todo lo cual le ha nutrido de un amplio acervo de experiencias sobre los problemas que aborda en esta obra. Por lo demás, solo puedo añadir, tal y como hice en el acto de defensa de la tesis doctoral, que su autor es un verdadero torrente de ideas y de conocimientos, y que posee una infatigable capacidad de trabajo.

El autor no elude ningún tema espinoso, ni esconde su posición personal en cada uno de ellos. Es, por ello, una tesis valiente, como comentó reiteradamente el tribunal que la juzgó. Esa valentía confiere mayor valor, si cabe, a esta obra. Pues un trabajo de investigación no puede quedarse absorto en el plano dogmático y especulativo, sino que, tratando también esa dimensión, que resulta imprescindible para construir las bases de razonamiento debe inmediatamente orientarse a ofrecer respuestas a los problemas reales que acucian a la sociedad, a la búsqueda de soluciones que permitan superar las dificultades con las que se enfrentan los operadores jurídicos en su quehacer cotidiano. En este trabajo desde luego que encontrarán respuestas, no siempre fáciles, pero sí razonadas, para determinar la salida que podría tomarse en estos casos de bloqueo en la ejecución de los fallos judiciales; sin descartar, cuando no quepa otra, la fórmula de la indemnización sustitutiva. Por ello la tesis no solo es valiente, sino también valiosa.

Quizás no se compartan algunas de sus propuestas. Pero no se puede negar que, en lo sucesivo, deben ser sopesadas y tenidas en cuenta por los operadores jurídicos cuando se enfrenten a la problemática ejecución de sentencias contencioso-administrativas en materia de empleo público. No hay nada mejor que se pueda decir de una obra: reconocerle su sentido de la oportunidad, y ese carácter innovador y útil que hace muy recomendable su consulta y lectura.

Eduardo GAMERO CASADO
Catedrático de Derecho Administrativo

ABREVIATURAS

art./s.	Artículo/s.
AN	Audiencia Nacional
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
AATS	Autos del Tribunal Supremo.
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado.</i>
C-	Cuestión Prejudicial.
CE	Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
Cap.	Capítulo.
Cfr.:	<i>Confrontar.</i>
CCAA	Comunidades Autónomas.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
Coord.	Coordinador/es.
CORA	Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas.
Dir.	Director/es
DOUE	<i>Diario Oficial de la Unión Europea.</i>
Ed.	Editorial.
ed.	Edición.
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
FJ	Fundamento Jurídico.
Idem.	Igual.
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública.

■ LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS EN MATERIA...

INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
IVAP	Instituto Vasco de Administración Pública.
LC	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
LOE	Ley Orgánica del Estado, número 1/1967, de 10 de enero.
LJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
LJCA	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LOTIC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
LMRFP	Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública.
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público.
M.P.A.	Ministerio de Administraciones Públicas.
núm.	Número/s.
n.º	Número/s.
OEP	Oferta de empleo público.
<i>op. cit.</i>	<i>Obra citada.</i>
p.	Página.
pp.	Páginas.
RD	Real Decreto.
RJ	Repertorio Jurídico Aranzadi.
RAP	<i>Revista de Administración Pública.</i>
R.A.E.	Real Academia Española.
RDL	Real Decreto Ley.
rec.	Recurso.
RPT	Relación de Puestos de Trabajo.
Rep.	Repertorio.
REDA	<i>Revista Española de Derecho Administrativo.</i>
reimp.	Reimpresión.
ss.	Siguientes.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional.

SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo.
SJCA	Sentencia del Juzgado contencioso-administrativo.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
T.	Tomo.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
Trad.	Traducción.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TREBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.
TRLHL	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
TRRL	Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.
Vol.	Volumen.
Vid.	Ver.

INTRODUCCIÓN

A) Propósito y pertinencia de esta investigación

Aquellos que nos dedicamos a una profesión cuyas raíces parece que brotaron con el demócrata griego Pericles¹, recordado por su accésit intelectual de unir la belleza de la elocuencia con la fuerza de la razón, y que persigue, como noble labor, la defensa de la civilización y la Justicia legal², intentado suscitar la correspondiente convicción psicológica y jurídica en el instituido como juzgador de las partes encontradas, sabemos bien que, principalmente, son dos los problemas que zozobran al que solicita la intervención del versado en Derecho a fin de calmar sus ansiadas pretensiones de reparación, en especial cuando la contraparte en la controversia es el propio Poder público ejecutivo o, más concretamente, su instrumento burocrático de canalización decisoria, esto es, la Administración pública.

Dos son, pues, los principales problemas, o incluso podemos llamarlos inquietudes personales, que se plantean ante aquellos abogados que en un momento de su actividad profesional se les ha posado en su mesa de despacho una cuestión litigiosa cuyo adversario procesal es la maquinaria de lo público. Estas generales inquietudes se circunscriben a: por una parte, al tiempo que puede durar el proceso judicial (si va a ser muy largo, si va a ser muy costoso, si va haber mucha dificultad...); y, por otra, y principalmente, si después de todo el periplo judicial y, si acaso, advenida la razón judicial de nuestra parte, la Administración pública finalmente cumplirá con ella. En otras palabras, si lle-

¹ CAMOS CABALLAR, p. 1842, p. 7.

² Dentro del abstracto concepto de Justicia debemos distinguir hasta siete clases distintas, estas son: Justicia legal, Justicia distributiva, Justicia redistributiva, Justicia correctiva, Justicia social y Justicia conmutativa.

vará a efecto la sentencia o si, por contra, intentará abrir mil y un caminos y senderos para, al final y a la postre, conseguir torticeramente aquello por lo que se la llevó ante el juzgador.

La cuestión que se plantea en estos primero párrafos, por más que se dé en la práctica de la abogacía, no se debe reducir a una mera cuestión anecdótica o baladí, pues esa preocupación de la que hablamos, en muchos casos, termina en una auténtica desazón y desesperación personal por cuanto que el ciudadano ve frustradas, después de mucho tiempo, sus expectativas de restitución de sus derechos e intereses, ya que la Administración no ejecuta la sentencia o la ejecuta solo de forma o apariencia pero no de fondo, pues agazapada bajo el texto de la sentencia y el manto de su aparente buena voluntad, realmente esconde su pretensión y decisión de materializar y hacer realidad aquello por lo que se tuvo que activar la garantía institucional de la Justicia legal.

La conclusión a la que se llega con este panorama es a una desconfianza personal y, con ello, a una incredulidad absoluta de la ciudadanía sobre la existencia del denominado Estado de derecho, es decir, de aquel Estado cuyos poderes públicos constitutivos deben estar realmente sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico y, con ello, a las resoluciones judiciales, pues éstas son las llamadas a restablecer el orden legal perturbado como efecto inmediato, teniendo a su vez como efecto mediato el mantenimiento de la paz social y la confianza en la Administración de justicia, institución pública erigida constitucionalmente como garante de los derechos y de las libertades personales.

Debemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el culpable o, mejor dicho, la culpable de estos incumplimientos generalizados tiene, por desgracia, una afamada reputación al respecto. En estos términos se expresaba Alejandro Nieto en su conocida obra: *La organización del desgobierno*³:

«Y, sobre todo, la gran arma de la Administración es la ejecución de sentencias condenatorias. Frente a todas las declaraciones, realmente contundentes, de las leyes y de la Constitución, y frente a las órdenes a veces tajante de los Tribunales e incluso del Tribunal Constitucional, es un hecho que, cuando la Administración no quiere, no ejecuta la sentencias».

La doctrina tenía claramente identificado el problema desde los años 50. Sin embargo, es a partir de 1970 cuando se inicia un profundo estudio⁴ sobre

³ NIETO GARCÍA, A., 1984, p. 158.

⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 1974, *RAP*, pp. 151-177; *idem*, 1977, *RAP*, pp. 263-275; GONZÁLEZ PÉREZ, J., 1978; BERMEJO GARDE, M., 1988, *Revista Jurídica de Navarra*, pp. 167-179.

el incumplimiento de las sentencias condenatorias por parte de la Administración pública. A partir de esos años, son principalmente dos autores, García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, desde la publicación de su manual de Derecho Administrativo de 1977⁵, los que provocaron una profusión de artículos sobre dicha anómala situación⁶ y un abordamiento más exhaustivo por otros profesionales del Derecho.

La cuestión, por evidente y, si se quiere definir, por grave, tenía pocas soluciones. La Ley que regulaba el orden contencioso-administrativo del año 1956 atribuía a la Administración pública la voluntad de llevar a término las sentencias condenatorias. En otras palabras, el juez carecía de *imperium* para definir su posición como poder del Estado frente al poder público ejecutivo. Por otra parte, el contexto político existente entonces, cuyo trasfondo se reflejaba en la normativa reguladora que se aprobaba, no iba a permitir un contrapeso judicial al Poder⁷. Un Estado autoritario es precisamente eso, un Estado donde el poder público ejecutivo carece de control.

Sin embargo, debemos decir que la entrada en vigor de la Constitución de 1978, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y, con posterioridad, la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, supusieron un punto de inflexión real e importante a fin de que el juez se convirtiera en el verdadero «señor» de la ejecución de la sentencia dictada contra la Administración pública. La fase de ejecución de sentencias se judicializó y, con ella, todo el proceso por el que se debía llevar a término las sentencias cuando existía cualquier impedimento que objetara su real cumplimiento. Eran ahora los jueces y tribunales los que, por mandato legal y constitucional, debían llevar a efecto las sentencias dictadas contra la Administración pública, so riesgo de convertir aquellas, en caso contrario, en meras declaraciones de intenciones⁸. Con ello, no solo peligraba la verdadera efectividad de la garantía constitucional a la tutela material y no solo meramente formal de los jueces y tribunales (art. 24 CE) cuando era el poder ejecutivo y su instrumento de acción administrativa quienes actuaban fuera del cauce legal, sino que se comprometía la propia base político-constitucional de sujeción del Ordenamiento jurídico estatal, es decir, el propio Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE).

El desarrollo normativo y jurisprudencial posterior, como se verá, irá reforzando la posición del juez frente a la Administración pública en los supues-

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 1977, pp. 545-547.

⁶ Un compendio de los estudios publicados sobre esta materia hasta mediados de los años 80 puede verse en el artículo *up supra* citado de BERMEJO GARDE, Moisés.

⁷ Utilizamos el término «Poder» tal y como lo utiliza DE JOUVENAL, B., 1956, pp. 223.

⁸ STC 32/1982, de 7 de junio, FJ 2.º

tos en los que ésta es condenada. Sin embargo, este resfuerzo no significará que no se sigan padeciendo situaciones en las que la Administración pública complica e incluso imposibilita el cumplimiento efectivo y real de una sentencia cuando es contraria a sus intereses. Casos en los que, como recuerda la Exposición de Motivos de la LJCA de 1998, convierten la fase de ejecución de sentencias condenatorias en una zona gris o, al menos, opaca, donde la luz de la obediencia debida a las resoluciones judiciales, como regla constitutiva de una democracia formal, queda obturada a los ojos del ciudadano pleiteante.

B) Delimitación y precisión del objeto de estudio

Ubicada la investigación en la categorías de obras relativas a aquellas destinadas al estudio de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas, se hace preciso manifestar, sin embargo, que la presente no se circunscribe solo a la exploración y examen de la resistencia de la Administración pública al cumplimiento de las sentencias condenatorias junto al análisis de sus consecuencias jurídico-constitucionales. Muy buenos estudios y artículos se han elaborado al respecto. Por esa razón, esta investigación no se ciñe al análisis de los preceptos procesales sobre la ejecución de sentencias contencioso-administrativas en la propia materia de empleo público. Como tampoco supone ni ha sido su fin constituirse como un tratado, manual u obra sobre el empleo público o del personal que presta servicio en las Administraciones públicas y sus distintos regímenes jurídicos. La investigación, por contra, se centra, limita o circunda a los problemas que le causa al operador jurídico-público, tener que ejecutar sentencias, que no siendo inejecutables desde la perspectiva judicial, sí plantean graves problemas de encaje jurídico y de cumplimiento normativo, cuando deben llevarse a puro y debido término, ya que el acatamiento de la juridicidad derivada de la propia sentencia judicial, se lleva a cabo a costa de incumplir la normativa de función pública.

Lo expuesto nos exige adelantar y aclarar que no solo se analizarán los problemas que ocasiona al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva el que la Administración no quiera cumplir, sino que, se pretende ir más allá y, por tanto, abarcar el estudio, diagnóstico, análisis, crítica, contraste y conclusión de aquellos casos en los que, centrada la cuestión de debate procesal en temas de Función Pública o, más concretamente, en los supuestos que más litigios provocan (anulación de procesos selectivos cuando se hallan afectados derechos de terceros; integración de plantillas a causa de procesos de sucesión de empresas con determinación del estatuto jurídico del empleado integrado;

reconocimiento e incorporación, de los declarados judicialmente «indefinidos no fijos de plantilla», a la organización de efectivos de la entidad pública o supuestos de duplicidad en el tratamiento judicial de los empleados públicos temporales o interinos, según la jurisdicción sea social o contencioso-administrativa, entre otros), nace un verdadero problema judicial y administrativo, y por ende, al operador jurídico, a la hora de llevar a efecto la sentencia que se dicta, por cuanto que su estricto cumplimiento, se hace a costa de incumplir otras exigencias normativas, lo que supone colocar, de facto, en un plano de superioridad la juridicidad sobre la legalidad vigente.

Se han optado por estos temas de estudio y análisis por considerar que son los que más interés práctico despiertan, no solo por el alto nivel de litigio que originan, sino por la complejidad que conllevan tanto a la hora de resolverlos como a la hora de ejecutar la sentencia que en su día se emita, intentando integrar en la realidad administrativa la propia realidad jurídica consignada en aquella.

Además de lo expuesto, consideramos que el estudio se revela interesante para el forense del Derecho, por cuanto que ahora se revela más que nunca la tensión y las fricciones existentes entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa a causa de una misma materia y por unos empleados públicos que gozan de un análogo vínculo jurídico con la Administración, pero con la única diferencia de la citada relación sinalagmática (o estatutario o laboral), sobre todo a raíz de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los casos conocidos como *Diego Porras* y *Castrejana López*. Doctrina que ya ha sido recepcionada por el Tribunal Supremo mediante la sentencia de 26 de septiembre de 2018, marcando una línea intermedia y posibilitando el nacimiento de la figura que ha venido a llamarse académicamente «funcionarios interinos indefinidos», todo ello sin perjuicio del cambio advertido por el tribunal europeo en la sentencia de 19 de marzo de 2020, dictada en los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18, cerrando la puerta a la conversión automática a la fijeza desde la interinidad como medida efectiva frente al abuso de temporalidad funcional. Sin embargo, el problema no estará en dicha declaración, es decir, en sentenciar que un funcionario interino es un «indefinido», sino en cómo ejecutar una sentencia en el que a un personal funcionario se le atribuye, también, la cualidad de un laboral indefinido no fijo –o, incluso con la categoría de «fijo por sentencia» (SJCA n.º 252/2020, de 8 de junio)–. Y todo ello, integrando dicho personal en la organización pública, debiendo ser acordes y respetuosos con el resto de la normativa vigente.

La justificación y oportunidad de la materia de estudio se halla reafirmada por los escasos estudios que se han publicado sobre el específico problema

de cómo ejecutar sentencias que exigen llevar a la práctica organizativa realidades y situaciones que, de acuerdo con la normativa vigente, podrían ser declaradas inejecutables. Los artículos o los estudios que se han publicado han abordado los temas de forma parcial o puntual y desde una perspectiva del propio conflicto generador del pleito, es decir, desde la rama del estudio ordinario del empleo público. El objeto de la presente investigación se concentra en el desafío que ofrece la ejecución de las sentencias cuando la Administración ha sido condenada en estos mismos supuestos y estimadas hay que llevarlas a efecto a costa de la legalidad sobre esta materia o a veces, como se verá, a costa de la justicia o la equidad. Ello nos exige estudiar no solo los casos que originan la causa principal del pleito sino, sobre todo, las vicisitudes que van a provocar el nacimiento del incidente de ejecución, por no poder (o querer) llevar a puro y debido término la sentencia dictada, junto con la necesidad de ofrecer una respuesta práctica y coherente –aunque no se considere una solución– al problema administrativo que se suscita.

Por ello, se observará que en la investigación pueden llegar a diferenciarse dos partes. Una primera, de naturaleza historicista y dogmática, que abarca desde el Capítulo I hasta el Capítulo III, donde el estudio se centra en subrayar los problemas materiales y, por supuesto, jurídico-constitucionales que ha ocasionado el que el cumplimiento de las sentencias quedará en manos de la Administración pública, como así lo hacía por regla la LJCA de 1956. Y, una segunda, procesal y práctica-empírica, que centra los Capítulos IV al VI, destinados a estudiar no solo los preceptos legales de la LJCA de 1998, que lograron convertir la ejecución de sentencias contenciosas en una verdadera fase judicial y no de reserva administrativa, sino abierta y extendida a los problemas, dificultades y trances que le supone al operador jurídico tener que llevar a la realidad organizativa o práctica, la realidad consignada en la decisión judicial. Cumplimiento debido que en más de las veces se llevará a cabo a costa de la normatividad vigente. Por ello, se anticipa al lector que no se encuentra ante una tesis de empleo público, sino ante una investigación sobre la problemática de cumplir determinadas sentencias sobre el empleo público.

C) Perspectiva preeminente en la investigación

El pronunciarse sobre la problemática de la ejecución de sentencias en materia de empleo público, por el propio dualismo existente en los regímenes jurídicos que regulan los servicios de los empleados de la Administración

(funcionarial y laboral), puede llevarse a cabo, desde la perspectiva de la propia regulación de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, o bien desde el ángulo de la Ley reguladora de la jurisdicción social del año 2011.

Teniendo en cuenta que la regulación que contiene el artículo 287 de la LJS de 2011, es tributaria de la prevista en los artículos 103 y siguientes de la LJCA de 1998, hasta el punto de que es de aplicación supletoria en todo lo relacionado con las medidas que deben adoptarse mientras no conste en autos el total cumplimiento de la sentencia dictada (art. 287.3 de la LJS), la presente investigación se centra con mayor peso, preeminencia y amplitud, en el estudio de la problemática que suscita la regulación contencioso-administrativa, sin perjuicio de las referencias que deban hacerse a la LJS o a la ejecución de sentencias laborales, pues la dialéctica material subyacente en ese ámbito es coincidente con la que se presenta mayoritariamente en este estudio.

D) Metodología del trabajo

El acercarse al Derecho como ciencia posee ciertos riesgos. El carácter de ciencia del Derecho, o dicho de otro modo, la existencia de una ciencia jurídica, es algo que ha sido cuestionado desde diferentes posturas⁹. Sin atenernos a la problemática de la esencia del Derecho, considerando que los acontecimientos jurídicos pueden ser estudiados bajo la observación científica, en nuestro caso más desde la investigación cualitativa¹⁰ que cuantitativa, y partiendo que la metodología jurídica tradicional¹¹ (empírica, analítica o normativa), mezcla las distintas categorías, el presente estudio sigue las pautas de un enfoque *analítico-normativo* y *analítico-empírico*. La razón de utilizar dicha metodología estriba en la necesidad de partir de una descripción o explicación de los hechos o de la frecuencia que los mismos acontecen, a fin de poder valorarlos desde la perspectiva de la argumentación jurídica (decisión judicial), cuyo fin es ser racional por aplicativa. La fundamentación de su pretensión

⁹ VEGA ENCABO, J., 2000, p. 11. Un análisis de dicha problemática en VILLABELLA ARMENGOL, C. M., 2009, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, p. 8.

¹⁰ Dice VILLABELLA, que esta perspectiva: «se relaciona con el paradigma interpretativo y tiene como objetivo entender el objeto que estudia y evaluar las cualidades del mismo. Su propósito es destacar las relaciones y motivaciones subyacentes, por lo cual utiliza un lenguaje fundamentalmente etnográfico, métodos que permiten la descripción y penetración de lo que estudia y muestras basadas en casos-tipo. Tiene la finalidad de interpretar, comprender y destacar las cualidades de lo que estudia». VILLABELLA ARMENGOL, C. M., 2009, *op. cit.*, p. 13

¹¹ ALEXY, R., 1978, p. 34

argumental y la justificación de su racionalidad práctica, nos conducirán inductivamente a conclusiones o resultados que, sin pretender su conversión en reglas fijas o mandatos imperativos (implícitos o explícitos) sí, al menos, deben tomarse como principios de optimización¹² o de naturaleza jurídica por ir dirigidos a modular la conducta humana.

En esta instrucción inductiva y reflexiva, los casos de estudio se abordarán desde una doble perspectiva: de una parte, desde la realidad organizativa de la propia Administración pública y de otra, desde el punto de vista del ámbito judicial y del propio proceso, estudiando y analizando las distintas fases y oportunidades para llevar a cabo la ejecución. Estas dos perspectivas nos abrirán un punto de encuentro o de unión que permitirá vislumbrar la causa real de la inejecución de la sentencia o de la problemática de su cumplimiento efectivo. Inejecución que podrá responder a una causa objetiva y real o a una causa subjetiva o de interés.

En este último aspecto, será necesario hacer una labor hermenéutica *ex novo* en contra de los postulados del maestro Emilio Betti¹³, ofreciendo soluciones o, al menos, conclusiones sobre aspectos que erosionan y complican una función pública caracterizada por una falta de uniformidad en su régimen jurídico y de unidad del orden jurisdiccional que deba garantizar soluciones efectivas a los conflictos que se originen en su seno, amén de otras deficiencias que, aunque serán comentadas, no podrán ser objeto de detenimiento profundo por no ser ese el estudio principal de esta investigación.

Expuesta la metodología y el contexto de estudio sobre el que se va a proyectar la investigación, la tesis doctoral busca una finalidad concreta: ofrecer propuestas de solución (interpretativas o *lege ferenda*), o al menos, inferencias generales alternativas con pretensión de fundamentabilidad, a través de nuevos enfoques, o incluso retomando antiguos argumentos, no por ello inválidos o superados, capaces de comportar, a su vez, eficiencia práctica y coherencia jurídica en la ejecución de sentencias en materia de empleo público, ya sea cuando la Administración no quiera cumplir o lo haga a costa de producir desorganización o incumplimiento de otras reglas jurídicas.

¹² ALEXY, R., 1978, p. 350

¹³ Para Emilio Betti, la labor de una actuación hermenéutica es entender *intendere* la esencia de la norma o del acto jurídico mediante una labor interpretadora integradora, pero no creadora. La labor de un operador jurídico es la de evitar la existencia de vacíos legales mediante una labor integradora que, a lo sumo, puede ser analógica o extensiva. La labor interpretativa creadora vulnera el principio de seguridad jurídica y soslaya el principio de división de poderes en el Estado, puesto que el operador jurídico asume la posición del legislador. BETTI, E., 1990, pp. 55-57, 72-74. *Vid.* también del mismo autor, «Interpretación de la ley y de los actos jurídicos», *Revista de Derecho Privado*, 1975, p. 29

Además, no podemos olvidar, que se trata de una cuestión que, por afectar a la relación de prestación de servicios del empleado con el empleador, conlleva unas consecuencias socio-económicas innegables. Por el contexto social y laboral en el que se vive, provoca aún mayor frustración el poder observar cómo a pesar de obtener una sentencia a favor sobre asuntos que en muchos casos afectan a un elemento esencial de realización personal, es decir, al trabajo, aquella no puede llevarse a puro y debido término, por razones puramente técnicas, organizativas o voluntaristas de la entidad pública empleadora

E) Estructura del trabajo

Para conseguir el objetivo expuesto, el presente estudio se estructura, como ya se ha advertido, en seis capítulos. En el primero de ellos se abordará el proceso histórico de formación del poder judicial español en el orden contencioso-administrativo. La innegable influencia de la justicia administrativa francesa en la formación de nuestra justicia contencioso-administrativa hace que debamos empezar esta investigación centrándonos en los albores de la Revolución francesa para siquiera poder preguntar si aquel tipo de justicia, que nacía del Poder público, llamado entonces por primera vez «nacional», existía antes del cambio social y político que se produjo en 1789.

Analizada su historicidad, su límites y limitaciones, el capítulo se adentra en la realidad histórico-normativa española, y con ello el alcance de la influencia de la doctrina creada por el Consejo de Estado francés. La aproximación a las leyes de 13 de septiembre de 1888 y de 27 de diciembre de 1956 nos acercarán a la problemática jurídica de una «función jurisdiccional» que, en el concreto campo de lo contencioso-administrativo, carecerá de potestad ejecutoria para llevar a efecto lo dictado en sentencia condenatoria. La doctrina recepcionará los conceptos de «justicia retenida y delegada» y no por la potestad atribuida a lo judicial, sino por la propia extensión de la función de la Administración pública de resolver los conflictos que afectaban a sus propios intereses.

Serán la Constitución española de 1978, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 las que elaborarán, si bien no un paradigma de división de poderes, sí de división de funciones constitucionales y legales, en donde el juez se erigirá como la piedra angular de la ejecución de sentencias frente a la Administración pública.

Ello nos exigirá, por tanto, el estudio y análisis de los preceptos legales reguladores de la fase de ejecución de sentencia, haciendo especial referencia

a los problemas prácticos que dicho incidente acarrea en la práctica forense, tanto en los supuestos de imposibilidad de ejecución como en los supuestos de resolución de cualquier otro obstáculo que se produzca en el camino del total cumplimiento de la sentencia.

El capítulo segundo inicia su exposición en el progresivo cambio de la función jurisdiccional sobre el objeto público del Poder ejecutivo. La Administración, sin abandonar su papel de creador del Derecho, mediante su función de enjuiciamiento puramente administrativo, se ve empujada legalmente a someter sus decisiones a control judicial y, por tanto, a asumir un deber, en principio, de ética pública, de cumplir con las sentencias que se dicten en contra de sus postulados y actuaciones.

La LJCA de 1956 será clave en este proceso de existencia de una Justicia sobre la Administración, aunque el punto de Arquímedes lo constituirá la entrada en vigor de un nuevo orden constitucional democrático, donde la Administración pasará de ser un poder público erigido en prioridad constitucional a un instrumento público al servicio de los intereses generales, para lo cual se encontrará sujeta y sometida a la Ley y al Derecho.

Una Ley sobre una jurisdicción que resolvía los conflictos entre lo público y lo privado, nacida en un contexto político donde era el Poder ejecutivo el que constituía la unidad del orden constitucional, exigía que la institución llamada a garantizar la primacía política y normativa de la Constitución de 1978 sobre el conjunto de los poderes del Estado, el Tribunal Constitucional, llevara a cabo una labor constitucionalizadora de la LJCA de 1956, atribuyéndole no solo un nuevo valor jurídico sino, sobre todo, posibilitando una acción reinterpretadora de su propio régimen de ejecución de sentencias, en el que todavía se hacía descansar el cumplimiento de las sentencias en el albor de una eticidad pública y de una lealtad institucional pero que, sin embargo, se orillaba la posibilidad de una real coacción judicial sobre el Organismo público que se resistía o que obviaba el cumplimiento de las sentencias.

A pesar de que pueda estimarse que la Administración pública dejó de tener poder real sobre el cumplimiento o no de las sentencias judiciales, no por ello dejó de tener una real influencia sobre la necesidad de llevarlas a efecto, pues continuaba con la posibilidad de suspender o incluso de declarar imposible su ejecución cuando se materializaban causas tasadas legalmente, que no hacían sino revelar que era el poder político quien, con su discrecionalidad gubernativa, determinaba su efectivo cumplimiento.

Con todo, como podrá comprobarse, el efecto de una progresiva judicialización del régimen de ejecución de sentencias contencioso-administrativas, supuso una creciente conquista del poder judicial sobre posiciones que, cada

vez eran más relevantes, para asegurar una jurisdicción acorde con el nuevo Estado democrático de Derecho que surgía de la Constitución de 1978. Constituye, de este modo, la ejecución de sentencia un auténtico deber judicial donde la posición del juzgador se alza en fuerza proactividad jurisdiccional y procesal, teniendo siempre presente que con dicha actividad se está dando satisfacción a un derecho básico y fundamental de la persona como es el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de adecuada satisfacción de los fallos judiciales.

Como podrá observarse, la adecuada ejecución judicial de las sentencias contencioso-administrativas condenatorias gozarán así de un doble carácter, a saber: subjetivamente, en un derecho nuclear y fundamental para los interesados cuando la acción administrativa les afecte negativamente en sus derechos e intereses legítimos; pero, al mismo tiempo y objetivamente, se convierte en pilar fundamental y fundante de un Estado de derecho donde el instrumento público de gestión del Poder ejecutivo se debe encontrar sometido a control judicial y a sus decisiones judiciales.

Es en el capítulo tercero donde podrá contemplarse el culmen del proceso de judicialización descrito. Dicho proceso vendrá de la mano, no solo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, sino, particularmente, de una norma legal apropiada para dicha jurisdicción: la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. En este nuevo contexto, la voluntad de cumplir o la intención de oponerse modulará la definición del comportamiento público a la hora de llevar a efecto la sentencia. Actos de la Administración, que no actos administrativos, cuyo motor de impulso derivarán de una obligación estrictamente judicial.

La nulidad como efecto general para los actos de la Administración que soslayan el deber de cumplir. La lucha dialéctica por acreditar que el acto que se dicta obedece al mandato judicial frente al interés del demandante por vencer judicialmente que éste soslaya su derecho a la ejecución de sentencia, abrirá un incidente judicial, en el que deberá contrastarse las pretensiones ejecutivas y cumplidoras que se afrentan, las pruebas que sostienen sus argumentaciones e, incluso, los reales problemas obstativos con los que puede encontrarse la Administración para llevar a término la sentencia. No obstante, nada de lo que se exponga en el plenario judicial podrá suponer un torcimiento del derecho del demandante. La indemnización sustitutoria por imposibilidad absoluta de cumplir la sentencia en sus propios términos será, también, parte nuclear de su derecho subjetivo a una reparación justa, pero siempre vista como último recurso para satisfacer sus subyacentes intereses subjetivos.

El capítulo finalizará con un análisis positivista y jurisprudencial del articulado ejecutorio, haciendo un especial hincapié en los artículos 110 y 111 de la propia LJCA de 1998, materialmente pensados con una clara vocación de economizar procesalmente peticiones que son sustancialmente idénticas y sobre las que ya constan sentencias favorables. Con ello, se identificarán los condicionantes y los presupuestos objetivos para posibilitar la extensión subjetiva de los efectos judiciales favorables que hayan sido pronunciados en materia de empleo público.

El capítulo cuarto se centrará en el estudio de los problemas, tanto judiciales como organizativo-administrativos, que supone ejecutar sentencias condenatorias referidas al acceso al empleo público. En este capítulo se podrá vislumbrar una problemática de difícil solución: ejecutar sentencias que afecten al núcleo de la autoorganización administrativa de la Entidad Pública. En este proceso de estudio, el análisis se focalizará no solo en los supuestos en donde las sentencias anulan o afectan a los instrumentos de ordenación de personal (RPT y plantilla de personal) sino, particularmente, cuando se dejan sin efectos convocatorias de acceso al empleo público.

El análisis propuesto deviene muy importante para la praxis forense, ya que la anulación de un proceso selectivo conlleva un efecto expansivo donde no solo quedan afectadas las partes del conflicto jurídico, sino también aquellas que han sido denominadas por la jurisprudencia «terceros opositores de buena fe», ya que se trata de candidatos ajenos al conocimiento y producción del vicio que motivó la nulidad. La ejecución de sentencias de esta naturaleza exige la difícil labor de conseguir el justo equilibrio entre hacer cumplir el fallo, dando satisfacción a la Justicia legal, pero sin dejar de proteger el principio de confianza legítima y buena fe pública, posibilitando dar satisfacción a la equidad que debe presidir toda actuación jurídica de reparación.

El capítulo cuarto nos conducirá a estudiar los distintos supuestos donde la potestad jurisdiccional y las potestades administrativas friccionan, siendo uno de sus encuentros más patentes los supuestos de control judicial de la (mal) llamada «discrecionalidad técnica». Un refugio de decisión administrativa que por mor de la tecnicidad en la que se basa o fundamenta, la Jurisdicción ve limitada su capacidad de penetración, enjuiciamiento y ejecución. No obstante, como podrá observarse, en un Estado de derecho, la Administración no debe poseer espacios inmunes al control judicial, por lo que aquellas actuaciones enmarcadas en una decisión discrecional se verán intensamente vigiladas desde la perspectiva de lo judicial a fin de evitar que la actividad administrativa de oportunidad traspase al campo de la arbitrariedad proscrita.

El capítulo quinto invita a reflexionar sobre el «abuso» de la temporalidad de las relaciones laborales y estatutarias vigentes en las Administraciones públicas, junto con los problemas que conlleva materializar los pronunciamientos judiciales que pretenden resolver las situaciones de anomalía en las contrataciones para la prestación de servicios en las Entidades Públicas.

Como podrá comprobarse, la jurisprudencia laboral, desde una perspectiva tuitiva, creó la figura del «indefinido no fijo», sin pararse a pensar en los problemas organizativos, presupuestarios y laborales que dicha figura provoca cuando se ha de cumplir un fallo que así lo declara. El derecho básico a la estabilidad en el empleo, conjuntamente con el derecho fundamental a la ejecución de sentencia, exige un replanteamiento de los cimientos en los que se basó la creación de dicha figura jurisprudencial. Dicho replanteamiento se hace más acuciante, si cabe, con los últimos pronunciamientos del TJUE sobre la temporalidad de los empleados públicos.

De la misma forma, se analizarán los supuestos que afectan a los interinos estatutarios, sobre todo a la luz de una jurisprudencia comunitaria que sanciona claramente los abusos de temporalidad y que exige a los jueces y tribunales nacionales el buscar medidas efectivas para atajar los mismos, permitiendo la conversión de los contratos o nombramientos temporales en definitivos o fijos. El problema de ejecutar sentencias contencioso-administrativas que así lo declaren es más que evidente: ¿podremos hacer fijos a interinos de larga duración en cumplimiento de una sentencia judicial condenatoria basada en el Derecho comunitario? Y, si es así: ¿dónde quedará el bloque de constitucionalidad que exige el acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad? Cuestiones en nada baladíes.

Por último, en el capítulo sexto se estudiarán, por una parte, la fina delimitación y separación entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa, llamadas a estar juntas y armonizadas en los supuestos de ejecución de sentencias en materia de despido colectivo. Por otra, y como colofón a un capítulo dedicado a la ejecución de sentencias en supuestos de pérdida de la condición de empleado público, se analizarán y estudiarán los importantes conflictos que generan los supuestos en los que, estimada en sentencia la reposición de un empleado público en su antigua plaza o puesto de trabajo, ello no es posible por la amortización o eliminación de la plaza o del puesto existente en la Administración pública condenada.

Claras razones de Justicia exigirán analizar los parámetros y los conceptos que puedan ser indemnizados ante una clara imposibilidad legal de ejecutar una sentencia de esta naturaleza.

CAPÍTULO PRIMERO

DEL PROCESO HISTÓRICO DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS ANTE EL PODER PÚBLICO EJECUTIVO. LA EXISTENCIA DE UN PODER JUDICIAL TARDÍO

1.1 POTESTAD JURISDICCIONAL VS FUNCIÓN JURISDICCIONAL

1.1.1 Aclarando los términos. Poder, Potencia y Potestad

Se considera imprescindible para un trabajo como el presente aclarar algunos términos no siempre utilizados de manera unívoca. A dicho fin se dedica este apartado.

Fue Aristóteles, en su obra *Metafísica*¹⁴, quien definirá el término «potencia» o «potencialidad», a fin de poder diferenciarlo con el de «actualidad». La diferenciación entre lo que «es» y lo que «puede ser» se vincula directamente a su doctrina sobre «forma y materia» o «forma o sustancia»¹⁵. La materia desnuda se considera como una potencialidad de forma. Lo que puede

¹⁴ Dice Aristóteles sobre la Potencia (*Dynamis, adinamia*): «Capacidad o potencia (*Δύναμις*) se entiende del principio del movimiento o del cambio, colocado en otro ser o en el mismo ser, pero en tanto que otro: por ejemplo, el arte de edificar es una potencia que no se da en lo que es edificado, mientras el arte de curar, siendo potencia, puede darse en el que es curado, pero no tanto que es curado (...). Se llama además potencia a todas aquellas cualidades poseídas por las cosas en cuya virtud estas son totalmente impasibles o inmutables, o no se dejan cambiar fácilmente para peor. Y es que las cosas se rompen, se quiebran, se doblan y, en general, se destruyen no por su potencia, sino por impotencia (...) Puesto que «potencia» o «capacidad» se dicen en todos estos sentidos, «potente» o «capaz» se dirá: en un sentido, de lo que posee un principio del movimiento o del cambio que se da en otro, o bien (en lo mismo que es cambiado, pero) en tanto que otro (*también lo que es capaz de producir reposo es algo potente*); en otro sentido, si hay otra cosa que posea una potencia tal sobre ello que le permita quedar en reposo (...). Así pues, la definición principal de la potencia, en su sentido primario, será: *principio productor de cambio en otro, o en ello mismo en tanto que otro*» (la cursiva es nuestra). ARISTÓTELES, 1311, pp. 199-201.

¹⁵ RUSSELL, B., 1945, p. 238.

ser, llega a ser por su propia potencialidad, esa «evolución» que supone la extensión de su energía quedará concretada en una forma específica que será su acto formal. La «actualidad» no será más que la esencia material delimitada, conformada y especificada por un acto de forma.

La potencia pasará a ser la fuerza que empuja, que mueve, que produce un cambio. Una extensión sin límite que afecta a lo ajeno y que, si lo afrontado carece de la misma potencia, será movido o cambiado. Si la potencia es la extensión de una capacidad, esa capacidad será su poder. Desde ese momento, potencia (*potentia*) y poder (*potestas*) quedarán indisolublemente unidas. Tanto, que dice Jouvenel¹⁶ que, en una lectura atenta de la obra de Cicerón, *De re publica*, se puede diferenciar cuando habla de los poderosos porque utiliza el término *potentes*, a cuando se refiere, por ejemplo, a los poderes consulares, que utiliza el concepto de *potestas*.

La *potestas* es una fuente, una capacidad que brota de la *potentia*, pero ¿cuál es la fuente de la *potentia*? O, más explícitamente, ¿de dónde nace su energía? ¿De dónde deriva la fuerza que permite delimitar sus potestades? La energía que materializará su fundamento dimanará de su (propia) *auctoritas*. En ella encontrará legitimación y motor de impulso, de extensión y de expulsión. Ambos conceptos serán el fundamento político y jurídico primero de la República y, más tarde, del Imperio romano, convirtiéndose, además, en los elementos esenciales para el basamento de la política cuando se teorice como normatización y legitimación del Poder político, ya venga este ejercido por una persona, por varias o por muchas, siguiendo la taxonomía aristotélica de las formas de gobierno.

El término *auctoritas* procede del verbo *augere*, que significa «aumentar», «auxiliar», «robustecer», «ampliar», «completar», «apoyar», «dar plenitud a algo». De la misma raíz derivan las palabras *auténtico* o *autenticidad*. Como vemos, *auctoritas* es un concepto separado pero vinculado al de *potestas*. Reputados romanistas¹⁷ como D'Ors han definido *auctoritas* como el «saber socialmente reconocido» y *potestas*, en cambio, como el «poder social-

¹⁶ De Jouvenel, B., 1965, p. 165. Un estudio detenido desde la filosofía política de los conceptos *potestas* y *potentia*, de acuerdo con el concepto aristotélico, lo podemos encontrar en las obras de SPINOZA. Será A. NEGRI quien, en su obra *La anomalía salvaje, Ensayo sobre poder y potencia en B. Spinoza* comenzará situando el acento en la distinción entre potencia y poder. Sin embargo, GILLES DELEUZE, interpretando los textos de SPINOZA y llevando una labor crítica de los textos de A. NEGRI, junto a los conceptos de «potencia» y *potestas*, incluirá el de «lugar» o «espacio territorial» como un elemento esencial delimitador sin el cual no se podrá entender la expansión de la *potestas* y el ejercicio de una de sus potestades, el poder. Para una lectura de lo expuesto: NÚÑEZ GARCÍA, A., 2016, *Revista de Filosofía*, pp. 179-194.

¹⁷ DOMINGO, R., 1997, *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, pp. 183-196.

mente reconocido». La autoridad es un concepto que exige un reconocimiento social, una legitimación de origen, es decir, una aceptación moral y psicológica de aquellos que van a recibir el poder de la autoridad. En el derecho romano, la sabiduría *sapiensa*, la templanza, la prudencia, la justicia, la oratoria eran virtudes del que tenía reconocida autoridad. Precisamente por esas virtudes gozaba de autoridad. Esta distinción permitió desde un principio la separación entre el Derecho y la Ley¹⁸. El Derecho era obra de aquellos que gozaban de autoridad social, de reconocimiento del pueblo: los juristas. Mientras que la Ley era el producto de los que poseían el poder, como los magistrados.

En el ámbito del proceso romano *in iure*, lo que hoy llamaríamos la fase procesal de contradicción, nos explica el famoso romanista citado, un efecto que en el ámbito de lo contencioso-administrativo ha estado vigente hasta hace muy poco tiempo, la existencia de decisiones judiciales sin *imperium*, y que permite diferenciar perfectamente la autoridad de la potestad. Explicita el autor¹⁹:

«En la fase *in iure*, el pretor, revestido de potestad, ejercía su jurisdicción utilizando los recursos de potestad necesarios para la buena marcha del litigio (dar o denegar la acción, un interdicto, exigir un vadimonio o una estipulación, etc.). Todos estos actos de potestad, encaminados a la buena marcha del litigio, se expresan en latín con la forma *ius dicere*, de donde deriva la palabra «jurisdicción». En la fase *apud iudicem*, en cambio, el juez –que era un particular elegido por los litigantes– valoraba la prueba y dictaba sentencia. La actividad del juez, encaminada a dirimir un litigio, se expresaba en latín con la forma *iudicare*, de donde deriva la palabra castellana, caída hoy en desuso, pero muy necesaria, «judicación». *Iudicare* y *ius dicere* son, pues, verbos distintos, a pesar de que procedan de la misma raíz *deyk-*, ya que *dicere* hace referencia a la función jurisdiccional, propia del pretor, que tiene potestad, en tanto que *dicare* se refiere a la función judicial, del juez, con autoridad, pero sin potestad. (...) La sentencia, es decir, la opinión de un juez acerca del litigio, era el acto de judicación por antonomasia, y formaba parte de los actos procesales que llamamos «de autoridad» por ser propios del entendimiento (del saber), no de la voluntad (del poder)».

Es decir, quien gozaba de la legitimidad social era quien, por autoridad moral, resolvía los conflictos, pero solo podía hacerlo en tanto en cuanto las acciones procesales se ejercían ante quien gozaba de potestad jurisdiccional y no meramente de función judicial, esto es, ante la magistratura. La jurisdicción, por ende, requiere poder. La judicación, autoridad. La jurisdicción exige

¹⁸ DOMINGO, R., 1997, *op. cit.*, p. 185.

¹⁹ DOMINGO, R., 1997, *op. cit.*, p. 187.

mando. La judicación, conocimiento y sabiduría. Una constituye los brazos del cuerpo político, la otra su cabeza y pensamiento.

El pretor (magistratura estatal), encargado de proveer los intereses generales de la justicia, toma en virtud de su *imperium* todas las medidas que le parecen propias para asegurar la buena administración²⁰. El poder recaía en él, la judicación en los *iudex privatus*. Es en virtud de su *imperium* que, por la fuerza o coerción, puede imponer la decisión judicial. Así pues, el *iudex privatus* decidía a quién le asistía razón en una determinada contienda, siendo el magistrado el investido de *imperium* para hacer cumplir la disposición final²¹.

Este esquema permite diferenciar lo que era y es la propia potestad jurisdiccional que le correspondía al magistrado, dotado de poder de coerción y coacción para imponer la resolución judicial, de lo que era y es la mera *función* judicial o de judicación, que le concernía al juez carente de *imperium*. Mientras una ejerce un poder, la otra solo es manifestación de una actividad intelectual, propia del saber.

Siendo esto así, podría considerarse que, con separación de la autoridad y potestad recayendo en personalidades distintas, la potencia propia del poder podía quedar frenada o contrarrestada por fuerza de la legitimidad moral y social de quienes debían padecer y aceptar sus efectos. Este dualismo ontológico se convirtió en un monismo absoluto con el inicio del Principado romano. En efecto, la decisión de Octavio Augusto de que las respuestas de los juristas fuesen dadas no *ex auctoritate iurisconsultorum*, sino *ex auctoritate Principis*²², suponía la instauración de un sistema jerarquizado de «autoridades», de sometimiento de la función jurisprudencial. En este sentido, se advierte en la obra citada de Domingo, siguiendo en este punto a los romanistas Magdelain y a Lanza que:

«La pretensión del fundador del Principado había sido la de gobernar realmente la república, no con potestad, sino con autoridad. De este modo, la autoridad vino a convertirse, de hecho, en una potestad superior a la ordinaria, quedándose subyugadas y sometidas a la autoridad del *Principis*, el resto de magistraturas como el Senado quedaron relegadas a él, atribuyéndose la potestad más característica de autoridad como era la legislativa».

²⁰ PETIT, E., 2007, p. 46.

²¹ GUERRA, V. S., 2011, *Revista de Derecho Privado*, pp. 59-86.

²² DOMINGO, R., 1997, *op. cit.*, p. 189.

Augusto puede ser considerado el precursor de la confusión entre *auctoritas* y *potestas*²³, pero fue desarrollado y agudizado por Adriano²⁴. En la época de Adriano, el jurista era considerado como un *adssessor* que trataba con el soberano de igual a igual, pero lentamente el jurista se iría convirtiendo en una especie de instrumento servil de la voluntad del emperador.

Este proceso de confusión entre *auctoritas* y *potestas* en el ámbito del *ius* se alcanzará con Justiniano, a quien le debemos la compilación del *Corpus iuris civiles*. En la Constitución *Tanta*²⁵ Justiniano asumirá la *auctoritas* del *ius respondendi*. Y en la Constitución *Omnim* se afirmará que «todo lo que mandamos tenga fuerza de ley en el tiempo». Sin embargo, volverá a darse la oportunidad de plantearse el problema de la *auctoritas* y de la *potestas*, en el marco de las relaciones entre *imperium* y *sacerdotium* en el llamado «Derecho romano cristiano»²⁶. El imperio tratará de buscar apoyo de la Iglesia para superar los inconvenientes y problemas políticos, sosteniendo sus principios y dogmas con disposiciones sancionatorias respecto de los herejes. Y será el papa Gelasio²⁷ quien, a través de una célebre carta dirigida al emperador Anastasio, volverá, a su vez, a distinguir claramente lo que corresponde al *imperium* y lo que se atribuye al *sacerdotium* (*autoridad*).

En definitiva, atendiendo a lo expuesto, quienes ejercen esa *potestas* a lo largo de la historia buscarán su *auctoritas* para poder reafirmarse y permanecer en el ejercicio del mismo. Y durante la Edad Media llevará a la lucha entre el poder terrenal o temporal, representado por el rey o el emperador, y el poder divino o intemporal, representado por la Iglesia o el papado, donde ésta, por influencia de san Agustín en su obra *La ciudad de Dios* (412-416 d. C.), conminará al sometimiento del Estado (rey) a la Iglesia (papa) como reflejo del poder supremo divino, fundamento de la *causa sui*, o motor y fuerza creadora de todas las cosas. La causa para ejercer la potestad sobre los hombres se halla en Dios, quien a través de la Iglesia, lo delega en el rey.

²³ DOMINGO, R., 1997, *op. cit.*, p. 190.

²⁴ DI PIETRO, A., 2015, p. 18.

²⁵ La promulgación oficial del Digesto se realizó a través de la constitución latina *Tanta* y la *Dédoken* en lengua griega, ambas dirigidas al Senado y «a todos los pueblos», según la pretensión universal de Justiniano. En ellas se vuelve a recordar el trabajo de formación del Digesto, luego se hace una breve reseña de las partes que lo forman y los criterios que se han seguido en su formación y que deben seguirse en su uso. Finalmente, diversas instrucciones dirigidas a los juristas, jueces, autoridades e incluso a los libreros, que hagan copias de la obra.

²⁶ Expresión que utiliza expresamente Alfredo DI PRIETO en la obra citada, p. 23 y ss. *No obstante, para saber más del influjo del Cristianismo en el Derecho Romano: Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J., 1973, Verbo: Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano*, p. 118 y ss.

²⁷ DOMINGO, R., 1997, *op. cit.*, p. 190

El romanista D'Ors, en el artículo citado de Domingo, nos explicita cómo esa separación entre legitimación y poder en la historia ha tenido un simbolismo gesticular muy importante. Nos dice el historiador²⁸:

«El puño cerrado evidencia la fuerza, el poder, y es símbolo de la revolución. El puño abierto mostrando la palma es el símbolo del poder ya reconocido, es decir, de la potestad; es por eso el que utilizó Hitler en la época nacionalsocialista. Un dedo levantado simboliza el saber; el niño sabiendo que sabe dar respuesta a la pregunta que ha hecho el maestro en la escuela levanta un dedo –absolutamente inofensivo–, porque carece de poder. Dos dedos levantados –el índice y el corazón– simbolizan el saber reconocido, es decir, la autoridad. Así, en las miniaturas medievales, es frecuente representar a las personas que hablan –que están ejerciendo, por tanto, su autoridad– con estos dos dedos levantados. Así también, en los iconos bizantinos –modelo de la imaginería medieval universal–, Jesucristo lleva en su mano izquierda el globo del mundo, que domina, y levanta dos dedos de su mano derecha en señal de autoridad. El problema llega cuando el que tiene dos dedos levantados quiere levantar los tres restantes, es decir, cuando la autoridad pretende llegar a ser potestad (gobierno platónico de los sabios) o, lo que es peor, cuando el gobernante que tiene la palma de la mano extendida, como tiene los cinco dedos levantados, piensa que está revestido no solo de *auctoritas*, sino también de *potestas*».

El nacimiento del Estado moderno con la monarquía absoluta dejará de nuevo orillado el debate entre autoridad y potestad. Basado en la estructura y organización política del Imperio romano, con la *plenitudo potestatis* del *Princeps*, la existencia de un absoluto poder, que ya no será poder sino potencia, mediante la metamorfosis del concepto de *imperium* en el de *soberanía*²⁹, se confía al rey el monopolio de la producción de las normas jurídicas, de tal manera que no existirá derecho vigente por encima del Estado-rey que pueda poner límites a su voluntad: el Estado conquista, de este modo, el poder de determinar por medio de las leyes la conducta de los súbditos.

Más tarde, «por un fenómeno frecuente en la historia de las lenguas», nos advertirá Duguit en la obra citada, la palabra *soberanía*, que no designaba más que un simple carácter del poder real, gracias a Bodin, será descrito en 1593, como «el poder absoluto y perpetuo de una república», cuyos rasgos distintivos serán de manera principal su carácter objetivo y su estructura institucional. Este se caracterizará por ser único, inalienable, perpetuo y absoluto. En definitiva, la soberanía se identificará con un derecho perpetuo, humanamente ilimitado e incondicional, que recaerá en la persona del rey. Se traducirá en hacer,

²⁸ DOMINGO, R., 1997, *op. cit.*, p. 191

²⁹ DUGUIT, L., 2007, p. 7

interpretar y ejecutar las leyes, solo limitado por la Ley de Dios, de la naturaleza y de las costumbres, lo que le diferenciará de la propia doctrina hobbesiana, ya que ésta, sin embargo, liberaría al soberano de dichas limitaciones.

Son las aportaciones Maquiavello³⁰, Hobbes y Bodin, principalmente, las que conformarán la base teórica de la monarquía absolutas de los siglos xv al xvii. Es a partir del siglo xvii, y principalmente en Inglaterra, cuando empieza a plantearse la disyuntiva entre poder limitado frente a poder ilimitado, que no será poder sino potencia. El derecho y, sobre todo, la filosofía, que hoy llamamos política, intentarán encontrar, mirando a la ciencia y a la naturaleza, la respuesta para conseguir una forma de Estado basada en un «gobierno equilibrado».

En relación a lo expuesto, García-Trevijano³¹ manifestará que:

«[...] La filosofía política no tuvo en cuenta que la forma de Estado cumple, respecto de lo político, la misma función que las formas realizan en el binomio con su materia: determinarla, delimitarla, configurarla y definirla. Así como la forma determina y configura la sustancia material de un leño y lo convierte en una mesa, la forma de Estado determina y pone límites a la sustancia energética de las potencias sociales para convertirlas en poderes institucionales controlables. Cuando no hay forma jurídica de control del poder, los Estados y las naciones se llaman, con propiedad, Potencias».

Y, en este mismo sentido, Jouvenel³² determinará que la *potentia* tiene tal capacidad de daño que inspira más confianza allí donde se encuentra arraigada y limitada por la *potestas* que donde se halla en su estado bruto. El poder solo es poder en la medida que se halla limitado por otro poder de la misma potencia. Habrá poder cuando la potencia esté delimitada, configurada o incluso equilibrada. En caso contrario, solo habrá potencia, cualidad del poder que permite permutar y modificar aquello que carece de la fuerza intrínseca suficiente para resistirse al cambio.

Delimitada la potencia en poder, la potestad será la concreta capacidad o facultad para modificar la realidad material de la que goza un poder que se encuentre contrafrenado por otro de la misma fuerza y extensión. En términos aristotélicos, es lo que posibilitará que los distintos poderes, primero sociales

³⁰ Las aportaciones vendrán de la mano de MAQUIAVELLO, con su obra *El Príncipe* (Il principe) distribuida en 1513, bajo el nombre *De Principatibus* (*El Liderazgo*). De HOBBS, a través de la aportación de su *Leviathan* de 1651, donde los súbditos renunciaban a su «estado de naturaleza» para conseguir una paz comunitaria bajo el absoluto del soberano. Y de BODIN, a través de la obra ya citada *Los Seis Libros de la República*, de 1576, donde por primera vez se delimita y caracteriza el concepto de soberanía como un atributo personal exclusivo y excluyente del monarca.

³¹ GARCÍA-TREVIJANO FORTE, A., 2011, pp. 326-328

³² DE JOUVENEL, B., 1965, *op. cit.*, p. 166

y luego estatales, se hallen en estado de reposo (equilibrio). Esto es lo que vislumbraron los autores de los siglos XVII y XVIII. Una potencia solo será poder cuando se hallen sus potestades separadas, divididas, contrapesadas y equilibradas.

La *eutaxía* de lo judicial como poder integrador e integrado en la organización del Estado, esto es, como Poder constitucional³³, se configura como tal cuando el juez posea la potestad de frenar al agente del Poder público. En este sentido, tanto Jouvenel³⁴ como Jellinek³⁵, en especial el primero, siguiendo en este sentido a Duguit y a Smend, afirmarán que el régimen de libertades de las que disfrutaban los ingleses en el siglo XVIII pudiera pensarse que provenía de su régimen parlamentario, siendo así que su verdadera base se hallaba en el régimen judicial.

El necesario freno al brazo del Poder no solo se produciría cuando se encontraran en peligro los derechos y libertades individuales por actos de éste, de tal suerte que quedarán relegados a lo realizado por el Ejecutivo (exceso de poder según la doctrina francesa), sino también por la ilimitada extensión del Legislativo. En esta situación, el poder judicial solo será poder constitucional integrador del Estado cuando vigile, limite y controle los demás poderes públicos. No puede haber poder donde no puede haber potestades con la misma potencia. Por ello, el poder judicial se autodefine como poder constitucional cuando, no sometido al resto de poderes del Estado, es capaz de controlarlos. Definidas, controladas recíprocamente las potencialidades, se tendrá como resultado los poderes delimitados del Estado.

El poder judicial, por tanto se proyecta, por una parte, como poder estatal frente al resto de poderes del Estado cuando los limita y los controla, y por otra, como potestad jurisdiccional³⁶ cuando se impone como actividad de ju-

³³ Se utiliza el término «constitucional», tal y como lo teorizó y definió F. J. STAHL en relación a la monarquía constitucional prusiana del siglo XVIII, recogido en: Schmitt, C., 1928, pp. 279-280.

³⁴ Vid. DE JOUVENEL, B., 1965, *op. cit.*, pp. 407-409.

³⁵ JELLINEK, G., 1911, p. 681. No obstante y a pesar de que se analizará con mayor profundidad en otros apartados de esta investigación, JELLINEK define la «función jurisdiccional» de acuerdo con su propia taxonomía, como, como función estatal *mediata y subordinada*, pues siempre se ha ejercido en nombre de una institución estatal y sujeta a la voluntad legal del Estado. Este último aspecto, también es subrayado por SCHMITT, C., 1928, *op. cit.* p. 197. Rudolf SMEND, se separa de dicho criterio, advirtiendo que: «Cuando la estructura de una Constitución responde a la distribución de los –powers– o –pouvoirs–, no se está refiriendo con ello a grupo de funciones jurídicas, sino a poderes reales máximos y concretos, cuyo equilibrio y combinación en la práctica –como analiza, por ejemplo, El Federalista– es el problema legislativo clave». SMEND, R. y KELSEN, H., 2019, p. 88.

³⁶ De acuerdo con lo expuesto, el poder judicial, no es poder constitucional por ejercer la potestad jurisdiccional, o por ser llamando en exclusiva a ejercer el *ius dicere* con fuerza coactiva sobre los conflictos que nazcan en el cuerpo social, puesto que dicha función es, únicamente, Administración de justicia legal o, más concretamente, ejercicio de justicia distributiva. En este sentido, nos separamos del criterio mantenido por ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 1998, *Poder Judicial y Juez en el Estado Constitucional de Derecho*.

dicación coercitiva, esto es, cuando juzgar y hace ejecutar lo juzgado, imponiendo frente a cualquier sujeto, público o privado, el derecho correcto. Uno le debe su potencia a la fuerza constituyente, la otra a la razón de la ley. En el sentido advertido, es ilustrativo lo manifestado por Alexander Hamilton en el *Federalista*, en su publicación número 78³⁷, cuando dice:

«[...] No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad [...]».

La confusión entre potestad jurisdiccional y función jurisdiccional no es una cuestión nueva³⁸. La función de juzgar, esto es, enjuiciar conflictos de intereses donde el juez declara qué es Derecho y qué no lo es, de forma irrevocable³⁹, acordando cuál de las pretensiones ejercidas por las partes es la adecuada a la voluntad del legislador, solo deviene como potestad cuando aquella facultad constitucional puede ser impuesta en contra de la voluntad de los justiciables. Y para que el acto de enjuiciamiento pueda ser un acto de *imperium* o, más concretamente, con *imperium*, aquel proceso lógico deductivo que

El Sistema de Consejo, y que se vertebra en la obra colectiva: *La Experiencia jurisdiccional: del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho*, pp. 18 y ss. La visión expuesta ya fue analizada en términos semejantes por: NIETO, A., 2007, *RAP*, pp. 38-47.

³⁷ HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J., 1788, p. 356 y ss. Es interesante resaltar que algunos constitucionalistas norteamericanos han pretendido ver y argumentar, de acuerdo con este pasaje de HAMILTON y con el propio texto constitucional de 1787 de los Estados Unidos, que en la concepción original del Poder Judicial no estaba la potestad de revisar o anular los actos del Legislativo (Congreso), pues ello se debió a una construcción doctrinal y jurisprudencial posterior, sobre todo a raíz de la interpretación constitucional realizada por el juez Marshall en 1803.

³⁸ Esta larga confusión es reseñada en la voluminosa obra colectiva: SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, F. C., 1983, «El Poder Judicial en la Constitución», en GÓMEZ-DÉGANO, J. L. (Coord.), pp. 26-28. Y en la misma obra también, FAIRÉN GUILLÉN, V., 1983, «Poder, Potestad y Función Jurisdiccional en la Actualidad», pp. 135-146.

³⁹ La *irrevocabilidad*, no confundir con *irrecurribilidad*, es la nota esencial que señala Ignacio DE OTTO para definir la función jurisdiccional atribuida a jueces y tribunales frente a la que puede ejercer la Administración Pública por cuanto que ésta también ejerce la función de «decir el Derecho». Señala el autor que la irrevocabilidad consiste en la imperatividad inmutable, esto es, en el efecto de cosa juzgada, en el carácter inalterable de la decisión (cosa juzgada formal) y en la fuerza del pronunciamiento para obligar a todos como acto de concreción imperativa del derecho en un caso concreto, excluyendo la posibilidad de volver a tratar y decidir sobre el mismo asunto (cosa juzgada material). DE OTTO, I., 1989, pp. 20-46. Es interesante el criterio ofrecido por DE OTTO para definir el Poder judicial referido a la Constitución de 1978. Para el profesor, se trata de un poder «orgánico» que principalmente se encuentra concentrado en el Consejo General del Poder Judicial. No obstante, la regulación constitucional llevada a cabo en el artículo 117.1 le hace reconocer e identificar poder con *función*, considerando que la misma no le corresponde al conjunto orgánico sino a cada uno de los jueces y magistrados considerados *uti singuli*. DE OTTO, I., 1989, *op. cit.*, pp. 55-56.

parte de lo deontológico y que aterriza en lo ontológico debe llevarse a cabo con *independencia*⁴⁰ de los demás poderes públicos y con imparcialidad sobre las partes procesales.

Esta necesaria independencia en la función de la administración de la justicia legal garantiza, en palabras de Tomás y Valiente⁴¹, el paso de la Administración de justicia al poder judicial cuyas potestades de enjuiciamiento no se hallan marcadas ni dirigidas por el poder político. La independencia del poder judicial se convierte así en la garantía última de la salvaguarda de la libertad política colectiva como fuerza constituyente de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos, convirtiéndose en un eje esencial en el

⁴⁰ Para el profesor DE OTTO, independencia del juez, como la del Estado y su soberanía, o como la libertad contractual de los individuos, es ante todo un concepto *jurídico* y ha de entenderse, por tanto, como *ausencia de subordinación jurídica*. El juez solo está subordinado y limitado por el Ordenamiento jurídico, y es este quien le determina su competencia. Pero, en ningún caso, se halla subordinado con dependencia jurídica a otro poder del Estado, marcándole las pautas de su actuación jurisdiccional. Cfr.: DE OTTO, I., 1989, *op. cit.*, pp. 58 y ss. LOEWENSTEIN especificó que: «la independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que le hayan sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de poder constituye la piedra final en el edificio de Estado democrático constitucional de derecho». Ciertamente es que se convierte en la piedra angular de la formación del Estado liberal de derecho como una nota esencial de la nueva concepción de la organización de los poderes estatales en relación a la concepción concéntrica y absoluta del poder que caracterizaba al *Ancient Régim*. La doctrina contemporánea no se refiere a un solo concepto de independencia, sino que diferencia entre independencia *objetiva* o *subjetiva*, independencia externa o interna, la autonomía del Poder Judicial y la independencia personal del juez. De aquí que podamos distinguir una independencia institucional o estructural, claramente diferente de una independencia funcional del órgano jurisdiccional; la primera se puede integrar perfectamente con la colaboración de los poderes, es decir, en su aspecto objetivo, en tanto que la independencia funcional en su aspecto subjetivo no admite dicha colaboración, pues en ese caso podríamos hablar de una dependencia de la función esencial del juzgador. La segunda, en la independencia del juez para dictar sentencia de acuerdo a su leal saber y entender, no siendo perturbado en su conciencia a la hora de resolver. Tanto en el primer aspecto como en el segundo es esencial la defensa que de ello realice el órgano de gobierno de los jueces.

Para saber más sobre la independencia judicial: SIMON, D., 1985, p. 11; igualmente, LOEWENSTEIN, K., 1976, p. 294, para quien “la independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas y su libertad a todo tipo de interferencias de cualquier otro detentador del poder constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de derecho”. También GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1995, p. 120. «No hay derecho sin juez», afirma el gran profesor. “El juez es una pieza absolutamente esencial en toda organización del derecho”. Véase también a DUVERGER, M., 1980, p. 51, quien nos dice que el sentido político del modelo liberal (democracia liberal) significa que las instituciones políticas descansan, entre otras, en la independencia de los jueces. Igualmente, SAINZ MORENO, F., 1976, *REDA*, p. 65; el autor nos dice que: «la justicia es democrática, entre otras cosas, porque responde a la creencia hondamente sentida por el pueblo, mantenida a lo largo de los siglos, de que debe ponerse en manos de jueces rectos, independientes, imparciales y conocedores del derecho porque, con todos sus posibles defectos, no se conoce mejor método para resolver con justicia, los conflictos singulares que se producen en la comunidad». Y, por último, CHAIRES ZARAGOZA, J., 2004, pp. 523-545.

⁴¹ TOMÁS Y VALIENTE, F., 1990, «De la Administración de Justicia al Poder Judicial» en Carlos García Valdes (Coord.), pp. 11-33. En el mismo sentido, puede verse la obra del Fiscal del Tribunal Supremo. Magistrado Excedente y Ex. Vocal del CGPJ, GARCÍA CALVO, R., 1994, pp. 77-85; o en AGUIAR DE LUQUE, L., 2009, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, pp. 53-79.

equilibrio de los poderes estatales y de la propia existencia de lo judicial como poder constitucionalmente efectivo⁴².

Para finalizar este apartado, creemos interesante transcribir un párrafo de la más que centenaria Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, que ni ha perdido vigencia ni la perderá, ya que exaltaba la independencia de los jueces como basamento esencial para la constitución y existencia de un verdadero poder judicial. Decía así la citada Ley Orgánica del Poder Judicial⁴³:

«Si se quiere que la institución judicial sea en nuestra Patria un verdadero poder y no un peligro, si los individuos que representan ese mismo poder han de gozar de la inmovilidad práctica, contrapesada oportunamente con una responsabilidad civil y criminal verdadera, el legislador no puede menos de establecer las disposiciones conducentes para que ese poder, contenido en sus justos límites, no usurpe las atribuciones de otros y pueda al mismo tiempo defenderse si se siente estorbado en el libre ejercicio de su augusto ministerio, si se atenta de cualquier modo a su independencia, cualidad la más preciosa y esencial de la magistratura, sin la cual esta deja de constituir un poder para transformarse en una rueda inerte de la Administración Política, ya que no es un terrible instrumento de pasiones bastardas y mezquinas».

⁴² A propósito del estudio del caso *Marbury v Madison* (1803), a pesar de la existencia de antecedentes semejantes que apuntaban ya la defensa de la supremacía de la Constitución por un poder judicial representado principalmente por la Corte Suprema norteamericana, como bien indica Andrés B. BERNAL en su estudio sobre la diferenciación del constitucionalismo americano y el europeo influenciado por Hans KELSEN. Vid. BOTERO BERNAL, A., 2007, *Revista Pensamiento Jurídico*, p. 74. El profesor Alberto B. BIANCHI (2002), en su obra *Historia Constitucional de los Estados Unidos*, expone lo siguiente: «Antes de comenzar el relato quiero señalar, no obstante ser bien conocido que, a diferencia de Inglaterra, donde la palanca de Arquímedes que impulsó el crecimiento de todo el sistema constitucional fue el Parlamento, en los Estados Unidos esta tarea fue realizada por la Corte Suprema, pese al influyente rol del Congreso. Ello tuvo origen en dos factores. En primer lugar, la noción de supremacía constitucional, que impidió a la rama legislativa desempeñar un papel tan decisivo como el que tuvo en Gran Bretaña. En segundo lugar, la Corte, que desde el inicio tomó a su cargo el ejercicio del control de constitucionalidad, regulando así, desde lo judicial, la dimensión y alcances funcionales de los otros dos poderes». BIANCHI, A. B., 2002, pp. 130 y ss. Y como nota al pie de lo expuesto se dice (nota 1): «Uno de los historiadores clásicos de la Corte Suprema dice: «La historia de los Estados Unidos ha sido escrita no solamente en las salas del Congreso, en las oficinas del Ejecutivo y en los campos de batalla, ha sido escrita también en los estrados de la Corte Suprema». Como fundamento de su opinión, cita una alocución dada por el presidente Theodore Roosevelt en 1902 donde dijo: «En ningún estudio serio acerca de la historia de los Estados Unidos sería posible omitir el inmenso papel jugado por la Corte Suprema, no solo en la modificación, sino en la creación de las grandes políticas a través de las cuales el país ha llegado a su actual posición». Para saber más: WARREN, C., 1926, *The Supreme Court in the United States History*, Little & Brown, Boston, (reimpr.: Fred B. Rothman, Colorado, 1987), vol. I, p. 1.

⁴³ DELGADO DEL RINCÓN, L. E., 1997, *Revista de Estudios Políticos*, p. 231. En este estudio se hace, también, una profunda relación de los autores que han tratado la importancia de la independencia judicial como nota esencial para la constitución de un poder judicial real frente al resto de poderes del Estado. En nota 13, p. 226.

1.1.2 Entre la Revolución francesa y norteamericana. Entre Rousseau y Montesquieu

Se ha afirmado, y con razón, que las instituciones son producto de la historicidad y de los comportamientos y actuaciones humanas que posibilitan el surgimiento de las mismas en una determinada dirección histórico-temporal y no en otra⁴⁴. En este mismo sentido, Max Weber deja poco espacio a la sincronicidad, tal y como la definiría su conceptualizador, Carl G. Jung⁴⁵, y como más tarde lo demostraría la mecánica cuántica. El sociólogo⁴⁶ considerará que multitud de acciones irreflexivas dirigidas hacia un mismo fin crearán un hábito, una costumbre que podrá terminar en un orden jurídico si una vez constituido el cuerpo social, como un todo unitario, les dota de poder de coerción mediante la convención o el acuerdo.

Con lo expuesto, no se quiere traer a estas líneas sino la afirmación de que tanto la Revolución francesa y su acción constitucional de 1791, previa a la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, así como el hecho histórico colectivo de la Independencia de las colonias norteamericanas de 4 de julio de 1776 en relación al Imperio inglés de Jorge III y su consiguiente constitución en un Estado, primero confederal y, más tarde, federal, mediante la aprobación de su texto constitucional de 1787, aunque pudieran parecer que nacieron de espíritus nobles revolucionarios semejantes, son hechos históricos diferenciados y diferenciables que condicionaron el posterior desarrollo político, social y jurídico, tanto en un continente como en el otro, y en lo que a nuestra investigación nos concierne, en la formación de un poder judicial y su relación constitucional con el resto de poderes del Estado. En

⁴⁴ BOLADERAS CUCURELLA, M., 1993, p. 47. En ella se dice expresamente, citando a BERGER y LUCKMANN, en relación a su obra *La Construcción Social de la Realidad*: «Asimismo, las instituciones implican historicidad y control. Las tipificaciones recíprocas de acciones se construyen en el curso de una historia compartida; no pueden crearse en un instante. Las instituciones siempre tienen una historia, de la cual son productos. Es imposible comprender adecuadamente qué es una institución sino se comprende el proceso histórico en el que se produjo. Las instituciones, por el hecho mismo de existir, también controlan el comportamiento humano, estableciendo pautas definidas de antemano que lo canalizan en una dirección determinada, en oposición a las muchas otras que podrían darse teóricamente. Importa destacar que ese carácter controlador es inherente a la institucionalización en cuanto tal, previo o aislado de cualquier mecanismo de sanción establecido específicamente para sostén de una institución».

⁴⁵ JUNG, C. G., 2011, p. 436 y ss. JUNG la define como «la simultaneidad de dos sucesos vinculados por el sentido, pero de manera acausal... Así pues, emplearé el concepto general de sincronicidad en el sentido especial de una coincidencia temporal de dos o más sucesos relacionados entre sí de una manera no causal, cuyo contenido significativo sea igual o similar».

⁴⁶ WEBER, M., 1922, pp. 258-268.

línea con lo que advertimos, es ilustrativo lo que manifiesta Rubio Llorente al respecto ⁴⁷:

«[...] Es cierto que la Revolución norteamericana y la Revolución francesa son ambas revoluciones que proyectan en el mundo político el mundo de las ideas de la Ilustración; ambas son resultado del Siglo de la Razón, o de las Luces, al que en cierto sentido ponen punto final. Pero no son dos episodios de una misma revolución, ni son la misma revolución. No son las mismas las ideas que los revolucionarios franceses y los revolucionarios norteamericanos seleccionan de entre el conjunto del siglo XVIII. Ni es la misma relación que hay entre la noción de derecho natural y la noción de poder político en los moralistas escoceses y en los fisiócratas franceses, ni es la misma, en consecuencia, ni mucho menos, la noción que en uno y otro lado del Atlántico hay acerca de la relación entre derecho y poder. Y no siendo esto lo mismo, difícilmente podrían ser iguales las categorías jurídicas que en uno y otro lado el Atlántico se acuñaron para el Estado Constitucional».

No se traerán a estas líneas las distintas concepciones filosóficas que, nacidas en el periodo llamado de la Razón o las Luces (s. XVIII), ilustraron a los dirigentes de una revolución (en especial la francesa) que forjó el decaimiento del feudalismo y que, en los primeros años de su andadura, intentó encontrar en las mentes más preclaras de los constituyentes, fórmulas para crear lo que Madame De Staël llamó «gobierno representativo o gobierno limitado o moderado» ⁴⁸, cuyos horizontes más deseables se ubicaban en Inglaterra más que en los Estados Unidos. Por el contrario, nos centraremos en aquellos pensadores cuyas obras sirvieron de norte y faro para los que se embarcaron en proclamar al mundo que el ser humano, *per se*, estaba dotado de una serie de derechos «naturales e inalienables».

En relación a las revoluciones que se originaron a un lado y otro del Atlántico, Madame de Staël dirá lo siguiente sobre el nuevo Estado nacido de la Revolución norteamericana ⁴⁹:

«[...] Aquel país, nuevo en la historia, carecía de cualquier cosa parecida a una vieja costumbre digna de ser preservada si exceptuamos la excelente regulación derivada de la jurisprudencia inglesa que, adoptada en tiempos de América, había implantado un sentimiento de justicia y de racionalidad. Los franceses se alababan de poder adoptar como base de su gobierno los principios de un pueblo nuevo pero, colocado en medio de Europa y contando con una casta privilegiada cuyas pretensiones había que apaciguar, el proyecto resultaba impracticable. Por

⁴⁷ RUBIO LLORENTE, F., 1990, «Juez y Ley desde el punto de vista del Principio de Igualdad» en GARCÍA VALDÉS, C. (Coord.), *op. cit.*, p. 96.

⁴⁸ DE STAËL, M., 1818, p. 254.

⁴⁹ DE STAËL, M., 1818, p. 224.

otra parte, ¿cómo conciliar las instituciones de una república con la existencia de una monarquía? La Constitución inglesa ofrecía el único ejemplo que resolvía el problema. Pero una vanidad obsesiva, casi literaria, inspiraba a los franceses la necesidad de innovarlo todo».

Dos revoluciones, dos movimientos sociales y políticos cuyos acontecimientos y resultados fueron distintos y esenciales para la construcción posterior de la experiencia política y constitucional, tanto para el continente europeo como norteamericano. No obstante lo expuesto y de acuerdo con lo especificado en nuestro epígrafe titular, nos centraremos principalmente en el periodo histórico de la denominada Asamblea Nacional Constituyente de 1789-1791 y en las discusiones parlamentarias que rigieron los debates que posibilitaron el nacimiento de la Constitución francesa de 1791, así como otras normas esenciales que afectaron a la formación de la Administración judicial francesa, a fin de terminar o concluir sobre cuál fue la aportación que cada movimiento revolucionario tuvo en la construcción de lo que con posterioridad, y ya entrado el s. xx, se llamó Estado constitucional de Derecho.

En los debates constitucionales podrá observarse cómo, entre todos los filósofos de la época (sin hacer referencia a los fisiócratas, que gozaban de gran hegemonía entre la clase burguesa), son principalmente dos⁵⁰ los que auspician el espíritu de los constituyentes, a saber: Charles Louis De Secondat, señor de la Brède y barón de Montesquieu y Jean-Jacques Rousseau.

A propósito de lo expuesto, Burke, Tocqueville y Taine convinieron en que los filósofos de Francia, desde Bayle hasta Mably, fueron un factor decisivo en el advenimiento de la revolución en Francia. Sin embargo, se ha de sostener que ello no es exactamente así⁵¹. Todos los principales filósofos de la época se opusieron a la revolución contra los gobiernos existentes vigentes en esa época. De hecho, varios de ellos pusieron su fe en los reyes como los instrumentos más prácticos de la reforma: Voltaire, Diderot y Grimm mantuvieron relaciones de amistad, incluso de adoración con uno y otro de los soberanos más absolutos: Federico II, Catalina II y Gustavo III; y Rousseau se sintió feliz al recibir a José II de Austria. Diderot, Helvetius y D'Holbach declamaron contra los reyes en general, pero nunca, en sus obras subsistentes, propugnaron el derrocamiento de la monarquía francesa. Marmotel y Morellet se opusieron explícitamente a la revolución. Mably, el socialista, se declaró monárquico.

⁵⁰ BAKER, M. K., 1987, pp. 488-491.

⁵¹ DURANT, W. y A., 1967, pp. 1074-1075.

En esta línea, Rousseau presentó ideas republicanas, pero solamente para estados pequeños; la Revolución asumió sus teorías y desdeñó sus prevenciones. Cuando los revolucionarios hicieron que Francia desembocara en una república, procedieron no pensando en los filósofos franceses, sino en los héroes griegos y romanos de Plutarco. Sus ídolos no estuvieron en Ferney, sino en Esparta y Roma. Los filósofos, por tanto, proporcionaron la preparación ideológica para la revolución⁵². Las causas fueron económicas, políticas y sociales, y lo que hicieron fue recolectar las frases filosóficas, exponiéndolas en los debates constitucionales como baluartes de una nueva concepción de la vida política y social; la acción de las causas básicas fue facilitada por el trabajo de demolición de los filósofos, que eliminaron los obstáculos y cimientos donde se apoyaba el Antiguo Régimen, entre ellos el poder eclesiástico. Chamfort escribió, con la Revolución en curso⁵³:

«El sacerdocio era el primer baluarte del poder absoluto, y había sido destruido por Voltaire».

La fuerza de las convicciones filosóficas no solo caló en el Tercer Estado constituido prácticamente por la clase burguesa, sino también por la nobleza, que reconocía que Rousseau les había llegado al corazón. Entre estos nobles, se hallan algunos que tuvieron un papel decisivo en la Asamblea Constituyente de 1791. Al respecto, podemos citar al marqués De Mirabeau, La Rochefoucauld-Liancourt, Lafayette, el vizconde Louis-Marie de Noaille y Phillippe Égalité, duque de Orleans. Todos ellos eran seguidores de Rousseau y de su doctrina de la *volonté générale*, cuya identificación, por obra y gracias del Abate Emmanuel-Joseph Sieyés, la hará descansar en el todopoderoso Tercer Estado.

Esta minoría liberal, acicateada por irrupciones de campesinos en propiedades feudales, indujo a los *seigneurs* a renunciar, a cambio de redenciones convertidas en papel moneda –*assignat*–, a la mayoría de sus derechos feudales en la Asamblea Constituyente, en la noche mágica del 4 de agosto de 1789. Hasta la familia real fue alcanzada por las ideas republicanas que los filósofos habían contribuido a difundir. El padre Luis XVI aprendió de memoria muchos pasajes del *L'esprit des lois* de Montesquieu, leyó el *Contrato social* de Rousseau y lo juzgó de «mucha solidez», exceptuada su crítica al cristianismo. Aceptó y reconoció a sus hijos (uno de los cuales reinó) que «las distinciones

⁵² LEFEBVRE, G., en MORNET, D., 1934, *Annales Historiques de la Révolution Française*, pp. 366.

⁵³ DURANT, W. y A., 1967, p. 1077.

de que gozáis no os han sido dadas por la naturaleza, que ha creado a todos los hombres iguales»⁵⁴.

La doctrina rousseauiana de la «voluntad general», cuyos antecedentes se encontraban en la escuela estoica y en las teorías de Pascal y Malebranche⁵⁵, se imponía, al menos en la concepción de unos derechos que nacían de la propia naturaleza del hombre como ser racional, tanto que Luis XVI, en sus edictos, reconoció el «derecho natural» y los «derechos del hombre» como dimanantes de la naturaleza del hombre en cuanto ser racional.

La Revolución americana aumentó el prestigio de las ideas republicanas. También esta revolución basó su fuerza en realidades económicas y el comercio, concretamente en el abuso del establecimiento de sistemas impositivos considerados injustos por quienes no vivían en Inglaterra (*no tax without representation*); su declaración de independencia se debió a los pensadores ingleses tanto como a los franceses, pero a diferencia de una revolución basada en la concepción de unos derechos naturales anteriores al hombre, aquella asentó su «República de leyes» en una gran extensión territorial en dos grandes pensadores: Locke y Montesquieu. Uno determinó que la libertad y la propiedad eran derechos sagrados a partir de los cuales el hombre podía constituirse en sociedad, el otro especificó cuáles debían ser las reglas constitucionales por la que debía distribuirse y dividirse el poder del Estado.

Una revolución, la francesa, creó una nueva perspectiva social sobre la igualdad. La otra, una nueva concepción sobre la libertad política.

La Revolución francesa triunfará como revolución social, aboliendo una organización feudal-estamental, pero fracasa como revolución política. Como bien indica García-Trevijano en su obra *A pure Theory of Democracy*⁵⁶:

«Una revolución que persigue algo que es anterior al Estado no puede ser política».

Por ello, advertirá que: «Nadie lo verá mejor que Hanna Arendt».

Para esta gran pensadora, una revolución que no alcanza el nacimiento de un gobierno que garantice la libertad política, no es una revolución. Y así, en comparación con la Revolución americana, manifestará que:

«En Francia, la caída de la monarquía no alteró la relación entre gobernantes y gobernados, entre gobierno y nación, y ningún cambio de gobierno parecía susceptible de salvar el abismo que le esperaba. Los gobiernos revolucionarios,

⁵⁴ DURANT, W. y A., 1967, p. 1077.

⁵⁵ RUSSELL, B., 1945, pp. 354-356; y DE JOUVENAL, B., 1978, pp. 92 y 104.

⁵⁶ GARCÍA-TREVIJANO FORTE, A., 2009, p. 57

sin diferenciarse en esto de sus predecesores, no fueron del pueblo ni para el pueblo, y en el peor, no fueron más que una usurpación del poder soberano, llevada a cabo por quienes se llamaban a sí mismos sus representantes, los cuales se habían colocado en independencia absoluta respecto a la nación [...] Tras la caída de la Gironda, la felicidad, en vez de la libertad, llegó a ser la nueva idea en Europa (Saint-Just)»⁵⁷.

La finalidad de los revolucionarios franceses no será la de instituir un nuevo poder, sino la de limitar el existente mediante el reconocimiento de derechos naturales e inalienables. Es decir, su fin será la instauración de un «gobierno limitado o temperado», como dijera Madame De Staël, teniendo en perspectiva al constituido gobierno inglés. Sin embargo, los revolucionarios americanos entendieron, al contrario que los franceses, que la libertad no se hallaba en el ámbito civil sino en el político, en la esfera del Estado y que, si aquella carecía de la fuerza de instituir gobiernos, de instituir el poder desde abajo, la verdadera libertad no sería más que un derecho concedido pero no conquistado, estando en manos de quienes en cada momento detentara el poder. En este sentido, advertirá Arendt⁵⁸:

«La finalidad de los constituyentes americanos fue proclamar, en realidad, la necesidad de crear gobiernos civilizados para toda la humanidad; la de los constituyentes franceses, en cambio, la proclamación de la existencia de derechos del hombre con independencia del cuerpo político. Dieron al pueblo el dominio de la ley, pero no la facultad de instituir gobiernos»⁵⁹.

Es por ello por lo que su verdadera naturaleza no fue política, sino social. Estas reglas formales del juego político, para el gran pensador francés Montesquieu, serán consideradas como reglas para «la constitución de la libertad política», y frente a los revolucionarios franceses, que no les influirá en su «revolución por la igualdad», ya que considerarán que a través del reconocimiento de los derechos naturales estos actuarán como auténticos límites al poder, con independencia de su constitución y potencia; a los revolucionarios

⁵⁷ ARENDT, H., 1963, pp. 68 y ss. En análisis a la concepción «antirrevolucionaria» llevada a cabo en dicha obra por ARENDT, fue criticada y considerada como «maniquea» por HABERMAS, en los dos primeros capítulos de su estudio *La doctrina clásica de la política en su relación con la filosofía, y Derecho Natural y Revolución*. Para saber más en: OCINA COVES, F., 1991, «La Revolución Americana contra la Revolución Francesa. Un argumento del Burkianismo contra el Kantismo», en BELLO, E. (Coord), pp. 157-192.

⁵⁸ Cfr.: ARENDT, H., 1963, *op. cit.*, p. 138

⁵⁹ Precisamente esta es una de las críticas que realizaría Edmund BURKE a la Declaración de Derechos francesa, el hecho de no haber consagrado el derecho de designar y destituir gobiernos. Su crítica a la Revolución se encuentra en su obra: BURKE, E., 1826, p. 14. Asimismo, la crítica a la obra de BURKE fue realizada por Thomas PAINE en su obra *Derechos del Hombre. Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke a la Revolución Francesa*. PAINE, T., 1791.

americanos les servirá de luz liberalizadora. Por ello Thomas PAINE⁶⁰ dirá que «una constitución es el acto por el que un pueblo se da un gobierno y no un acto del gobierno». Es decir, el gobierno es la criatura de la propia constitución. El recelo de los constituyentes americanos al poder del gobierno, al poder del parlamento inglés, les conducirá a separar, distribuir y equilibrar el nuevo poder nacido de la revolución. Su finalidad será que «la ambición frene a la ambición» (Jefferson).

Ahora bien, no puede negarse que Jefferson se inspiró en Rousseau, al igual que lo hizo en Locke y Montesquieu para formular la Declaración de Independencia. Como embajador en Francia (1785-1789), absorbió mucho de Voltaire y Rousseau. Se hizo eco de este último al suponer que los indios norteamericanos «disfrutaban en su masa general de un grado de felicidad infinitamente mayor que el de los que viven bajo gobiernos europeos». El triunfo de la Revolución americana aumentó el prestigio de la filosofía política de Rousseau⁶¹.

En la última fase de la Revolución (a partir del 6 de octubre de 1789), cuando el poder pasó a manos de los dirigentes del populacho urbano, aunque estos seguían aceptando a Luis XVI, sus dirigentes le cortaron la cabeza. Después de esa fecha, los jacobinos se adueñaron de París, y Rousseau se convirtió en su dios. El 10 de noviembre de 1793, con la Convención revolucionaria en marcha aglutinando el poder legislativo y ejecutivo en unas solas manos, los victoriosos radicales celebraron en la catedral de Notre Dame la fiesta de la diosa Razón. En Tours, los revolucionarios reemplazaron las estatuas con nuevas figuras tituladas Mably, Rousseau y Voltaire. En Chartres, en 1795 y en la famosa catedral, una fiesta de la diosa Razón comenzó con una obra teatral en la que Voltaire y Rousseau eran mostrados como los mesías de una nueva era. Su punto de llegada fue el Comité de Salvación Pública (6 de abril de 1793) y con él, el inicio del régimen del Terror.

Edmund Burke⁶² pensó que en la Asamblea Constituyente (1781-1791):

«Hay una gran disputa, entre todos los jefes, sobre quién se parece más a Rousseau. En realidad, todos se parecen... Lo estudian, lo meditan, le dan mil vueltas durante todo el tiempo libre que les dejan sus laboriosas maldades del día y sus libertinajes de la noche. Rousseau, en su canon de Sagrada Escritura..., a él erigen su primera estatua. En honor de este hombre y de este escritor, modelo para los autores y para los franceses, los talleres de París están ahora tundiendo estatuas con las cacerolas de sus pobres y las campanas de sus iglesias».

⁶⁰ ARENDT, H., 1963, p. 189.

⁶¹ DURANT, W. y A., 1967, p. 1066.

⁶² SAÉNZ, A., 2008, p. 36.

La filosofía, que podemos llamar burguesa⁶³, les dotó de los instrumentos necesarios para elaborar el discurso que en cada momento les convino a aquellos que se encontraron en la cúspide del poder. Desde luego, no fueron los pensadores los que accionaron los movimientos revolucionarios, pero sí contribuyeron con su ideario, sobre todo a través de la metafísica rousseauiana, a interpretar la «voluntad general» de la forma más conveniente a fin de conservar el poder revolucionario sobre las masas.

En una revolución por la igualdad más que por la libertad política⁶⁴, Rousseau fue quien se erigió como el adalid de los más desfavorecidos. Así, en su primer discurso (*Si le retablissement des sciences et des arts a contribué à épurer les mœurs*, 1750), critica la civilización de su tiempo y se lamenta por los desheredados: «El lujo alimenta a cien pobres en nuestras ciudades y hace que mueran cien mil en nuestros campos». En su segundo discurso (*Sur les fondements et l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, 1755), ataca a la propiedad⁶⁵. Montesquieu, en cambio, reservaba el poder para la aristocracia, subrayando la importancia de la existencia de los «cuerpos intermedios», que serían representados por la nobleza y la alta burguesía. Frente a ello, ROUSSEAU reserva a todo el «pueblo» el poder soberano, encarnado en la voluntad general de la comunidad. Reservaba al Estado el papel para reprimir los abusos de la propiedad individual, el mantenimiento del equilibrio social por medio de la legislación respecto de la herencia y de los impuestos progresivos. Esta tesis igualitarista dominó en lo social y en lo político en la fase jacobina, tras el 9 de Termidor (27 de julio de 1794). De esta forma Rousseau⁶⁶ se puso, de forma irremediable, frente a Montesquieu, Voltaire y los enciclopedistas.

Sería tergiversar el objeto de estudio si se tuviera que reparar en todos y cada uno de los hechos y acontecimientos económicos, políticos, culturales y sociales que precipitaron y encaminaron a la constitución de las fuerzas constituyentes francesas de 1791. No obstante, no sería propio de una investigación que parte de la búsqueda de los principales rescoldos de una jurisdicción que nació propiamente en los hechos revolucionarios del 78, aunque con anterioridad ya existían conatos de una «justicia administrativa», dejar de reseñar que el primer acto realmente revolucionario no se produjo con la toma de la Bastilla (14 de julio de 1789) como pudiera creerse, hecho absolutamente azaroso y

⁶³ SAÉNZ, A., 2008, p. 36.

⁶⁴ SOBOUL, A., 1972, p. 55.

⁶⁵ SOBOUL, A., 1972, p. 55.

⁶⁶ Vid. BARNY, R., 1990, *Annales Historiques de la Révolution Française*, p. 49.

desorganizado⁶⁷ por una multitud no superior a 80 personas, sino que, por el contrario, el hecho formalmente revolucionario lo encontramos en el día 17 de junio de 1789⁶⁸, en el que los representantes del Tercer Estado, reunidos en Estados Generales, resistiendo los embistes y las oposiciones de la clases privilegiadas, las negativas al «voto por cabeza», y el asedio regio de Luis XVI, se autoproclaman Asamblea Nacional⁶⁹, y tres días más tarde juran no disolverse hasta haber dado a Francia una constitución.

La llegada de la Asamblea Constituyente viene precedida por lo que ha venido a llamarse por Soboul el «conflicto jurídico»⁷⁰, que se caracterizó por los múltiples problemas que existían como consecuencia de las fuertes y pesadas cadenas jurídicas que todavía unían el Antiguo Régimen con el nuevo orden que pretendía surgir, y que, como nos contará Tocqueville, no las cortará del todo. Este llamado «conflicto jurídico», pudo solventarse, al menos en parte, a través de cuatro hechos que se consideran esenciales, a saber:

a) El juramento llamado del *Juego de Pelota*, de 20 de junio de 1789, por el lugar en el que se tuvieron que reunir (la sala del *Jeu de Paume*) los diputados del Tercer Estado al hallar cerradas las puertas de su sala de reuniones de Menus, juraron no separarse jamás hasta que Francia tuviera una constitución;

b) La jornada del 23 de junio de 1789, en la que Luis XVI admitía la aprobación de los impuestos por los Estados Generales y consentía en garantizar las libertades individuales y las de prensa. La monarquía constitucional había nacido. El 7 de julio la Asamblea crea el Comité Constitucional y el 9 de julio de 1789 se proclama la Asamblea Nacional Constituyente;

c) Sesión del 4 de agosto de 1789, precedida por lo que Furet denomina *La Grande Peur* (El Gran Miedo) como revolución popular, quedan abolidos, en un solo día, en una sesión por la tarde, todos los derechos y privilegios feudales en los que se había constituido y erguido el absolutismo. El Antiguo Régimen había caído y, con él, el feudalismo⁷¹;

⁶⁷ Para conocer más sobre esta tesis histórica: Libro I de GARCÍA-TREVIJANO FORTE, A., 2013, pp. 51-57.

⁶⁸ BELLO, E., 1991, «El Poder y los poderes de la Constitución de 1791», en BELLO, E. (Coord.), p. 37.

⁶⁹ BELLO, E., 1991, «El Poder y los poderes de la Constitución de 1791», en BELLO, E. (Coord.), *op. cit.*, p. 37.

⁷⁰ SOBOUL, A., 1972, pp. 100-105. También en BELLO, E., 1991, *op. cit.*, p. 43, aunque lo llama «Revolución Jurídica».

⁷¹ Esta afirmación hay que matizarla. Los derechos feudales más que abolidos, algunos lo fueron indiscutiblemente, los que gravaban la tierra se «redimieron» mediante la satisfacción de un canon de veinte o veinticinco veces la renta anual que pagaba el campesino, debiendo pagar además los atrasos de

d) La Declaración de 26 de agosto 1789 de *Derechos del hombre y del ciudadano*, considerada por Mounier como el conjunto de principios que debía presidir la nueva constitución ⁷².

treinta años. SOBOUL, A., 1981, p. 59. El abogado de Grenoble, Antoine BARNAVE, observará perfectamente este traspaso de riqueza entre el poder inmobiliario representado por la propiedad inmueble, de la tierra, al poder mobiliario representados por el dinero o los bienes movientes, transformación o evolución propia del comercio y de las «artes útiles» que preparará el estallido de la Revolución. Así lo reflejará por escrito desde prisión (1792) un siglo antes del materialismo histórico de Marx, en su *Une introduction à la Révolution française*. Dice BARNAVE: «...el progreso de la propiedad mobiliaria, que constituye en Europa el elemento de la democracia y el vínculo de la unidad de los Estados, modificó todos los gobiernos políticos... Esta progresión, común a todos los gobiernos europeos, es la que ha preparado en Francia una revolución democrática y ha hecho que estalle a finales del siglo XVIII». Para conocer más sobre esta original visión histórica: BARNAVE, A., SÉNAC DE MEILLAN, G., 1990, pp. 106 y ss.

⁷² El 11 de julio, antes de que el Tercer Estado se hubiera salido con la suya, LAFAYETTE, apareció en la tribuna de la Asamblea Constituyente para proponer una declaración de derechos muy parecida a la que los americanos habían llevado a cabo en Virginia de 1776. Vid. DE STAËL, M., 1818, p. 227. Es Lefebvre quien sobre los principio políticos proclamados en la Declaración de Derechos y su aplicación por el gobierno revolucionario, manifestará cuál fue realmente su alcance: «Estos son, en primer lugar, la libertad: libertad de la persona o la libertad individual; libertad de pensamiento, de palabra y de prensa: de trabajo, de invención y de empresa, y como colorario, el derecho de propiedad libre de toda traba. Al mismo tiempo la igualdad de derechos, sin la cual la libertad no sería sino un privilegio mas; las leyes son las mismas para todos, los empleos públicos accesibles a todos.

Los franceses libres e iguales en derechos, forman una nación indivisible; ninguna provincia puede pretender constituir un Estado dentro del Estado. Éste no encuentra su fin en sí mismo; su misión es garantizar a todos los ciudadanos el goce de sus derechos.

La soberanía pertenece a la nación, y los que la ejercen en su nombres son mandatarios responsables; la libertad política es la garantía de las demás. En fin, los principio de 1789 no valen solamente para los franceses, sino para todos los hombres; en ellos se perpetúa a universalidad del humanismo antiguo y de la cristiandad. Al proclamarlos, la Revolución, invitando a cada uno a correr su suerte, despertaba la esperanza excitadores de energías, en el momento mismo en que los cambios que ella operaba y el impulso del capitalismo brindaban oportunidades a la iniciativa privada. Así, pudo oponer la Europa aristocrática, cuyos marcos rígidos ponían trabas al impulso individualista, incomparables recursos de vida y poder, y secudir a través del mundo a todos los que soñaban con probar sus fuerzas.

La Constituyente, sin embargo, no reconoció al individualismo derechos ilimitados. La libertad es el derecho de hacer lo que la ley no prohíbe; por tanto, le ley es la que determina su contenido positivo, y, siempre modificable, la ajusta a la circunstancias.³⁵ Desde julio de 1789 no faltaban diputados que les recordarían a los demás que no se gobierna en tiempo de guerra o de revolución como en tiempo de paz, y que la comunidad, si se ve en peligro, puede restringir o suspender los derechos naturales para asegurar la salud pública: el gobierno revolucionario no tendrá otra doctrina. La Declaración no es pues un código sino una serie de sugerencias que prescribe al legislador dejar al individuo todo el margen de libertad compatible con el interés general y los derechos de los demás, pero le confía el cuidado de marcar el límite según las circunstancias.

Los Constituyentes dieron numerosos ejemplos de este realismo. Ante todo, sostenían la libertad individual; para garantizarla, emprendieron la reforma del procedimiento criminal que reservó al juez la orden de aprehensión y aseguró al acusado, a más de la asistencia de un abogado, la comunicación del expediente y la confrontación de los testigos en debate público. Sin embargo, para atraerse a los dueños de plantaciones que amenazaban con separarse y también a los armadores y refinadores de azúcar, mantuvieron la esclavitud y la trata de negros; después de haber reconocidos los derechos cívicos a los hombres de color libres, se retractaron y remitieron sus suerte a la decisión de los colonos blancos. Detestaban el fanatismo, y sin embargo, por considerar el clero, no otorgaron a los disidentes sino la tolerancia y les negaron la libertad de culto. Eran hostiles a toda asociación, pero, por necesidad política, dejaron multiplicarse los clubs. Por otra parte, la igualdad que acordaron es una igualdad de derechos, no de medios, lo que, en consecuencia, no niega ni la desigualdad de bienes ni la jerarquía de condiciones que es resultado d aque-

Estos cuatro hechos fueron decisivos para la revolución económica, social y constitucional que, con posterioridad, sobrevino. Sin embargo, su energía no fue lo suficientemente fuerte para crear un nuevo edificio político que permitiera, mediante un gobierno equilibrado, garantizar la estabilidad política y, con ella, los derechos y libertades individuales que habían sido proclamados solemnemente.

La Asamblea Constituyente estaba constituida por distintos partidos que se significaron con sus intervenciones, unos en apoyo de Montesquieu y otros en defensa de Rousseau, sobre todo cuando debieron debatir sobre la relación que debía existir entre los distintos poderes del Estado. La teoría de la separación de poderes frente a la fuerza unitaria e igualitaria de la voluntad general. El mecanicismo frente al idealismo. Aristocracia frente a la democracia. Utilitarismo frente a igualitarismo. La organización política dentro de la sala en la que se reunieron los diputados constituyentes es descrita por Madame DE Staël de la siguiente forma:

«[...] El partido de los aristócratas, al que llamaban «la derecha», se hallaba compuesto casi en su totalidad por nobles, parlamentarios y prelados. Apenas contaban con treinta miembros del Tercer Estado. Este partido... había protestado contra todas las resoluciones de la Asamblea... Como ya he dicho, el orador de derecha era M. de Casalés... El abad Maury, orador del clero... El arzobispo de Aix, el abad de Montesquieu... Los dos partidos más extremistas de la Asamblea se instalaban en la sala en las dos puntas de un anfiteatro y se sentaban, en uno y otro lado, en unas banquetas más elevadas. Al bajar por el lado derecho, se encontraba «la llanura» o «el marjal» (*la plaine o le marais*), es decir, los moderados, en su mayoría defensores de la Constitución Inglesa⁷³. Ya he nombrado a sus principales elementos: Malouet, Lally y Mounier... Al lado del Partido Moderado

lla. Además, si bien la Declaración proclama que todos los ciudadanos tienen el derecho a contribuir al establecimiento del gobierno, los Constituyentes no obstante consideraron el sufragio y la elegibilidad como funciones públicas, accesible a todos, pero subordinadas como todas las demás, a condiciones de capacidad que en el caso estimaron ligadas a la cierto desahogo económico.

Los ciudadanos pasivos, aquellos que no pagaban una contribución de por lo menos tres jornadas de trabajo, fueron excluidos. De los ciudadanos activos, solamente pudieron ser electores los que pagaban 10 libras, y para los diputados la cuota fue un marco de plata (aproximadamente 52 libras).

Los Constituyentes no se movían, pues, en el terreno de los abstracto. La observaban con ojos atentos. Su obra lleva fuertemente impresa la huella de las circunstancias; esta es justamente una de las causas que la comprometieron. (...).

(...) La Ley Le Chapelier del 14 de junio de 1791 prohibió a los obreros, como el Antiguo Régimen lo había hecho siempre, las cofradías y la huelga; con lo que, privados de acción colectiva los obreros, la libertad de trabajo no podía beneficiar más que a sus patronos. ¿Se iba a ayudar por lo menos a los sin-trabajo? De ninguna manera. La Constituyente pronunció, en mayo, la disolución de los talleres de caridad de París. Prometió, es cierto, organizar la asistencia a los inválidos así como la educación primaria pública, pero ello solo quedó como promesa, en el momento en que la desaparición de las limosnas del clero asesto a los pobres un golpe funesto». LEFEBVRE, G., 1960, pp. 86-90. 96-97.

⁷³ Y, por tanto, partidarios de MONTESQUIEU.

o imparcial se sentaban los miembros del Partido Popular que, aunque de acuerdo en cuestiones de gran importancia, se hallaban divididos en cuatro secciones, cuyas diferencias eran fáciles de ver. M. de Lafayette, jefe de la Guardia Nacional, el amigo más desinteresado y más ardiente de la libertad, gozaba de una gran consideración en la Asamblea... Mirabeau... Dupor, Barnave... (y) en la primera fila del Partido Popular se hallaba el abad Sieyès... La Montaña⁷⁴ (*montagnard*)... formaban el cuarto partido del lado izquierdo. Robespierre⁷⁵ se hallaba ya entre sus filas y en sus clubs se estaba gestando el jacobinismo...»⁷⁶.

Manifiesta Duguit⁷⁷ que no cabe duda de que en 1789, en el momento en el que comienza la discusión de las leyes constitucionales, el principio de separación de poderes, entendido en el sentido más estricto de la palabra, en opinión de la gran mayoría de los diputados, debía estar situado en la base misma de toda buena constitución. No obstante, otros opinaban que era necesario introducir límites a tal estructura constitucional del Poder, intentando conseguir si bien no pudiera conseguirse un equilibrio entre los poderes, dotar al legislativo de mayor peso que los restantes, subrayando la doctrina de Rousseau. Esta era la opinión de Mirabeau, Llay-Tolledal, Clermont-Tonnerre, Malouet O Thouret. El afamado y astuto Mirabeau manifestó, en la sesión del 16 de julio de 1789:

«Tendremos pronto la ocasión de examinar esta teoría de los tres poderes, la cual, analizada exactamente, mostrará, quizás, la facilidad del espíritu humano para tomar palabras por cosas, fórmulas por argumentos y para acostumbrarse a un cierto número de ideas sin volver nunca a examinar la definición inteligible que ha tomado por axioma»⁷⁸.

El creador del concepto de «nación» en su acepción política, Siéyes, con ocasión de la relación entre el poder legislativo y ejecutivo, en las sesiones del 20 y 21 de julio de 1789 en el Comité de Constitución, vino a decir:

«El establecimiento público constituye una suerte de cuerpo político que, poseyendo como el cuerpo del hombre un destino y unos medios, debe organizarse, en lo esencial, del mismo modo. Resulta preciso, en efecto, dotarle de la facultad tanto de querer como de actuar. El poder legislativo representa la primera, mientras que el poder ejecutivo representa la segunda de estas dos facultades. El gobierno se confunde a menudo con la acción o el ejercicio de estos dos poderes;

⁷⁴ *La Montagne* era un grupo político de la Revolución francesa favorable a la República y que representaba la alta burguesía de Marsella, Nantes y Burdeos.

⁷⁵ El máximo representante de la doctrina de ROUSSEAU.

⁷⁶ DE STAËL, M., 1818, pp. 245-247. También SOBOUL, A. 1972, pp. 125-127.

⁷⁷ DUGUIT, L., 1996, p. 5.

⁷⁸ DUGUIT, L., 1996, p. 6.

pero tal término se halla más particularmente consagrado a designar al poder ejecutivo o su acción. Por ello, se suele afirmar que se debe gobernar según la Ley, lo que prueba que el poder de hacer la ley es distinto del Gobierno, en sentido estricto. El poder activo se subdivide, a su vez, en varias ramas, correspondiendo a la Constitución proseguir este análisis».

En esta intervención del abate Sieyès puede observarse cómo la idea de implementar sistema constitucional de pesos y contrapesos (*check and balance*) era más aparente que real, como así fue. No solo el diputado confunde función con poder, sino que supedita la ejecución de las funciones constitucionales al poder legislativo. En estos principios puede vislumbrarse la semilla de lo que ha sido una constante desde un punto de vista constitucional que no es sino mezclar *separación de poderes* con *separación de funciones*. La Revolución hizo nacer un único Poder, pero con separación de funciones constitucionales. Un arquetipo constitucional donde más tarde se asentarían los Estados autoritarios. El constituyente francés no reparó, a pesar de los esfuerzos de Lafayette, en que la constitución norteamericana lo que había separado era los poderes *en origen*, esto es, mediante una acción electiva del cuerpo social por cada uno de los poderes del Estado, donde el poder judicial se constituía como cuerpo intermedio y mediador entre el ejecutivo y legislativo. En cambio, en Francia, como ahora veremos, toda la discusión parlamentaria se basó en el ejercicio de las funciones que debían desempeñar los órganos estatales.

Frente a las intervenciones anteriormente citadas, el diputado Mounier vino a decir que:

«Hay que impedir la unión de los poderes; es necesario que la Asamblea Nacional no confunda los poderes legislativos y ejecutivos; cuando se haga la constitución, se establecerán límites sagrados a cada uno de estos poderes»⁷⁹.

Y el diputado Target, con un espíritu totalmente norteamericano, que recordaba a Madison, manifestó que:

⁸⁰«Los derechos del hombre solo estarán asegurados si los poderes públicos son distintos y están sabiamente distribuidos»⁸¹.

⁷⁹ Cfr.: DUGUIT, L., 1996, p. 6.

⁸⁰ Cfr.: DUGUIT, L., 1996, p. 6.

⁸¹ Nótese que los constituyentes no reparaban en profundidad en constituir un poder judicial autónomo. La razón no solo estribaba en el hecho de no considerarlo un verdadero poder constitucional, sino solo una función del ejecutivo, unido al hecho del gran recelo que abrigaban de las funciones judiciales que, con tanto abuso, habían sido desarrolladas por los parlamentos en la época del Absolutismo. Igualmente, rechazaban las consideración de que el poder judicial pudiera ser un cuerpo intermedio como lo había querido HAMILTON. Preferían que su poder se sintiera pero no que se viera, como había afirmado MONTES-

El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 26 de agosto de 1789, dejaba reflejados perfectamente cuáles eran los requisitos mínimos para que una constitución pudiera ser definida como tal⁸². Uno de estos requisitos esenciales era la separación de poderes, sistema de equilibrio de poder que era totalmente extraña en el derecho público de la Francia monárquica. Tan ajeno al espíritu revolucionario francés que no se encuentran en los «Cuadernos de 1789» de los Estados Generales (*cahiers de plaintes et procès*), nada que prepare la teoría de la separación de poderes, tal y como la elaboraron los autores de la declaración y de la constitución de 1791. Las reivindicaciones son una repetición de las demandas ya hechas desde el siglo XIV. Se quiere una monarquía limitada, que las convocatorias de los Estados Generales sean periódicas, pero no se dice nada sobre la doctrina de la separación de poderes⁸³. Sin embargo, la doctrina no le era totalmente ajena, como lo demuestra el informe hecho en nombre del Comité de Constitución, cuyo autor fue Clermont-Tonnerre, y leído en la Asamblea Nacional el 27 de julio de 1789, sobre todo en lo que concierne a las limitaciones del poder real y su relación con el poder legislativo.

Aún más, la doctrina de Montesquieu se encuentra en las intervenciones e informes de Mounier, Molour, Bergasse, Duport y Llalay-Tolledal. Más concretamente, el largo informe elaborado por Mounier bajo el título *Consideraciones sobre los gobiernos y principalmente sobre el que conviene a Francia*, sometidas a la Asamblea Nacional, está impregnado de las ideas de Montesquieu. Así, Mounier nos viene a decir:

«Para impedir la tiranía, es absolutamente indispensable no confundir con el poder de hacer las leyes el que debe ejecutarlas; si la ejecución estuviere confiada a quienes las establecen, no se considerarían nunca sujetos por las leyes anteriores».

Y en el programa de trabajo o calendario constitucional (*ordre de travail*), aprobado por la Asamblea a iniciativa del citado diputado Mounier, éste,

QUIEU. No obstante, esta cuestión será tratada con más detalle en el apartado siguiente de esta Tesis relativo a la división de poderes en el Estado.

⁸² Art. 16: «Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución».

⁸³ Tanto es así que en esta obra Duguit manifiesta que en los estudios llevados a cabo no se encuentran rastro de esta doctrina en las continuas reivindicaciones que el parlamento le hacía a la monarquía desde la segunda mitad del s. XV. DUGUIT, L., 1996, p. 9.

■ LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS...

en una memoria presentada como «exposición de motivos» de su propuesta, manifestó lo siguiente:

«No tenemos constitución, ya que todos los poderes están confundidos, puesto que no se ha establecido ningún límite entre ellos, y la autoridad está dispersa, sus diversas partes están siempre en contradicción»⁸⁴

Bergasse, en su informe sobre *La organización del poder judicial de 17 de agosto de 1789*, repite palabra por palabra a Montesquieu:

«Hay, como es sabido, dos tipos de libertad: libertad política y libertad civil... la libertad civil, que consiste en la facultad que todo ciudadano tiene de hacer lo que no está prohibido por Ley»⁸⁵.

Y, sobre el poder judicial, como ya hemos explicitado, Mounier vuelve a manifestar:

«En cuanto al poder judicial, no es más que una emanación del poder ejecutivo, que debe ponerlo en funcionamiento y vigilarlo constantemente»⁸⁶.

De nuevo, los constituyentes franceses se separan de los constituyentes norteamericanos, ya que estos entendieron, en base a la lectura de Montesquieu, cuya imaginación creadora idealizó la constitución material de Inglate-

⁸⁴ FERNÁNDEZ-CARNICERO, C. J., 1990, «Parlamento y Poder Judicial. Acotaciones a la escena política de la Revolución Francesa. 1789-1791», en GARCÍA VALDÉS, C., *op. cit.*, p. 176.

⁸⁵ Cfr.: DUGUIT, L., 1996, p. 13. Las conclusiones de su informe fueron: «En primer lugar, tanto en su organización como en la reformas que pueda sufrir, el poder judicial no depende esencialmente más que de la voluntad de la nación. En segundo lugar, los depositarios del poder judicial no participan en nada de la potestad legislativa. En tercer lugar, los tribunales se componen de un pequeño número de magistrados. En cuarto lugar, no han de crearse más tribunales que los que exija la necesidad de administrar justicia. En quinto lugar, el cargo de magistrado ha de preservarse de toda venalidad, y el derecho de administrar justicia no será propiedad o prerrogativa de ningún ciudadano en el Estado. En sexto lugar, el príncipe solo nombra a los jueces, debiendo escogerlos entre las personas designadas por el pueblo [el ponente apostilló con esta nota: «es decir, por los representantes del pueblo», en congruencia con la vía sugerida en el propio informe de una terna presentada por las Asambleas Provinciales]. En séptimo lugar, los tribunales estarán lo más cerca posible de los justiciables. En octavo lugar, la justicia será gratuita. En noveno lugar, la instrucción de las causas, tanto criminales como civiles, será siempre pública. En décimo lugar, ningún juez, en materia civil o criminal, tendrá el derecho de interpretar la ley o de extender arbitrariamente el alcance de sus preceptos. En undécimo lugar, en el procedimiento en materia criminal se distinguirán la instrucción y el juicio de la causa; y puesto que las formas del juicio por jurados o por iguales son las que mejor satisfacen las exigencias de la razón y de la humanidad, en materia criminal únicamente se admitirá el procedimiento por jurado. En duodécimo lugar, en materias administrativas y de policías, el juez, una vez transcurra un tiempo tras su designación, será inamovible, y será elegido por el pueblo, sin ninguna intervención del príncipe; en fin, y en último lugar, cualquiera que sea la materia, los jueces serán responsables de sus decisiones». FERNÁNDEZ-CARNICERO, C. J., 1990, «Parlamento y Poder Judicial. Acotaciones a la escena política de la Revolución Francesa. 1789-1791», en GARCÍA VALDÉS, C., *op. cit.*, pp. 178-179.

⁸⁶ Cfr.: DUGUIT, L., 1996, *op. cit.*, p. 14.

rra⁸⁷, que el poder judicial no era simplemente una función del poder ejecutivo, sino el poder que debía proteger la constitución y, con ella, la libertad política como garantía del sujeto constituyente. Sin embargo, frente a esta aseveración, Rousseau manifestó en su *Contrato social*:

«El pueblo inglés se cree libre, y se equivocan claramente; solo lo es durante las elecciones de su parlamento; el uso que hace, entonces, de su libertad, bien merece que la pierda»⁸⁸.

A pesar de que los constituyentes franceses toman de la constitución americana la teoría de los tres poderes y, especialmente, la noción de poder judicial, como un poder soberano, independiente que emana directamente del pueblo, la fuerza de los hechos y el miedo a lo que se denominó el «gobierno de los jueces», éstos seguirán estando subordinados al poder ejecutivo, sin posibilidad de controlar, tampoco, la constitucionalidad de las leyes.

La formal idea de que el poder judicial es un poder autónomo, que emana directamente del pueblo, se expone por primera vez con precisión por Bergasse, en su informe ya citado sobre la organización judicial:

«El poder judicial estará, pues, mal organizado si depende en su organización de otra voluntad que la de la nación. El poder judicial debe ser independiente, absolutamente distinto y separado de los demás poderes: el poder judicial estará, pues, mal organizado si los depositarios de este poder toman parte activa en la legislación o pueden influir de alguna manera en la formación de la Ley»⁸⁹.

Es este informe el que constituye la base de todo el trabajo de la Constituyente de 1791 y el que fija, de manera definitiva, la terminología hasta ese momento incierta. Asienta la expresión *poder judicial*, como poder del Estado, sin perjuicio de la moción presentada por Garat a la Comisión de Revisión a fin de que sustituyera dicho sintagma por el de *función judicial*. La observación no sería aceptada y el texto del Comité es votado.

Sin perjuicio de las discusiones constitucionales sobre la elección de los jueces, esto es, si debían ser elegidos o nombrados por el rey o por el pueblo, y su articulación con la doctrina rousseauiana de la soberanía nacional, la Asamblea Constituyente parte de una premisa esencial: el poder judicial carece de potencia frente al poder legislativo, pues como bien se ha dicho, de algún

⁸⁷ En Inglaterra, el régimen político que regía en el momento de la obra de MONTESQUIEU (1748) era la monarquía parlamentaria de gabinete, iniciado por Robert WALPOLE. Un régimen caracterizado por la inseparación de poderes, ya que era el legislativo quien elegía al ejecutivo, debiendo su presidente (Primer Ministro) ser investido por la confianza de las Cámaras de Representantes.

⁸⁸ ROUSSEAU, J. J., 1772, p. 162.

⁸⁹ DUGUIT, L., 1996, p. 87. También ver DUGUIT, L., 2005, pp. 136-139.

modo, aquel era un espejismo⁹⁰. Ello se traducía en dos cuestiones claves. La primera, ya expuestas por Bergasse: el poder judicial no podría influir, de ninguna manera, sobre la legislación (ni siquiera como «legislador negativo»). La segunda, el poder judicial se hallaría subordinado al poder legislativo. En palabras de Thouret, en la sesión constitucional del 22 de diciembre de 1789, relativa a la redacción de los artículos 6 y 8 del Título I de la Ley que iba a regular la administración de justicia:

«Estando el poder judicial subordinado al poder legislativo, los tribunales de justicia no podrán usurpar ninguna de las funciones del cuerpo legislativo ni impedir o retrasar la ejecución de sus decretos sancionados por el rey bajo pena de prevaricación. Los tribunales de Justicia no podrán hacer reglamentos; dirigirán representaciones al cuerpo legislativo cuando estimen necesario interpretar el sentido dudoso de una ley o dotarse de una nueva»⁹¹.

Y Duport, en su informe de 29 de marzo de 1790, en la misma línea, dirá:

«[...] los jueces deben estar limitados a la aplicación de la ley; no han de participar en ninguna función legislativa o ejecutiva; de ahí deriva que toda interpretación, toda explicación de la ley puramente teórica o reglamentaria deben estarles prohibidas»⁹².

Tras el aplazamiento de la discusión, el nuevo proyecto sobre el poder judicial es presentado por Thouret el 5 de julio de 1790. Siguiendo la misma tónica, el artículo 10 del Título I reza así:

«Los jueces no podrán tomar directamente o indirectamente parte alguna en el ejercicio de los decretos del poder legislativo, ni suspender o impedir la ejecución de los decretos del poder legislativo sancionados por el Rey, sin incurrir en prevaricación»⁹³.

Se aprecian las diferencias del texto con el artículo 6 del Título I del primer proyecto, que subordinaba explícita y expresamente el poder judicial al legislativo. Esta fórmula no se reproduce. El artículo 12 del Título I del nuevo proyecto está redactado en los mismos términos que el artículo 8 del primer proyecto.

⁹⁰ AUGER LIÑÁN, C., 1990, «Organización Judicial y Estatuto de los Jueces», en GARCÍA VALDÉS, C., *op. cit.*, p. 143.

⁹¹ DUGUIT, L., 1996, p. 102. Comenta CLEMENT AUGER LIÑÁN, que la discusión sobre la reforma de la Justicia se articuló sobre tres principales proyectos: el de SIEYÉS, el de DUPORT y el de THOURET. Para este autor, las Leyes de 16 y 24 de agosto de 1790 representarán la exaltación de la separación de poderes y, al mismo tiempo, una reclusión del poder judicial a sus estrictas funciones judiciales. AUGER LIÑÁN, C., 1990, «Organización Judicial y Estatuto de los Jueces», en GARCÍA VALDÉS, C., *op. cit.*, p. 141.

⁹² DUGUIT, L., 1996, p. 102.

⁹³ DUGUIT, L. 1996, p. 102.

Pero en los dos nuevos artículos (arts. 10 y 12) han sustituido las palabras «tribunales de justicia» por algo más genérico: «jueces». También se hizo desaparecer la expresión «representantes», ya que recordaba al Antiguo Régimen.

Votados los artículos, fueron aprobados por unanimidad, convirtiéndose los artículos 10 y 12 del Título II de la *Ley de 16 de agosto de 1790, en la base de la organización de la administración judicial en Francia*. En cuanto al artículo 3 del Capítulo V del Título III de la Constitución, que impedía a los tribunales inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, se aprueba sin discusión el 16 de agosto de 1791. De esta manera normativa se encontraban constitucional y legalmente consagradas la separación de los poderes legislativos y judicial. Pero, en el fondo, esta separación no era real ni completa, puesto que el poder judicial seguía estando subordinado al poder legislativo.

La Asamblea convertida ya en nacional, autodefiniéndose como la portadora de la voluntad del pueblo francés, impondrá siempre sus decisiones al poder judicial, que no podrá criticarlas ni negarse a aplicarlas. Esta será la regla general: el juez no podrá negarse a aplicar las leyes, ni siquiera las *inconstitucionales*. No tendrá otra vía que dirigirse al legislador para solicitar la aceptación de una interpretación dudosa o su derogación. El constituyente francés, frente al norteamericano, no entendió, como bien decía Barnave en su discurso de 6 de mayo de 1790, que la decisión del legislador y la decisión de un juez tienen el mismo carácter; uno es un juicio general, el otro un juicio particular. Por tanto, igual que el legislador no está sometido a otra autoridad más que a la de la Constitución, y no está sometido a otro poder más que al del poder constituyente, el poder judicial no se halla subordinado a ningún otro salvo al que legitima a todos los demás.

¿Y cuál era la relación con el poder ejecutivo representado por el rey y sus agentes? En principio, en la cabeza de los constituyentes franceses sigue estando presente Montesquieu, y el poder ejecutivo no puede llevar a cabo ninguna función judicial; y no puede ejercer ninguna acción sobre el poder judicial. Esta era la primera consecuencia de esa doctrina. El artículo 1 del Capítulo V del Título III de la Constitución decía: «El poder judicial no podrá nunca ejercerse por el cuerpo legislativo ni por el rey». Desde los primeros días de la Asamblea Constituyente, el axioma estaba claro: el poder judicial es el único competente para tomar una decisión que afecte a la libertad de los ciudadanos. El poder ejecutivo, representado por el rey y sus agentes, no puede nunca detener a un ciudadano porque no puede adoptar un acto judicial. El 16 de agosto de 1791, Durand De Maillane solicita que se recoja expresamente en la Constitución:

«Que el poder ejecutivo no puede, en ningún caso ni de ninguna forma, anular la decisión de los tribunales, ni impedir o detener su ejecución».

Démeuner, en nombre del Comité de Revisión, responde acertadamente:

«Esta enmienda tiene por finalidad prevenir los abusos del Antiguo Régimen, el despotismo del viejo gobierno. Acabáis de acordar que el poder judicial no puede ejercerse ni por el cuerpo legislativo ni por el Rey. Está claro que la anulación de una sentencia es un acto judicial. Habéis hecho, por tanto, lo que podíais hacer»⁹⁴.

A raíz de esta observación, la propuesta de Duran De Maillane no se adopta, pero la regla se mantiene por completo: el poder ejecutivo no puede jamás modificar las decisiones de los tribunales. Otra cuestión será, como podremos observar, dar cumplimiento a sus resoluciones.

No son pocos los debates constitucionales que se llevaron a cabo sobre otras materias que afectaban a la relación del poder judicial con el ejecutivo. Así, por ejemplo, el derecho de gracia del que gozaba el rey en materia penal. Ampliamente discutido, el derecho de gracias fue suprimido en el Código Penal de 1791, pero cuando se produce el debate constitucional a fin de llevarlo al texto de la constitución, se guarda silencio sobre ello, y simplemente queda suprimido por rango legal y no constitucional. Al respecto, hay que destacar la intervención del diputado Petion de Villeneuve que, a propósito de dicho asunto, vino a decir lo siguiente:

«Pedir que se conceda al rey el derecho de gracia es pedir, en otros términos, que cuando los jurados hayan pronunciado su veredicto, que cuando el acusado sea convicto, que cuando haya aplicado la ley, entonces el poder ejecutivo sea libre de colocarse por encima de la ley, de imponer su voluntad particular por encima de la voluntad general; es a esto a lo que, en definitiva, debe reducirse esta gran cuestión, que en realidad no lo es»⁹⁵.

Otra de las cuestiones ampliamente debatidas fue *en nombre de quién* se ejercía la función jurisdiccional. Prácticamente todos los diputados apoyaban que la justicia se administraba en nombre del rey. Sin embargo, la afirmación era contraria a los principios que acaban de constituir, una justicia separada del rey que emanaba del pueblo. Y así se lo recordaban los partidos de izquierda, inquiriendo que la justicia no debía ejercerse en nombre del rey, sino de la sociedad entera. Finalmente, la fuerza de la tradición inclinaría la balanza a su favor, si bien el rey carecía de funciones judiciales, la justicia se administraría en su propio nombre. Y es que, como bien indica Duguit⁹⁶, los hombres

⁹⁴ DUGUIT, L., 1996, p. 112

⁹⁵ DUGUIT, L., 1996, p. 114.

⁹⁶ DUGUIT, L., 1996, p. 116.

de 1789-91 estaban impregnados de viejas ideas. A pesar de sus esfuerzos y de su gusto por innovar, no saben, no pueden liberarse de máximas políticas que una larga herencia había grabado en sus espíritus, siendo una de ellas que la justicia se administraba en nombre del verdadero soberano.

Pero si existía un freno al poder real sobre la justicia, el límite absoluto lo representaba la eventual ascendencia del poder judicial sobre el ejecutivo. Lo que se temía, muy justamente, eran las invasiones de los jueces en la competencia de los cuerpos administrativos, agentes del poder ejecutivo, que por sus propias actuaciones tenían que entrar en relación con los ciudadanos, en el ejercicio de sus actuaciones en favor del interés público.

El artículo 9 del proyecto presentado a la Asamblea Constituyente el 11 de diciembre de 1789 disponía que:

«Siendo el poder judicial distinto y debiendo estar separado del poder de administrar, los tribunales de justicia no podrán tomar parte en las cosas de la administración, ni perturbar de manera alguna las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones bajo pena de prevaricación».

Este artículo, incluido por Thouret, separa muy bien ambas esferas de la Administración, y así es remarcado en su gran informe sobre la Organización Judicial por Duport, estableciéndose que:

«Si los jueces se unen íntimamente al poder ejecutivo, entonces alteran la *libertad individual*, o se vuelven contra él, y entonces destruyen la *libertad política*»⁹⁷.

Pero es necesario advertir que no fue el principio de separación de poderes lo que provocó que lo judicial no pudiera controlar lo político y, con ello, su Administración pública, sino la expresa subordinación de lo judicial sobre lo ejecutivo, considerándose aquella una función de este poder⁹⁸. Se asumió profundamente que el poder ejecutivo ejercía dos funciones: una, que tenía como objeto satisfacer el interés público a través de la Administración pública, y otra, que poseía como objeto satisfacer los intereses privados mediante la resolución de los intereses que pudieran surgir en el seno de la sociedad. Dos funciones de un mismo poder, atribuidas a distintos órganos. Su supeditación no era por separación, sino por subordinación.

⁹⁷ DUGUIT, L., 1996, p. 119. La cursiva es del texto.

⁹⁸ No se entrará más en las implicaciones constitucionales de dicha teoría por cuanto que se halla desarrollado en el epígrafe siguiente, analizándose por qué se considera el poder judicial un poder *presque null*.

Como ya se ha indicado, la influencia de la doctrina de la separación de poderes de Montesquieu en los constituyentes franceses fue más aparente que real, a pesar de su solemne reconocimiento en el artículo 16 de la referida Declaración. Por ello, se puede decir que, olvidándose de Montesquieu, la revolución acogió en su seno a Rousseau, pues su voluntad general, esa voluntad que no era ni particular ni la de todos, era considerada como una voluntad suprema, capaz de crearlo todo sin límites ni limitaciones. Será Robespierre quien, en su discurso del 10 de mayo de 1793 ante la Convención, ya inmerso completamente en la doctrina rousseauiana, manifestará que: «Por lo que se refiere al equilibrio de poderes, hemos podido ser víctimas de su prestigio, pero ahora, ¿qué nos importan las combinaciones que contrarrestan la autoridad de los tiranos?»⁹⁹.

La Revolución francesa fracasó como medio para la constitución de un gobierno limitado o temperado, un gobierno constitucional basado en la fuerza teórica de la separación de poderes y el reconocimiento de derechos y libertades individuales a semejanza del gobierno inglés. Se olvidó de que, para garantizar la libertad política colectiva de un pueblo, es decir, la acción colectiva constituyente del poder político¹⁰⁰, se debe establecer un orden constitucional donde el poder del Estado se ejerza a través de órganos divididos, a fin de atenuar su potencia; y se hallen mutuamente vigilados por estar separados y equilibrados; además de encontrarse frenados por los límites del reconocimiento de derechos y libertades individuales, que pretenden estar *ex ante* y por encima del poder constituido al derivar de la acción colectiva constituyente, su verdadera fuente creadora.

La debilidad del edificio político que se construyó tras el estallido de la revolución provocó una alternancia en el poder que laminó los derechos y libertades que, aún considerados universales e inalienables, no tuvieron la fuerza de contener la tiranía, la corrupción o el despotismo de quienes gobernaron en nombre de la nación, y quienes intentaron mantenerse a toda costa en el

⁹⁹ DE JOUVENAL, B., 1954, p. 490.

¹⁰⁰ GARCÍA-TREVIJANO FORTE, A., 2013, 186 y ss.

La tesis que se mantiene en este apartado a través de la comparativa de las dos clásicas revoluciones no es nueva. Sin embargo, es prudente recordarla para entender el camino que se tomó en Europa en todo el siglo XIX y XX, en relación a la democracia y a las libertades, y por tanto, al papel que jugaría el poder judicial como un no-poder frente a los demás poderes públicos. En este sentido y, con una gran visión de futuro, el gran historiador e intelectual francés, Edgar QUINET, lo adelantaría en su imprescindible obra *La Révolution* (1865), donde dejó la siguiente previsión sobre lo que acarrearía la Revolución francesa: «inmensas democracias serviles que gravitarán incesantemente hacia lo arbitrario, de donde salen y de donde entran, mientras que la verdadera democracia libre tomará su expansión en los vastos desiertos de América del Norte». QUINET, E., 1865, p. 235. La obra puede consultarse en los archivos de la Universidad de Ottawa: <https://archive.org/details/larevolution01quin/page/n5/mode/1up> (visto 01/02/2020).

mismo a causa de configurar una opinión pública basada en conspiraciones, sospechas y declaraciones de guerras. La Revolución francesa encumbró y creó la concepción de la fuerza de la ley por ser, a partir de entonces, la expresión de la voluntad popular pero, sin embargo, se olvidó de establecer un freno a la misma, lo que provocó que la tan ansiada libertad llegara a convertirse en una dictadura reglada.

1.1.3 La teoría de la división del poder en el Estado. Un poder judicial presque null ¹⁰¹

Cuando nos referimos al principio divisorio del poder en el Estado, es decir, del político y público, nos estamos refiriendo a la separación formal y material de los poderes estatales. Dicha separación tiene como objeto convertir el poder ilimitado originario social en poderes estatales limitados y contrafrenados. En este aspecto, la separación de poderes estatales se ha de distinguir de los frenos internos que pueden existir en la sociedad civil mediante los grupos de presión o de interés, o incluso, de la propia sociedad política, en aras de su capacidad y finalidad de mediación entre la sociedad civil y la estatal. Incluso deberíamos distinguirlo de su propia distribución territorial como efecto de la descentralización y la desconcentración de competencias públicas.

El principio divisorio del poder en el Estado tiene como objeto reflejar la división entre nación, gobierno y jurisdicción. Cada órgano estatal, legitimado de origen socialmente, desempeña una función distinta y equilibrada. Órganos distintos, con funciones distintas, pero con una misma legitimación social. ¿Cuál fue la causa del nacimiento de esta doctrina? El temor a la tiranía. Al uso despótico del poder. Daba igual que fuera el poder de un soberano monárquico o de una asamblea popular soberana, el poder sin control se convertía en tiránico y sometía a quienes lo padecían como esclavos. Dirá al respecto Montesquieu ¹⁰²:

«Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar del mismo, y no se detiene mientras no encuentre una barrera. ¿Quién lo diría? Incluso la virtud tiene necesidad de límites. Es preciso que, por disposición de las cosas, el poder frene y detenga al poder».

¹⁰¹ Este apartado es una actualización y modificación del realizado por el investigador en su ensayo político: PEÑA MOLINA, M., 2016, pp. 157 y ss.

¹⁰² MONTESQUIEU, 1748, p. 205

Algunos teóricos ven ya la separación de poderes en la *Política* de Aristóteles o incluso en la doctrina de Polibio o Marsilio De Padua; cierto es que el reconocimiento de una nación política con soberanía separada del monarca hizo evolucionar la monarquía absoluta en constitucional, cuyo teórico fundamental fue Fr. Julius Stahl, como ya se ha tenido ocasión de citar. Pero es, sin embargo, Cromwell quien, en 1655, a través de su *Instrument of Government*, el que intentará llevar a la práctica esa división gubernativa. Frente al parlamento inglés, que este protector había disuelto tres veces, pretendió crear un gobierno fuerte con amplios poderes. En esta concepción teórica de distinguir distintos órganos estatales que debían desarrollar funciones distintas a fin de conseguir un control recíproco entre todos ellos (*check and balance*), el primer autor que se ocupó de dicho esquema constitucional fue James Harrington (1656) con su obra *La República de Océana*¹⁰³. Ahora bien, junto a él, es imprescindible evocar a John Locke, pensador liberal, contractualista e impulsor del iusnaturalismo, el cual, en su obra *El segundo tratado sobre el Gobierno civil* (1690), en el capítulo XII, bajo la rúbrica «De los poderes legislativos, ejecutivos y federativos del Estado», vino a decir lo siguiente¹⁰⁴:

«El poder legislativo es aquel que tiene el derecho de determinar cómo habrá de ser empleada la fuerza del Estado, a fin de preservar a la comunidad y a los miembros de esta. [...] Pero como esas leyes que son hechas de una vez y en poco tiempo tienen, sin embargo, constante y duradera vigencia y necesitan ser ejecutadas y respetadas sin interrupción, es necesario que haya un poder que esté siempre en activo y que vigile la puesta en práctica de esas leyes y la aplicación de las mismas. De ahí el que los poderes legislativos y ejecutivos suelen estar separados».

Junto a lo anterior, Locke definió lo que llamó «poder natural», que constituía el poder que le correspondía a cada hombre en el estado de precivilización y cuyo fin era resolver las disputas que surgieran entre los hombres pertenecientes a la sociedad civil y los que se encontraban, todavía, en el «estado de naturaleza». Esto conllevaba, según el pensador, a la posibilidad de conflictos entre las distintas sociedades, surgiendo de dichas relaciones otro poder, de acción exterior, consistente en «hacer la guerra o declarar la paz, de establecer ligas y alianzas y de realizar tratados con todas las personas fuera del Estado»; a este poder lo llamó, no sin antes advertir de la indiferencia de su nominación, «poder federal». La distribución de las distintas actividades estatales en distintos poderes que debían ser dirigidos por distintos grupos de personas no solo

¹⁰³ HARRINGTON, J., 1656, México, 1987.

¹⁰⁴ LOCKE, J., 1689, pp. 143-144.

conllevó a la ulterior teoría política a la clásica concepción divisoria orgánica estatal, sino también a intentar configurar un esquema institucional de relaciones recíprocas y equilibradas entre los mismos. La separación no podía consistir en yuxtaposición. Precisamente los frenos y contrafrenos del poder político, convertido en poderes constitucionales, exigían una relación de equilibrio entre los mismos.

El máximo teórico del principio constitucional de equilibrio de los poderes en el Estado fue Henry St. John, vizconde de Bolingbroke. Aunque no dedicó ninguna obra sistemática en particular a tan noble garantía institucional, sí que en *The Idea of a patriot King* (1738) o en *Dissertation on parties* (1733), utilizó las expresiones de: frenos recíprocos, controles recíprocos, retenciones y reservas. De especial significación para construcciones ideales de la constitución inglesa es su pensamiento del triple contrapeso y del *equilibrium of power*, de donde resulta el gobierno libre o liberal: rey, cámara alta y cámara baja; entre rey y parlamento (es decir, aquí, cámaras altas y baja tomadas en su conjunto); entre legislativo y ejecutivo, entre las prerrogativas del rey y la libertad del pueblo debe tener lugar el equilibrio¹⁰⁵ 103. Pero no es sino Montesquieu, quien daría forma eterna a la teoría política constitucional de la garantía institucional de la división de poderes a través de su obra *El espíritu de las leyes* (1748). Esta obra, a pesar de que supone no solo un tratado político, sino también sociológico, antropológico e histórico, ha pasado a la historia del pensamiento por un solo capítulo, el sexto, desarrollado en el Libro XI. En este capítulo, el gran pensador dispuso lo siguiente:

«Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo, de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo, de los que dependen del derecho civil. Por el poder legislativo, el príncipe o el magistrado promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares.

Llamaremos a este poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo [...] Cuando el poder legislativo está unido en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente.

Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

¹⁰⁵ SCHMITT, C., 1928, p. 187.

Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejercieran los tres poderes [...] Si se confiara el poder ejecutivo a cierto número de personas del cuerpo legislativo, la libertad no existiría, pues los dos poderes estarían unidos, ya que la misma persona participaría en uno y otro»¹⁰⁶.

Si en alguna obra influyó de manera decisiva la obra de Montesquieu fue en el pensamiento de los padres fundadores de la «República federal norteamericana», con la Constitución de la Unión de 1787. Es el «manual» de teoría política al que acuden para solventar los problemas constitucionales que se le presentan para formar una república representativa y constitucional en una gran extensión territorial. *El federalista* es el producto de ese pensamiento. En esta obra política, constituida por artículos de pensamiento y reflexión, Madison, Hamilton y Jay expusieron las razones teóricas y empíricas sobre la necesidad de que la nueva república, a fin de garantizar la libertad política y evitar la tiranía, proviniera de donde previniera, tenía que estar basada e inspirada en la doctrina constitucional de la separación de poderes de Montesquieu.

En este sentido, Madison manifestará, citando a Montesquieu, que¹⁰⁷:

«La acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean estas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, autonombradas o electivas, puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de la tiranía».

Si bien este padre fundador abogaba por la necesidad de que los poderes estatales estuvieran separados, consideraba, en cambio, que la constitución inglesa en la que se basaba el pensador Montesquieu, de donde extrajo su doctrina, de hecho, los poderes no estaban divididos, pues el cuerpo ejecutivo nacía del legislativo. Este gozaba de numerosas prerrogativas ejecutivas; la magistratura ejecutiva poseía igualmente facultades legislativas. Y en cuanto al poder de juzgar, la cámara legislativa se reservaba la competencia para juzgar a los altos funcionarios, y la jurisdicción suprema para conocer en apelación determinados asuntos.

Madison, con más buena voluntad que otra cosa, e intentando justificar la doctrina de Montesquieu ante ese esquema constitucional, vino a considerar que tal doctrina no se estimaba alterada cuando la intervención recíproca de los poderes era *únicamente parcial*. Es decir, habría unidad de poder y los

¹⁰⁶ MONTESQUIEU, 1748, pp. 208-213.

¹⁰⁷ Cfr.: HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J., 1788, pp. 208 y ss.

principios constitucionales se hallarían subvertidos cuando, según sus palabras¹⁰⁸:

«Todo el poder de un departamento es ejercido por quienes poseen todo el poder de otro departamento».

Para Madison, la relación entre poderes era necesaria siempre que no se usurpara completamente las facultades de otro poder, por lo que las injerencias parciales entre uno y otro no solo eran inevitables, sino necesarias para que los poderes desarrollaran su labor en equilibrio.

Ciertamente, la constitución federal norteamericana de 1787 puso en práctica, como ninguna otra, el sistema de diferenciación de las distintas tareas estatales, introduciendo no solo recíprocos frenos y controles, sino también medidas efectivas para su separación. El legislativo, constituido por una cámara de representantes y una cámara de representación territorial estatal, senado, conforman el Congreso. Este cuerpo legislativo está separado del ejecutivo (presidente) y excluida la posibilidad de una relación directa entre ambos; carece de iniciativa legislativa y solo puede poner reparos (derecho de veto) a proyectos legales, que pueden ser levantados por la votación en contra de dos tercios de la Cámara de donde proviene el proyecto. El presidente carece de un derecho de disolución de las Cámaras, y su legitimación para el ejercicio de gobierno no depende de un acto de confianza del Congreso.

El primero que descubrió el verdadero alcance de la separación de poderes, realizada por los fundadores de la nueva República estadounidense, fue el que mejor podía comprenderlos, el líder de la independencia de las colonias españolas de América del Sur, Francisco De Miranda. Enrolado durante la Revolución francesa con el general Dumouriez y con los girondinos, y muerto en una prisión de Cádiz en 1816, escribió en esa época una página memorable, inspirada en Montesquieu, para proponer a los franceses un sistema garantista de las libertades, como el de los americanos:

«Dos condiciones son esenciales para la independencia absoluta de los poderes. La primera, que la fuente de que emanan sea una; la segunda, que ejerzan todos, unos sobre otros, una vigilancia recíproca. El pueblo no será soberano si uno de los poderes constituidos que lo representan no emanase inmediatamente de él; y no habría independencia si uno de ellos fuese el creador del otro»¹⁰⁹¹⁰⁷.

¹⁰⁸ HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J., 1788, p. 210.

¹⁰⁹ GARCÍA-TREVIJANO FORTE, A., 2013, p. 71.

Al otro lado, en el continente europeo, la constitución francesa de 1791, nacida de la Revolución francesa, a pesar de lo solemnemente reconocido en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que le sirvió de preámbulo, la implementación de la doctrina de la separación de poderes de Montesquieu fue más ficticia que real, como ya tuvimos ocasión de comprobar. Como bien indica García-Trevijano, interpretando a Francisco de Miranda, el principio divisorio no implica la separación de poderes de forma meramente funcional o administrativa, como proceso de eficiencia procedimental, sino que lo que exige es una separación orgánica en origen de los titulares de cada uno de los poderes estatales. La diferencia entre ambas situaciones es clara. En los estados totalitarios, el lema de racionalización gubernativa se basa en «unidad de poder y separación coordinada de funciones», mientras que la separación de poderes en la democracia está basada en el principio «pluralidad de poderes autónomos y equilibrio de funciones»¹¹⁰¹⁰⁸. Cuando se apela a la separación de poderes en origen, lo que se quiere manifestar es que, tanto si se trata de un solo acto como de distintos actos legitimadores, todos ellos deben provenir de la sociedad civil, donde los poderes estatales entierran sus raíces. Esa es precisamente la legitimación de los mismos. Los poderes no pueden nacer unos de

¹¹⁰ GARCÍA TREVIJANO FORTE, A., 2013, p. 62. Frente a la tesis expuesta, se encuentra la defendida por LOEWENSTEIN (1976), según el cual, desde Montesquieu se ha sostenido invariablemente, al menos en la teoría, el dogma de la separación de poderes. Así, luego del periodo de entreguerras (siglo XX), a juicio del autor, no se ha considerado suficientemente a la doctrina de separación de poderes, toda vez que en el mismo parlamentarismo los poderes legislativo y ejecutivo no están separados ni personal ni funcionalmente. Sostiene que lo que en realidad significa la «llamada separación de poderes no es, más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones –el problema técnico de la separación del trabajo– y que, por otras, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el telos ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político». El autor prefiere el término separación de funciones en vez de separación de poderes, ya que, a su juicio se ha producido en muchos casos integración de poderes: en este sentido, sostiene que «el concepto de poderes debe ser entendido... de una manera meramente figurativa». El modelo de estricta y rígida separación de poderes (funciones según prefiere LOEWENSTEIN, como hemos señalado), que tanto se manifestó en EE. UU, es calificado por el autor como «un producto artificial del racionalismo especulativo de la Ilustración, debiendo su nacimiento al traspaso de los principios mecanicistas de la física de Newton a la realidad sociopolítica». LOEWENSTEIN, K., 1996, pp. 56 y 71. Igualmente, KELSEN (1945) indicaba que el concepto de separación de poderes se refiere a un principio de organización política, que está diseñado de modo que existan tres poderes, teniendo cada uno de ellos una función asignada, funciones que deben estar coordinadas en el Estado, y donde es posible establecer y definir claramente cuáles son los límites y competencias de cada uno frente al otro, lo que, en palabras del constitucionalista austriaco, «no está apoyado por los hechos». KELSEN, H., 1945, p. 365. La negación absoluta de la doctrina de la división de poderes en el Estado vino de la mano de los constitucionalistas alemanes posteriores a la Segunda Guerra Mundial. En este contexto, se puede citar a W. ABENDROTH, el cual explicaba en 1971 que «la división social de poderes tiene como medio en las democracias parlamentarias el sistema pluralista de los partidos políticos. Sus efectos, el aseguramiento de la libertad en la formación de la voluntad política y social del pueblo... son tan importantes como la tradicional división de poderes». ABENDROTH, W. y LENK, K., 2006, p. 121.

otros, ni ser elegidos unos por otros, sino que todos tienen que tener su origen inmediato en el cuerpo social de donde deriva la legitimación de su potencia.

La diferencia fundamental entre las monarquías parlamentarias y las monarquías constitucionales era, precisamente, que en aquellas no había separación de poderes. En cambio, en esta forma de Estado, sí. En una monarquía constitucional, el monarca designaba al gobierno, y el parlamento, representando a la nación, gozaba del poder legislativo. En las monarquías parlamentarias, como se sabe, el poder legislativo tiene preponderancia y dominio sobre los demás poderes del Estado. El gabinete ejecutivo (gobierno) nace de la propia Cámara legislativa, cuya confianza es imprescindible para que el presidente del gabinete (primer ministro) pueda formar gobierno. En todo momento, el gobierno depende de la confianza de la Cámara legislativa, que se la puede retirar. Esta es la principal característica de la monarquía parlamentaria frente a una monarquía constitucional (Luis XVI, Guillermo de Orange o Federico Guillermo II de Prusia, por ejemplo). En palabras de Fr. Julius Stahl, la característica principal de aquella frente a esta deriva del hecho de que el monarca constitucional tiene un poder verdadero, su voluntad personal significa algo, y no nace del parlamento.

Carl Schmitt¹¹¹, por su parte, consideró que lo propio de una monarquía constitucional consistía en el desplazamiento del principio monárquico por el de separación de poderes; el monarca representa a la unidad política como jefe independiente del ejecutivo, mientras se le contrapone un segundo representante, una representación popular (el parlamento). En su *Teoría de la Constitución* expuso de forma teórica, y también práctica, cuál sería el esquema constitucional de separación radical de los poderes del Estado. El esquema de relaciones y de contrapesos, determinándose cuáles serían los resultados constitucionales de dichos proyectos constitucionales. Para ello, analizó las constituciones vigentes, tanto europeas como la norteamericana, con anterioridad a 1927. No obstante, Carl Schmitt llega a una conclusión¹¹²: lo realmente importante de la doctrina de la separación de poderes, interpretando los textos de Montesquieu, es el equilibrio mutuo, el sistema de controles recíprocos, de frenos y engranajes mutuos (*le pourvoi arrête le pouvoir*). Para el autor alemán, lo principal es la idea de equilibrio (*balance*), pues la teoría de la división de poderes resulta incomprensible si uno se aferra a la idea de división o separación. Es, por tanto, la separación, división y equilibrio de los poderes en el Estado una garantía institucional que pretende frenar el abuso de poder, y preservar, en última instancia, la libertad política de todos los ciudadanos.

¹¹¹ SCHMITT, C., 1928, p. 380.

¹¹² SCHMITT, C., 1931, pp. 138-149.

Lo expuesto nos empuja a considerar que para que un poder estatal pueda ser calificado de constitucional, debe estar limitado y contrapesado. El principio divisorio se conforma como unos de los principios fundadores y fundamentadores de un sistema democrático formal y, para Carl Schmitt, uno de los pilares en los que descansa el Estado de derecho de las constituciones liberales burguesas. No solo el poder gubernamental de ejecución y de administración política debe estar separado del poder representativo nacional de función legislativa, sino que el poder de interpretar, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado debe estar aislado de los otros dos.

Es cierto que, cuando popularmente se habla de la separación de poderes, la idea que surge siempre en las mentes es la de que el poder judicial tiene que ser independiente, es decir, que no esté politizado. Es necesario advertir al respecto que, para el fundador de la doctrina que estudiamos, Montesquieu, el poder judicial, con respecto a los otros dos, era un poder casi nulo. La razón de considerarlo de esta forma provenía de dos argumentos distintos. El primero, por el hecho de considerar que debía ser un poder invisible, por deber ser temporal, es decir, el ciudadano debía percibir la magistratura, la acción judicial, pero no al magistrado de forma permanente. Esta apreciación lo llevó a advertir que los jueces debían ser elegidos por el pueblo, pero solo de forma temporal. Mientras tanto, el magistrado debía estar depuesto de sus funciones. Manifestaba al respecto:

«El poder judicial no debe darse a un senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley para formar un tribunal que solo dure el tiempo que lo requiera. De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo al no estar ligado a determinado estado o profesión»¹¹³.

El otro argumento por el que Montesquieu consideró al poder judicial *presque null* derivó del hecho de que la ley debía estar claramente redactada, con términos precisos, sin ambigüedades ni oscurantismos, a fin de que sus destinatarios pudieran tener un conocimiento seguro y duradero de su fin y espíritu. Ello provocaba que la labor del juez fuese prácticamente prescindible (nula), ya que aquella no debía requerir de ninguna interpretación adicional. Los magistrados judiciales no debían ser más que meros portavoces de la ley. Advertirá al respecto el gran pensador francés:

«Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar

¹¹³ MONTESQUIEU, 1748, p. 208.

ni la fuerza ni el rigor de las leyes¹¹⁴. De los tres poderes de que hemos hablado, el de juzgar es, en cierto modo, nulo»¹¹⁵.

Ya se ha expuesto que no han sido pocas las voces que han considerado que el poder judicial no es un verdadero poder estatal. Jellinek manifestaba que solo cuando el poder judicial tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de la ley, puede ser considerado un verdadero poder. Leon Duguit, por su parte, estimaba que el poder judicial no era más que una rama del ejecutivo, ya que sin la fuerza de este (policía, ejército, fuerza coactiva inmediata), el poder judicial se limitaba a ser una mera fuente de producción de sentencias interpretativas. Esta posición también ha sido mantenida por el filósofo materialista de la escuela de Oviedo, Gustavo Bueno.

Carl Schmitt, a propósito de la determinación de quién debería decidir sobre la constitucionalidad de una ley dentro de un Estado constitucional de derecho, considerando en 1927 que debería ser una competencia del poder judicial, y sin perjuicio de sus posteriores críticas a los Tribunales Constitucionales, estimaba que no por ello se producía *intervención*¹¹⁶ de la justicia en el legislativo. Al respecto, manifestaba el constitucionalista alemán:

«La Justicia no está en iguales condiciones que las otras actividades del Estado para *intervenir e injerirse*. Está ligada a la ley, e incluso cuando decide sobre la validez de una ley, se mantiene dentro de la pura normatividad; frena, pero no manda. No es un *poder* como los otros poderes; eso significa lo que Montesquieu dice de que es en *quelque facon nulle*. Por esta razón, no vería yo en la comprobación judicial de la validez de las leyes una vulneración del principio de la distinción de poderes propio del Estado de derecho, *ya que falta una injerencia en sentido específico*»¹¹⁷¹¹⁵.

Por último, y en esta línea de considerar que el poder judicial no es un verdadero poder del Estado, el general De Gaulle, comentando la constitución francesa de 1958, observaba que:

«No hay más que un soberano, el pueblo. El pueblo no crea más que dos poderes: el poder ejecutivo, mediante la elección del presidente; el poder legislativo, mediante la elección del parlamento. No elige a los jueces. Los jueces son nombrados por el presidente, según las modalidades que garantizan su indepen-

¹¹⁴ MONTESQUIEU, 1748, p. 214.

¹¹⁵ MONTESQUIEU, 1748, p. 211.

¹¹⁶ SCHMITT, C., 1928, p. 197. SCHMITT contesta de esta forma a JELLINEK, ya que en su Teoría General del Estado había considerado que la decisión sobre la constitucionalidad de las leyes por parte del poder judicial suponía, de alguna forma, una competencia legislativa. No obstante, la cuestión también estaba ya solventada por HAMILTON en *El federalista*.

¹¹⁷ SCHMITT, C., 1928, pp. 197 y 198.

dencia y aplican la ley que ha sido votada por el parlamento. Ejercen su autoridad en plena libertad; pero esta autoridad está subordinada a la ley. He aquí por qué se habla (en aquella constitución) de autoridad y no de poder a propósito de los jueces. No es más que un matiz, pero tiene sentido. Por otra parte, el principio queda respetado: quien dice el derecho aplicando la ley es distinto de quien la ha votado y de aquel que la ejecuta»¹¹⁸.

En conclusión, y sin entrar de nuevo en lo que ya se ha expuesto pormenorizadamente en esta tesis, se ha de decir que el poder judicial del Estado será poder constitucional cuando ejerza su potencia frente al resto de poderes estatales, a fin, *únicamente*, de establecer un control recíproco entre ellos y crear un *equilibrio constitucional de poderes constituidos, materializado en una avenencia de funciones atribuidas a órganos separados por razón del derecho público*. En cambio, cuando la Ley constitucional le reserve en exclusiva y únicamente la función estatal de decir el derecho correcto y ejecutar lo decidido frente a la sociedad, ya no será poder constitucional en sentido estricto, sino *potestad jurisdiccional*: potestad que requerirá de una organización y eficiencia burocrática, y de unos cauces procedimentales racionales y preestablecidos, convirtiéndose así en *Administración de Justicia*, cuyo máximo órgano de gobierno deberá velar por la falta de injerencias políticas en el marchar de la institución de la Justicia legal.

1.1.4 Tocqueville y la Justicia Administrativa

Si algún autor pudo analizar la Revolución francesa desde la perspectiva de la estructura de clase social y de la organización administrativa existente entonces, ese fue el pensador, político y escritor Alexis de Tocqueville. Su magna obra, *Antiguo Régimen y Revolución* (1856), es buena prueba de ello.

Con independencia de su tesis psicologista sobre las causas profundas de los movimientos revolucionarios franceses de 1789, Tocqueville fue el único autor que analizó intensamente la organización y la normación administrativa de la Francia prerrevolucionaria para dejar constancia de una cuestión extremadamente discutida, que no era sino advertir que el derecho regulador de la administración, no nació propiamente con la Revolución francesa, sino que fue producto y consecuencia de la propia evolución de la organización pública y administrativa del Antiguo Régimen.

¹¹⁸ GOMEZ-DÉGANO, J. L., 1983, (Coord.), *op. cit.*, p. 21.

Como ahora veremos, Tocqueville analizó, como ningún otro autor lo hará en esa época, una actividad administrativa y una burocracia estatutaria que constituirá un pilar fundamental a la hora de producirse el hecho revolucionario.

Tocqueville presenta una tesis *continuista* en relación a los hechos desencadenantes de la Revolución francesa. Tesis que se basará prácticamente en la propia existencia de unas estructuras público-administrativa y en unos usos administrativos que no nacieron en la propia Revolución, sino que se desarrollaron a lo largo de la última etapa del Antiguo Régimen conjuntamente con otras instituciones feudales. De acuerdo con su tesis, la Revolución no imprimió nada nuevo sobre ese aspecto. Simplemente hizo caer el feudalismo como institución civil, pues ya ni siquiera era política, y dotó de fuerza y poder la estructura administrativa enraizada en el régimen prerrevolucionario. Lo que se llamará *justicia administrativa*, esto es, aquella que será impartida por un órgano del poder ejecutivo frente a un súbdito (o ciudadano) y por la que se dilucidará una cuestión de interés o utilidad pública, es una práctica ya propia del Antiguo Régimen tardío, y no una actividad *ex novo* que naciera de la Administración revolucionaria.

Nos cuenta Tocqueville que, en la Francia prerrevolucionaria del siglo XVIII, la mayoría de los oficios burocráticos eran comprados por la nueva burguesía (propietarios territoriales), cuyo principal fin será abandonar el ámbito rural, el cual se encontraba bajo el aplastante yugo de los injustos impuestos. Esta nueva clase social burocrática se fue enfrentado con la nobleza. Esta realidad social es la característica propia del «Estado absoluto administrativo» de corte *centralizadora*. El nacimiento y acrecentamiento del poder burocrático y administrativo, junto con la concentración de los poderes territoriales en la sola persona del rey y la delimitación territorial de la extensión de su poder político, marcarán los pilares fundamentales y fundantes de ese Estado absoluto, cuyas estructuras jurídicas y administrativas servirán de base a ese nuevo Estado que nacerá tras la Revolución, esto es, al Estado burgués de derecho.

Estos elementos atribuirán al Estado una cualidad exclusiva: el monopolio de la producción jurídica, lo que le conllevará a acaparar el ejercicio de la fuerza legítima dentro de su ámbito territorial. Este monopolio otorga al Estado la consideración de sujeto soberano, de tal modo que el Estado moderno exige un poder exclusivo y excluyente sobre un territorio, un orden político construido sobre una unidad territorial con una burocracia propia que, constituyéndose así como un fin en sí mismo, encarnaría el poder en su totalidad, expresado y organizado como el aparato del Estado. Aparece así, en el Estado prerrevolucionario, una estructura burocrática basada en el carácter impersonal y objetivo de las

relaciones entre el Estado y los súbditos, relaciones que ya solo podrán ser reguladas a través de instituciones, es decir, a través de ficciones o abstracciones que operen en la vida política y jurídica por encima de las personas. El burócrata se perfila ahora como el servidor no ya de un señor, sino de unas instancias administrativas que son las encargadas de ejecutar la voluntad y las decisiones del Estado. Nos hallamos ante el Estado administrativo en todo su esplendor.

Podemos decir, por tanto, que el Estado moderno se presenta como Estado absoluto, dotado de una maquinaria administrativa en la medida en que encontramos a disposición del príncipe un instrumento operativo nuevo: la moderna burocracia, consistente en un aparato que actúa de manera racional y eficiente en vistas a un objetivo directamente dependiente de él. El Estado se constituye, por tanto, como una gran maquinaria con múltiples engranajes, cada una de las cuales, para funcionar, necesitan de un procedimiento, una serie de pautas enlazadas entre sí que parten de un centro común, el soberano. A partir de entonces, el concepto de Estado irá unido al término de burocratización administrativa. Junto al poder de mandar, estará el poder de procesar; junto al poder de decidir, se hallará el poder de ejecutar. No solo gozará de poder la *cabeza*, sino también el *cuero* del Estado. El objetivo último del Estado moderno-administrativo, como aparato para la gestión del poder, no será otro que intentar mantener la paz interna del país, la eliminación del conflicto social y la normalización de las relaciones de fuerza. Es por ello por lo que se fortalece en su estructura, porque se centraliza y se uniforma. En este sentido, nos dice Tocqueville:

«[...] En el siglo XVIII, la administración pública estaba ya, como se podrá ver leyendo este libro, muy centralizada, y era muy poderosa y prodigiosamente activa. Siempre se la veía atareada en ayudar, en prohibir o en permitir. Tenía mucho que prometer y mucho que dar. Influyó ya de mil maneras, no solamente en la marcha general de los asuntos, sino también en la suerte de las familias y en la vida privada de cada ciudadano. Además, no daba publicidad a sus gestiones, lo que hacía que no temiera acudir a ella para exponer incluso las más secretas lacras»¹¹⁹.

Tocqueville señalará, principalmente, tres cuestiones que, originadas en el Antiguo Régimen, servirán de causa importante y profunda en los movimientos revolucionarios que harían nacer lo que Von Mohl (1813) llamará Estado de derecho, y Carl Schmitt (1927) Estado liberal y constitucional de derecho. La primera cuestión que analiza en profundidad es que la ya citada *centralización administrativa* era una institución propia del Antiguo Régimen, y no una obra de la Revolución ni del Imperio napoleónico. (capítulo II, libro segundo).

¹¹⁹ TOCQUEVILLE, A., 1856, p. 73.

Tocqueville sostendrá la tesis de que la centralización administrativa en absoluto fue una conquista de la Revolución, sino un producto del Antiguo Régimen que vino a sobrevivir a aquella, ya que era lo único que podía acomodarse al nuevo estado social que la Revolución creó. El autor, para acreditar su argumento, analizará lo que llamará países *de elección*, separándolos de los que denomina países *de estados*, que serían aquellas provincias francesas que se administraban, o más bien tenían apariencia de administrarse por sí mismas en algunos aspectos¹²⁰. Teniendo en cuenta estas provincias con cuerpos electivos, Tocqueville advertirá que la antigua administración del reino (francés), propia del Antiguo Régimen, en todas ellas aparece una diversidad de leyes y de autoridades, una maraña de poderes. Toda Francia estaba cubierta de cuerpos administrativos y de funcionarios aislados que no dependían unos de otros y que tomaban parte del Gobierno en virtud de un derecho que habían comprado y que no se les podía quitar.

Como consecuencia de la indivisión de poderes propias de esa época, el pensador nos resalta que muchos tribunales de justicia tomaban parte indirecta en el poder legislativo: tenían derecho a promulgar reglamentos administrativos, que eran obligatorios dentro de los límites de su competencia. A veces se enfrentaban a la administración propiamente dicha, censuraban francamente sus medidas y desautorizaban a sus agentes. Simples jueces dictaban ordenanzas de policía en las ciudades y burgos de su residencia. Se había creado lo que luego tanto se aborrecerá, que será «un gobierno presidido por los jueces», cuya crítica más feroz la realizará Mirabeau en plena revolución.

En cuanto a la administración de las ciudades, nos manifiesta Tocqueville que tenían constituciones muy diversas. Sus magistrados llevaban diferentes nombres y extraían sus poderes de diferentes fuentes: en un sitio había un alcalde, en otro, cónsules, en otros, síndicos. Algunos eran elegidos por el rey, otros por el antiguo señor, otros por el *príncipe vitalicio*¹²¹. Todos estos poderes intermedios y atomizados eran antiguos poderes feudales, pero en medio de todos ellos, advertirá Tocqueville, se irá estableciendo poco a poco algo comparativamente nuevo, transformado y transformador.

Describe el pensador:

«En el centro del reino y cerca del trono se había formado un cuerpo administrativo de singular poderío, en el seno del cual se concentraban todos los poderes de una manera nueva: el *Consejo del Rey*. Su origen era antiguo, pero la mayor parte de sus funciones eran de fecha reciente. Lo era todo a la vez: tribunal supre-

¹²⁰ TOCQUEVILLE, A., 1856, pp. 120-130.

¹²¹ El hijo menor o hermano del soberano.

mo de justicia, porque tenía el derecho de casar las sentencias de todos los tribunales ordinarios; tribunal superior administrativo, porque de él dependían en última instancia todas las jurisdicciones especiales. Como consejo de Gobierno ejercía, además, con el beneplácito del rey, el poder legislativo, pues discutía y proponía la mayor parte de las leyes y fijaba y repartía los impuestos. Como consejo superior de administración le correspondía establecer las normas generales que debían seguir los agentes del Gobierno. También decidía los asuntos importantes y supervisaba los poderes secundarios. Todo desembocaba en él y de él partía el movimiento que se comunicaba a todo. Sin embargo, carecía de jurisdicción propia. El rey era el único que decidía, aun cuando el consejo pareciera pronunciar sentencia. Aunque diera la impresión de administrar justicia, solo estaba compuesto por consejeros, como decía el parlamento en una de sus advertencias»¹²².

Siendo este órgano central y centralizador el que acaparará por fuerza real los poderes estatales como mimesis de lo que se estaba produciendo en el centro del reino, como representante de este consejo central, se encontraba un cuerpo único de funcionario que cada vez fue aglutinando más poder. Éstos eran los *inspectores generales (controleur general)*. La marcha ordinaria de los asuntos internos dependía de los inspectores generales; éstos habían ido asumiendo, poco a poco, la dirección de todos los asuntos que suscitaban cuestiones pecuniarias, es decir, la administración pública casi por entero.

El nuevo poder en la provincia lo representaba el *intendente*. Este poder administrativo chocaba con los antiguos poderes nacidos del Antiguo Régimen, como los gobernadores provinciales. Señores de la realeza feudal, con cargos hereditarios que se vieron desplazados por este nuevo poder burocrático, cuya actividad administrativa activa y contenciosa dirigía la vida de la provincial en nombre del Consejo del rey, por eso eran llamados también *comisarios destacados*. Ejercían, por tanto, al mismo tiempo, y en primera instancia, de administración y de juez.

Junto y subordinado a los intendentes, se hallaba el *subdelegado*. Dice Tocqueville que el intendente era, de ordinario, una persona ennoblecida; el subdelegado siempre era un plebeyo. No obstante, representaba por completo al Gobierno en la pequeña circunscripción que le estaba asignada, del mismo modo que el intendente en la provincia. El subdelegado estaba sujeto a éste, como éste estaba sometido al ministro del gobierno del rey¹²³. Estos nuevos poderes administrativos, que ya habían nacido de un centro común uniforme, aunque todavía estaban eclipsados por la aristocracia feudal, serán los protago-

¹²² TOCQUEVILLE, A., 1856, p. 122.

¹²³ La figura gubernativa que en nuestros días más se parece a las que estamos describiendo es la de los delegados del Gobierno y subdelegados en las provincias, con la diferencia de que aquellos gozaban de la potestad de llevar a cabo funciones de administración activa y contenciosa (justicia administrativa).

nistas de un cambio en los usos y en la práctica administrativa, sobre todo en el plano impositivo (exigencia y recaudación de impuestos feudales: *la talla, capita y el vigésimo*), que preparará el nuevo Estado que nazca de la Revolución.

La segunda gran cuestión que Tocqueville estudia con detalle en la referida obra es lo que hoy se denomina *tutela administrativa*, llegando a la conclusión de que también era una institución propia del Antiguo Régimen (capítulo III, libro segundo).

En esta parte, el pensador se concentra en el gobierno de las ciudades. En este aspecto, nos manifiesta Tocqueville, que es difícil determinar con exactitud cómo se gobernaban todas y cada una de las ciudades en la Francia del s. XVIII ¹²⁴. En 1764, el Gobierno del rey emprendió la tarea de redactar una ley general sobre la administración de las ciudades a fin de uniformar administrativamente su gestión. El autor manifiesta que, frente a la apariencia en la distinción en su administración, en el fondo todas se gestionaban igual. Lo más frecuente era que el gobierno de la ciudad estuviera confiado a dos asambleas. Tal era el caso de las ciudades grandes y de algunas pequeñas. La primera asamblea estaba compuesta por oficiales municipales, más o menos numerosos según los lugares. Era el poder ejecutivo del municipio, el *cuerpo de la villa* ¹²⁵. Sus miembros ejercían un poder temporal y eran nombrados por elección allí donde el rey la había establecido o la ciudad había podido redimir los oficios. No había orden jerárquico entre ellos. La administración era colectiva. El *alcalde* era el presidente de la villa, y no el administrador de la ciudad. La segunda asamblea, que se llamaba *asamblea general*, elegía el cuerpo de la villa donde todavía se celebraban elecciones e intervenía en un gran elenco de asuntos.

En el s. xv, la asamblea general estaba constituida por todo el pueblo, y era este quien elegía a los oficiales municipales. Para cuestiones importantes, estos oficiales consultaban al pueblo. En el s. xviii, esta asamblea dejará de ser de participación directa para convertirse en una *asamblea representativa*. Aunque, advierte Tocqueville, que ésta no estará constituida ya por miembros elegidos por todo el pueblo, sino solo por los notables (nobleza y burguesía), algunos de los cuales figuran en ella por derecho propio y los demás como representantes de corporaciones y cofradías profesionales.

A medida que avanza dicho siglo, la asamblea queda constituida solo por burgueses que ocupan sus puestos por derecho propio (*oficium*) y nada queda de la representación de otras clases profesionales que también emparentaban con la burguesía, como podían ser los artesanos. Esta forma de administrar la

¹²⁴ TOCQUEVILLE, A., 1856, p. 133.

¹²⁵ TOCQUEVILLE, A., 1856., pp. 134 y 134.

ciudad, que había degenerado en una pequeña oligarquía, empieza a chocar con el poder burocrático y administrativo que representan el inspector general y el subdelegado. Y a este poder no le queda más remedio que someter a su decisión, a su nueva actuación, la administración de estas ciudades.

Manifiesta Tocqueville que no había disposición de una ciudad que no chocara con alguna medida acordada por el Consejo y, por tanto, tutelada administrativamente por el inspector general y el subdelegado. La autonomía política de las ciudades había quedado reducida a una muy pequeña autonomía administrativa supervisada por los delegados del poder central administrativo. Esta misma forma de intervención administrativa también se observará en otros niveles de administración territorial semejantes, como en las aldeas. Nada cambia. Todos se someten al centralismo administrativo.

Dice Tocqueville:

«Bajo el Antiguo Régimen, igual que en nuestros días (1856), no había en Francia ciudad, burgo, pueblo, aldea, por pequeña que fuese, hospital, fábrica, convento ni colegio que pudiese tener voluntad independiente en sus asuntos particulares, ni administrar según su deseo sus propios bienes. Entonces, igual que ahora, la administración tenía a todos los franceses bajo su tutela, y si la insolencia de esta expresión todavía no se había revelado, ya existía al menos la realidad que expresaba»¹²⁶.

El tercer y último tema que Tocqueville desarrolló y analizó en relación a las estructuras profundas administrativas prerrevolucionarias, demostrando que instituciones y prácticas administrativas que parecían haber nacido con el espíritu y voluntad de la Revolución, habían brotado y existido plenamente en el Antiguo Régimen, fue la propia *justicia administrativa* (capítulo IV, libro segundo).

El autor nos revela cómo en la Europa del Antiguo Régimen no existía país en donde los tribunales ordinarios dependieran menos de la administración pública como en Francia. Aunque también señala la gran cantidad de tribunales excepcionales que rompían con esa jurisdicción «ordinaria». Esta separación absoluta entre rey y justicia hacía que aquel no pudiera intervenir en el destino de los jueces, no podía revocarlos ni cambiarlos de sede, ni siquiera, por lo general, elevarlos de categoría; al respecto señala el pensador:

«[...] En una palabra, como no lo sujetaban ni por el miedo ni por la ambición, muy pronto se sintió molesto por esta independencia»¹²⁷.

¹²⁶ TOCQUEVILLE, A., 1856, p. 144.

¹²⁷ TOCQUEVILLE, A., 1856, p. 143.

Esta independencia judicial sobre los asuntos públicos había provocado, según Tocqueville, el ir sustrayendo de esa jurisdicción ordinaria los asuntos que le interesaba directamente al poder real e ir creando, de forma paralela, un uso particular de una justicia administrativa, a través de tribunales más dependientes del poder ejecutivo pero que ofrecieran a los súbditos cierta apariencia de justicia sin que al rey le inspirara el más mínimo temor a la acción de éstos.

Siendo esta su semilla, pone al descubierto el autor que en todo el s. XVIII, bajo el reinado de la monarquía absoluta francesa, no había edicto o declaración publicada por el rey que, tras su parte regulatoria, en la dispositiva, no llegara a decirse que toda impugnación a que pudiera dar lugar, así como los procesos que se generaran al respecto, serían exclusivamente planteados ante los intendentes y ante el Consejo, prohibiendo poder conocer de estas causas a los tribunales ordinarios.

Dejemos hablar a Tocqueville al respecto:

«Esta era la formula ordinaria. En las materias reguladas por leyes o costumbres antiguas en que no se había tomado la precaución, el consejo interviene continuamente por vía de *avocación*, sustrae de las manos de los jueces ordinarios el asunto que interesa a la administración y se lo reserva. Los registros del consejo están llenos de decretos de avocación de esta clase. Poco a poco, la excepción se generaliza y el hecho se transforma en teoría. Se establece, no en leyes, sino en el espíritu de quienes las aplican, como máxima de Estado, que todos los procesos en los cuales se mezcle un interés público, o que nazcan de la interpretación de un acto administrativo, no son de la incumbencia de los jueces ordinarios, cuya única misión es sentenciar entre interés particulares. En esta materia, nosotros no hemos hecho más que encontrar la fórmula; la idea pertenece al Antiguo Régimen»¹²⁸.

Esa justicia administrativa de la que derivará la jurisdicción contencioso-administrativa nace a propósito de cuestiones litigiosas relacionadas con la exacción de los impuestos, que son competencia exclusiva del intendente y del Consejo. Lo mismo ocurría con otros sectores públicos como la policía, el transporte y los vehículos públicos, las vías de comunicación, la navegación de los ríos... Es ante los tribunales administrativos donde se evacuan todos los procesos en los que la autoridad pública está interesada. Tocqueville señala que los intendentes velan con gran celo porque esta jurisdicción excepcional y administrativa se extienda sin cesar; se informa al inspector general y estimu-

¹²⁸ TOCQUEVILLE, A., 1856, p. 144.

lan el Consejo real. La razón que ofrece un miembro del Consejo para obtener la avocación de un asunto público se manifiesta en el siguiente pasaje del libro:

«El juez ordinario está sometido a reglas fijas, que lo obligan a reprimir un hecho contrario a la ley, pero el consejo siempre puede derogar las reglas con una finalidad útil»¹²⁹.

En otras palabras, el Consejo va asumiendo asuntos que considera de su interés por el hecho de no estar sujeto a ninguna ley, a ninguna medida, incluso las dictadas por él mismo. Es la expresión más clara del despotismo ilustrado propio de la época que comentamos. Esta forma de proceder le conducirá a avocar asuntos que nada tienen que ver con el interés público. El interés particular de los partícipes del conflicto le procurará que sea conocido por ese órgano administrativo todopoderoso al que nada le ata.

Por último, y al son de lo expuesto, me parece de gran relieve, por su descripción gráfica, el siguiente argumento que desarrolla Tocqueville al final de este capítulo referido a la justicia administrativa.

El gran pensador describirá lo siguiente:

«Los legistas modernos nos aseguran que, en materia de derecho administrativo, se ha hecho un gran progreso desde la Revolución: anteriormente, afirman, los poderes judiciales y administrativos se confundían entre sí; pero, más tarde se los separó poniendo cada uno en su sitio. Para apreciar bien el progreso de que aquí se habla, no hay que olvidar nunca que si, por una parte, el poder judicial en el Antiguo Régimen se extendía sin cesar más allá de la esfera natural de su autoridad, por otra, nunca la llenaba por completo. Quien considere una de estas dos cosas sin la otra no tendrá más que una idea incompleta y falsa del tema. Tan pronto se permitía a los tribunales dictar reglamentos de Administración Pública, lo que estaba manifiestamente fuera de su incumbencia, como se les prohibía juzgar verdaderos procesos, lo que equivalía a excluirlos de su dominio propio. Verdad es que nosotros hemos expulsado a la justicia de la esfera administrativa, donde el Antiguo Régimen la había dejado introducirse indebidamente; pero, al mismo tiempo, como bien puede verse, el Gobierno se ha ido introduciendo sin cesar en la esfera natural de la justicia; y nosotros lo hemos consentido, como si la confusión de poderes no fuera tan peligrosa en este aspecto como en el otro, e incluso peor; porque la intervención de la justicia en la administración no perjudica más que a los asuntos, mientras que la intervención de la administración en la justicia corrompe a los hombres y tiende a hacerlos a la vez revolucionarios y serviles»¹³⁰.

En definitiva, Tocqueville acreditó, como nadie entonces, que aquello que parecía que había sido inventado absolutamente por la Revolución france-

¹²⁹ TOCQUEVILLE, A., 1856, p. 144.

¹³⁰ TOCQUEVILLE, A., 1856, p. 145.

sa y el Imperio, particularmente la organización administrativa sobre la que descansaba la nueva concepción del Estado liberal de derecho que brotó de aquellas fuerzas, fue propia y particular del Antiguo Régimen. Lo antiguo y lo nuevo se dieron la mano, orillando la revolución que en medio surgió.

La centralización y concentración administrativa, la tutela de los niveles administrativos territoriales superiores sobre los inferiores y, por último, la justicia administrativa, es decir, la emanada del poder ejecutivo y de su instrumento racional burocrático de decisión, imposición y regulación, la administración pública, nacieron y evolucionaron en el s. XVIII, esto es, durante la última etapa del Antiguo Régimen, siendo por tanto éste, el generador y portador *real y verdadero* de la semilla de lo que hoy se conoce como derecho administrativo continental¹³¹.

1.2 MARCO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL PRECONSTITUCIONAL REGULADOR DE LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA

1.2.1 **La potestad ejecutoria como presupuesto necesario para la existencia de un poder jurisdiccional real. Su aparición en la evolución normativa de la jurisdicción contencioso-administrativa española**

En las reflexiones anteriores, se ha pretendido reflejar la separación conceptual entre función jurisdiccional y potestad jurisdiccional¹³². Ya se indicó que, si bien la primera actúa como actividad intelectual aplicando el derecho y

¹³¹ No se ha pretendido con este apartado hacer un análisis exhaustivo de los orígenes del derecho administrativo francés o continental (*droit administratif*, locución que se acuñará bien entrado el s. XIX), y más concretamente de la Justicia Administrativa, cuestión que, como ya advertía VOLTAIRE, era un tema amplio y discutido que se había polarizado en dos grandes corrientes. No obstante lo anterior, se estima suficientemente probada la existencia de la tesis continuista sobre la aparición de ese sector del ordenamiento jurídico. Para un conocimiento más detallado sobre este concreto asunto, nos remitimos a: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 2005, pp. 51 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S., 2011, pp. 42 y ss.; MINA APAT, M. C., 1998, *Revista de Historia Gerónimo Urtaiz*, pp. 5-13; SIMARD, A., 2017, *The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville*, pp. 284 y ss.; REINHARD, M., 1960, *Annales Historiques de la Révolution Française*, pp. 257 y ss.; JAUME, L., 1991, *Revue française de science politique*, pp. 739-755; y CASSESE, S., 2014, pp. 23-74. Y, en concreto, se recomienda: CÉDRIC, G., 2001, «¿Existe una Justicia Administrativa antes de la Revolución Francesa? La Jurisdicción administrativa local durante el Antiguo Régimen en Francia», en CHAMOCHO CANTUDO, M. A. (Dir. y Coord.), pp. 27-53.

¹³² No se habla ni se distingue en este apartado entre potestad jurisdiccional ordinaria o constitucional, por cuanto que, en ambos casos, la relevancia de la coacción legítima legal es condición necesaria para que puedan definirse como «potestades» jurificadas.

creando *derecho judicial*¹³³, la segunda transforma la función en una potestad pública caracterizada por la fuerza y la coacción legal de la decisión adoptada judicialmente.

La función de decir el Derecho, esto es, la judicación, es una actividad que los órganos jurisdiccionales comparten con otros órganos del Estado o, más concretamente, con otros órganos de la Administración pública. Sin embargo, la función pública de decir el Derecho se transmuta en potestad jurisdiccional exclusiva y excluyente, cuando aquella legitimada constitucionalmente le es reconocida, propiamente, a unos órganos estatales con aspiración de garantía de independencia e imparcialidad, a los cuales se le atribuye una función legal a la que se le suma la fuerza legítima de la *ejecutoriedad estatal, con el único propósito de imponer el Derecho correcto*. Sin éste presupuesto necesario, no hay potestad y, sin este atributo, no puede haber poder.

La potestad jurisdiccional se constituye como una auténtica potestad pública originaria¹³⁴ cuya principal característica no es la normación decisoria del conflicto de intereses que se plantea ante el órgano competente, sino la imposición de la resolución judicial a la voluntad obstativa mediante la *coacción jurídica legítima*. Es, por tanto, potestad porque es una función pública dotada de *imperium*. Y se halla dotada de esa fuerza legal exorbitante, por

¹³³ Hoy queda fuera de toda duda que los jueces y tribunales crean derecho a través de la jurisprudencia, entendida esta en sentido amplio y no estricta y circunscrita a la emanada exclusivamente del Tribunal Supremo (art. 1.6 del Código Civil). Es reconocido en la práctica forense que, una vez llevada a cabo una determinada interpretación del derecho por parte de los juzgados o tribunales de instancia, a fin de posibilitar la mayor uniformidad interpretativa posible y con ello garantizar el principio de seguridad jurídica, es mantenida en el tiempo hasta ser desautorizada por un órgano jurisdiccional superior o por cambio de las circunstancias que posibilitaron esa respuesta judicial. No obstante, la consideración de que el juez crea derecho (no nos estamos refiriendo al sistema jurídico anglosajón basado en el *Common Law* y el *Judicial Review*), como bien indica PECES BARBA, G., en los años 80 todavía era discutida por la doctrina internacional, aunque empezaba a abrirse paso por las aportaciones de Bulöw, Rümelin, Zitelmann, Wieacker, Marcic, Forsthoff y Bachof en la doctrina germana; Carré de Malberg, Dabin, Marty, Villey, Virally, Belaid, en la francesa; Santi Romano, en la italiana, y Felipe Clemente de Diego, Puig Butau, Dualde, De Buen, Manresa, D'ors, Reacasens Siches, Tomás Ogayar y de la Vega en España. En España, los primeros debates al respecto pueden verse en: CASTAN TOBEÑAS, J., 1954, *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*; DE DIEGO, F. C., 1941, *El Derecho Judicial, Discurso Inaugural en la Real Academia de Jurisprudencia*, Madrid. OGAYAR Y AYLLÓN, T., 1975, *Creación Judicial del Derecho, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid; DE LA VEGA BENAYAS, C., 1975, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, pp. 165 y ss, PECES-BARBA, G., 1981, p. 158.

¹³⁴ GAMERO CASADO, E., 2015, pp. 27-31. Para nuestro estudio se revela muy interesante la obra colectiva dirigida por el mismo profesor: *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, pp. 51-153. Se dice lo anterior por cuanto que, en la obra se determina que la ejecutoriedad no es un elemento estructural de la *potestad administrativa* como lo son la unilateralidad, el sometimiento al principio de legalidad, su configuración como un deber legal o la satisfacción del interés público. Sin embargo, frente a estos postulados, la potestad jurisdiccional, sin la fuerza de la ejecutoriedad, sería una potestad «presque null», es decir, esencialmente nula por vacía de eficacia.

cuanto que, con carácter *inmediato*, su objetivo constitucional es la resolución de intereses en conflicto para garantizar la paz social, pero con carácter *mediato* su fin no solo es el mantenimiento constitutivo del Estado de derecho, sino la aceptación, credibilidad y afectación del cuerpo social a lo que éste representa, permitiendo, por tanto, un flujo continuo de legitimidad social de la que deben gozar los órganos e instituciones estatales llamados a materializar la Justicia legal. En el sentido expuesto, la intuición de Pascal será muy clara en este tema cuando dice:

«[...] Hay que poner juntas a la justicia y a la fuerza, y para eso hay que hacer que lo que es justo sea fuerte, o que lo que es fuerte sea justo...»¹³⁵.

La Constitución de 1978 dio buena prueba de ello. Bajo el epígrafe del Título VI: «Del Poder Judicial», regula la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) y, con ella, los atributos y garantías que debe poseer la administración de justicia y los miembros que la integran (arts. 117.1, 117.2 y 118 de la CE) para el desarrollo de su función constitucional en la labor de satisfacción de la justicia distributiva¹³⁶.

El legislador constituyente, al regular la potestad jurisdiccional, incluyó los dos elementos necesarios e interrelacionados para que la *iusdictio* no solo fuera *iusdicare*, esto es, incluyó el elemento de autoridad (juzgar) junto al elemento de potestad (hacer ejecutar lo juzgado¹³⁷) quedando, por tanto, subsumida la función de judicación en la potestad de jurisdicción. La potestad jurisdiccional quedaba, así, conformada constitucionalmente. Los jueces y magistrados no solo resuelven por procesos lógicos-deductivos pretensiones materiales ejercitadas jurídicamente, *ex legum auctoritate*, sino *ex legum imperium*. Ambas condiciones constituyen la potestad jurisdiccional. La segunda sin la primera es un poder despótico y antidemocrático; la primera sin la segunda es solo actividad y función, desarrollo escolástico de la interpretación correcta del derecho.

No manifiesto nada nuevo si advierto que la potestad jurisdiccional frente a la Administración pública ha sido, durante mucho tiempo, simplemente función judicial. Los esfuerzos de los grandes maestros de la doctrina adminis-

¹³⁵ PECES-BARBA, G., 1981, p. 16.

¹³⁶ En desarrollo de este Título de la Constitución de 1978, la Ley Orgánica 6/1985, de 4 de julio, del Poder Judicial, reproducirá, en sus primeros ocho artículos, lo definido constitucionalmente sobre la potestad jurisdiccional.

¹³⁷ Potestad jurisdiccional tanto en la vertiente de juzgar como de hacer ejecutar lo juzgado, atribuida en exclusiva, consecuentemente, a los jueces y tribunales. Acerca de esta doble exigencia prevista en el artículo 117.3 CE, puede verse: GONZÁLEZ PÉREZ, J., 1984, pp. 43 y ss.

trativista por considerar que los principios constitucionales «normalizaban»¹³⁸ la potestad jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo chocaban con la propia regulación legal y procesal existente para ese orden jurisdiccional (art. 103 de la LJCA de 1956), sin perjuicio de la persistencia de determinados privilegios legales por virtud de los cuales tanto el patrimonio como lo caudales públicos se hacían impunes a las órdenes de ejecución judicial para materializar sentencias de condena de pago de cantidades liquidadas. El juez carecía de fuerza coactiva en el orden contencioso-administrativo y, por tanto, carecía de potestad legal para «hacer ejecutar lo juzgado».

Esta falta de presupuesto suprimía no solo la fuerza coactiva del cumplimiento de una sentencia, sino también el propio *imperium iuris* característico de la propia norma jurídica, convirtiendo ésta en una norma dispositiva como si de una regla moral se tratara. La Administración tenía el deber de cumplir con la sentencia, pero este mandato no pasaba de ser una regla imbricada en el espacio de una ética pública donde los gestores debían poseer la consciencia de cumplir con las sentencias condenatorias. Fuera de este espacio, la Administración se hallaba exenta de los poderes constituidos cada vez que aquella orillaba el cumplimiento de una sentencia condenatoria, conformándose como un poder *constitucionario*¹³⁹ al margen de los poderes creados por el orden constitucional.

La entrada en vigor de la Constitución de 1978 desplazó y derogó materialmente todos aquellos preceptos legales que se oponían u obstaculizaban el ejercicio de la potestad jurisdiccional como un poder público propio y exclusivo de los jueces y tribunales. Correspondían a estos, en exclusiva, hacer ejecutar lo juzgado. Sin embargo, es dable considerar que la redacción del texto constitucional trasluce que el poder judicial, en su vertiente de potestad jurisdiccional, debe utilizar los medios que le presta el poder ejecutivo para «hacer ejecutar lo juzgado». El poder judicial carece de medios propios para hacerlo, es por ello por lo que el texto constitucional no manifiesta que la potestad jurisdiccional consista en «ejecutar lo juzgado», sino en «hacer» que se ejecute lo juzgado.

Esa forma verbal nos advierte que el poder judicial no ejecuta, sino que obliga a ejecutar, hace ejecutar lo decidido en la resolución judicial, y esa compulsión para su cumplimiento ejecutivo la lleva a cabo a través de los medios

¹³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1987, *Documentación Administrativa*, p. 11.

¹³⁹ Emmanuel SIEYES llamó *poder constitucionario* a todo aquel poder extraordinario constituido fuera de los límites de los poderes constitucionales. Así, desde un punto de vista del derecho constitucional, se puede distinguir entre: poder constituyente, poder constitucional, poder constituido y poder constitucionario. Para saber más: SIEYES, E., 1789, p. 111.

que le ofrece el poder estatal que goza de la fuerza legítima, es decir, del poder ejecutivo. En dicha fase, poder ejecutivo y poder judicial se unen, de ahí los problemas que surgen cuando el segundo requiere al primero para que cumpla con una sentencia que va en contra de sus intereses¹⁴⁰.

No obstante lo anterior, esta prestación de medios coactivos legítimos no transmuta la naturaleza jurídica de los actos que se dictan en el proceso de ejecución. Como más adelante tendremos ocasión de exponer, los actos administrativos que pudieran dictarse en cumplimiento del mandato judicial son materialmente judiciales, aunque formalmente administrativos. La causa del acto, como elemento constitutivo del mismo, deriva de la fuerza del cumplimiento, propia del mandato judicial. El procedimiento de cumplimiento, el cauce administrativo que se formalice al efecto. Esto es, son actos *de* la Administración, y no propiamente actos administrativos que traen causa de la fuerza jurídica de la potestad jurisdiccional. La Administración no actúa ahora como sujeto público en el ejercicio de sus potestades públicas, sino como cumplidor de un deber legal y constitucional que le obliga a estar sometida al principio de legalidad y, con él, a lo decidido por los órganos constituidos a ejercer la potestad jurisdiccional. De ahí que la Administración deba servir con objetividad a los intereses generales (art. 103 de la CE), pero debiendo llevar a cabo esta función «servicial»¹⁴¹ con sometimiento *pleno* a la Ley y al Derecho, o lo que es lo mismo, acatando no solo las normas legales, sino también a quienes están investidos constitucionalmente para decir cuál es la corrección del derecho, sin que aquel, por estar llamado a satisfacer un interés general (más bien llámese público), pueda apartarse y soslayar lo exigido en una sentencia judicial¹⁴². El Estado, por tanto, goza del privilegio de ser el titular de toda la fuerza legal, en toda su extensión, pero a cambio tiene la carga y el deber de actuar conforme y limitado por ella. Esa es su responsabilidad y ese, también, es su deber: hacer cumplir la ley dentro de la ley.

La línea argumental que exponemos es recogida por uno de los padres del Derecho administrativo francés, Luis Antonio Macarel que, siguiendo la tradición francesa de separar Administración pública de la Administración de

¹⁴⁰ No es objetivo de esta investigación, pero es conocida en la práctica forense la enorme dificultad de ejecutar una sentencia condenatoria contra la Hacienda estatal. En este sentido, la Audiencia Nacional puso de relieve dicha dificultad y la obligación, a pesar de todo, de dar cumplimiento al mandato judicial (SAN 12/06/2015, rec. 301/2012).

¹⁴¹ Dicha expresión es es atribuida al profesor José Luis VILLAR PALASÍ. La concepción servicial y vicarial de la Administración pública puede verse en: MARTÍN REBOLLO, L., 1992, *Revista de Derecho Político*, pp. 51-82. Ese carácter servicial de la Administración también se destaca en la tesis doctoral de VILELA PASCUAL, M. L., 2017, p. 20.

¹⁴² En nuestro mismo sentido, TORNOS MAS, J., 1998, *REDA*, p. 717.

justicia, bajo el criterio constitucional antecesor de la aplicación del principio de separación de poderes, distinguió, dentro de la función constitucional de ejecución de las leyes, dos ramas¹⁴³ distintas, a saber: aquella que tenía como objeto la acción y la persuasión y aquella que tenía como objeto la decisión y la fuerza.

Tomando esta dicotomía, sin separarse mucho de lo ya expuesto por Montesquieu, y recogiendo esta última especie de aplicación legal, dividió el poder ejecutivo en *administrativo* y en poder *judicial*. Al primero le asignó el poder de resolver los conflictos públicos, esto es, la aplicación de la norma contra la Administración pública. Esta se reservaba en exclusiva el poder de resolver aquellos conflictos donde la ley debía ser aplicada contra el sujeto político-administrativo. Los negocios públicos son competencias del poder público. Al poder judicial (potestad jurisdiccional) se le reservaba la facultad de resolver los conflictos entre particulares, resolución de intereses privados que no afectaban al interés público. La diferencia entre ambas subpotestades estribaba en que una era acción y ejecución, y la otra era solo decisión o declaración. Cuando requería la presencia de la fuerza legal, el poder ejecutivo le cedía su maquinaria administrativa, de lo que resultaría la justicia en su vertiente de administración ejecutiva.

De lo expuesto, podemos estimar que «hacer ejecutar lo juzgado» es el presupuesto necesario para que la jurisdicción sea una auténtica potestad pública dotada de *imperium*, o lo que es lo mismo, dotada de la fuerza legal necesaria para imponer sus decisiones contra los sujetos públicos. Es el presupuesto básico para la existencia de la potestad jurisdiccional y condición básica para la existencia del Estado de derecho.

Durante largo tiempo la actividad jurisdiccional contra la Administración pública solo fue «función». La jurisdicción carecía de potencia para exigir a la administración el cumplimiento de las sentencias que le fueran desfavorables. La Ley Santamaría de Paredes de 1888 fue un claro ejemplo de lo que decimos. Tras un periodo histórico donde lo «contencioso-administrativo» es definido por García de Enterría como de «vicalvarada»¹⁴⁴, la Ley Santamaría en su artículo 84 atribuía al Gobierno la discrecionalidad de suspender la ejecución de las sentencias bajo el criterio de la salvaguarda del siempre maleable concepto del «interés público». La tímida judicialización de la jurisdicción contencioso-administrativa a través de la Ley de Maura de 5 de abril de 1904, que se limitó a reorganizar orgánicamente quiénes serían los llamados a resolver

¹⁴³ MACAREL, M. L. A., 1843, pp. 78-86.

¹⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 1977, p. 468.

los conflictos surgidos en esta materia, creando ya una jurisdicción especial, pero no excepcional ni gubernativa, no tuvo ningún adelanto más en cuanto a ejecución de sentencias.

Tras la suspensión de la jurisdicción contencioso-administrativa por obra y gracia de la Guerra Civil, se intentó acabar con la dispersión legislativa a través del Texto Refundido de la Ley Contencioso-Administrativa de 8 de febrero de 1952, reformada en 1956 y en 1973, llegándose a un Decreto-ley de 4 de enero de 1977, que no modificó, a pesar de sus avances, la ejecución de sentencias desfavorables contra la administración pública. Su peculiar estatus jurídico e institucional dejaba en sus manos (art. 103 de la LJCA de 1956) la ejecución de sentencias al órgano administrativo que hubiera dictado el acto impugnado e incluso anulado judicialmente, sin que la jurisdicción pudiera, en aras de «hacer ejecutar lo juzgado», despachar ejecución contra patrimonio de la Hacienda pública. En definitiva, las sentencias dictadas solo tenían autoridad declarativa y, a pesar de un mayor avance en el cumplimiento de las sentencias desfavorables frente al poder público ejecutivo y lo definido en el artículo 31 de la LOE de 1966, los jueces carecían de potestad ejecutiva judicial frente a la administración pública.

El panorama brevemente señalado cambiará con la Constitución de 1978. Esta introducirá un *circuito constitucional cerrado*¹⁴⁵ en el que el poder judicial, definido en el Título VI, poseerá las garantías y la fuerza legitimadora del

¹⁴⁵ Lo definimos así por cuanto que la CE de 1978 cierra normativamente el bloque constitucional relativo al poder judicial, en su función de decir e imponer el Derecho, a través de los siguientes artículos: art. 1.1, en virtud del cual «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que promulga como valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político». En conexión con el mismo, el artículo 9.1 y 3 consagran, entre otros, el principio de legalidad como manifestación propia del Estado de derecho, ya definido. Así, se viene a consagrar que: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico [...] La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Indisolublemente unido al Estado de derecho y al Estado de justicia se encuentra reconocido el derecho subjetivo a obtener la tutela real, efectiva y eficiente de los tribunales de justicia, sin distinción alguna en los órdenes jurisdiccionales sobre los que aquellos se pronuncien. Así, se viene a decir en el artículo 24.1 que: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». La efectividad en la imposición de las sentencias que buscan la materialización de la justicia legal hace que la norma constitucional atribuya, de forma exclusiva y excluyente, a determinados órganos estatales, no solo la resolución de los conflictos intersubjetivos, incluidos aquellos en los que esté comprometido el poder público y su fin justificativo, el interés público, sino también el hecho de actuar para que la sentencia sea ejecutada en sus propios términos. En este sentido, el artículo 117.3 de la CE dispone que: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Y como mandato a todos los sujetos público y privados, la CE cierra el sistema manifestando que: «Es obligado cumplir las sentencias y demás resolu-

poder constituyente para constituirse como poder judicial frente al poder público ejecutivo. Esta es la senda que seguirá la Ley Orgánica del Poder Judicial

ciones firmes de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto» (art. 118).

Este *circuito constitucional cerrado*, a pesar de que la fórmula de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» es una vieja tradición de nuestra historia constitucional, como advierte en su obra BORRAJO INIESTA, I., 1987, p. 73; goza de una diferencia fundamental con respecto a nuestros antecedentes constitucionales, y deriva del hecho de, no solo la existencia del citado bloque constitucional que dota a lo judicial de potestad sino, además, porque dicho conjunto normativo se inserta directamente en nuestro ordenamiento jurídico, siendo directamente aplicables por los jueces y tribunales. Es decir, vienen a constituirse como normas jurídicas invocables frente a las reticencias que pudieran tener los órganos jurisdiccionales a llevar a cabo la ejecución de sus sentencias. En este sentido, puede verse: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981. Dicha obra es citada por BORRAJO INIESTA en el estudio anteriormente citado, en el que hace un pormenorizado análisis de lo que se ha considerado uno de los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo donde se somete la actividad administrativa a la potestad jurisdiccional, con la especial cualidad de que se trata de un supuesto en donde la voluntad judicial suplente las omisiones y la pasividad de la propia administración condenada, y se hace interpretando la LJCA de 1956 a la luz del texto constitucional referido.

La resolución estudiada en dicho artículo es el auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1986, dictado en lo que se llamó el caso del «Alcalde de Villanueva de Arosa». Igualmente, un resumen judicial de lo expuesto podemos hallarlo en la sentencia de 11 de julio de 1989 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la que en el Fundamento Jurídico 1.º vino a decir lo siguiente: «[...] b) La efectiva tutela judicial incluye el derecho a obtener que el fallo de la sentencia se cumpla. c) La inejecución produce un grave daño al interés público porque socava la misma base del Estado de Derecho. d) La ejecución de las Sentencias es fundamental para el fortalecimiento y la realización del Estado de derecho y, por tanto, de la justicia en el mismo. e) Los tribunales deben ejecutar las sentencias en sus propios términos (art. 18.2 LOPJ), f) Únicamente es posible sustituir el fallo de la sentencia por una satisfacción equivalente cuando la ejecución del mismo en sus propios términos resulte imposible. g) Los órganos judiciales deben adoptar todas las medidas posibles para hacer efectiva la ejecución. Y h) Las dificultades prácticas o las inconveniencias de la ejecución no pueden impedir la, ni pueden dar lugar al incumplimiento del fallo. [...]». FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M. T., 1996, p. 56. Con todo, y a pesar de dichos pronunciamientos en la actualidad, los órganos judiciales se oponen a suplir (es decir, a aplicar, entre otros, el art. 108.a) de la LJCA de 1998) la voluntad administrativa por la voluntad judicial, posibilitando llevar a cabo el fallo a través de sus propios medios.

Aunque se estudiará en próximos capítulos, no se trata de una cuestión de insuficiencia de medios materiales o humanos (que desde luego existen), ni siquiera de impedimentos jurídicos (que podrían ser mejorables), sino de una cuestión de entender que los procesos judiciales no terminan únicamente cuando se dicta sentencia, sino precisamente cuando esta ha sido cumplida en su totalidad por quien está obligado a ello. Ello implica una proactividad judicial y, a veces, una dirección judicial en el propio ámbito administrativo donde, por fuerza constitucional y legal, el juez puede y debe suplir la voluntad de la administración, exactamente igual que puede hacerlo en el ámbito del proceso civil (art. 708 de la LEC). Difíciles son los casos en los que, en la práctica judicial, el juzgador no puede suplir el cumplimiento de obligaciones de hacer (en mi opinión, en el ámbito de la organización administrativa no existen obligaciones personalísimas tal y como las define nuestro Código civil (art. 1161) y ello por cuanto que en la organización inraadministrativa se actúa mediante órganos o unidades administrativas, individuales o colectivas (arts. 5 y ss. de la LRJSP), donde las cualidades personalísimas de los titulares que ocupan dichos puestos de trabajo carecen de relevancia para su prestación. En estos casos, la potestad pública administrativa cede ante la potestad jurisdiccional, y cede por cuanto que ambas no se encuentran en relación de jerarquía sino de competencia, de forma que cuando una invade el ámbito competencial de la otra, una se desplaza en favor de la otra. En el ámbito del conflicto judicial, la Administración no puede interponer su poder público y su maquinaria administrativa para contrarrestar la potestad jurisdiccional. En ese momento, la Administración es un sujeto de derecho sometido al imperio de la ley y, por tanto, al mandato judicial, debiendo ceder ante quien constitucionalmente está llamado a evitar los quebrantos del Estado de Derecho, sea un sujeto privado o un sujeto público.

de 1985 y su reflejo normativo en el orden contencioso-administrativo de 1998, actualmente vigente.

Lo expuesto es una condición imprescindible para el mantenimiento del Estado constitucional de Derecho. La ejecución de sentencias garantiza la legitimidad del legislador en su función de crear derecho legal. Sin la potestad de ejecutar lo sentenciado, la corrección del derecho queda a merced de los justiciables y, por lo tanto, la potestad jurisdiccional queda a expensas de las partes del proceso.

En este sentido, González Pérez dirá que:

«Para el mantenimiento de la justa paz de la comunidad, lo que se persigue a través de la función jurisdiccional, no basta que los tribunales dicten sentencia declarando si la pretensión está o no fundada; es necesario que lo mandado en la sentencia sea cumplido. Por eso ha podido afirmarse que la ejecución procesal constituye, en cierto sentido, el punto culminante de la realización del derecho»¹⁴⁶.

Esta potestad de hacer ejecutar la sentencia subsistirá incluso cuando la propia decisión judicial contenga pronunciamientos que sean contrarios a la Ley. Su imperatividad no podrá ser mermada u obstaculizada porque se puedan observar siquiera pronunciamientos erróneos en la misma¹⁴⁷. El decaimiento de la ejecutividad de la resolución judicial solo puede venir por los cauces de los recursos establecidos legalmente en base a los cuales los órganos judiciales superiores puedan controlar y supervisar que la jurisdicción se ha desarrollado conforma a ley formal y material.

La posición que mantenemos en este trabajo hace considerar estéril la discusión doctrinal sobre si la actividad ejecutiva goza de naturaleza jurisdiccional, administrativa o mixta. Pues, como ya se ha argumentado, no puede hablarse de *potestad* jurisdiccional, incluso ni de jurisdicción, si el órgano judicial no está investido de la fuerza legal necesaria para imponer sus decisiones. No es que se trate de una materialización¹⁴⁸ de la propia potestad jurisdiccional, que también, como si fuera un añadido a la función de decir el Derecho. Es que *solo* la función de decir el Derecho es propiamente potestad cuando el órgano judicial pueda imponer su decisión frente a las voluntades obstativas que se le planteen. No debemos olvidar que, por mandato constitucional, las sentencias no tienen un periodo de cumplimiento *voluntario*. Las sentencias

¹⁴⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J., 2011, p. 1021.

¹⁴⁷ Vid. Auto de 22 de noviembre de 1989 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. En FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M. T., 1996, p. 58.

¹⁴⁸ LÓPEZ GIL, J. M., 2004, p. 34, citado en nota al pie número 24 a MONTERO AROCA, J., 2000, p. 502.

son obligatorias desde el mismo momento en que son notificadas a las partes en el proceso. Desde ese mismo día existe una obligación legal de cumplirlas ¹⁴⁹. El tribunal, mediante el correspondiente acto judicial, le hará saber a la parte vencida en juicio (en nuestro caso, a la Administración pública) que debe llevar lo decidido en sentencia a puro y debido término, que acuse recibo de la notificación y que señale el órgano administrativo competente para su cumplimiento.

La ejecutividad de la sentencia empieza desde ese momento. No hay voluntariedad en el cumplimiento, solo acatamiento de lo decidido. La voluntariedad implica la posibilidad de optar y, en el cumplimiento de una sentencia desfavorable, no hay opción o elección a cumplirla o no. Ni siquiera a plantear sin más su sustitución o equivalente económico. La Administración deberá llevar a cabo las actuaciones necesarias para dar cumplimiento al fallo notificado. No tiene alternativa, solo tiene plazo para evitar el enviste del cumplimiento, más que forzoso, forzado a instancias de la parte ganadora del pleito.

Y, efectivamente, como indica López Gil en la obra y página citada, haciendo suya la argumentación de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1983 ¹⁵⁰, los órganos jurisdiccionales deberán gozar de las medidas legales oportunas y adecuadas para hacer efectiva las sentencias en los términos en los que han sido dictadas ya que, en caso contrario, lo decidido en sentencia solo será humo. En consecuencia, si el órgano judicial no adopta las medidas precisas con la intensidad necesaria y la fuerza legal que se requiera para remover los obstáculos que impidan o dificulten el cumplimiento del fallo, se estará vulnerando por dicho órgano el derecho a la tutela judicial efectiva y, con él, al Estado de derecho como garante del cumplimiento de los mandatos legalmente imperativos ¹⁵¹.

Ello no obsta, desde luego, para que existan situaciones en las que no sea posible ejecutar el fallo en sus propios términos. A veces, la realidad judicial plasmada en la resolución dictada no es encajable ni en la realidad material sobre la que debe ser aplicada, ni sobre la actualidad legal en la que debe inte-

¹⁴⁹ Así, en el ámbito de lo contencioso-administrativo en el artículo 104.1 de la LJCA de 1998, se dispone que: «Luego que sea firme una sentencia, el secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, recibida la comunicación, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél». Adviértase que el precepto se refiere a sentencias *firmes* y no provisionales, cuya ejecución puede quedar suspendida en el transcurso de un recurso.

¹⁵⁰ Vid. STC 26/1983, de 13 de abril, FJ 3.º: «El derecho a que se ejecuten los fallos judiciales que reconocen derechos propios sólo se satisface cuando el órgano judicial adopta las medidas oportunas para llevar a efecto esa ejecución».

¹⁵¹ Vid. STC 67/1984, de 7 de junio, FJ 2.º, citada en LÓPEZ GIL, J. M., 2004, p. 35.

grarse. En este tipo de imposibilidades de ejecución, tanto material como legal, el órgano judicial no pierde ni su potestad ni su responsabilidad. Más bien al contrario, la satisfacción del derecho subjetivo al cumplimiento de la sentencia le deberá compeler para que busque, en su caso, el equivalente económico (puesto que no siempre es obligatorio), a fin de que, a instancia de la parte vencedora en juicio, manifieste si, a su criterio, se ha dado cumplimiento por completo al fallo de la sentencia y, por tanto, se puede proceder al archivo definitivo de las actuaciones, evitándose cumplimientos «indirectos»¹⁵² o simulados que lo que pretenden, bajo una apariencia de acatamiento, es soslayar el fallo y continuar con la actuación administrativa impugnada. En definitiva, la imposibilidad «real» de cumplir el fallo con exactitud material exige una mayor proactividad del juez sentenciador en su labor jurisdiccional, ya que deberá resolver, a su criterio, cuál es el equivalente efectivo al cumplimiento del fallo, a fin de que el derecho a la tutela judicial se haga materialmente posible.

Todo lo expuesto con anterioridad presupone la existencia de una potestad jurisdiccional «real». En el ámbito de lo contencioso-administrativo, donde el sujeto pasivo de la acción procesal que da inicio al proceso judicial es la Administración pública, así como sus entidades públicas dependientes, quedan indisolublemente enfrentadas la potestad de *iudicatio* del órgano judicial con la potestad de autotutela declarativa, así como de autotutela ejecutiva de los sujetos de derecho públicos sometidos a juicio, amén de la propia fuerza de la burocracia administrativa que, en más de los casos, retrasa, dilata, obstaculiza y aplaza el cumplimiento de la sentencias. En fin, este es el único ámbito jurisdiccional donde se enfrentan dos potestades públicas, a saber: la jurisdiccional y la ejecutivo-administrativa. Sin la garantía de «hacer ejecutar lo juzgado», el órgano judicial frente al poder ejecutivo en toda su extensión no es más que un órgano que emite juicios sobre la correcta interpretación del Derecho a un supuesto concreto. Y esto será función, pero no potestad.

El órgano judicial es la única y última garantía que le queda al ciudadano frente a las actuaciones de la maquinaria ejecutiva del Estado. Sin aquella potestad, el poder público ejecutivo no se encuentra ni limitado ni contrafrenado, lo que no haría sino confirmar que el Estado solo es ejecución administrativa pero no garantía del Derecho.

¹⁵² Muy relevante es el estudio que ya tempranamente sobre este tema llevó a cabo FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 1974, *RAP*, 73, pp. 151-177; ídem 1977, *RAP*, pp. 263-275.

1.2.2 Un acercamiento a la jurisprudencia española preconstitucional en materia de ejecución de sentencias contencioso-administrativas. Algunos supuestos en materia de empleo público

El acercamiento a la jurisprudencia legal relativa a la ejecución de sentencias sobre empleo público del periodo que horquilla entre 1956 al 1977 es muy escasa. Todavía menos si nos vamos a un tiempo anterior. No solo los pronunciamientos de los tribunales sobre la ejecutividad y ejecutoriedad de las sentencias frente a la resistencia de la Administración pública, por ejemplo, del Tribunal Supremo, son una *rara avis*, sino que aquellas que se refieren a materia de función pública se convierten claramente en pronunciamiento, difícilmente localizables.

No obstante lo especificado, es necesario advertir determinadas coordenadas a partir de las cuales los tribunales de justicia partían a la hora de aplicar los artículos 103 y ss. de la LJCA de 1956. En primer lugar, se puede observar un progresivo movimiento que va desde una actitud que puede definirse como *quasiconnivente*, con una Administración pública que intenta no darse por enterada de la obligación de llevar a efecto el derecho declarado en sentencia, a un comportamiento donde la justicia legal busca su sitio, intentando consolidar y perfilar una posición de fuerza jurisdiccional frente a una Administración que se resiste a llevar a término un pronunciamiento judicial. Así, podemos empezar exponiendo que el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de mayo de 1912¹⁵³, dejaba claro que:

«Cuando la ejecución de una sentencia requiere la práctica de liquidaciones y operaciones, solamente la administración puede realizarlas en la forma y con la garantía que, según los casos, proceda reglamentariamente».

El Tribunal Supremo tenía claro cuál era la posición del juzgador en la ejecución de sentencias y en la determinación de cuándo se había cumplido el fallo. A la Administración le correspondía cumplir, o mejor dicho, decidir materialmente la ejecución, a pesar de que los tribunales no declinaran sus competencias para vencer los obstáculos y resolver las dificultades en este camino¹⁵⁴.

Pero hasta ahí llegaba, o podía llegar, la función del juzgador. Aunque se pretenda un deslizamiento tensionado; un lento y disimulado escape donde la función jurisdiccional pretende dejar de estar bajo la ascendencia del poder

¹⁵³ PERA VALAGUER, F., 1987, *Documentación Administrativa*, p. 124.

¹⁵⁴ ATS 17/5/1957 (Rep. Arz. núm. 1508).

ejecutivo y encontrar su sitio, no se olvida que sigue siendo la Administración la que dirige o impulsa el proceso ejecutorio de cumplimiento, pues esta actividad no es materia del juzgador. Así queda dispuesto en los autos del TS de 15 de diciembre de 1969¹⁵⁵, y de 15 de febrero de 1974¹⁵⁶, donde el tribunal revoca un auto de ejecución por la premura en la ejecución sin esperar a la actuación pública del Ayuntamiento de Farlete.

A la vista de esa «intromisión» de la jurisdicción en el trámite para declarar la imposibilidad de ejecución de sentencia, el Alto Tribunal revoca el auto de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 17 de marzo de 1969, que así lo contemplaba, y devuelve las actuaciones al Ayuntamiento de Farlete para que «adopte alguna de las resoluciones que enumera el artículo 105 de la Ley Jurisdiccional, y caso de declarar inejecutable el fallo, lo someta a dicho tribunal por medio del abogado del Estado a los efectos legalmente prevenidos». A la Administración, y así lo declara, es a la que le incumbe la ejecución.

Ahora bien, el Tribunal Supremo no era ajeno a que, para la salvaguarda de lo que se consideraba un Estado de Derecho, la Administración no gozaba de libertad absoluta para decidir el cumplimiento del fallo¹⁵⁷. La potestad de ejecutar las sentencias y de llevarlas a debido y puro término de que gozaba la Administración, sin embargo, no impedía cumplir dicha obligación mediante su sustitución equivalente, cuando la imposibilidad material o legal era constatable, también, por la propia Administración. El Tribunal Supremo así lo reconocía, disponiendo que la obligación de la Administración de cumplir las sentencias en sus propios términos podía ser sustituida por otro modo de satisfacer adecuadamente la pretensión del actor. Decisión que le correspondía a aquella, pudiendo ser de aplicación supletoria lo dispuesto en el artículo 923 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1881). En el Auto de 27 de junio de 1973¹⁵⁸, recuerda que:

«si bien el artículo 107 de la Ley reguladora de esta jurisdicción comienza diciendo que no podrá suspenderse ni declararse inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad material, sin embargo, el segundo párrafo de este artículo ya admite que este caso pueda presentarse, para lo cual prevé que será sometida a la sala por la Administración, por medio del abogado del Estado, dentro del plazo de dos meses, a fin de que, con audiencia de las partes, se acuerde la forma de llevarlo a efecto, que es en definitiva lo ocurrido en el supuesto que ahora se resuelve [...]».

¹⁵⁵ ATS 15/12/ 1969 (Rep. Arz. Núm. 5893).

¹⁵⁶ ATS 81/1974.

¹⁵⁷ ATS 9/5/1978 (Rep. Arz. núm. 1964).

¹⁵⁸ ATS 352/1973.

Junto a dichos reconocimientos en los que la Administración goza de la posición hegemónica de cumplir y de determinar si hay imposibilidad o no en llevar a efecto el fallo, mediante la incidente procesal que deberá abrir el abogado del Estado, llama la atención la dilación temporal en dar cumplimiento a la sentencia por parte de la Administración y la consiguiente permisión de la jurisdicción impidiendo, incluso habiendo pasado más de 6 años desde que se dictara la sentencia, que se abriera siquiera el propio incidente de ejecución. En estos supuestos, el Tribunal Supremo ya había reservado su intervención:

«En la ejecución de sentencias dictadas por los tribunales provinciales se halla limitada a los casos en que estos hayan denunciado la demora en el cumplimiento del fallo ejecutorio, y es indudable que, denegada en el auto, apelada la petición formulada al efecto, falta el supuesto básico para adoptar cualquier medida de responsabilidad»¹⁵⁹.

«Este Tribunal Supremo, en su auto de 31 de diciembre de 1948, ha estimado en esta jurisdicción que la declaración de si realmente los fallos dictados por la misma se han cumplido o no por la administración, compete a los tribunales provinciales, quedando reducida la intervención en ello del Tribunal Supremo a los casos de denuncia por demora, supuesto que, en el caso presente, no se da»¹⁶⁰.

Este (lamentable) hecho, que se repite en numerosos casos, llama especialmente la atención por cuanto que el Tribunal Supremo ni siquiera considera que la Administración tiene una actitud pasiva, a pesar de que hayan transcurrido con creces los plazos para cumplir con la sentencia o para declarar su imposible cumplimiento.

En el caso que ahora se analiza, los autos traen causa de un recurso de apelación contra otro auto dictado por la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Albacete, de fecha 12 de julio de 1972, en ejecución de una sentencia dictada por la misma sala, de fecha 5 de marzo de 1971. Los hechos se remontan a una expropiación de 1941. El auto del TS, resolviendo sobre la pretensión de ejecutoria contra la Administración, es de 9 de marzo de 1974¹⁶¹. A pesar de ello, el Alto Tribunal razona, sorprendentemente, que sería de «desear el pago inmediato» pero que se justifica la dilación (30 años) porque intervienen en el caso diversos organismos públicos.

Es evidente, dejando a un lado cuestiones de derecho positivo, que la mentalidad judicial sobre la pasividad y la falta de proactividad en intimar a la Administración era más que patente, sobre todo en un caso como el señalado, que derivaba de una privación de bienes del año 1941. Si nos atenemos a la

¹⁵⁹ ATS 17/11/1956 (Rep. Arz. núm. 3899).

¹⁶⁰ ATS 9/11/ 1957 (Rep. Arz. núm. 3052).

¹⁶¹ ATS 78/1974.

materia de trabajo, podemos encontrar resoluciones interesantes donde, una vez más, se refleja la posición que pudiera llamarse psicológica de la jurisdicción con respecto a la Administración pública, ya que se observa no solo el reconocimiento de la posición legal y procesal de esta en la ejecución de la sentencia, sino también de la tendencia de que se trata de una cuestión interna o «doméstica» de la propia Administración.

Lo expuesto provocaba un triple problema al demandante de la pretensión cumplidora, ya que no solo se chocaba con la pared de la regulación legal que dejaba en manos de la Administración el cumplimiento de la sentencia, sino que, además, existía un excesivo acercamiento a las posiciones de ésta, considerando las cuestiones de empleo público como materias propias de la organización administrativa, lo que quedaba aún más lejos del control judicial.

En este aspecto, es interesante estudiar el auto de 3 de julio de 1972¹⁶² de la sala de lo contencioso del Tribunal Supremo a propósito de una sentencia firme dictada por el propio Tribunal de fecha 7 de mayo de 1968 por el que revocaba una sentencia de 11 de julio de 1967 de la sala primera de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona, anulándose los acuerdos de 9 de abril y 4 de junio de 1948¹⁶³ del Ayuntamiento de San Adrián de Besós.

Los antecedentes que traen al Alto Tribunal a resolver un recurso de apelación en incidente de ejecución de sentencia es la separación del servicio de un secretario de ayuntamiento que acciona en ejecución de sentencia, considerando que no se ha dado cumplimiento a la recaída en el proceso judicial, solicitando la obtención de unos haberes que dejó de percibir, para lo cual exige que la administración local de la que formaba parte le permitiera tomar posesión, de nuevo, de su puesto de trabajo. En el presente caso, el Tribunal Supremo resuelve varias cuestiones importantes a propósito del recurso interpuesto, entre ellas, y la de mayor relevancia, es la relativa a cuál es la posición del juez frente a la ejecución de sentencia cuyo cumplimiento se reclama. Llegadas las actuaciones al Supremo por vía de apelación en incidente de ejecución de sentencia, el Alto Tribunal empieza a razonar sobre la competencia para conocer y cumplir sobre la pretensión de cumplimiento:

«de que se anule el auto apelado, declarando la competencia de esta sala cuarta para vigilar y exigir el cumplimiento de la sentencia recaída; y en defecto

¹⁶² ATS 66/1972.

¹⁶³ Nótese el iter temporal entre la fecha de producción de los hechos y la de las resoluciones judiciales.

de ello revocar el auto e imponer al ayuntamiento de San Adrián de Besos que observe las normas de garantía mandadas para su ulterior decisión, en la sentencia de 7 de mayo de 1968, y entre ellas la de efectividad posesoria indispensable a su juicio para dicho cumplimiento».

Centrada la cuestión decisoria de la que la Sala, determina qué autoridad judicial es competente para vigilar la ejecución y hasta dónde llega esa vigilancia. Y dice:

«el artículo 919 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria de la jurisdiccional, según su sexta disposición adicional, atribuye al tribunal que hubiere *conocido del asunto en primera instancia*, aquí el de Barcelona, la ejecución de la sentencia, y ello es compatible con el artículo octavo invocado de la Ley de 27 de diciembre de 1956, toda vez que esta, en su número primero, complementado con el artículo 110, *proclama la competencia del órgano jurisdiccional para fiscalizar la ejecución de sus sentencias, sin que semejante fiscalización implique la realización directa de las diligencias de cumplimiento y sí vigilar o inquirir las que efectúe el designado para las mismas*, cuya atención a la marcha del proceso cumplidor le consta al recurrente cómo la ha puesto esta sala en las numerosas ocasiones que ha acudido a ella en solicitud de su intervención, determinando la producción de acuerdos de petición de datos o de otra índole, pertinentes a la misión indicada de fiscalización que se ha reservado y la incumbe, traducida, entre otros, en los autos de 27 de mayo de 1969, 19 de mayo y 23 de septiembre de 1970 y 12 de marzo de 1971, siempre notificados al señor Simón, aquietado a ellos; consiguientemente, no puede prevalecer su primer pedimento anulatorio comentado» (la cursiva es nuestra).

Debe considerarse de especial importancia lo razonado por el Tribunal Supremo, por cuanto que revela y resume la doctrina legal sobre la ejecución de las sentencias de la época y hace brotar los problemas que acuciaban dicho incidente. La Sala enjuiciadora no solo especifica que debe entenderse por «fiscalizar» el cumplimiento de una sentencia, de acuerdo con la interpretación sistemática que hace de los artículos 103 y 110.1 de la Ley de 1956, sino que, además, fija el límite de la intervención judicial, reconociendo que no comprende actos directos algunos (diligencia de cumplimiento), pero sí una actuación de vigilancia, supervisión y averiguación sobre el total cumplimiento de la sentencia. En definitiva, el tribunal no hace, no ejecuta y no instruye, solo recaba información del cumplimiento y recuerda a la Administración pública su deber para con la Ley. El referido auto continúa dando respuestas a las cuestiones planteadas por el ejecutante, determinando quién es el órgano del Estado que decide, como en este caso, que una nueva decisión sobre la situación administrativa del ejecutante le provocará tener que acudir a un nuevo

juicio, pues dicha decisión administrativa el Alto Tribunal no la entendía como encuadrable en el incidente de ejecución. Así, se dispone lo siguiente:

«remitir el estudio de esa problemática a un ulterior recurso contencioso-administrativo entablado por el señor Simón, quien lo conceptúa improcedente por estarse ante un mero incidente de la ejecución de sentencia no llevada a puro término, según el reclamante, *ofrécese en este punto la base errónea con que aquel argumenta*, porque la sentencia de esta sala de 7 de mayo de 1968, al anular los acuerdos municipales de 9 de mayo y 4 de junio de 1948 por defectos de forma, dispuso en su fallo, concomitante con el considerando sexto, *que la corporación local, con los elementos de juicio contenidos en el expediente o reforzándolos en uso de sus facultades, respetando las garantías legales, decidiera de nuevo el expediente disciplinario*, y esto –*decidir*– es lo que hizo el Ayuntamiento de San Adrián de Besós el 2 de agosto de 1968 al adoptar la nueva resolución mandada..., pues se trata de un nuevo acto administrativo».

Es decir, el Tribunal Supremo decidió anular por defecto de forma dos acuerdos municipales sin entrar en el fondo del asunto, atribuyendo a la corporación local la potestad de «decidir» de nuevo sobre la situación administrativa del ejecutante, a pesar de que pudiera ser la misma, esto es, la separación del servicio. El tribunal entiende que ese nuevo acuerdo municipal es, por ende, un acto administrativo nuevo¹⁶⁴ y, en consecuencia, debería tener una nueva impugnación a través de un recurso contencioso-administrativo nuevo, al entenderse que no se entró en el aspecto material del conflicto judicial.

Junto al caso expuesto, es interesante traer a estas líneas otro caso relativo a una ejecución de sentencia promovida por los herederos de un recaudador de arbitrios (impuestos municipales). Los antecedentes se circunscriben a la interposición de una demanda contencioso-administrativa de 27 de noviembre de 1956 por quien era recaudador de arbitrios del Ayuntamiento de Catarreja, en la que suplicaba el reconocimiento de sus derechos como recaudador de arbitrios de esta corporación. Con fecha 23 de marzo de 1959 se dictó sentencia por la sala de la jurisdicción de lo contencioso de la Audiencia Territorial de Valencia, reintegrando a su cargo a dicho señor y condenando a la corporación municipal al abono del premio de cobranzas de las exacciones ilegalmente retiradas al recurrente durante el año 1956 y sucesivos. La sentencia fue apelada y confirmada por la sala cuarta de lo contencioso del Tribunal Supre-

¹⁶⁴ Erróneamente, a nuestro criterio, por cuanto que el acto que se dictara por el Ayuntamiento traería causa del procedimiento judicializado y que anuló los actos anteriores. De suerte que, dictado en dicho procedimiento administrativo revisado judicialmente, lo que surgiera de él, si se consideraba que se incumplía o se desviaba de lo acordado en la sentencia judicial, sería en trámite de ejecución de sentencia donde se debería conocer la impugnación.

mo el 30 de octubre de 1962. Fallecido el recurrente y personado en los autos sus legítimos herederos, solicitaron del Tribunal de Instancia que se llevara a efecto la ejecución de la sentencia dictada, y presentadas por las partes las oportunas liquidaciones de la recaudación de arbitrios durante el tiempo en que el señor recaudador municipal fue desposeído de su cargo, y practicadas las pruebas oportunas, se dictó auto por aquella sala el 1 de febrero de 1964, en el que se consideró no procedente incluir en las liquidaciones a practicar entre partes las cantidades correspondientes a contribuciones especiales y sello municipal. Contra el auto anteriormente relacionado se interpuso por los citados herederos del señor recaudador municipal recurso de apelación, en cuanto al extremo de no incluirse en la liquidación que en el mismo se practican las cantidades recaudadas por el Ayuntamiento, por los conceptos de contribuciones especiales y sello municipal, admitiéndose en un solo efecto, emplazando a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo en trámite de ejecución de sentencia.

Expuestos los antecedentes fácticos y procesales, el Tribunal Supremo, sin perjuicio de resolver sobre la cuestión cuya ejecución se solicitaba¹⁶⁵, deja asentada una doctrina que, con posterioridad, será una constante en los incidentes de ejecución y que no es sino la vinculación subjetiva y objetiva a lo resuelto en la sentencia que deviene firme. El derecho a la ejecución de sentencia es un derecho que nacerá del hecho mismo de la condena judicial a la Administración y que, por tanto, aquel deberá estar a lo decidido en el título judicial que le dota de la fuerza ejecutiva necesaria, es decir, de la sentencia. La vinculación es doble. No solo la parte ejecutante y ejecutada no puede apartarse de lo decidido en el pleito judicial, sino que el tribunal ejecutante se halla vinculado positivamente a lo decidido en sentencia. Y lo decidido en sentencia no solo estará en el razonamiento deductivo-argumental de la sentencia, sino en la parte dispositiva del razonamiento sentenciador, o lo que es lo mismo, en la síntesis lógica-jurídica a la que llega el juzgador tras el contraste de las pretensiones encontradas, es decir, su propio fallo.

La triada hegeliana en la que, normalmente, se constituye un proceso judicial, determina en una síntesis de deducción y ponderación de los análisis antagónicos entre la realidad material y la jurídica expuestos en el proceso judicial por las partes, impidiendo por la necesaria consolidación de la decisión procesal y la fuerza vinculante de lo fáctico que le sirve de base material, que la ejecución judicial (fase de modificación de la realidad material por la realidad jurídica decidida) pueda alterar lo que le ha servido de presupuesto.

¹⁶⁵ ATS 10/1967.

Puesto que, si esto fuera así, se modificarían las pretensiones originales y el proceso presupuestario sería como si no se hubiera celebrado.

La ejecución judicial impone la decisión judicial a la realidad material, resolviendo los problemas de encaje y cohesión entre lo jurídico y lo material que puedan encontrarse en ese momento dado. Parte de lo decidido y no de lo decidible. Esta acción judicial solo se reduce a encontrar el mejor encaje y satisfacción al derecho subjetivo, al cumplimiento de la sentencia judicial y al necesario respeto a la justicia judicializada, como forma institucional de mantener la paz pública.

Lo expuesto se encuentra reflejado en lo que manifiesta el Tribunal Supremo en el Auto de 26 de mayo de 1967 en el que se resuelve el incidente de ejecución expuesto. El Alto Tribunal, en el considerando primero deja asentado la base sobre la que se debe resolver el incidente, y determina que:

«es menester dejar sentado que, para la decisión del tema, ha de estarse estrictamente a lo sentenciado, puesto que de su mera ejecución se trata, atendidos consecuentemente para su inteligencia correcta a los razonamientos en que se asentaron el fallo de esta sala y el de la inferior, confirmado, fuera de cualquier intento de replantear lo ya juzgado definitivamente».

Aplicando dicha argumentación, el Alto Tribunal razona que hay que estar a lo que se decidió en sentencia de instancia y lo confirmado por ella misma. La Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo termina por resolver que debe procederse al reconocimiento de aquellos haberes que no se obtuvieron como premio de cobranza, de acuerdo con las liquidaciones efectuadas por el recaudador en el tiempo que reclamaban los ejecutantes, a la sazón, sus herederos. El análisis del citado lapso temporal hizo considerar al Tribunal Supremo que los herederos tenían derecho a la percepción de lo que le correspondía al causante por las liquidaciones del sello municipal, por lo que revocó parcialmente el auto de 1 de febrero de 1964 de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia, en cuanto no incluyó las cantidades correspondientes al premio de cobranza del sello municipal en la cifra liquidada de 191.467,92 pesetas.

Los ejemplos expuestos pueden servir de muestra para vislumbrar cómo la fase de ejecución de sentencias era una fase residual y difícilmente satisfactoria para los intereses y derechos de los ejecutantes cuando se encontraban con la oposición de la Administración. La judicatura pretendía y razonaba con los instrumentos procesales y jurídicos que poseía ante la necesidad de que la Administración cumpliera con los mandatos judiciales condenatorios. Y ello no solo porque así viniera ordenado legalmente (art. 104 de la LJCA de 1956),

sino porque la potestad ejecutiva estaba atribuida a la justicia en todos los órdenes jurisdiccionales (art. 31 de la LOE de 1967). Sin embargo, sería absurdo reconocer una potestad judicial ejecutiva plena en un Estado autoritario de corte administrativo. La unidad de poder y la división de funciones como se caracteriza constitucionalmente un Estado de dicha naturaleza política, en el que existe un claro reconocimiento del ejecutivo sobre todas las demás funciones estatales, no solo impide la existencia de un poder judicial independiente, sino que acredita la subordinación de la función jurisdiccional a la función ejecutivo-administrativa del Estado.

Igualmente, se percibe en estos años, se desconoce si a causa de hartazgo o por convencimiento propio, una clara inactividad de la fase de ejecución de sentencia por parte de los propios tribunales de justicia. No solo tales hechos pueden observarse en una justicia ejecutiva lenta y excesivamente formalista, sino también en el número de desestimaciones y los límites que el propio Tribunal Supremo impone a la capacidad judicial ejecutiva, pues reconoce expresamente que el cumplimiento de las sentencias corresponde a la Administración, relegándose la participación de los jueces únicamente a «inquirir», sin que se puedan dictar, en ningún caso, diligencias de cumplimiento directas. Tales situaciones no hacían más que subrayar una clara situación de injusticia, haciendo vislumbrar que la función jurisdiccional, en su fase de ejecución, estaba claramente subordinada al poder ejecutivo.

1.2.3 Epítome capitular

Puede cerrarse este capítulo primero advirtiéndose que en el ámbito de lo contencioso-administrativo español, el asentamiento de una potestad jurisdiccional plena, y con ello, un poder judicial constitucional (a pesar de que en España los jueces y tribunales carecen de la capacidad jurídica de anular las disposiciones legislativas), no se alcanza hasta 1978. La entrada en vigor de la Ley constitucional española enfrentaba, normativa y fácticamente, el reconocimiento de un poder judicial (piénsese en potestad jurisdiccional), por mor de su exclusiva y excluyente función estatal, con una actividad sin potestad en el ámbito contencioso-administrativo a causa de la Ley vigente de 1956. En la misma, no se regulaba una potestad jurisdiccional sino una función de judicación.

La constitución histórica del poder judicial, hizo descansar en éste las labores de equilibrio y control sobre el resto de poderes del Estado, y ello exigía que «hacer ejecutar lo juzgado», constituyese la piedra angular para que la

jurisdicción fuese una auténtica potestad pública dotada de *imperium*, o lo que es lo mismo, dotada de la fuerza legal necesaria para imponer sus decisiones, particularmente contra los sujetos públicos o frente a los agentes del poder ejecutivo. Tal condición se alzaba como presupuesto básico para la existencia de potestad jurisdiccional real, plena, y la condición básica para la existencia de un Estado de derecho.

La singular concepción francesa de la doctrina liberal de la separación de poderes, donde lo judicial debía ceñirse a resoluciones de conflictos de intereses privados, vetaba su participación en lo administrativo, en lo público, puesto que la Administración ya resolvía ella misma aquellos que afectaban a los intereses comunes (resolver también era administrar). Su influencia posterior en el desarrollo de la materia judicial administrativa en toda Europa y por tanto, en España, propició la creación de una Administración pública, inmóvil ante la acción judicial para el cumplimiento de la resoluciones judiciales que le fueran adversas. La legislación le acompañó en esa inmunidad inmovilista, sin obviar la laxa actitud judicial en estos supuestos. La jurisdicción carecía de potencia para exigir a la Administración el cumplimiento de las sentencias desfavorables. En este ámbito, el poder judicial era inexistente, o al menos, simplemente se ceñía a ser una función declarativa del derecho.

La LJCA de 1956 supuso un autentico adelanto. Pero siendo una respuesta a dicha cuestión no fue la solución, que provino, como veremos, de la mano de la Constitución de 1978 y de su posterior desarrollo legislativo y jurisprudencial. Hasta entonces, lo contencioso-administrativo solo fue judicación autorizada del Derecho.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA JUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DESDE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 HASTA LA LEY 29/1998 DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: PUNTO DE INFLEXIÓN

2.1 DE LA JUSTICIA DE LA ADMINISTRACIÓN A LA JUSTICIA SOBRE LA ADMINISTRACIÓN

Una de las nociones fundamentales en la que descansa un Estado constitucional de Derecho proviene del tratamiento que la constitución política le otorga a la relación que debe existir entre la Administración pública, la Jurisdicción, la Ley y el Derecho. Este tratamiento jurídico-constitucional nos permitirá medir el grado de garantía institucional del sistema democrático formal existente en la organización política, esto es, del sistema político en donde la democracia es definida como:

«aquella forma de gobierno constitucional, representativa y responsable, que una sociedad estatuye libremente como régimen del Estado, separando al poder ejecutivo del legislativo, asegurando la independencia de la autoridad judicial, y estableciendo el derecho de apelación al pueblo en garantía institucional de su libertad política»¹⁶⁶.

¹⁶⁶ GARCÍA TREVIJANO-FORTE, A., 2013, p. 349. Este investigador no utilizará conceptos de democracia basados en el aspecto material o social de la acción de gobierno, nacidos sobre todo desde que esta *forma de gobierno* empezó a ser considerada más como *una forma de gobernanza*, intentando generalizar el apellido democrático a todos aquellos regímenes políticos que, con independencia de su esquema formal y constitucional de gobierno, la acción del mismo respondiera a unos pautas de igualdad económico-social en un sistema de libre mercado, de participación colectiva, de reconocimiento normativo de derechos en sus cartas constitucionales, o bien de adopción de medidas políticas en los que se posibilitara mayor transparencia y participación popular.

De lo que se trata no es tanto de encontrar una pauta democrática en la legalidad sino de hallar una regla democrática en la ejecución ¹⁶⁷ de la Ley y el Derecho, y por tanto, en el cumplimiento de las resoluciones judiciales, sobre todo por quienes son los constitucionalmente llamados a ejecutar la Ley, pues en esta relación jurídica ya no son solo los actores ejecutivos sino el propio objeto de la ejecución. No debemos olvidar que, como ya se ha expuesto en este trabajo, nuestro Derecho administrativo bebe de las fuentes del Derecho administrativo francés, donde existía la doble vía administrativa y contenciosa (particularmente en las primeras instancias) para garantizar los derechos y libertades ciudadanas frente a los sistemas anglosajones, que basados en el *Common Law*, el monismo judicial ¹⁶⁸ hacía que la Administración se encontrara sometida, como cualquier agencia privada, a un mismo juez y a una misma jurisdicción, la civil.

Como pudimos ver, la tradicional prohibición francesa de que los jueces pudieran interferir en la acción administrativa ¹⁶⁹, sustrayéndose del control del juez ordinario, permitió (originalmente en Francia) crear cuerpos y órganos administrativos a los que se le atribuía la función de resolver las controversias que se producían entre los ciudadanos y la administración del Estado.

La necesidad de ir arrebatando de las manos de la Administración las resoluciones de los conflictos para ir atribuyéndola paulatinamente a órganos

La diferencia entre democracia formal o política o de democracia material o social encuentra sus orígenes intelectuales, filosóficos y políticos en: SANTALLANA, G., 1905, *La vida de la razón o fases del progreso humano*, Madrid, 2006. Particularmente en el vol. II: «La razón de la Sociedad»; Cap. V: «La Democracia». Puede consultarse la obra original en esta página web (pp. 114-136): <https://archive.org/details/lifeofreasonorph02sant/page/n9>.

Si bien es cierto que el principio de legalidad puede ser un elemento configurador de un sistema político democrático, el cumplimiento de la legalidad vigente por las autoridades o funcionarios públicos no es monopolio exclusivo de los sistemas democráticos, pues también se observa este hecho en Estados autoritarios y totalitarios. En este sentido, es relevante lo expuesto como nota al pie, número 12, de la obra del Catedrático GARCÍA DE ENTERRÍA: *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, en su segunda edición. En la misma, haciendo referencia al estudio de lo contencioso-administrativo en los Estados totalitarios, se referencia al profesor GONZÁLEZ PÉREZ, el cual a propósito de dicha cuestión observó que: «El argumento es siempre el que tan espectacularmente habían aceptado las monarquías absolutas o duales del siglo XIX. Lo contencioso-administrativo no persigue el garantizar los derechos subjetivos, sino resolver con arreglo a Derecho las pretensiones formuladas por los particulares. Y a todo Estado, sea liberal o intervencionista, democrático o totalitario, le interesa que las pretensiones se resuelvan con arreglo al Derecho promulgado por él mismo, que éste sea respetado en todo caso, por encima de los funcionarios que lo sirven. Una distinta concepción política implicará un Derecho distinto. Pero a todo Estado le interesa enormemente que ese Derecho que él ha promulgado, y en el que se ha recogido los principios políticos que le inspiran, sea respetado por todos y no quede desvirtuado en manos de sus funcionarios... para que los funcionarios ajusten su actividad a los preceptos jurídicos». GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1996, p. 124.

¹⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1996, p. 61; KELSEN, H., 1920, p. 71.

¹⁶⁸ CASSESE, S., 2014, p. 297.

¹⁶⁹ Por obra y gracia de lo señalado en el artículo 13 del Título II de la Ley 16-24 de agosto de 1790, norma fundadora de la separación entre Administración y Justicia.

estatales definidos como órganos constitutivos del Poder judicial cuya función jurisdiccional no era otra que juzgar y *hacer ejecutar lo juzgado*, fue permitiendo configurar un Estado de derecho, que no era sino un *Estado de Justicia*, donde la Administración pública quedaba controlada por la jurisdicción en su actuación de ejecutor de las decisiones del titular del poder ejecutivo.

El grado de independencia del propio órgano o institución estatal que debía resolver los conflictos entre el interés público y privado, llevó a todo el siglo XIX y XX, a configurar una jurisdicción administrativa que era definida como de *justice retenue* o de *justice déléguée*. Es esta última la que permitirá dar un paso decisivo para sustraer a la Administración el monopolio de ejercer su propia justicia en los procesos en los que ella misma formaba parte. La justicia administrativa convirtiéndose en contenciosa por ser la Administración ya no juez sino solo parte, dejó de estar delegada en un órgano puramente administrativo a pesar de considerarse independiente en atención a la forma de elección de sus propios miembros¹⁷⁰, y sustrayéndose el poder judicial del poder ejecutivo en este orden, tomó el relevo en resolver las disputas contencioso-administrativas.

Sin embargo, siendo éste un paso decisivo en construir un sistema de garantías constitucionales para la salvaguarda de los derechos y libertades individuales, razones de reminiscencia histórica y un fortalecimiento del poder ejecutivo y de la Administración pública española en todo el siglo XIX para hacerla «más estable, inteligente y progresiva»¹⁷¹, relegará la potencia judicial de hacer ejecutar lo juzgado a una mera función estatal de naturaleza declarativa, pues el cumplimiento de las sentencias condenatorias quedará relegada y depositada en las propias manos e intereses de la Administración condenada. Y así será con la LJCA de 1956, donde ciertamente existe un clarísimo adelanto sobre su predecesora de 1888, no obstante la pieza angular del cumplimiento de la sentencia seguirá siendo el órgano que hubiera dictado el acto o disposición objeto de recurso.

El derecho a la justicia efectiva, esto es, el derecho no solo a la posibilidad de solicitar el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de conflictos de intereses donde el poder público hace acto de presencia, sino a la efectividad de la decisión judicial frente a la voluntad obstativa de la Administración,

¹⁷⁰ Dicha argumentación y la calidad jurídica de sus miembros son las razones que se exponen para seguir manteniendo al Consejo de Estado francés como órgano supremo en administrar la justicia administrativa francesa. MARQUÉS DE LAS MARISMAS, 1950, *RAP*, p. 15. Puede verse también: GONZÁLEZ PÉREZ, J., 1954, *RAP*, pp. 30 y ss.; GERARDO GARCÍA, A., 1996, *Documentación Administrativa*, pp. 97 y ss.; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 2009, *RAP*, p. 175.

¹⁷¹ FERNÁNDEZ ALMAGRO, M., 1968, p. 37.

se configuró como piedra angular en un Estado democrático de Derecho donde la Administración quedaba diseñada como instrumento de burocratización en la prestación de servicios públicos sometida siempre a la Ley y al Derecho. El debate centraba necesariamente la tesis de cuál era la posición del Juez ante la Administración pública en un Estado constitucional, que venía necesariamente a configurar todo el sistema contencioso-administrativo, como hemos comentado.

El esquema formal de relación entre la Administración y el Juez en la Constitución española de 1978, no está diseñado para que el órgano jurisdiccional pueda sustituir a la Administración ni a sus titulares en la toma de decisiones políticas y/o administrativas, como ya bien advirtió García de Enterría¹⁷². De acuerdo con lo expuesto por dicho profesor, el esquema constitucional español descansa en dos grandes garantías, a saber: una garantía de controlar (art. 106.1 de la CE) que la decisión administrativa se ha adoptado respetando los principios constitucionales (art. 103.1), base del mismo Estado de derecho, sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho; y una segunda, relativa a la protección tutelar efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (art. 24). En relación a este segundo aspecto, el citado profesor expone una cuestión esencial, y nos dice que:

«Este segundo objeto, por cierto, no debe entenderse, en modo alguno subsumido en el anterior; es el que da a la jurisdicción contencioso-administrativa, justamente, su esencial carácter “subjetivo”, frente al tradicional dogma de un supuesto carácter “objetivo” de la misma y el que elimina de raíz la vieja doctrina sobre el carácter meramente revisor de esta jurisdicción, doctrina que ha sido un dogal para su desarrollo en el sentido de una -tutela judicial efectiva»¹⁷³.

Sería oportuno advertir que, sin efectividad de la respuesta judicial a la acción administrativa, el control efectuado por la jurisdicción sería prácticamente ilusorio. Es decir que, en términos de importancia constitucional, la efectividad de la tutela judicial es *prima facie* un presupuesto de existencia del control *real* de la Administración. Si la Administración decide qué decisión judicial cumplir nunca podrá existir control alguno y sin éste la tutela judicial jamás podrá considerarse un derecho fundamental *efectivo*, sino simplemente una carga legal a activar por el ciudadano para que se desarrolle una función jurisdiccional, pero sin ninguna garantía de éxito.

¹⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1996, p. 35. También del mismo autor *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, 2009, pp. 125 y ss.

¹⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1996, p. 36.

Para Braibant, citado por García de Enterría en la obra ya referida¹⁷⁴, presidente por largo tiempo de la Sección de la Memoria y de Estudio del Consejo de Estado francés, en los últimos cuarenta años son tres las características que han subrayado la existencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa, a saber: la sumisión de la Administración al Derecho; la nueva concepción del Estado de derecho en la que el juez goza de un «nuevo arsenal» para controlar a la Administración y la reducción de los espacios discrecionales en donde la Administración por cuestiones de dirección política intenta escapar de la supervisión jurisdiccional.

Sin embargo, en el sistema de justicia administrativa francesa tal y como está concebido, la ejecución de sentencias se ha convertido en un verdadero problema para el propio sistema de control judicial, considerándose incluso la necesidad de una «revisión total»¹⁷⁵ del mismo, ante la «la resistencia abusiva» de la Administración pública en el cumplimiento de las sentencias condenatorias.

Ciertamente el problema de la ejecución de sentencias contenciosas-administrativas se ha convertido en un tema capital en la creación de un sistema judicial con garantías reales para sostener un Estado de derecho. No se dice nada nuevo si se afirma que la pelea dialéctica que ha mantenido siempre la Política con el Derecho no ha sido sino encontrar la forma en la que aquella intenta escapar del control de aquel. Las razones han sido muchas y no es objeto de esta investigación, baste decir que en base a los conceptos jurídicos indeterminados de «interés general», «interés público»; «bien común»; «dirección política» y un largo etcétera, la clase política «colonizadora»¹⁷⁶ de la instituciones públicas ha pretendido delimitar un ámbito a salvo de injerencias judiciales, haciendo inmunes determinadas decisiones políticas al control judicial. Cierto es que puede hacerse una diferenciación entre Gobierno y Administración. Mientras que el órgano de gobierno, titular del poder ejecutivo, tiene como misión de gobernación política atender a lo *imprevisto*, la Administración en cambio, es un instrumento de burocratización racionalizada que desatolla, gestiona y ejecuta lo *ya* previsto.

Ahora bien, y sin entrar en disquisiciones sobre la diferencia entre acto político y acto administrativo, debemos recordar que el sometimiento de la Administración al Derecho y, por tanto, al Juez, es condición necesaria para el

¹⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1996, p. 39; Vid. *Études et Documents du Conseil d'Etat*, 1993, p. 409 y ss.

¹⁷⁵ Vid. *Informe de actuación del Consejo de Estado Francés para el año 2002*, en <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000123.pdf>, pp. 122 y ss.

¹⁷⁶ VON BAYME, H. K., 1995, p. 45.

desarrollo pleno de los derechos individuales. En este sentido, es necesario recordar que, a través de los recursos contencioso-administrativos, los ciudadanos ejercitan una libertad básica, la de no obedecer sino a la Ley y no a la concurrencia de los administradores públicos. Son, pues, los derechos fundamentales de los ciudadanos los verdaderos «fundamentos del orden político y de la paz social», como consagra el artículo 10.1 de la Constitución española, sin que por los jueces y tribunales quepa primar, sistemáticamente, las decisiones de los administradores por considerar que gozan de una posición constitucional o formal superior o separada del control jurídico y judicial, ni por supuesto dejar al arbitrio administrativo el cumplimiento de lo decidido en sede judicial.

La democracia como garantía institucional de la *libertad política colectiva*¹⁷⁷, libertad fundadora y fundente de los derechos y libertades individuales y colectivas, exige que la separación de los poderes no actúe de forma que sus funciones se hallen separadas y no encontradas sino equilibradas y contrapeadas. El sistema de relación institucional, *check and balance*, exige que el poder público se encuentre repartido entre distintos órganos estatales, de tal forma que sus funciones (no en su elección popular) se hallen equilibradas por una supervisión y un control recíproco. Y en este sistema de equilibrio institucional que no garantizan las libertades individuales sino la libertad política *colectiva* de la que derivan todas éstas como motores de los derechos subjetivos, el poder ejecutivo y su instrumento burocrático deben estar sometidos «a la Ley y al Derecho» es decir, al poder legislativo y judicial.

¹⁷⁷ No se quisiera desbordar los límites del objetivo de esta investigación, pero es imprescindible entender que es la relación institucional de los poderes del Estado lo que garantiza es el hecho colectivo *constituyente*, basamento de los derechos subjetivo y libertades públicas. Frente a las tesis positivistas o iusnaturalistas sobre los fundamentos de los derechos subjetivos, en *Teoría Pura de la Democracia*, GARCÍA-TREVIJANO manifiesta lo siguiente: «Las libertades y derechos civiles se garantizan con la ley. Las leyes civiles se garantizan con la Constitución. Pero, ¿quién garantiza la Constitución y la libertad política que la ha establecido? Como nada ni nadie puede dar a otro lo que no tiene, es inútil buscar la garantía de la libertad política en el Estado, en la responsabilidad de los hombres de gobierno o en la observancia de las formas regladas de las libertades otorgadas. Tal tipo de libertad es tan débil que se cae si no lo sostiene la autoridad. En cambio, la libertad política es producto de una conquista que se cauciona con la potestad social del orden político legitimador de todas las autoridades, o sea, con la libertad de acción de la sociedad hacia el Estado. La libertad sostiene a la autoridad». GARCÍA-TREVIJANO FORTE, A., 2013, pp 247-276; también en el prólogo realizado por el mismo autor llamado «La Libertad Política Colectiva» en PEÑA MOLINA, M., 2016, pp. 7-19. Mas sobre dicho concepto puede leerse en sus obras como *Teoría Pura de la República Constitucional*, Libro III, *op. cit.*, o en *Servidumbre de Pasiones*, Madrid, 2000. Este concepto de base fundadora de derechos y libertades ha sido utilizado por el profesor Dalmacio NEGRO en obras como *La Historias de las Formas de Estado*, Madrid, 2010. O en *La Ley de Hierro de las Oligarquías*, Madrid, 2015. También, el citado autor argumenta dicho concepto en el prólogo al libro de JOUVE-NEL, *Sobre el Poder; en su versión española*.

Es claro, por tanto, que un gobierno democrático es un gobierno que no responde a las voluntades volubles de los hombres sino a la fuerza democrática de las Leyes y, por ende, del Derecho. El gobierno democrático exige ser el «gobierno de la Ley»¹⁷⁸, así viene ordenado en el Preámbulo de la Constitución española. Un gobierno que exige una aplicación democrática de la Ley, esto es, sujeta a la normatividad de lo decidido en el órgano de representación soberana, pero igualmente controlado en su ejecución burocrática y administrativa, por los órganos judiciales (art. 106 de la CE). Este sometimiento, como explica García de Enterría en la obra citada, no es un sometimiento meramente formal a la Ley, sino también al Derecho, esto es, a la Constitución como instrumento de normatividad aplicable (art. 9.1 de la CE) y al control judicial (art. 106 de la CE). Solo de esta manera puede ser cumplida la definición de que el Estado español se constituye en un Estado social y democrático de *Derecho* (art. 1.1 de la CE) y no en un simple Estado de legalidad.

El Preámbulo constitucional lo manifiesta claramente: el «imperio de la Ley» es un medio para consolidar un «Estado de Derecho». Ahora bien, como indica el citado profesor, no puede haber vinculación ni sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho si no existe vinculación, respeto y sometimiento de la Administración al Juez. Es decir, la posición legal e institucional de la Administración ante el Juez es lo que manifiesta la existencia de un verdadero Estado de Derecho.

La sumisión plena de la Administración al Juez es presupuesto indispensable para que el Derecho pueda ser eficaz. Ya hemos comentado que en caso contrario a los más que podría concebirse la función jurisdiccional sería a una función escolástica de enseñanza sobre la materialización del Derecho cuya fuerza de cumplimiento no iría más allá de un imperativo categórico de carácter moral por la autoridad legítima de quien emite la resolución. Pero eso no sería Derecho, sino moral. Y su objetivación constituiría una Ética pública con posible reproche público por su contravención, pero sin ejecutoriedad estatal para satisfacer lo jurídico de la relación. En términos kelsenianos habría organización social pero no Estado.

La posición de la Administración, por tanto, ante el Juez, es la misma que cualquier otro ciudadano, pues como todo sujeto (art. 9.1 de la CE) está sometida a la Ley y al Derecho, *con el mismo nivel de vinculación*. La Administración no es «señor del Derecho»¹⁷⁹, no está al margen del mismo, ni siquiera su potestad reglamentaria está fuera de la legalidad (art. 106.1 de la CE). Y como

¹⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1996, p. 127; también en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1984, pp. 102 y ss.

¹⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1996, p. 129.

todo sujeto de derechos y obligaciones está vinculado a las resoluciones judiciales y al cumplimiento de las mismas, porque en última instancia lo que se pretende garantizar es un espacio real de libertad individual donde el poder público no encuentre inmunidades¹⁸⁰ para administrar fuera de los cauces legales y judiciales impuestos. De esta forma lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional. Así, en la sentencia n.º 278/ 1992¹⁸¹, interpretando el artículo 106.1 de la Constitución vino a decir que:

«Y la misma conclusión se impone al examinar la compatibilidad del precepto cuestionado con el derecho a la tutela judicial efectiva, poniendo éste en relación con lo dispuesto en el art. 106.1 C. E., de conformidad con el cual “los Tribunales controlan (...) la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. Tampoco ha definido aquí la norma fundamental cuáles deban ser los instrumentos procesales que hagan posible ese control jurisdiccional, pero sí es preciso afirmar que los mismos han de articularse de tal modo que aseguren, *sin inmunidades de poder*, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas. (...)» (la cursiva es nuestra).

Y, en la sentencia de 6 de febrero de 1995, ya asentó que:

«(...) sería conveniente realizar una breve síntesis del marco normativo y de la doctrina de este Tribunal en puntos cruciales para su adecuada resolución. La primera observación que hay que hacer es que el reconocimiento de la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho, que la Constitución eleva a *núcleo central que preside el obrar administrativo* (art. 103.1 C. E.), equivale a una *prohibición generalizada de áreas de inmunidad en esta parcela del ordenamiento jurídico*, conectándose de este modo la garantía de sumisión a la norma con la interdicción de arbitrariedad en el obrar de los poderes públicos (art. 9) y la primacía de la Ley, como postulado básico de un Estado de Derecho (art. 1 C. E.). Corolario inevitable de este marco normativo en que la Constitución encaja la actuación administrativa es, a su vez, la sujeción de los actos de ésta al control de los Tribunales de Justicia (art. 106.1 C. E.).

Siendo los anteriores preceptos los presupuestos de la declaración contenida en el art. 106.1 C. E., es claro que, del conjunto que se acaba de describir, se desprende un diseño constitucional de control máximo de la actividad administrativa, en el que, salvo exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes —que en todo caso corresponde valorar a este Tribunal— no se produzcan exenciones en la regla general de sujeción de aquélla al control y fiscalización de los Tribunales de Justicia. Que esto es así se desprende de una jurisprudencia reiterada de este Tribunal, que se ha ocupado de mantener que, si bien la Constitución no ha definido cuáles han de ser los instrumentos procesales que hagan posible

¹⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1962, *RAP*, pp. 167 y ss.

¹⁸¹ STC 238/1992, de 17 de diciembre. En el mismo sentido, la STC 78/1996, de 20 de mayo.

ese control jurisdiccional, sí ha afirmado, en cambio, la necesidad de que dichos mecanismos han de articularse de tal modo que aseguren, *sin inmunidades de poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas*» (la cursiva es nuestra).

Es evidente que, con la prohibición de las inmunidades del poder no se limitan aquellas actuaciones que justificadas por una eventual necesidad de «dirección política»¹⁸², y apoyadas en conceptos jurídicos indeterminados, intentan crear espacios vetados al control judicial, sino también en aquellos muchos casos que la Administración, por cuestiones de «interés general» o de «problemas organizativos» no lleva a efecto el cumplimiento de sentencias judiciales condenatorias. El resultado es el mismo: la quiebra del derecho subjetivo a la justicia efectiva. Puerta de entrada a todo el sistema de justicia del Estado de derecho.

Tanto en su actuación de ejecutar decisiones políticas como en la de cumplir las sentencias judiciales, las Administraciones Públicas deben servir con objetividad los intereses generales. El mandato del artículo 106 de la Constitución española excluye, por completo, actuaciones motivadas por razones partidistas, particulares o de cualquier otro tipo. De hecho, el término «objetividad» está necesariamente ligado al de «interés general». La Administración al servir, *únicamente*, al interés general excluye por completo aquellas actuaciones que persigan fines o intereses que no sean de dicha naturaleza. La Constitución configura una Administración pública de carácter servicial¹⁸³ sometida y guiada por los intereses generales.

Recogiendo las palabras del profesor García de Enterría en la obra que más destacadamente hemos seguido para estas líneas, es de considerar que el Estado de Derecho, abstracción definitoria del Estado español de acuerdo con el art. 1.1 de la CE, no es más que Estado de Justicia, en el sentido de Justicia legal¹⁸⁴ y no otro tipo valorativo o evanescente de justicia frente a la cual el

¹⁸² Se hace expresa mención a dicho sintagma por ser el que en 1995, de acuerdo con el Proyecto de Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 6 de noviembre de 1996 más ríos de tinta provocó entre los autores como García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Miguel Sánchez Morón, Luciano Parejo y Miguel Beltrán, en relación a que dicho Proyecto excluía del control de la jurisdicción contencioso-administrativa «los actos de dirección política interior y exterior».

¹⁸³ UREÑA SALCEDO, J. A., 1986, *Documentación Administrativa*, p. 58. En dicho trabajo se expone una extensa bibliografía sobre la interpretación del artículo 106 de la CE. De todos los que se recomiendan destacamos: NIETO, A., «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, 1991*, p. 2186. El estimado profesor recuerda que «los intereses generales han preocupado a la cultura política desde Platón, la bibliografía que han producido es ingente y, en último extremo, constituye una de las piedras angulares de la democracia y del Derecho público antiguo y moderno».

¹⁸⁴ El autor habla de Justicia *judicial*. A nuestro criterio, la justicia legal es la realizada por la función jurisdiccional en su labor de «decir el Derecho». GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1996, p. 161.

poder público, ni sus titulares ni sus agentes pueden pretender ningún tipo de inmunidad.

Con dicho esquema se pasa de una justicia de la Administración a una Justicia sobre la Administración, configurándose definitivamente un Estado democrático de Derecho pleno. En este sentido, el Tribunal Supremo¹⁸⁵ afirma que:

«el derecho de toda persona a la tutela efectiva de los Tribunales, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, *integra no sólo el derecho a la obtención de una sentencia firme, sino también a que sea llevado a efecto lo decretado en la indicada resolución, exigencia ejecutiva categóricamente afirmada en el art. 118 de la Norma Fundamental española.* De aquí que conforme preceptúa el art. 109 de la Ley Jurisdiccional, en relación con el 103, el órgano de la Administración Pública, que infrinja su deber fundamental de ejecutar lo dispuesto en sentencia firme podrá incurrir en responsabilidad civil e incluso criminal, responsabilidad patrimonial exigible tanto en el supuesto de incumplimiento total como en los de cumplimiento defectuoso o con demora negligente en el mismo, de conformidad con lo previsto en el art. 106.2 del Texto Constitucional y del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración.

(...) *la ejecución de sentencias es parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula del Estado Social y democrático de Derecho,* que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no solo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado según se desprende del artículo 117.3 CE. (...) Cuando este deber de cumplimiento y colaboración se incumple por los poderes públicos, *ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho,* y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento –si se produjera– no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales firmes». (la cursiva es nuestra).

2.2 LA LABOR CONSTITUCIONALIZADORA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA LEY DE 1956

La función de enjuiciamiento constitucional de una norma legal descansa en un juicio valorativo donde se intenta determinar el encaje entre dos normas jurídicas, a saber, la normal legal y la norma constitucional. Argumentaciones de técnica jurídica han observado que dicha actividad no se basa en una acción o decisión de naturaleza jurisdiccional sino política¹⁸⁶, pues cuando se lleva a

¹⁸⁵ STS 10/5/2007, rec. 3786/2004

¹⁸⁶ Este argumento y otros semejantes fue el defendido por Carl SCHMITT frente a Hans KELSEN en la famosa polémica de 1931 en Colonia que los enfrentó acerca de quién debía ser el defensor de la Cons-

cabo un juicio de valoración constitucional se usurpa o se invaden funciones del órgano que tiene atribuida la potestad legislativa, ya que la declaración de inconstitucionalidad de una norma no es sino la función estatal inversa de quien goza de la producción de normas con rango de Ley. *Fuera de dichas apreciaciones de Teoría constitucional, el Tribunal Constitucional español entendió tempranamente que*¹⁸⁷:

«La defensa de la Constitución frente a las eventuales extralimitaciones de los órganos dotados de poder para crear normas de carácter general corresponde, en primer lugar, a los jueces y Tribunales, que han de negar validez, a las normas reglamentarias que sean contrarias a la Constitución, inaplicándolas, y están facultados para inaplicar también incluso las normas legales que adolezcan del mismo defecto, cuando sean anteriores a la Constitución. La supremacía de ésta obliga también a los jueces y tribunales a examinar, de oficio o a instancia de parte, la posible inconstitucionalidad de las leyes en las que, en cada caso concreto, hayan de apoyar sus fallos, pero, en defensa, como antes se dice, de la dignidad de la ley emanada de la representación popular, el juicio adverso a que tal examen pueda eventualmente conducirlos no los faculta para dejar sin más de aplicarlas, sino sólo para cuestionarlas ante este Tribunal».

De acuerdo con los efectos constitucionales citados, se podría afirmar que la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, padecía un vicio de invalidez normativa pero no así de ineficacia jurídica. Sin embargo, si se afirma que la norma preconstitucional es *ab initio* inválida por no sujetar su legitimidad jurídica a la Norma Suprema nacida de un poder constituyente dado sino a un orden legal ajeno (anterior),

titución de Weimar de 1919, rechazando no solo la existencia de una «jurisdicción constitucional» sino la oportunidad de un Tribunal Constitucional. El debate entre estos dos grandes constitucionalista lo que realmente puso encima de la mesa fue la discusión teórica sobre la nueva forma de entender el Estado constitucional de Derecho, así como la relación entre Parlamentarismo y Democracia. En definitiva, la relación entre el Derecho y la Política. *Vid.* SCHMITT, C., y Kelsen, H., 2009, pp. 67-87; 109-126. La respuesta de Kelsen a este concreto respecto puede leerse en las páginas: 293-308. Actualmente, dicha disputa dialéctica ha sido de nuevo estudiada y publicada por DE MIGUEL BARCENAS, J., y TAJADURA TEJADA, J., *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Salamanca, 2018. A pesar de que en el libro existe una clara inclinación por el autor austriaco, intentando demostrar las bases teóricas «autocráticas» en las que se basaba constitucionalista alemán, la obra confronta de manera sistemática las distintas perspectivas que poseían los autores sobre las bases de la Política y el Derecho, en concreto quien debía ser el *Staatsgerichtshof*, frente a los envistes continuos que sufría el orden constitucional.

¹⁸⁷ STC 17/1981, de 1 de junio de 1981. En el mismo sentido STC 126/1997, de 3 de julio de 1997: «En cuanto a su presupuesto, ha de recordarse que este Tribunal ha declarado con reiteración que el carácter preconstitucional de la norma legal cuestionada, por sí mismo, no impone en modo alguno que la Sala debiera haberse abstenido de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ya que el órgano jurisdiccional puede examinar y resolver la eventual contradicción con el ordenamiento constitucional posterior de una norma anterior a la Constitución, pero también puede optar por deferir la cuestión a esta jurisdicción constitucional» (ver: SSTC 83/1984, 155/1987 y 105/1988, entre otras).

no es menos cierto que la labor de legitimación *constitucionaria*¹⁸⁸ que lleva a cabo el Tribunal Constitucional para adecuar, no el texto de la ley sino su interpretación¹⁸⁹ (así expresamente se declara en STC 11/1981, FJ4.º) a los principios, valores y reglas de esa misma *Lex Superior*, proporciona un efecto de validez constitucional sobrevenido. En otras palabras, si una norma preconstitucional es inválida por nacer en un régimen legal anterior y ajeno a un orden constitucional dado posteriormente, una vez que el «defensor máximo de la Constitución» acepta y expone cual es la interpretación correcta a efectos constitucionales, la Ley preconstitucional es objeto de una constitucionalidad sobrevenida y con ello de una nueva validez jurídica. De esta forma es como el Tribunal Constitucional en su labor de «Legislador negativo» no rompe drásticamente con Leyes preconstitucionales (STC 32/1981, FJ6.º), sino que asume su labor de legitimador constitucional, dotando a aquellas de validez solo a los efectos de determinar cuál es la interpretación constitucional vinculante para los órganos judiciales.

La LJCA de 1956, como ya se expuso y no se reiterara ahora, supuso un gran paso hacia una jurisdicción contenciosa-administrativa especializada, garantista y judicializada. Presentó, por primera vez, una jurisdicción revisora y controladora de la legalidad de los actos de la Administración, dotando a los ciudadanos de acciones y garantías en la protección de sus derechos frente al instrumento burocrático del poder ejecutivo. Sin embargo, si en algún punto la norma chocaba con la Ley constitucional de 1978, ese era inexorablemente la parte relativa a la ejecución de sentencias condenatorias. Como ya sabemos, lo característico del sistema era que la ejecución de las sentencias no estaba con-

¹⁸⁸ A pesar de que ya se ha hecho referencia a este concepto, se recuerda que el término «constitucionario», es utilizado por el Abates Sieyès para designar la «Jury Constitutionnaire», y dentro de éste, es poder constitucionario el ejercido por el Tribunal Constitucional cuando toma la posición de sujeto constituyente, en la interpretación del texto constitucional. De acuerdo con la doctrina sieyista habría que distinguir entre «poder constituyente», «poderes constituidos» y «poder constitucionario». En esta clasificación tripartita, el Tribunal Constitucional siempre es «poder constituido», *vid.* SIEYÈS, E., 1789, pp. 141 y ss.; para un planteamiento general sobre el Poder Constituyente: SÁNCHEZ VIAMONTE, C., 1957, p. 564; REINALDO VANOSS, I. J., *Teoría constitucional*, Buenos Aires, 1975; SCHMITT, C., 1928, pp. 93-114; DE VEGA, P., 1988, pp. 13-76; AYUSO TORRES, M., 2018, *Revista Jurídica IURA*, pp. 27-40; y un largo etcétera.

¹⁸⁹ Disponía el Dictamen del Consejo de Estado de 23 de noviembre de 1986 anteriormente referido que: «(...) Conviene asimismo puntualizar que la técnica de interpretación conforme a la Constitución no opera exactamente igual en relación a las normas preconstitucionales que respecto de las posconstitucionales. Si para las segundas supone fundamentalmente el reconocimiento del primado de concreción (del texto constitucional) del legislador, que postula su mantenimiento en cuanto no sea incompatible con el mismo, para las primeras, la interpretación conforme a la Constitución ha de realizarse diacrónicamente: la conformidad con la Constitución vendrá referida a la norma enjuiciada concretamente en el seno del sistema constitucionalmente diseñado para la institución en cuestión (que por lo tanto no será el que operaba como referencia del legislador al producir la norma preconstitucional)». *Cfr.: Documentación Administrativa (1987), op. cit.*, p. 170.

fiada a los propios tribunales que la dictaban, como ocurría con las demás jurisdicciones, sino a los propios órganos de la Administración. Así venía expresamente establecido en el artículo 103 de la propia ley de jurisdicción. La consecuencia era inexorablemente que dejaba en el aire todo el sistema de garantías que regulaba, pues la Administración con su inactividad podía dejar inejecutada la decisión judicial. A pesar de la regulación de medidas *indirectas* que introdujo la propia LJCA de 1956 (art. 110) para mover a la Administración al cumplimiento de las sentencias adversas a sus intereses, la puesta en las manos de la Administración de la fase de cumplimiento y ejecución, provocaba que aquella dejara de ser una jurisdicción para ser simplemente una judicación.

El Tribunal Constitucional, como máximo garante de la Constitución española, y por tanto, de los principios, valores, derechos y libertades en ella reconocidos y consagrados, llevó a cabo una loable labor de rectitud constitucional sobre la citada norma, particularmente en lo relativo a la ejecución de sentencias¹⁹⁰. El peligro era evidente. Si la Administración escapaba de las decisiones judiciales, escapaba del Estado de derecho y, por tanto, se ponía en peligro toda la legitimación del régimen de garantías democráticas y constitucionales.

En esta imprescindible labor, la potestad jurisdiccional no podía tener fisuras en su titularidad, ni excepciones en su ejercicio. La ejecución de sentencias es lo que convierte a la función jurisdiccional en una potestad estatal en

¹⁹⁰ En relación a la incidencia en el sistema de ejecución de sentencias vigente entonces por el principio constitucional de exclusividad jurisdiccional, el Consejo de Estado en el dictamen citado vino a argumentar lo siguiente: «(...) Puede así estimarse que el conocimiento de la ejecución de las sentencias corresponde al Poder Judicial enteramente. En primer lugar, en efecto, el proceso de ejecución queda genéricamente bajo la autoridad del Poder Judicial, como resulta de: 1. La supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Disposición adicional sexta de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) y aplicación por tanto de la regulación general de la misma para el proceso de ejecución. 2. El reconocimiento de la potestad jurisdiccional en sede de ejecución de sentencia, realizado por el artículo 104 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. 3. La atribución en concreto al Tribunal (artículos 105.3, 106.1 y 107 de la ley citada) de potestad para resolver las incidencias especiales que puedan afectar al cumplimiento de la sentencia. Entendido de esta suerte, en nada difiere sustancialmente el proceso de ejecución diseñado por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del general establecimiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a su naturaleza y función de la jurisdicción competente. En segundo lugar, la declaración del artículo 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de que “la ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso”, tampoco conlleva una quiebra del principio de exclusividad jurisdiccional porque viene a significar, en relación con el artículo 110 de la misma ley: 1. La necesaria conducta de cumplimiento a adoptar por la parte procesal correspondiente, la Administración (en un proceso configurado esencialmente como revisor de la actuación administrativa), al quedar ésta personalmente obligada. 2. El auxilio y colaboración debidos a los Jueces y Tribunales conforme al mandato del artículo 118 de la Constitución (reiterado por el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). 3. El cumplimiento material de la sentencia, quedando el proceso de ejecución (“hacer ejecutar lo juzgado”) diferido a la potestad jurisdiccional (artículo 110 de la ley), como constitucionalmente procede».

su vertiente de actividad pública, garantizando el cumplimiento de la voluntad del Legislador y por tanto, el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho, que como bien indica Jesús Leguina ¹⁹¹:

«El imperio de la ley sobre la Administración sería un mero *flatus vocis* si no estuviera acompañado de una fiscalización, asimismo efectiva, por los jueces y tribunales. Legalidad y control judicial son aspectos inseparables del mismo principio de juridicidad de la Administración: “de un principio tan consustancial al Estado de Derecho como es el del sometimiento de la actuación de todos los poderes públicos al conjunto del Ordenamiento y la verificación de esa sujeción, en última instancia, por los órganos del Poder Judicial”».

Es pues, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, obligación del juez llevar a efecto las sentencias condenatorias contra los entes públicos, so riesgo de no solo trasgredir el derecho subjetivo a obtener la tutela de los tribunales de manera eficiente sino de vulnerar las garantías propias de un Estado social y democrático de Derecho, como es definido políticamente el Estado español en el artículo 1.1 de la Constitución.

Tempranamente, el Tribunal Constitucional reaccionó contra lo que había sido una constante en la práctica judicial del orden contencioso-administrativo, y era considerar que la fase de ejecución, ya no era una fase propiamente jurisdiccional, pues el cumplimiento de la decisión judicial le correspondía a la propia Administración, autora del acto o disposición objeto de recurso. El Tribunal Constitucional, sintetizando argumentaciones que ya había fijado en los años anteriores, en la sentencia 67/1984 de 7 de junio ¹⁹², expuso sistemáticamente los efectos y garantías, tanto para los órganos judiciales como para la Administración pública, del derecho constitucional a la ejecución de sentencias dentro del contexto regulado en la Ley de 1956, disponiendo lo siguiente (FJ2.º):

«La ejecución de las Sentencias –en sí misma considerada– es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución –art. 1–, (...). Por ello, difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las Sentencias y resoluciones judiciales firmes (...) Así, *en primer lugar, la ejecución de las Sentencias y resoluciones firmes corresponde a los titulares de la potestad jurisdiccional, “haciendo ejecutar lo juzgado”* (art. 117.3 de la Constitución), según las normas de competencia y procedimiento que las Leyes establezcan, *lo que les impone el deber de adoptar las medidas oportunas para llevar a cabo esa ejecución* (Sentencia 26/1983, de 13 de abril, fundamento jurídico 3, “Boletín

¹⁹¹ LEGUINA VILLA, J., 2008, *RAP*, pp. 232-233.

¹⁹² La STC 67/1984, de 7 de junio, será correspondientemente analizada en el apartado siguiente.

Oficial del Estado” de 17 de mayo). *Cuando para hacer ejecutar lo juzgado, el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente público, éste ha de llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerlo así el art. 118 de la Constitución; y cuando tal obstaculización se produzca, el Juez ha de adoptar las medidas necesarias para la ejecución, de acuerdo con las Leyes, que han de ser interpretadas –según ha declarado el Tribunal en reiteradas ocasiones– de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental.* Si tales medidas no se adoptan con la intensidad necesaria –y legalmente posible– para remover la obstaculización producida, el órgano judicial vulnera el derecho fundamental a la ejecución de las Sentencias, que le impone –como antes decíamos– el deber de adoptar las medidas oportunas para llevarla a cabo. Por otra parte, tales medidas han de adoptarse sin que se produzcan dilaciones indebidas, pues de otra forma se vulneraría el art. 24.2 de la Constitución, que si bien, como señala la mencionada Sentencia, no se confunde con el derecho a la ejecución de las Sentencias del 24.1, se encuentra en íntima relación con el mismo, pues es claro que el retraso injustificado en la adopción de las medidas indicadas, afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental, de tal forma que, como afirma la Sentencia del Tribunal 6/1981, de 14 de julio, en su fundamento jurídico 3 (“Boletín Oficial del Estado” de 20 de julio), debe plantearse como un posible ataque al derecho a la tutela judicial efectiva las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso» (la cursiva es nuestra).

El Alto Tribunal de garantías constitucionales, una vez que asentó las premisas fundamentales de la labor de una potestad jurisdiccional conforme a un Estado democrático de Derecho, en el que el «Estado de Justicia», como vimos, es pieza nuclear, dibuja en la citada sentencia, cuál es la posición del Juez en la ejecución de sentencias contenciosas-administrativas, de acuerdo con los artículos 103 y siguientes de la Ley de 1956. Y así, sintetiza para futuro lo siguiente: mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia o la efectividad de las indemnizaciones señaladas en los casos respectivos, adoptará, a instancia de las partes interesadas, cuantas medidas sean necesarias para promoverla y activarla, ya sean coertivas, penales o compensatorias, sino es posible ejecutar la sentencia. La interpretación de esa obligación de hacer cumplir el fallo, deberá hacerse, de *conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental.*

El Tribunal Constitucional en su labor de constitucionalización de la Ley de 1956, sistematizó una interpretación donde los artículos 103 a 112 del citado cuerpo legal pudieran tener encaje en un sistema de garantías constitucionales donde «hacer ejecutar lo juzgado» era parte de la potestad jurisdiccional atribuida con exclusividad a jueces y tribunales integrantes del poder judicial (art. 117 de la CE), y por tanto, espacio vetado a la eventual discrecionalidad política o administrativa.

En esta labor, y dejando a un lado lo que ya se ha reiterado de la existencia de un derecho subjetivo al cumplimiento de la decisión judicial, el Tribunal Constitucional dejó claro que, si bien y *en principio*, la ejecución de las sentencias correspondía a los órganos que hubieren dictado el acto o disposición objeto de recurso, esta empresa no podía considerarse como una competencia derivada de una potestad pública administrativa más al contrario, como la concreción de un deber de cumplir con las sentencias y las resoluciones firmes, pues la Administración, por Ley constitucional, se encontraba sometida a la Ley y al Derecho, y por tanto, a la potestad jurisdiccional, debiendo prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales (art. 103 y 118 de la CE).

La Administración ya no goza de un estatus jurídico especial (*potentor personae*), donde el Juzgador no puede interferir en la actuación administrativa para ejecutar sus propias sentencias. La Administración pública, desde el momento que se halla sujeta al ejercicio de la potestad jurisdiccional, prima su labor de colaborador y cumplidor de las sentencias firmes condenatorias. Su posición no deriva ya de ser un poder público, sino de un actor público *sometido* al Derecho y, por tanto, sujeto a una obligación legal y constitucional irrenunciable, que es, dar cumplimiento a las sentencias condenatorias.

En esta fase del proceso judicial, y frente a las resistencias de la Administración donde el Juzgador carece (carecía) de medidas de ejecución directas, el Tribunal Constitucional, no obstante la normativa legal vigente entonces, le reconoció la capacidad y el deber de adoptar todas las medidas que considerara procedentes para el cumplimiento de lo mandado, pues le correspondía solo a él hacer «ejecutar lo juzgado», y para ello, no cabía refugiarse en un vacío de competencias ejecutivas o ajenas a su potestad, pues como recalca el Alto Tribunal, en sus manos también poseía las medidas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pudiendo solicitar colaboración a otros entes públicos o privados, ya que todos ellos estaban obligados a prestar asistencia y colaboración a un poder del Estado, el poder judicial.

En consecuencia, la constitucionalización de la fase de ejecución de sentencias regulada en la Ley de 1956, exigía, en primer lugar, adecuar dichos preceptos al contenido del derecho fundamental a la ejecución de las sentencias, acudiendo además, a otros preceptos de la Constitución, y de acuerdo con una interpretación sistemática de la misma. En este proceso, son de especial relevancia el art. 117.3 en cuanto establece la potestad jurisdiccional exclusiva para hacer ejecutar lo juzgado, según las normas de competencia y procedimiento que establezcan las Leyes, y el artículo 118, el cual preceptúa que es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y

Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en ejecución de lo resuelto.

De tales preceptos resulta que las resoluciones firmes dictadas en ejecución de sentencia deben ser cumplidas y han de hacerse ejecutar por los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo establecido en las Leyes en materia de competencia y procedimiento. Esta formulación constitucional impide que, al margen de supuestos taxativamente previstos, se deje sin efecto las resoluciones firmes, pues así lo exige el propio principio de seguridad jurídica y el de legalidad en materia procesal (arts. 9.2 y 117.3 de la CE), que imposibilita que los Jueces y Tribunales, al margen de los casos previstos por la Ley, puedan revisar el juicio efectuado en un caso concreto, si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad aplicable.

Dispuesto lo anterior, hay que concluir que el Tribunal Constitucional conocedor de la preconstitucionalidad reguladora de la ejecución de sentencia contencioso-administrativas condenatorias a la Administración, a partir de mediados de los años 80 y hasta la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, fue consolidando un cuerpo doctrinal en el que, teniendo como eje central el derecho subjetivo a la ejecución de sentencias frente a las entidades públicas, insertó éste como una facultad nuclear del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) y como un pilar fundamental en el mantenimiento de la legitimación social y en la creencia efectiva de estar ante un verdadero Estado democrático de Derecho. La labor del TC fue recogida tempranamente en un importante Auto del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1986 (Sala 3.ª), que por su importancia en lo que exponemos se expone a continuación (FJ1.º):

«El artículo 117.3 de la Constitución establece categóricamente que la potestad jurisdiccional comprende tanto las facultades necesarias para juzgar como para hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos; ello impone una profunda modificación de lo dispuesto en los artículos 8-1 y 103 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, ya que los tribunales dejan de limitarse a fiscalizar la ejecución de sus sentencias para hacerlas ejecutar directamente, es decir, por potestad propia inherente a la función jurisdiccional. Es muy cierto que esta nueva lectura de dichos preceptos, obligada por la norma fundamental, impone, a la vez, una nueva redacción de todos los comprendidos en el capítulo tercero del título cuarto de la ley de 1956, ya que determinadas pautas del proceso no pueden quedar al arbitrio judicial; pero es claro, mientras esto no suceda, que los jueces han de interpretar los vigentes de acuerdo con el mandato constitucional, lo que supone: a) que donde la potestad jurisdiccional ejecutiva pueda ejercitarse claramente, debe ser ejercitada; b) que las medidas compulsivas indirectas y cautelares que se recogen, sobre todo, en los artículos 109 y 110 de la Ley han de interpretarse y aplicarse en el sentido de reforzar lo más posible la potestad jurisdiccional; c). que, en todo

caso, el artículo 118 de la Constitución subraya y refuerza el papel colaborador y la obligación primordial de la Administración de cumplir voluntariamente las sentencias judiciales».

2.2.1 Bases constitucionales en la interpretación de la ejecución de sentencias

El derecho a la ejecución de sentencias ante las entidades públicas, conlleva, por tanto, una serie de consecuencias y garantías jurídicas y procesales, que eran y son las siguientes: el derecho a la ejecución de sentencias exige el cumplimiento de las mismas «en sus propios términos», pues, la *intangibilidad del fallo* forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (entre otras, SSTC 148/1989, 152/1990). Es decir, se trata de un derecho fundamental al cumplimiento de los mandatos que la Sentencia contiene, la realización de los derechos reconocidos en la misma o a la imposición incluso forzosa del cumplimiento de las obligaciones a las que condena.

Este derecho fundamental se satisface, también en su vertiente ejecutiva, con una resolución de fondo *razonada y fundada* en Derecho sobre la pretensión ejecutiva formulada por la parte, cualquiera que sea su signo (STC 205/1987). El obligado cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional se configura como un *derecho de carácter subjetivo incorporado al contenido del art. 24.1 C. E.*, donde los propios Tribunales *no pueden apartarse sin causa justificada*, «vinculación positiva», de lo previsto en el fallo de la Sentencia que debe ejecutarse (entre otras, SSTC 32/1982, fundamento jurídico 2.º; 15/1986, fundamento jurídico 3.º; 118/1986, fundamento jurídico 4.1; 148/1989, fundamento jurídico 2.º; 16/1991, fundamento jurídico 1.º).

Los Tribunales, en ese quehacer ejecutivo que constituye su potestad, pero también su deber, *tienen que adoptar todas las medidas oportunas* para llevar a efecto la ejecución, sin que puedan adoptarlas con *una tardanza excesiva o irrazonable* pues se consideraría lesionado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STC 26/1983), que si bien no se confunde con el derecho a la ejecución, se encuentra en *íntima relación con el mismo* (STC 155/1985). Además, el respeto al derecho a la ejecución de sentencia como manifestación de la efectividad de la tutela judicial, garantizada constitucionalmente, lo que exige no sólo es que se cumpla el fallo, la parte dispositiva de las sentencias, sino que el ganador consiga el restablecimiento pleno de su derecho, hasta la *restitutio in integrum*, en la cual se comprende la compensación por el daño sufrido (STC 69/1996). Lo expuesto no impide que cuando se acrediten razones de imposibilidad legal o material para ejecutar las sen-

tencias, el derecho subjetivo al cumplimiento de las sentencias, *pueda* verse colmado por un *cumplimiento sustitutorio equivalente* (STC 153/1992).

Este derecho a la ejecución de sentencias que se encuentra en el núcleo de la tutela judicial efectiva, en el incidente procesal de ejecución, *tiene un efecto expansivo*, de suerte que habilita a los recurrentes a comparecer como parte en el proceso de ejecución, *aunque no fueran litigantes en el proceso principal*, siempre que no hayan podido serlo en éste y aleguen un derecho o un interés legítimo y personal que pueda verse afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo. El artículo 110 de la Ley del 1956, legitimaba, no solo a las partes principales *sino a las partes interesadas* (STC 4/1985). Tal efecto expansivo, permite incluso que la pretensión ejecutiva sea ejercida por el *propio ejecutado*, esto es, *por la Administración*, cuando a instancia de la otra parte procesal, se admite judicialmente sustituir el cumplimiento del fallo por un equivalente prestacional fuera de los cauces de inejecutividad taxativamente ordenados (STC 219/1994).

Por otra parte, y dado que la ejecución forma parte de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 de la CE) son los propios Jueces y Tribunales los que deben resolver si sus decisiones se han cumplido correctamente, *no pudiendo permitir que tras dictarse sentencia se dicten autos que contradigan lo fallado* (SSTC 240/1998; 190/2004).

La *intervención del Tribunal Constitucional* ante supuestos en los que se invocara la vulneración del art. 24.1 de la CE por presunta inejecución total o parcial de lo fallado *queda limitada a corregir y reparar* las eventuales lesiones del derecho a la tutela judicial que tengan su origen *en la pasividad o desfallecimiento* de los órganos judiciales para adoptar las medidas necesarias que aseguren el cumplimiento de sus propios fallos (SSTC 167/1987, fundamento jurídico 2.º; 148/1989, fundamento jurídico 3.º).

Abierto un incidente de ejecución de sentencia, *no es posible resolver cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que éste no guarde una inmediata o directa relación de causalidad*, pues, de otro modo, no sólo se vulnerarían las normas legales que regulan la ejecución sino que podría resultar menoscabado, asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes procesales o de terceros (SSTC 125/1987, fundamentos jurídicos 4.º y 5.º; 167/1987, fundamento jurídico 2.º; 215/1988, fundamento jurídico 3.º; 148/1989, fundamento jurídico 4.º). Ahora bien, advertido en la sentencia un *error manifiesto y patente*, cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones, puede resolverse en incidente de ejecución sin que por

ello se considere vulnerado el derecho a la inalterabilidad de las resoluciones judiciales (STS 231/1991).

En fin, el Tribunal Constitucional, con su función de legitimación constitucional, dotó de validez constitucional la Ley de 1956, pero no ocupando el lugar del Legislador, sino llevando a cabo su esencial función de depurar el ordenamiento jurídico de voluntades legislativas opuestas al orden constitucional constituido. En el análisis de estas voluntades no solo se encuentra el derecho positivo, como el derecho «puesto» vigente nacido de la potestad legislativa, tal y como lo definiría Kelsen, sino también la oportuna y adecuada interpretación constitucional de leyes que habiendo nacido al albor de un anterior régimen político y jurídico, el Alto Tribunal les dotaría de validez constitucional, asentando aquella interpretación jurídica que deberían llevar a cabo los tribunales y demás poderes públicos vinculados al ordenamiento jurídico frente a un texto legal preconstitucional.

En esta imprescindible labor para la existencia de un Estado constitucional de Derecho, la ejecución de las decisiones judiciales adversas a los intereses de la Administración, en sí misma considerada, constituye una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución (art. 1), y que tiene su reflejo positivo dentro del propio Título Preliminar, exigiendo la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, cuya efectividad, en caso de conflicto, se produce por medio de la actuación del poder judicial, que finaliza con la ejecución de sus sentencias y resoluciones firmes.

En fin, difícilmente podría hablarse de la existencia de un Estado de derecho si dejáramos, el cumplimiento de la sentencias y resoluciones firmes, en manos de una decisión administrativa o política.

2.3 LA JUDICIALIZACIÓN DEL PROCESO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE 1985 Y EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1998

Se acaba de exponer que la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 supuso el otorgamiento de una nueva posición constitucional de los jueces y tribunales, muy particularmente en el ámbito de la ejecución de las sentencias en el orden contencioso-administrativo.

Esta nueva posición no solo provenía de ser los exclusivos protagonistas en la resolución de los conflictos de intereses que se presentaran ante sus instancias, mediante la aplicación correcta del Derecho, con independencia de quienes fueran los sujetos, públicos o privados, inmiscuidos en tal conflicto, sino algo mucho más importante, ser verdaderos responsables y por lo tanto, directores principales en la ejecución de la decisión tomada para resolver ese conflicto jurídico ante ellos planteados, y con independencia de que en el proceso judicial suscitado estuvieran representados y enfrentados intereses públicos frente a otros privados.

La Administración pública goza de una posición privilegiada en el contexto administrativo para la prestación de servicios públicos, así como para la salvaguarda objetiva de los intereses generales (presunción de validez, autotutela declarativa, autotutela ejecutiva, inembargabilidad de bienes...). Sin embargo, dicha posición de privilegio no puede ser mantenida cuando ella misma es parte en un proceso judicial. Sometida al Derecho y, por tanto, a la correcta voluntad de los jueces y tribunales en su misión de «decir» aquel, una vez condenada, a la Administración enjuiciada no le queda otra opción que cumplir con lo decidido judicialmente y para el caso de que no pudiera llevarse a efecto por razones materiales o legales existentes o sobrevenidas que lo hicieran imposible, una vez confirmada la irrealizabilidad por el órgano judicial competente, proceder a su satisfacción equivalente.

El Juez, por tanto, se convierte con la Constitución de 1978, como no puede ser de otro modo, en el garante del Estado de derecho, mediante el conocimiento, interpretación, resolución, decisión y ejecución de las resoluciones judiciales firmes, cualquiera que sea el sujeto sometido a su jurisdicción y competencia.

Para ello, esta sumisión de la Administración al Derecho, no puede nunca considerarse como mera «declaración platónica», como indica Enrique Serrano¹⁹³, sino que exige el arbitrar los medios que permitan su verificación práctica y efectiva. Es lo que verdaderamente constituye en sentido amplio la *justicia administrativa*. El Juez debe ser, por tanto, el «señor»¹⁹⁴ de la ejecución de las sentencias que se dictan en el ejercicio de su competencia. La judicialización del proceso de ejecución de sentencias legitimado y consagrado constitucionalmente, no puede tener fisuras, cualquiera que fuera el orden jurisdiccional y el sujeto público o privado que se enfrentará a la resolución judicial.

¹⁹³ SERRANO GIRADO, E., 1951, *RAP*, p. 143.

¹⁹⁴ Se utiliza la misma expresión que la empleada por MARTÍN DELGADO, I. (2005) en su obra *Función Jurisdiccional...*, op. cit. p. 203.

Esa potestad de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» institucionalizada en los jueces y tribunales constituye, además, un derecho y un verdadero deber para éstos, que no pueden desfallecer ni tener comportamientos conniventes ni pasivos ante incumplimientos directos o disimulados de las decisiones judiciales por parte de las Administraciones Públicas.

Los ya citados presupuestos constitucionales que garantizan un Estado democrático de Derecho, tuvieron reflejo en dos normas nucleares, en lo que a nuestro estudio nos interesa ¹⁹⁵, a saber: la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), con entrada en vigor el 3 de julio de 1985; así como la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), vigente desde el 1 de enero de 1999. Dispuso la Exposición de Motivos de la LOPJ, en su apartado primero:

«El artículo 1.º de la Constitución afirma que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

El Estado de Derecho, al implicar, fundamentalmente, separación de los poderes del Estado, imperio de la Ley como expresión de la soberanía popular, sujeción de todos los poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y garantía procesal efectiva de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan un emplazamiento constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la ley, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

El conjunto de órganos que desarrollan esa función constituye el Poder Judicial del que se ocupa el título VI de nuestra Constitución, configurándolo como uno de los tres poderes del Estado y encomendándole, con exclusividad, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan».

¹⁹⁵ Se tiene conocimiento, como ya se ha reflejado en esta tesis, que la LOE, en su artículo treinta y uno decía que: «La función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales y demás que establezcan las Leyes, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en la Ley orgánica de la Justicia, según su diversa competencia». Escasa fuerza normativa podría tener dicha Ley, en un contexto de un Estado autoritario, principalmente ejecutivo y administrativo, en cuanto instrumento de limitación del poder público y ejecutor de sentencias condenatorias frente a la Administración pública. Por ello, estima este investigador que el verbo utilizado por la norma «función jurisdiccional» es exactamente acertado, pues juzgar sin poder ejecutar, es simplemente eso, simple función (actividad pública estatalizada) y no potestad jurisdiccional. Nótese que tanto la CE de 1978, como la Ley Orgánica del Poder Judicial, como la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998, utilizan el término «potestad» y no «función».

Resulta oportunamente esclarecedor que el Legislador, expresando la necesidad de asegurar un Estado de derecho, en que el «imperio de la Ley» y la garantía liberal de la separación de poderes, quedaran claramente consagradas, expresara que la protección efectiva de los derechos subjetivos y las libertades públicas exigía la existencia de órganos del Estado que les permitieran» ejecutar y aplicar» el ordenamiento jurídico vigente, con imparcialidad e independencia.

Es pues la ejecución judicial el paso decisivo para constituir con las máximas garantías una Jurisdicción donde el Derecho quede claramente garantizado frente a voluntades, que refugiándose en lo público, no escondan nada más que una intención obstativa de no llevar a efecto la sentencia judicial. Y no debemos llevarnos a engaños, el mayor peligro de que esto ocurra deriva de comportamientos del propio poder ejecutivo así como de la Administración pública a cuyo servicio se encuentra, pues es en el orden contencioso-administrativo donde se halla el dilema de que sea el propio Estado el que se *autolimita* ¹⁹⁶.

No volveremos sobre los pasos ya dados en relación a la doctrina de la «división de los poderes» en el Estado tan extensamente expuesta en los apartados precedentes. Aquí solo habrá que advertir de la equivocada o al menos confusa concepción que de dicha doctrina liberal tuvieron los revolucionarios franceses, que no tuvieron otra misión que hacer primar la fuerza de la «voluntad popular» materializada en la Ley (más concretamente de lo decidido por el órgano de representación popular) y la ejecución de ésta por un órgano de gobierno «sujeto» a la nación «representada», consagrando una concepción limitante de las funciones de jueces y tribunales, que como se sabe, no podían, bajo pena de prevaricación, realizar funciones administrativas ni dictar medidas directas a los administradores públicos.

Esa concepción de la teoría de la separación de poderes (materialmente lo que suponía era crear una limitación infranqueable sobre el poder judicial pues el poder legislativo y ejecutivo estaban constitucionalmente confundidos, con una preeminencia del primero sobre el segundo) supuso más que una garantía para la libertad individual una excusa para evitar que la actividad pública pudiera estar controlada judicialmente. Esta torcida interpretación de la doctrina liberal no es la recogida por la LOPJ de 1985, a causa del influjo

¹⁹⁶ Utilizando la brillante expresión de JELLINEK, G. Vid: GARRIDO FALLA, F., 1951, *RAP*, p. 130. Dice Luis LACAMBRA Y LECAZ: «Podría decirse que el Estado de Derecho es el Estado que está sometido a la limitación inmanente por el Derecho positivo o a la limitación transcendente-inmanente por los derechos individuales, o a la limitación transcendente por el Derecho natural. La limitación por el Derecho positivo (...) es autolimitación». Cfr.: LACAMBRA Y LECAZ, L., 1951, *RAP*, p. 24.

constitucional del artículo 117.3 de la CE. Como ya tuvimos ocasión de comprobar, la separación de poderes exige un equilibrio de funciones estatales donde estos se hallen recíprocamente limitados, y por tanto, donde el poder ejecutivo, se encuentre bajo el control de quien constitucionalmente ha sido llamado a interpretar y ejecutar el Derecho, esto es, de los jueces y tribunales. Esta es la razón por la que García de Enterría y Ramón Fernández, considerarán al respecto que:

«toda la tradición histórica de separación de poderes ha quedado rota en nuestro contencioso-administrativo por el artículo 117.3 de la CE»¹⁹⁷.

La centralidad del juez en la fase de ejecución de sentencias es una garantía en el sometimiento de la Administración al Derecho, debiendo como dice De Soto, «inclinarse»¹⁹⁸ ante las resoluciones judiciales.

El sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho, produce un doble deber: por una parte, cuando ésta actúa como Administración activa, esto es, como prestadora de servicios públicos de interés generales debe hacerlo de acuerdo con las prescripciones que le exige el Ordenamiento Jurídico; y por otra, cuando siendo contenciosa su actuación, y sometiendo sus decisiones o inacciones a revisión judicial, decidido por los órganos judiciales que éstas se han apartado de lo exigido por la legislación vigente, aquella debe necesariamente cumplir con lo juzgado¹⁹⁹. Así, advierte Vicent C Aguado²⁰⁰ que:

«El principio de Estado de Derecho se limita fundamentalmente a vincular a la Administración, en lo que atañe al contenido de sus decisiones y al contenido de las leyes».

El artículo 117.3 de la CE, se anuda así, con los artículos 103.1 y 106.1 del mismo Texto Constitucional.

Cierto que todos los órdenes jurisdiccionales tienen como función juzgar y hacer cumplir lo juzgado (art. 117.3 CE), pero, como acertadamente expresa Bustillo Bolado²⁰¹ de entre todos ellos hay uno que, además, está específicamente diseñado para satisfacer otro contenido constitucional: el control de la actividad administrativa (art. 106.1 CE). Este orden es el contencioso-adminis-

¹⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 2000, p. 551. CHOLBI CACHÁ, F. A., y MERINO MOLINS, V., 2008, p. 33.

¹⁹⁸ CHOLBI CACHÁ, F. A., y MERINO MOLINS, V., 2008 p. 34.

¹⁹⁹ ARMANDO ALCUBILLA, E. y FERNÁNDEZ VALVERDE, R., 2007, p. 1194.

²⁰⁰ AGUADO I CUDOLÁ, V., 1998, *RAP*, p. 331.

²⁰¹ BUSTILLO BOLADO, R. O., 2011, *RAP*, p. 159.

trativo. a traducción legal de dichos preceptos se encuentra en el artículo 2.1 de la LOPJ, según el cual:

«El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales».

Igualmente, tiene su reflejo en el artículo 17.2 de la LOPJ, que dispone:

«Las Administraciones Públicas, las autoridades y funcionarios, las corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y las demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes».

En el sentido del precepto transcrito, es interesante la reflexión de Beltrán de Felipe, que asumiendo la argumentación de Chevellier, afirma que el cumplimiento de la sentencias por parte de la Administración Pública, supone el encuentro en el marco de las reglas constitucionales del principio de legalidad, del sometimiento de aquella al Derecho junto con el control judicial de las actuaciones administrativas; una triada que constituye el *equilibrio constitucional*²⁰² entre el poder ejecutivo y el poder judicial.

Por último, el reflejo del mandato constitucional sobre la potestad jurisdiccional ejecutiva se encuentra asumido también, en el artículo 18 de la misma Ley Orgánica, que dice lo siguiente:

«1. Las resoluciones judiciales solo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes.

2. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Solo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización.

3. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho de gracia, cuyo ejercicio, de acuerdo con la Constitución y las leyes, corresponde al Rey».

El estudio del apartado segundo del anterior precepto legal, nos demuestra que el cumplimiento de una sentencia y, por tanto, su ejecución es una ac-

²⁰² BELTRÁN DE FELIPE, M., 1995, p. 173.

tividad netamente judicial en donde las decisiones judiciales no pueden suspender sus efectos salvo por la vía de los recursos legalmente establecidos; que las sentencias crean una realidad jurídica intangible para futuro, efecto que no solo deriva de la síntesis decisoria concentrada en su parte dispositiva (fallo) sino también por lo razonado argumentalmente que lleva adoptar dicha decisión; que le corresponde al propio juzgador llevar a efecto lo que haya decidido para resolver el conflicto de intereses, y para ello deberá adoptar todas las medidas necesarias que garanticen la efectividad de lo ejecutado; y que en caso de imposibilidad de adecuar la realidad judicial decidida a la realidad material o legal existente en el momento de hacer efectiva la resolución, podrá acordarse una indemnización reparadora del derecho subjetivo a la ejecución. La judicialidad de la ejecución de sentencia que exige el artículo 18.2 de la LOPJ, supone de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo²⁰³:

«la exclusividad de la competencia de Jueces y Tribunales para hacer ejecutar lo juzgado, debiendo haber identidad entre lo juzgado y lo ejecutado...sin que se pueda acudir a una prestación sustitutoria aunque se repute equivalente, a menos de que el cumplimiento natural de sus propios términos no resulte posible, imposibilidad que..., hay que interpretar en su sentido más restrictivo y en términos de imposibilidad absoluta (absoluta imposibilidad física o evidente imposibilidad jurídica de cumplir el fallo)». (La cursiva es nuestra).

Pero el Tribunal Supremo, va más allá de centrar la ejecución de sentencias en un mero asunto de función judicial, subrayando que el deber de cumplimiento de las sentencias supone un «interés» que trasciende incluso al de las propias partes en conflicto. Así dispone que:

«El derecho a la ejecución de la sentencia no puede concebirse únicamente como un derecho del particular interesado en la ejecución (protegido como derecho fundamental por el ya mencionado artículo 24.1 de la Constitución, sino que es también un esencial interés público el que está implicado e interesado en ello como fundamento del Estado de Derecho que demanda que se cumplan las sentencias de los Tribunales, y que se cumplan en sus propios términos)». (La cursiva es nuestra).

Ahora bien, no podemos obviar lo que dicho precepto (art. 18 *in fine* de la LOPJ) prevé como posibilidad, y es que el Gobierno expropie los derechos reconocidos en una sentencia judicial antes de su ejecución por causa de utilidad pública o interés social, con la correspondiente indemnización que se será

²⁰³ STS de 5/4/2001, rec. 3655/1996. Igualmente, siguen la misma doctrina, entre otras: STS de 15 de febrero de 2001, rec. 5523/1995; STS de 30 de enero de 2001, rec. 5722/1999.

fijada por el Juzgador por vía incidental (de ejecución). Dicho precepto consagra una intromisión del poder ejecutivo en la potestad jurisdiccional que ha de ser considerada ilegítima por eventualmente ser inconstitucional²⁰⁴.

Esta facultad expropiatoria que se le otorga al Gobierno, en base a conceptos jurídicos indeterminados, como son los de «utilidad pública» o «interés social» abre la puerta a una suerte de discrecionalidad gubernativa que desborda las funciones que la Constitución le reserva al Gobierno de la nación (art. 97 de la CE) y a la propia Administración Pública (art. 103.1 de la CE), y por otra parte, supone una limitación excesiva de la potestad jurisdiccional reconocida en el artículo 117.3 de la CE y un orillamiento de lo previsto en el artículo 106.1 de la CE donde, de nuevo, son los tribunales los encargados de velar por la legalidad de la actuación administrativa, decidiendo además, si ésta se halla justificada de acuerdo con los fines que persigan. En este contexto, el Gobierno carece de espacio para penetrar en la esfera de la potestad jurisdiccional, a no ser que lo haga a pesar y en perjuicio de la misma.

La fase de ejecución de sentencias es una fase procesal exclusivamente atribuida al poder judicial, y si al titular del poder ejecutivo se le permite entrar en aquella, en base a conceptos «imprecisos» o «cuyos contornos» no se encuentran previamente delimitados²⁰⁵, para privar a la parte ganadora de un pleito del derecho reconocido en sentencia, se estará sustrayendo al poder judicial de una competencia propia y exclusiva, como es la de decidir mediante incidente de ejecución las vicisitudes que se producen en el cumplimiento de las sentencias, amén de desvirtuar la institución de la expropiación forzosa²⁰⁶.

Para García de Enterría²⁰⁷ el precepto transcrito estaba viciado de inconstitucionalidad por cuanto que ampliaba ilimitadamente las causas de in ejecu-

²⁰⁴ PIÑAR MAÑAS, J. L., 1987, *Documentación Administrativa*, p. 148. Igualmente, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1992, pp. 130-133.

²⁰⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1996, pp. 134-135; 221-226; BELTRÁN DE FELIPE, M., 1995, p. 278; SAINZ MORENO, F., 1976, p. 70: «Un término es indeterminado cuando no tiene límite preciso, cuando no traza sobre la realidad a la que se refiere una línea clara», citado en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996): *Democracia, Jueces...*, nota al pie 7, p. 221. Puede leerse aquí: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php

²⁰⁶ CHOLBI CACHÁ, F. A., y MERINO MOLINS, V., 2008, p. 38.

²⁰⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1992, pp. 121-125; FONT I LLOVET, T., 1985, pp. 184-194. Debemos manifestar brevemente que se discutió doctrinalmente si el artículo 105.2 de la Ley de 1956, había sido derogado por el artículo 18.2 de la LOPJ. El Consejo de Estado en su Dictamen de 23 de diciembre de 1986 ya analizado, así como el Tribunal Supremo (vid. Auto de 18 de noviembre de 1986), declararon que no. La situación llevó a la necesidad de compatibilizar ambas regulaciones y, en consecuencia, vigentes las causas del párrafo 2 del artículo 105 de 1956, podía concluirse que la LOPJ introdujo una nueva posibilidad: junto a la suspensión total o parcial del fallo, a su inejecución también total y parcial, se añadía la expropiación de los derechos reconocidos en la sentencia, que en realidad vendría a ser una modalidad de inejecución, siendo nota común en todos los casos la ejecución en el equivalente. Sobre los problemas que constituían ambos preceptos puede leerse: GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.;

ción y suspensión de la ejecución de sentencias, conteniendo una cláusula abierta por motivos de utilidad pública o interés social, lo que contravenía la propia doctrina del Tribunal Constitucional, en la que se había establecido que las limitaciones a derechos fundamentales debían ser interpretadas de forma restrictiva.

Frente a las expuestas (y no admisibles) fisuras en un Estado democrático de Derecho, se ha de afirmar que la LJCA de 1998, marca claramente una nueva etapa²⁰⁸ en nuestro Derecho administrativo y por tanto, en el régimen de garantías judiciales en el control de la voluntad de las entidades públicas. Con la nueva regulación contenida en la misma se ha culminado el proceso de judicialización de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas, cuyo inicio se produjo con la doctrina que el Tribunal Constitucional introdujo a partir de 1982²⁰⁹ (STC 32/1982, de 7 de julio) y que puede considerarse prácticamente cerrada hasta la entrada en vigor de la citada norma procesal. La Exposición de Motivos de la propia LJCA de 1998, pone de manifiesto lo que decimos, la culminación de un proceso de judicialización de un orden cuya potencialidad debe ser reforzada por ser la única que tiene como principal objeto controlar la legalidad de los actos nacidos del poder público ejecutivo. En este sentido, exponía el Legislador:

«La Jurisdicción Contencioso-administrativa es una pieza capital de nuestro Estado de Derecho (...) Sobre todo desde que la Ley de 27 de diciembre de 1956 la dotó de las características que hoy tiene y de las atribuciones imprescindibles para asumir la misión que le corresponde de controlar la legalidad de la actividad administrativa, garantizando los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la Administración. (...) Sin embargo, las cuatro décadas transcurridas desde que aquella Ley se aprobó han traído consigo numerosos y trascendentales cambios (...), Sólo a raíz de la Constitución de 1978 se garantizan en nuestro país plenamente los postulados del Estado de Derecho y, entre ellos, el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, el sometimiento de la Administración pública a la ley y al derecho y el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa por los Tribunales (...) Además, la jurisprudencia, tanto constitucional como contencioso-administrativa, ha extraído de los principios y preceptos constitucionales otras muchas reglas, que imponen determinadas interpretaciones de dicha Ley, o incluso sostienen potestades y actuaciones judicia-

GARBERÍ LLOBREGA, J., y GONZÁLEZ-CUELLAS SERRANO, N., 1992, p. 560; RUIZ OJEDA, A., 1993, p. 36; LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., 1993, p. 420; BELTRÁN DE FELIPE, M., 1995, p. 357; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 1997, p. 649; REQUERO IBÁÑEZ, J. L., 2005, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, p.40.

²⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y otros, 1998, *RAP*, p. 17.

²⁰⁹ MARTÍN CONTRERAS, L., 2000, *Actualidad Administrativa*, pp. 1085 y ss.

les no contempladas expresamente en su texto. (...) En virtud de estas premisas, la reforma es a la vez continuista y profundamente renovadora. *Continuista porque mantiene la naturaleza estrictamente judicial que la Jurisdicción Contencioso-administrativa ya tenía en la legislación anterior y que la Constitución ha venido a consolidar definitivamente; porque mantiene asimismo el carácter de juicio entre partes que el recurso contencioso-administrativo tiene y su doble finalidad de garantía individual y control del sometimiento de la Administración al derecho, y porque se ha querido conservar, conscientemente, todo aquello que en la práctica ha funcionado bien, de conformidad con los imperativos constitucionales».* (Las cursivas son nuestras).

Esa voluntad del Legislador de judicialización de todas las fases procesales, se incorpora también para la fase de ejecución de sentencias, donde se subraya la importancia del cumplimiento de éstas, manifestado que:

«La Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, *desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo.* El punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, *que la Constitución prescribe, y en la potestad de los órganos judiciales de hacer ejecutar lo juzgado, que la propia Constitución les atribuye. Prescripciones que entroncan directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos. La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas.*

(...) Dos novedades importantes completan este capítulo de la Ley. *La primera se refiere a la posibilidad de extender los efectos de una sentencia firme en materia de personal y en materia tributaria a personas distintas de las partes que se encuentren en situación idéntica.* Aun regulada con la necesaria cautela, la apertura puede ahorrar la reiteración de múltiples procesos innecesarios contra los llamados actos en masa. La segunda consiste en otorgar al acuerdo de conciliación judicial la misma fuerza que a la sentencia a efectos de ejecución forzosa, lo que refuerza el interés de la Ley por esta forma de terminación del procedimiento». (Las cursivas son nuestras).

De la regulación de la ejecución de sentencias que contiene la LJCA de 1998, algunos autores han destacado dos premisas: la primera, que la nueva Ley se ha de interpretar con arreglo al significado que de mejor manera garantice la ejecución de las sentencias. La segunda, que la negativa al cumplimiento del fallo judicial supondría para el incumplidor la necesidad de justificar esta actuación sobre razones constitucionalmente defendibles, y la ausencia de cualquier justificación en este sentido determinaría la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el deber de quien ha de otorgar

dicha tutela de adoptar las medidas legales pertinentes para el restablecimiento del derecho fundamental conculcado²¹⁰.

Tras la LJCA de 1998, se traduce a nivel legal, la doctrina constitucional que desde la STC 62/1984, se venía perfilando: los Tribunales ya no solo fiscalizan el cumplimiento de las sentencias que dicten, quedando como meros espectadores²¹¹ de su ejecución con poderes más bien simbólicos de impulso y supervisión. Ahora, es el Juez quien ostenta una auténtica potestad para ejecutar lo decidido judicialmente, y en esta acción judicial, el juzgador deberá adoptar frente a voluntades obstativas, todas las medidas oportunas a su alcance.

Por ello, en la sentencia anteriormente señalada, el TC viene a señalar que las «medidas de ejecución son dictadas por los Tribunales, no solo «con la intensidad necesaria» sino también con la intensidad «legalmente posible». Esa intensidad legalmente posible en la adopción de las medidas ejecutivas, traídas por la LJCA de 1998, que impone su «normalización»²¹² como orden jurisdiccional, como un sistema cerrado de garantías judiciales frente al poder público, tiene un único límite constitucional: no poder en el ejercicio de dicha potestad invadir competencias administrativas, ni ejercer potestades de otros órganos constitucionales. Dichos límites, según García de Enterría, se hallan dibujados por el Derecho administrativo, impidiendo que, por defensa de la legalidad vigente, el juez pueda sustituir con su personal criterio a cualquier autoridad pública o administrativa.

Por ello, nos sigue insistiendo el autor citado, que el control judicial de la Administración no puede hacerse de cualquier forma, sino que debe hacerse de forma «positiva», con un profundo conocimiento del Derecho Administrativo y, por tanto, de los instrumentos que la jurisdicción contenciosa-administrativa les dota para llevar a afecto sus propias decisiones judiciales, desde su posición constitucional. De esta forma, la LJCA de 1998 ha convertido el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en un orden sujeto a una verdadera potestad judicial, con la misma potencialidad ejecutiva que otros órdenes jurisdiccionales.

En este juego de poderes estatales, el Juez constitucional es «señor absoluto» de la ejecución de sus sentencias firmes, y la Administración pública, sujeto de Derecho Público sometida a Ley y al Derecho, y, por tanto, al cumplimiento de las sentencias que la condenen. En este proceso, la Administración pública no interviene como poder público en el ejercicio de competencias públicas sino como sujeto colaborador con la Justicia legal, compelida con un deber, desde

²¹⁰ BAENA DE ALCÁZAR, M.; BASSOLS COMA, M., y ALCABAR LÓPEZ, J., 1999, p. 672.

²¹¹ ARMANDO ALCUBILLA, I., 1987, *REDA*, p.76.

²¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1987., p. 8.

luego de ética y moralidad pública, pero sobre todo por una obligación constitucional: cumplir con las sentencias judiciales firmes que la condenen sin retrasos injustificados ni distracciones disimuladas, pues como afirmaba Borrajo Iniesta, esto supondría un auténtico «cáncer del Estado de Derecho»²¹³.

La judicialización del orden contencioso-administrativo y su fase de ejecución es, por tanto, donde radica la mutación introducida por la LJCA de 1998 en el sistema jurídico-procesal de este orden jurisdiccional, y donde, como luego se verá, el Juez es protagonista imprescindible.

2.4 EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD Y RESPONSABILIDAD JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS.

2.4.1 La posición del Juez y de la Administración pública ante la ejecución de sentencias contencioso-administrativas. Unas reflexiones de la praxis forense

El Dictamen del Consejo de Estado de 26 de diciembre de 1986, lo expuso gráficamente:

«El artículo 117.3 de la Constitución refleja el principio de exclusividad jurisdiccional, con una doble proyección, a saber: la prohibición a cualquier otro órgano o autoridad de asumir funciones encomendadas al Poder Judicial, y el deber de los Jueces y Tribunales de ejercer la potestad jurisdiccional en toda su extensión (sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1981, Fundamento Jurídico undécimo). El sistema de ejecución de sentencias regulado por los artículos 103 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa resultaría contrario a la Constitución en el caso de sustraer al Poder Judicial el conocimiento de la ejecución de las sentencias y de, eventualmente, la modalidad y consecuencias de la inejecución».

En este mismo sentido, se pronunció el Tribunal Supremo en el Auto de 18 de noviembre de 1986, recaído en el recurso 214/1985, en el que indicó:

«A partir de la Constitución, los Tribunales dejan de limitarse a fiscalizar, promover o activar la ejecución de sus sentencias (arts. 8 y 110) *para hacerlas ejecutar directamente*, es decir, por potestad propia inherente a la función juris-

²¹³ ARMANDO ALCUBILLA, I., 1987, p. 69. En la misma página en la nota al pie número 1 puede leerse los múltiples trabajos realizados en torno al incumplimiento de las sentencias por parte de la Administración pública.

dicional. En lo contencioso-administrativo, pues, *la incidencia del encargo constitucional es mayor y más radical que en los demás órdenes jurisdiccionales* e invierte el planteamiento tradicional reflejado en el 103 de la Ley reguladora... La Constitución, desde una perspectiva democrática, completa y consolida la judicialización iniciada casi un cuarto de siglo atrás. En consecuencia, desde 1978, la Administración no puede ejecutar nuestras sentencias, sino que debe simplemente cumplirlas, como establece el artículo 118 de aquella, y prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. El artículo 103 sólo tiene sentido actualmente si se entiende que se limita a concretar tal deber de cumplir a cargo de la Administración, sin atribuirle en ese aspecto potestad alguna...» (la cursiva es nuestra).

El reflejo del artículo 117.3 de la CE en el ámbito de la norma procesal infraconstitucional del orden contencioso-administrativo, se percibe en el artículo 103 de la LJCA de 1998. Su misión es acabar con las «zonas grises» que siempre había empañado una judicación que no podía cerrar el círculo para constituirse como una jurisdicción plena. En este sentido recordaba el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de abril de 2000²¹⁴, que *el artículo 117 de la CE, entrega al poder judicial no sólo la declaración de lo que era derecho, sino también el imperio para hacerla efectiva hasta sus últimas consecuencias*. Insistía en que la propia LJCA de 1998 recogía ya la síntesis de todo lo anterior en el art. 103, y lo plasma en su Exposición de Motivos.

A partir de la LJCA de 1998, los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo gozan de verdadera potestad jurídico-procesal. Sin embargo, la citada potestad conlleva, conjuntamente también, una auténtica responsabilidad y, por tanto, un verdadero deber, que no es sino no desfallecer, en palabras del TC, en conducir a término el proceso judicial, que como se sabe no finaliza con la fase declarativa sino que exige de la fase ejecutiva o ejecutoria, si no se produce un cumplimiento voluntario de la sentencia dictada, no pudiendo aquellos²¹⁵ ser conniventes con la conducta ilícita de la Administración. Y es de tal intensidad ese deber de los órganos jurisdiccionales en su labor de hacer ejecutar el fallo, que serían ellos y no la actuación de la Administración, los que lesionarían el derecho subjetivo a la ejecución de sentencia como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Al respecto el TC²¹⁶, consagra que:

«Si tales medidas no se adoptan con la intensidad necesaria –y legalmente posible– para remover la obstaculización producida, el órgano judicial vulnera

²¹⁴ STS 2/4/2000, rec. 4118/1998.

²¹⁵ STS 16/3/2016, rec. 1797/2015.

²¹⁶ STC 67/1984, de 7 de junio.

el derecho fundamental a la ejecución de las Sentencias, que le impone –como antes decíamos– el deber de adoptar las medidas oportunas para llevarla a cabo. Por otra parte, tales medidas han de adoptarse sin que se produzcan dilaciones indebidas, pues de otra forma se vulneraría el art. 24.2 de la Constitución» (la cursiva es nuestra).

Por tanto, es claro que el principio de exclusividad jurisdiccional atribuye a jueces y tribunales una responsabilidad constitucional (art. 117.3 de la CE) y legal (arts. 103.1 de la LJCA; 2.1 y 18.2 de la LOPJ) que se traduce en *hacer llevar* a término las resoluciones judiciales que se dicten en el orden contencioso-administrativo, y para ello se les dota de una potestad instrumental. Por un parte, *genérica* pero sujeta a un juicio de proporcionalidad, contradicción y necesidad, que es el adoptar «las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado», y por otra *específica*, máxima y tasada, como es la imposición de multas pecuniarias personales o, en su caso, la deducción de testimonio penal por desobediencia judicial.

Es por ello, y sin que nos ocupemos ahora de lo que se analizará más adelante, que el artículo 103 de la LJCA se halla en conexión con el artículo 112 del mismo cuerpo legal. Y se dice esto por cuanto que, en el proceso de ejecución de sentencias, el primero es el punto de salida y el segundo es el punto de llegada. Todo ello, sin perjuicio de las medidas judiciales que pueda adoptar el Juez en atención a la concreta obligación consignada en la sentencia (arts. 106, 107 y 108 de la LJCA).

Todo parte del artículo 103 y, en su caso, todo termina en la obligación de llevar a término lo decidido en sentencia, de acuerdo con lo fijado en el artículo 112. En medio de estos dos preceptos, que abren y cierran el sistema judicial de ejecución de sentencias en el orden contencioso-administrativo, se encuentran las actuaciones procesales de: determinar la necesidad de si la sentencia se ha cumplido²¹⁷ (cuestión que en la práctica se deja en manos del demandante/ejecutante bajo el criterio del juzgador ejecutivo); se resuelve si existen problemas que afecten al cumplimiento de las sentencias en los términos consignado en ella (incidente de ejecución/imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia); se procede a especificar las medidas particulares de ejecución forzosa que puede activar el Juzgador a instancia del ejecutante, en

²¹⁷ El TS hacía tiempo que venía manteniendo que era competencia exclusiva de los tribunales la declaración de cumplimiento del fallo por la Administración (sentencia de 25 de noviembre de 1961, reiterando la antigua jurisprudencia en la que –sentencia de 20 de diciembre de 1897– se afirmaba como principio de derecho que la declaración de estar cumplida una sentencia corresponde al Tribunal que la dictó, así como corregir y enmendar las extralimitaciones que en su cumplimiento hubieran podido cometerse).

atención a la naturaleza de la obligación determinada en sentencia (obligación de pagar, de dar, de hacer y no hacer) cuando ha transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario y se aprecia una voluntad pasiva o reticente en cumplir con la sentencia. Las medidas mencionadas no son para compeler o mover a los responsables públicos a ejecutar las sentencias, sino que se perfeccionan como medidas tendentes a llevar a término la ejecución por instrumentos indirectos o sustitutivos de la obligación sentenciada.

Por ello, podemos decir que estas medidas (arts. 106, 107 y 108 de la LJCA) son medidas de carácter *objetivo*, por cuanto que su fin y su objeto es la satisfacción de la obligación fijada en el título judicial. Sin embargo, las medidas de cierre previstas en el artículo 113 de la LJCA, se configuran como medidas de carácter *subjetivo*, por cuanto que van dirigidas a compeler o a doblegar el ánimo del sujeto que debe proceder al cumplimiento de la sentencia (normalmente medidas que se toman en incumplimiento de obligaciones personalísimas o no siéndolos se acredita un comportamiento «rebelde, tenaz y manifiesto»²¹⁸ en cumplir con la sentencia).

²¹⁸ Muy clara y contundente fue la sentencia de 30 de enero de 1996 (rec. 1688/1994) que al respecto dictó la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ante la negativa de los miembros políticos de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento Formentera, de cumplir con la sentencia contenciosa-administrativa dictada en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, tras haber agotado por aquellos todas las instancias judiciales con el propósito de no otorgar licencia urbanística a la entidad mercantil «F. Club, S. A.», y de haberse acreditado la disimulada y dilatoria voluntad de no cumplir con la obligación de otorgarla conforme lo decidido por los Tribunales competentes. La Sala de lo Penal, en la sentencia dictada manifiesta lo siguiente sobre la desobediencia judicial: «Nada hay más contrario a la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho consagrado en España por nuestra Ley Fundamental que la pretensión de los administradores o gobernantes según la cual el origen electivo de sus cargos les legitimaría para eximirse del control jurisdiccional o para rechazar las pretensiones de los demás ciudadanos que los Tribunales han declarado legítimas. (...) en un Estado de Derecho el control jurisdiccional de la actuación administrativa se ejerce ordinariamente sobre decisiones emanadas de órganos dotados de la legitimidad otorgada por el principio de representación, (Ayuntamientos, Gobiernos Autónomos, Gobierno de la Nación) directa o indirectamente, por lo que la pretensión de que dicha legitimación faculta para oponerse a la ejecución de lo judicialmente resuelto no solamente vaciaría de contenido la Jurisdicción Contencioso-Administrativo y el propio mandato del art. 106 de la C. E. sino que es radicalmente contraria al conjunto de valores y principios que integran nuestro sistema constitucional, reflejados en los preceptos constitucionales anteriormente relacionados. *En consecuencia, una causa de justificación como la que aquí se postula choca frontalmente con nuestro sistema constitucional, basado en el sometimiento del Poder al Derecho.* (...) En el caso actual la supuesta creencia invencible sobre la legitimidad de la actuación de los condenados se pretende fundamentar, como se ha expresado, en una causa de justificación cuya radical incompatibilidad con el ordenamiento jurídico hace absolutamente inverosímil su asunción por quienes ocupan cargos públicos representativos y son mínimamente conocedores de nuestro sistema constitucional: *todos los cargos municipales están familiarizados con el funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativo y conocen suficientemente que su representatividad como cargos electos no les faculta a desobedecer los mandatos jurisdiccionales. Afirmar lo contrario constituiría un caso de ceguera jurídica, es decir no de desconocimiento sino de deliberada falta de reconocimiento del ordenamiento jurídico.* (...) La sentencia relata como ante el dilema de escoger entre la ejecución de una sentencia que contenía un mandato claro y explícito que el Ordenamiento constitucional, orgánico y procesal les obligaba a cumplir, y la inexecución de la misma siguiendo el criterio de la mayoría de los vecinos, del propio Consistorio

Por tanto, desde esta perspectiva, el Juzgador satisface el derecho a una efectiva tutela judicial, cuando activa *todos* los medios a su alcance para que el cumplimiento del fallo quede satisfecho. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de abril de 1983²¹⁹, ordenó que:

«el derecho a que se ejecuten los fallos judiciales que reconocen derechos propios solo se satisface cuando el órgano judicial adopta las medidas oportunas para llevar a efecto esa ejecución».

Ahora bien, esto no indica que la Constitución ni la LJCA atribuya al poder judicial la ejecución material de lo juzgado, pues describe su potestad como «haciendo ejecutar» lo juzgado, ni la función ejecutiva constitucionalmente diseñada (art. 97) es ajena a la función administrativa de ejecución, como describe el artículo 103 de la Ley Jurisdiccional. Es, por tanto, el Juzgador clave de bóveda en el sistema de ejecución de sentencias diseñado por la LJCA de 1998, que no es más que la recepción de los postulados de un Estado constitucional de Derecho. Esta es la incidencia que el principio de exclusividad jurisdiccional tiene sobre el principio de legalidad. El único poder que no goza de legitimación democrática directa, el poder judicial, se inviste de éste siendo el garante y cumplidor del principio de legalidad, que exige «hacer ejecutar lo juzgado» con la intensidad legalmente posible. Es la única forma *real* de someter al «Poder al Derecho».

A) La inmutabilidad del fallo judicial. La obligación judicial sobre lo juzgado.

Sea lo que fuere lo que se plantee en la fase de ejecución, como ya tendremos ocasión de analizar, el pronunciamiento judicial posterior no podrá apartarse de lo decidido en la sentencia²²⁰, pues como dice el Tribunal Supremo

y de los responsables políticos, los acusados optaron consciente y voluntariamente por esta última posición, desobedeciendo el mandato judicial de un modo que la propia sentencia impugnada califica de «*rebelde, tenaz y manifiesto*». *No hay, en consecuencia, error sino opción libre y voluntaria por la decisión políticamente más popular aun cuando se transgrediese conscientemente el Ordenamiento Jurídico*» (las cursivas son nuestras).

²¹⁹ STC 26/1983 de 13 de abril.

²²⁰ Decía el Auto de 2 de diciembre de 1991 del TS, num 3.504: «Hemos de dar, ante todo, por reproducidos los acertados razonamientos del Auto recurrido, pues las pretensiones deducidas por quienes lo impugnan no podían –ni ahora pueden– ser estimadas, en la medida en que, en fase procesal de ejecución de Sentencias, no es posible obtener un pronunciamiento que de algún modo se aparte o exceda de lo expresamente establecido en el fallo que es objeto de aquella, que es lo que los recurrentes pretendían con el designio de invalidar de hecho el nuevo acuerdo del Ayuntamiento con la promoción del incidente, como tampoco es procesalmente válido que en esa fase se puedan impugnar decisiones de la Administración posteriores a la firmeza de repetida sentencia que difieran en su motivación de la que contiene la que ya fue definitivamente revisada en el proceso anterior, sin que, previamente, se agote respecto de las mismas

en sentencia de 13 de junio del 2006 (rec. 577/2003), reiterada el 12 de noviembre de 2013 «sería (como) romper la inmutabilidad del contenido del fallo que se ejecuta, revestido del efecto de cosa juzgada, y se rompería la exacta correlación entre lo resuelto y lo ejecutado». Para evitar eso, en la misma sentencia citada, el Tribunal Supremo sistematiza en qué consiste la inmutabilidad del fallo por parte de la decisión judicial ejecutiva posterior, subrayándose que la propia sentencia tiene como principal misión clarificar qué integra la ejecución de la sentencias en sus propios terminos, sin que se puedan introducir nuevas cuestiones por no deducidas y resueltas. En este sentido, recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene como principal objetivo que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia propia que el ordenamiento jurídico les reconoce, lo que exige su ejecución en sus propios términos y que en dicho camino de cumplimiento, no se alteren éstos, es decir, que se respete su firmeza y la intangibilidad de las situaciones jurídicas por ella declaradas. Esto exige no poder resolver, en fase de ejecución, cuestiones no planteadas en el plenario judicial que le sirve de presupuesto, si no guardan relación directa o indirecta con el fondo del asunto. Por último, en este capítulo de determinación del contenido del derecho a la ejecución de las sentencias en sus términos e intangibilidad de sus determinaciones, la cosa juzgada vendría configurada por el fallo y su fundamento determinante, lo que hace imprescindible el relato fáctico y jurídico que le sirve de base.

2.4.2 El deber de colaboración y cumplimiento de la Administración pública

A) Alcance general del deber de colaboración.

Se acaba de decir que en un Estado constitucional de Derecho la potestad jurisdiccional se debe traducir en un deber legal de jueces y tribunales en su misión de cumplir con lo mandado en sus resoluciones judiciales. En este contexto garantista, la Administración, en el diseño normativo de ejecución de sentencias contencioso-administrativas, pierde su posición de privilegio, y deja de estar facultada para estar obligada a cumplir con las sentencias, de-

la vía administrativa.». Esa misma doctrina se ha mantenido hasta nuestros días: «La única finalidad perseguida radica, estrictamente, en el aseguramiento de la inmutabilidad del contenido de la parte dispositiva del título objeto de la ejecución, evitando, de este modo, que una actividad jurisdiccional ejecutiva inadecuada pueda «adicionar, contradecir» o «desconocer» aquello que, con carácter firme, haya sido decidido con fuerza de cosa juzgada en el proceso previo de declaración» (STS 27/5/ 2008, rec. 2648/2006; STS 15/2/ 2001, rec. 2836/ 1999; STS 8/9/ 2014, rec. 2467/2013, entre otras).

biendo ofrecer toda la colaboración necesaria para ello. El artículo 103.2 de la LJCA determina la regla general de cumplimiento y lo hace sin distinción alguna, manifestando que:

«Las *partes* están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignan».

No hay distinción de quiénes sean «las partes» procesales. Con independencia de quiénes sean los sujetos de la relación jurídico-procesal, públicos o privados, están obligados a cumplir con lo decidido por el tribunal sentenciador. Y es que, en caso contrario, el precepto chocaría con lo ordenado constitucionalmente (arts. 103.1; 106.1; 118 de la CE) y con lo preceptuado orgánicamente (art. 17 de la LOPJ). Si el órgano judicial se halla limitado en su potestad jurisdiccional a lo decidido en la sentencia, no pudiendo ir más allá, en fase de ejecución, si no guarda relación directa con la necesidad de llevar a puro término la misma o al menos de satisfacer la pretensión del ejecutante de la forma más adecuada posible, la Administración demandada, por su parte, se encuentra vinculada «positivamente y negativamente»²²¹ en su actuación posterior a lo decidido judicialmente. La posición que ostenta la Administración pública en el proceso contencioso-administrativo se circunscribe al deber de cumplimiento material de la sentencia por sus propios medios. Reflejo legal de su posición constitucional (art. 103 de la CE). La Administración cuando adopta las actuaciones precisas para el cumplimiento del fallo, se halla bajo la tutela de los tribunales; y no solo por los actos administrativos o las disposiciones reglamentarias que pudiera dictar, sino incluso por las propias normas con rango de Ley que se aprobaran, ya que podrían padecer un vicio de inconstitucionalidad²²², si se dictaran con la finalidad de eludir el fallo. La Administración condenada, por tanto, está obligada a llevar a término la sentencia, haciendo lo que el título judicial manda (vinculación positiva) o evitando hacer lo que el título prohíbe (vinculación negativa). En todo caso, la Administración está obligada a prestar la colaboración necesaria para el cumplimiento de las sentencias judiciales. Estos dos efectos, son llamados por Isaac Martín: «efecto ordenatorio y efecto preclusivo». Dice el autor²²³:

«El primero haría referencia a la “orden” contenida en la resolución judicial, a la concreta obligación que para la Administración se desprende del fallo; por ello, es consecuencia del contenido de la sentencia. El segundo, por su parte,

²²¹ MARTÍN DELGADO, I., 2005, pp. 135-158; vid. PÉREZ ANDRÉS, A. A., 2000, pp.115-212; 248-275.

²²² MARTÍN DELGADO, I., 2005, pp. 135-158; vid. PÉREZ ANDRÉS, A. A., 2000, pp.115-212; 248-275.

²²³ MARTÍN DELGADO, I., 2005, pp. 136-137

guardaría relación con la “prohibición” de la actividad administrativa, con lo que la Administración no puede hacer, no por respeto al contenido ordenatorio de la sentencia, sino por respeto a la sentencia misma; es, pues, exigencia del ordenamiento, que impide que se prive de eficacia a una resolución judicial y se contradiga su contenido».

La Administración, en virtud de dichos efectos deberá ajustar su comportamiento posterior a lo decidido en el fallo. En la práctica, dejando a parte lo que se ha venido a llamarse «sentencias autoaplicativas» o meramente declarativas, es decir, aquellas que anulan disposiciones y por tanto, no requieren de una actuación posterior de la Administración, salvo los «actos de la Administración» para reordenar internamente los efectos producidos por la disposición anulada; en la práctica forense, una vez notificada la sentencia firme²²⁴ y recibida la diligencia de ordenación del Juzgador donde se especifica la obligación de cumplir con la sentencia, que se practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo, se indique el órgano responsable del cumplimiento, la Administración debe proceder, de manera inmediata, a orientar sus recursos al cumplimiento de la decisión judicial, lo que prácticamente nunca sucede.

A partir de ese momento (diez días para la comunicación de recepción de la sentencia y dos meses de cumplimiento voluntario, en su caso, de acuerdo con el art.104 de la LJCA), la Administración no actúa por virtud de una potestad pública, a pesar de que tenga que estar sujeta al correspondiente procedimiento administrativo, sino a causa del cumplimiento de un deber constitucional, legal y judicial, cuál es, el llevar a cabo las actuaciones necesarias para cumplir con la sentencia.

El problema que surge la mayoría de las veces, particularmente en materia de empleo público, es que, generalmente, las actuaciones que se deben llevar a cabo afectan a una pluralidad de personas (procesos selectivos, nulidad de modificación de RPT, extinción de complementos salariales reconocidos en acuerdos o convenidos colectivos...), y se origina una fricción entre los plazos administrativos para resolver los expedientes administrativos y el plazo concedido para cumplir la sentencia que requiere, necesariamente, actos de la Administración. En la mayoría de los casos, el plazo de dos meses será incumplido, y se producirá la situación de solaparse en el tiempo la tramitación administrativa de cumplir con la sentencia, y la apertura de un incidente de ejecución de

²²⁴ En los apartados donde se analizan particularmente los preceptos de ejecución de sentencias, se hará mención a la ejecución provisional de las sentencias no firmes.

sentencias, donde se habrá solicitado ejecución forzosa por haber transcurrido el plazo de cumplimiento voluntario.

Pero dejando a un lado estas consideraciones de práctica forense que se verán en apartados posteriores, es necesario tener en cuenta que la actuación administrativa posterior a la notificación de la sentencia, estará orientada a la satisfacción de la prestación reconocida en la misma, que se encuentra, además y ahora, bajo la nueva tutela del derecho subjetivo a la ejecución de sentencias. Teniendo, por tanto, como pórtico, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) y sus correspondientes efectos y consecuencias de las que ya hemos tratado suficientemente, la Administración deberá ejecutar la sentencia, so riesgo de ser instada su ejecución forzosa o incluso forzadamente. Los parámetros dentro de los cuales deberá moverse la Administración será el de la prestación reconocida en sentencia firme, nacida de la realidad jurídica creada por ella misma, que tendrá el efecto de cosa juzgada. Los actos administrativos que se dicten, por tanto, en cumplimiento de la decisión judicial deberán tener una relación material con aquella²²⁵. Fuera de dichos parámetros, la actuación de la Administración será considerada nula (art. 103.3 de la LJCA). Por ello, si la ejecución del fallo debe hacerse atendiendo, no sólo a lo pedido en la demanda, sino a lo reconocido en sentencia (STC 149/1989, de 21 de septiembre), la Administración pública deberá actuar orientada hacia el cumplimiento del fallo, de forma que aquella actuación que desborde esta obligación será anulada en el correspondiente incidente de ejecución.

Y podrá anularse no solo aquella actuación administrativa directamente contraria a la decisión judicial sino también aquellas que, no siendo opuestas al fallo, indirectamente impiden la satisfacción del derecho fundamental al cumplimiento de la sentencia. Es por ello, por lo que este derecho subjetivo tiene un efecto expansivo, ya que sería posible anular una actuación administrativa posterior si con ella se impide la satisfacción de la pretensión del ejecutante, aunque no se busque la elusión del cumplimiento. La razón estriba en que, si la Administración dicta un acto o una disposición posterior que, sin la

²²⁵ STS de 18 de mayo de 1998, rec. 5385/1992 «Efectivamente, si en el seno de un incidente de ejecución se dictan medidas de ejecución, como es el caso, que se considera que van más allá de lo que es ejecución estricta, ha de ser el órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución quién las deje sin efecto, pues tales extralimitaciones han de ser atribuidas al órgano jurisdiccional, que es quien ejecuta la sentencia, y no al ente administrativo, que en el proceso de ejecución se limita a acordar lo que el órgano jurisdiccional ordena. En consecuencia, en el ámbito del proceso de ejecución los actos que se dicten, están bajo el control del órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución objeto de ejecución. Otra cosa es que la resolución en cuestión, dictada formalmente en un proceso de ejecución, *sea materialmente ajena a él*. En esta hipótesis, ha de ser también el órgano jurisdiccional ejecutante quien desvincule tal decisión del incidente de ejecución, y producida la desvinculación formal del proceso de ejecución se abre el cauce de impugnación ordinario de la resolución controvertida» (la cursiva es nuestra).

finalidad de eludir el fallo, lo hiciera inejecutable, la Administración condenada debería iniciar un incidente de inejecución y en el seno del incidente, presentar la imposibilidad legal de llevar a cabo el cumplimiento de la sentencia por una cuestión normativa sobrevenida. En caso contrario, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto que este derecho no solo se conculca en los supuestos en los que no se cumple intencionadamente la sentencia, sino cuando se dictan actos que, incluso pareciendo ajenos al proceso principal, impiden objetivamente la satisfacción de la pretensión ganada por el demandante. En caso contrario, nos encontraríamos con una suerte de expropiación encubierta de los derechos e intereses ganados en la sentencia, fuera del supuesto previsto en el artículo 105.3 de la LJCA.

Cierto es que el art. 103.4 de la LJCA, exige para la anulación, un elemento intencional: actuar con la «finalidad de eludir», pero debe tenerse en cuenta que solo aquellos actos que, aun guardando relación material con el fallo, no impidan su cumplimiento, deben ser considerados válidos y eficaces. Si el acto o disposición dictado con posterioridad impide objetivamente el cumplimiento, estaríamos ante un caso de imposibilidad legal de ejecución y se debería decidir en el incidente procesal correspondiente²²⁶, sin perjuicio de que pudiera considerarse que el acto goza de «sustantividad propia»²²⁷ y por

²²⁶ Sobre la cuestión puede verse distintas aportaciones en la nota al pie n.º 36 de la obra de MARTÍN DELGADO, I. (2005): *La función jurisdiccional...*, op. cit., p. 147. No obstante lo expuesto, es necesario tener en cuenta que el TS en sentencia de 27 de mayo de 2008 (rec. 2648/2006), ha entendido lo contrario, esto es, que el elemento intencional es elemento estructural para anular una actuación administrativa posterior al fallo. Así dispone en la extensa sentencia referida (FJ5.º): «(...) Por todo ello, puede afirmarse que si bien la Sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2004, juzgó de la validez de las disposiciones impugnadas con arreglo al momento en que fueron publicadas (año 1996), a la hora de dar cumplimiento a aquella, dictando las disposiciones de sustitución, y transcurridos 10 años (por tanto, ya en 2005), puede considerarse razonable entender que las Decisiones de la Comisión no se habían enfrentado a los preceptos que han suscitado la presente controversia y que, en consecuencia, los mismos no planteaban problema desde el punto de vista del Derecho Comunitario, por lo que no era necesario tampoco someterlas del procedimiento de comunicación previa a la Comisión Europea que se establece en el artículo 88, apartado 3 del Tratado de la Unión Europea. Desde luego, la Sala entiende que el riguroso cumplimiento del deber impuesto por el artículo 118 de la Constitución y 103, 2 y 3 de la Ley de esta Jurisdicción, proyectado sobre la Sentencia de 9 de diciembre de 2004, debía haber conducido, de forma prudente, a dar cuenta a la Comisión Europea del contenido de las disposiciones a dictar en sustitución de las anuladas. Ahora bien, preciso es reconocer también que las circunstancias concurrentes traducidas en acontecimientos ocurridos desde el año 1996, en que se publicaron las disposiciones anuladas por la Sentencia de esta Sala 9 de diciembre de 2004 y las de sustitución, dictadas en 2005, a que antes se ha hecho referencia, hacen que no se pueda afirmar con absoluta certeza que concurra el elemento subjetivo de intención elusiva que exige el apartado 4 del artículo 103 de la Ley Jurisdiccional para la declaración de nulidad de disposiciones de sustitución de las anuladas en virtud de una resolución judicial. A esta conclusión coadyuve la manifestación realizada en el Auto impugnado de 14 de noviembre de 2005 en el sentido de que «que no concurre en los productos normativos de los tres territorios históricos una global finalidad de eludir el cumplimiento de la STS de 9 de diciembre de 2004» (la cursiva es nuestra).

²²⁷ ATS de 2 de diciembre de 1991: «Por ser así, la Sala de Primera Instancia no podía impedir la ejecutividad del acuerdo municipal que fue base del incidente porque no se oponía siquiera a lo dispuesto

tanto, que es ajeno al proceso principal, sin posibilidad de anulación, debiendo tener una impugnación independiente. En fin, la imbricación en el sistema de ejecución de sentencias del principio constitucional de exclusividad jurisdiccional supone un doble efecto, tanto para el órgano jurisdiccional como para la Administración condenada, que queda presidida constitucionalmente por el artículo 118 de la CE, manifestándose en tres reglas esenciales:

1.^a Constituye un mandato legal y constitucional el cumplimiento de las sentencias y fallos judiciales, al que no pueden sustraerse los poderes públicos.

2.^a Se configura como un deber de la Administración pública de triple vertiente: de colaboración, de auxilio procesal y de ejecución de lo resuelto.

3.^a Ambas actuaciones, administrativa y judicial, confluyen en el derecho del interesado a que se cumpla el fallo judicial, contribuyendo a que no se desvirtúe su derecho a una tutela judicial efectiva.

2.4.3 **El aspecto objetivo y subjetivo del derecho a la ejecución de sentencia. El protagonismo del Legislador en la regulación de tal derecho. La Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1984, de 7 de junio**²²⁸

El Tribunal Constitucional, desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978, manifestó su posición. En sentencia de 7 de junio de 1982 (recurso de

por repetida sentencia, ya que si, precisamente, ésta no accedió a la pretensión de los recurrentes «de que se condene al Ayuntamiento a llevar a efecto el señalamiento de los puntos a que deben trasladarse los kioscos», era porque «tal petición no ha sido formalmente deducida frente a la Administración» –de donde deriva la consecuencia de que no cabe alegar el incumplimiento de esa obligación para invalidar el acto posterior– y, sobre todo porque, si bien es doctrina de este Tribunal Supremo la reiterada de que no pueden promoverse nuevos recursos para plantear y decidir cuestiones que pueden, y consiguientemente deben, suscitarse y resolverse con motivo de la ejecución de la sentencia dictada en el anterior, siquiera por vía de incidente, para ello es preciso –como se ha dicho– *que el acto o hecho que la suscite no tenga sustantividad propia*, porque, como acertadamente hace ver el Tribunal a quo, requiere, tras la previa impugnación en vía administrativa, «la tramitación del correspondiente recurso para, en definitiva, poder decidir si es o no ajustado a Derecho, una vez que sean conocidas por la Sala las alegaciones de las partes interesadas y se practiquen las pruebas que procedan», y esto porque la función de los Órganos de esta Jurisdicción es esencialmente revisora de la actuación de la Administración, y, en casos como el presente, ni siquiera existen razones de economía procesal que con plena garantía para las partes permitan eliminar actuaciones que, por lo que dejamos razonado, tampoco podrán constituir una dilación indebida de las proscritas por el art. 24 de la Constitución.

²²⁸ Por la importancia que tuvo dicha sentencia en todo lo que fue la construcción posterior de la doctrina constitucional y jurisprudencial sobre la conformación del derecho a la ejecución de sentencias como pilar básico para el mantenimiento de los derechos y libertades reconocidas constitucionalmente, se procederá a su análisis pormenorizado.

amparo núm. 234/1980), cuya doctrina aparece confirmada más tarde en el Auto de 17 de noviembre de 1982 (recurso de amparo núm. 327/1982), ya deja patente que no era suficiente con simplemente juzgar, sino que era preciso hacer ejecutar lo juzgado, pues las sentencias no podían quedar como meras declaraciones de intenciones (STC 32/1982, de 7 de junio, FJ 1.º). Reticencias, obstaculizaciones y disimulos de la Administración pública en la ejecución de sentencias chocaban con el elenco de derechos y garantías reconocidas en el Texto Constitucional.

Es, sin embargo, en la sentencia 67/1984, de 7 de junio donde el Alto Tribunal de garantías constitucionales, llevó a cabo la labor intelectual de hacer evolucionar el derecho *subjetivo* a la ejecución de sentencias, a una garantía institucional *objetiva* de todo el sistema jurídico que consagraba.

Los antecedentes²²⁹ de la sentencia referida podrían sorprender a propios y a extraños, pues el procedimiento administrativo se inició en el año 1974, y el TS resuelve, por primera vez, el 20 de febrero de 1982. Sin embargo, el TC en el presente supuesto, no solo analiza la actitud de la Administración, sino la proactividad y la diligencia de la Audiencia de Barcelona en «hacer ejecutar lo juzgado», pues indicaba:

«La violación del art. 24.1 de la Constitución se habrá producido si el órgano judicial no ha adoptado las medidas pertinentes para hacer ejecutar lo juzgado. Tales medidas se encuentran previstas por la legislación aplicable que, con carácter general, es la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (L. J. C. A.),

²²⁹ Los antecedentes de hecho de la sentencias son resumidamente los siguientes: Por acuerdo del Ayuntamiento de Campcentelles de 6 de diciembre de 1973, se dispuso requerir a don Álvaro Marín Amasuno para que en el improrrogable plazo de un mes contado a partir del siguiente al de la notificación del presente acuerdo, procediese a la demolición de la parte de edificación realizada ilegalmente en la finca de su propiedad, con la expresada advertencia de que, en caso de desobediencia, será ejecutada dicha demolición por la brigada municipal de obras, con gastos a cargo del infractor, sin perjuicio de exigir las responsabilidades a que en derecho hubiera lugar. Contra dicho acuerdo se interpusieron, por don Alvaro Martín Amasuno y don Vicente Miralles Sola, sendos recursos de reposición, que fueron desestimados por acuerdos del propio Ayuntamiento de 13 de febrero de 1974. Interpuestos contra los aludidos acuerdos recursos contencioso-administrativos por los señores Martín Amasuno y Miralles Sola, fueron acumulados por la Sala Primera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona, que los resolvió por Sentencia de 24 de diciembre de 1975, y en la se dispuso que: «Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Alvaro Martín Amasuno contra el acuerdo del Ayuntamiento Pleno de San Fausto de Campcentelles de fecha 6 de diciembre de 1973, así como contra el de 13 de febrero de 1974 denegatorio de la reposición de aquél; por el contrario, estimamos parcialmente el recurso interpuesto por don Vicente Miralles Sola contra los mismos acuerdos municipales citados, los cuales parcialmente anulamos por no estimarlos conformes a Derecho». Interpuesto recurso de apelación contra dicha Sentencia por el señor Martín Amasuno, por Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1980 se declaró no haber lugar al mismo, confirmando, en consecuencia, la Sentencia apelada, que se declaraba firme. Confirma el TC que desde ese momento y hasta la remisión de los autos al propio Tribunal por la Audiencia de Barcelona se habían dictado la friolera cifra de veintiséis providencias y dos Autos, resoluciones todas ellas relativas al proceso de ejecución de la mencionada sentencia y notificadas a las partes, si bien las dos últimas providencias se referían incluso también a la remisión de las actuaciones al TC; ninguna de esas resoluciones había tenido efectividad alguna.

siendo de aplicación en lo no previsto en la misma, con carácter supletorio, la Ley de Enjuiciamiento Civil y las disposiciones orgánicas del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales, de acuerdo con la disposición adicional sexta de la L. J. C. A (...) Y aun cuando no es tarea del Tribunal el determinar cuáles son las medidas de posible aplicación, debe examinar si las previstas por la legislación han sido o no aplicadas, en la medida en que ello sea necesario para determinar si se ha vulnerado o no el art. 24.1 de la Constitución».

El estudio del caso, incluso lleva al Alto Tribunal a analizar la incidencia que se produce en la ejecución de sentencias con normas preconstitucionales, como la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 que ya estaba derogada, en la que contenía un artículo, el 228, que regulaba un supuesto de inejecución de sentencia. El punto final que provoca que el demandante recurra en amparo constitucional se encuentra en la providencia de 13 de abril de 1983, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que desestima al recurrente un recurso de súplica contra otra providencia de 7 de marzo de 1983. Esta resolución cambia el criterio de anteriores resoluciones dictadas por el mismo Tribunal, oficiando, de nuevo, a la Comisión Provincial de Urbanismo de Barcelona para que notificara al órgano jurisdiccional si, por motivos de interés público se imponía seguir o conservar la obra, advirtiendo que no haciéndolo se entendería que nada obstaba a la ejecución, todo ello al amparo de precitado art. 228 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956.

El demandante estimó que las resoluciones impugnadas de la Audiencia Territorial de Barcelona habían violado su derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, y ello en base a tres razonamientos: a) no haber deducido el tanto de culpa por delito de desobediencia; b) habersele denegado el derecho a que se cumpliera la sentencia en sus propios términos; c) y, haberse dictado resoluciones judiciales que arbitrariamente se apartaban de lo manifestado por el mismo tribunal en resoluciones firmes anteriores.

Con estos antecedentes y pretensiones se dispuso el Alto Tribunal de garantías constitucionales a dejar sentado, por primera vez, el carácter objetivo y nuclear del derecho reconocido en el artículo 24.2 de la CE. El Tribunal Constitucional, en el FJ2.º de la sentencia, inicia el análisis del derecho pretendido, desde su perspectiva subjetiva, y dice:

«El art. 24.1 de la Constitución establece el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Este derecho comprende, según ha declarado el Tribunal en reiteradas ocasiones, el de obtener la ejecución de las Sentencias, naturalmente dejando a salvo el caso de las meramente declarativas, pues lo contrario sería convertir las decisiones judiciales en meras declaraciones de intenciones (Sentencia 32/1982, de 7 de junio, fundamento jurídico 1)».

El TC, en su argumentación, continúa dibujando las líneas del derecho de ejecución de sentencias desde la perspectiva subjetiva, determinando la conducta que deben llevar a cabo las entidades públicas cuando son condenadas, que no es sino cumplir con la sentencia con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado, por imponerlo así el art. 118 de la Constitución.

Junto con ello y, particularmente, se pronuncia sobre la proactividad que debe poseer el órgano judicial en su deber de ejecutar la sentencia, y disponiendo que la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes corresponde a los titulares de la potestad jurisdiccional, «haciendo ejecutar lo juzgado», lo que les impone el deber de adoptar las medidas oportunas para llevar a cabo esa ejecución.

Y, ante un incumplimiento contumaz de la Administración pública, el TC señala que el juzgador tiene que adoptar las medidas necesarias para la ejecución con la intensidad necesaria –y legalmente posible– para remover la obstaculización producida, pues en caso contrario, sería el propio órgano judicial quien vulnera el derecho fundamental a la ejecución de las Sentencias. Y ha de hacerlo, no en cualquier momento, sino sin que se produzcan dilaciones indebidas, pues de otra forma, igualmente, se vulneraría el art. 24.2 de la Constitución.

Prefijada la perspectiva subjetiva del derecho fundamental a la efectividad de las sentencias, el TC añade al mismo otro elemento basilar, imprescindible, de carácter objetivo que constituye la garantía constitucional de todo el régimen de derechos y libertades que consagra la CE. Dirá el TC, desde la perspectiva objetiva del derecho fundamental:

«La ejecución de las Sentencias –en sí misma considerada– es una cuestión de *capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho* que proclama la Constitución (...) difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las Sentencias y resoluciones judiciales firmes. Cuando este deber de cumplimiento y colaboración –que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza– se incumple por los Poderes Públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello, el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento –si se produjera– no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las Sentencias y resoluciones judiciales firmes» (la cursiva es nuestra).

Y concluye manifestando que

«El art. 24.1 de la Constitución, al establecer el derecho a la tutela judicial efectiva –que comprende el de ejecución de las Sentencias según hemos indicado– viene así a configurar como un derecho fundamental de carácter subjetivo, lo

que, *desde una perspectiva objetiva*, constituye un elemento de trascendental importancia en el sistema jurídico» (la cursiva es nuestra).

Considerándose un derecho objetivamente nuclear en el sistema de garantías judiciales, el Tribunal Constitucional deja claro que el desarrollo y regulación del ejercicio de este derecho fundamental, que vincula a todos los poderes públicos, corresponde al Legislador, el cual deberá respetar su contenido esencial (arts. 81 y 53.1 de la CE); contenido que puede extraerse, en parte, de la propia Constitución, interpretada de forma sistemática, dado que la misma es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación con los demás.

Esta doble vertiente (subjettiva y objetiva) que se acaba de exponer sobre el derecho a la ejecución de sentencias, ha sido recogida y desarrollada por el Tribunal Supremo, principalmente en los supuestos de imposibilidad de ejecución. Así, haciéndose eco de la sentencia del TC analizada, el Alto Tribunal jurisdiccional ha venido a decir que²³⁰:

«La ejecución de sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático de Derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no sólo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado, según se desprende del art. 117.3 CE (SSTC 67/1984, 92/1988 y 107/1992). A ello obedece que el Tribunal Constitucional reiteradamente haya declarado que la ejecución de las sentencias constituya no sólo parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 CE reconoce, sino también (STC 167/87 de 28 octubre, por todas) un principio esencial de nuestro ordenamiento, destacando «el lugar central que el respeto a los fallos judiciales y su efectivo cumplimiento ocupan en un Estado de Derecho como el que la Constitución proclama en su art. 1» (f. j. 2.º)». la cursiva es de la sentencia).

Ahora bien, el Tribunal Supremo categoriza el derecho subjettivo a la ejecución de sentencias como un derecho *prestacional* y no como un derecho de libertad. La razón es que el derecho a la tutela judicial efectiva abarca dos perspectivas distintas: la perspectiva de la efectiva ejecución de la decisión judicial, pero también y, con carácter previo, el derecho de acceso al proceso.

Desde esta perspectiva, el derecho a la ejecución de sentencia, razona el TS, «es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio»

²³⁰ STS 31/5/2005, rec. 7869/2002

(STC 4/1988); por ello, puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras (del acceso a la jurisdicción o a la ejecución), siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el Legislador en el marco de la Constitución».

En consecuencia, y de acuerdo con la propia doctrina del TS²³¹ podemos inferir tres principios generales orientadores en el cumplimiento de las sentencias judiciales por parte de las entidades públicas. En primer lugar, la doble posición jurídico-formal atribuida al derecho a la ejecución de lo juzgado: por una parte, se posiciona como un elemento *objetivo*, basilar de nuestro Estado de derecho y por tanto, de nuestro sistema de garantías jurídicas; por otra, posee naturaleza de facultad *subjetiva*, como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales. En segundo lugar, el protagonismo del Legislador en la configuración de este derecho, salvaguardando su contenido esencial, como característica común que es del genérico derecho a la tutela judicial efectiva. Y, finalmente, el consecuente *deber* de los Jueces de adoptar «con la intensidad necesaria» las *medidas* que han de estar legalmente previstas, conducentes a dicha ejecución, muy particularmente en aquellos supuestos en los que es una entidad pública la que la obstaculiza.

2.5 REFLEXIONES CONCLUSIVAS. EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EXIGE UN ESTADO DE JUSTICIA

El paso de una justicia *de* la Administración a una justicia *sobre* la Administración permitió, que la denominada justicia administrativa dejará de ser una actividad puramente administrativa, a pesar de su carácter jurisdiccional, para pasar a convertirse en una función estatal de naturaleza judicial separada de aquella.

Frente a una tradición francesa que consideró necesario que la justicia administrativa o frente a la Administración activa, debía ser ella misma, por cuestiones de especialidad y de una concepción tergiversada de la doctrina liberal de la separación de poderes²³², la que debía resolver los conflictos que se

²³¹ STS 14/11/1994, rec. 181/1993.

²³² Dice GARRIDO FALLA: «Parece desde luego, un contrasentido estimar esto como una consecuencia del principio de separación de poderes; pero como el dogma de la sumisión de la Administración a la Ley es lo suficientemente importante como para que no quede en una mera declaración platónica, se ingenia el procedimiento de poner la jurisdicción contencioso-administrativa en manos de unos tribunales que no son los ordinarios, y que, por otra parte, «estando en la Administración, no son la Administración», según la feliz expresión de HAURIU». Cfr.: GARRIDO FALLA, F., 1951, p. 128

produjeran frente a vulneraciones de derechos subjetivos en la garantía de que la Administración actuaba dentro de la extensión de la potestad que le atribuía la Ley, lo que siempre reconducía una garantía de control de su legalidad, la experiencia española, en cambio y con una concepción más progresista²³³ de aquella doctrina, fue abandonando paulatinamente esa visión *hiperadministrativizada*, a pesar de que los órganos encargados de la resolución de conflictos todavía eran órganos administrativos investidos para tal fin. No importaba que el ejercicio de resolución de conflictos se produjera por órganos administrativos centralizados o periféricos, seguía siendo la Administración la que tenía la «última palabra» en relación a la revisión de legalidad de su actuación. Los órganos resolutorios podrían ser imparciales, pero no independientes.

Tras el abandono de perspectivas puramente administrativas para solventar el problema del sujeto de control de legalidad de la actuación de la Administración, y por tanto, de quién debía resolver el choque entre el interés público y el privado, llegó a entenderse que tales conflictos debían ser atribuidos a órganos judiciales *especializados* y de composición *mixta* (administrativa-judicial) ya que dichos órganos debían reflejar lo que constitucionalmente vislumbraban estos tipos de conflictos, que no eran sino un encuentro, en garantía de la legalidad vigente, del poder judicial encargado del resolver los problemas entre intereses privados y el poder ejecutivo comisionado para satisfacer y defender el interés general y los negocios públicos.

Problemas de una ineficaz organización judicial y una progresiva especialización del objeto de conflicto «contencioso-administrativo», particularmente la revisión de legalidad de los actos y las actuaciones de la Administración pública cuando ésta actuaba como poder del Estado, provocó que esta Jurisdicción dejara de ser considerada como materia excepcional para jueces especializados. Ello supuso la normalización de un orden jurisdiccional con características propias por razón de la normativa aplicable: el contencioso-administrativo. La jurisdicción contencioso-administrativa judicializada había nacido (1904), al menos en su mayor parte.

Sin embargo, dicha Jurisdicción en este orden carecía de potestad para su imposición por lo que simplemente se limitaba a ser una mera función de decir el Derecho correcto, siendo la Administración la responsable de llevarlo a término. Las sentencias no eran más que un cúmulo de buenas intenciones donde a la Administración se le recordaba su deber de cumplir con la Ley, aunque no lo hiciera con el Derecho. Un deber moral que debía satisfacer en el plano de

²³³ GONZÁLEZ PÉREZ, G., 1999, *RAP*, p. 211

una ética pública y política, pues el encargado de ejecutar la Ley tiene un deber infranqueable: ejecutar la Ley dentro de los límites impuesto por la misma.

El paso en España de un «Estado de Ley»²³⁴ a un «Estado de Derecho» constitucionalmente ordenado cambió el esquema expuesto. El Estado, que goza del privilegio de ser el titular de toda la fuerza legal en toda su extensión, tiene la carga y el deber de actuar conforme y limitado por ella. Esa es su responsabilidad y ese, también, es su deber: hacer cumplir la Ley *dentro* de la Ley. Un Estado constitucional de Derecho queda garantizado cuando los poderes públicos se hallan vinculados no solo al «imperio de la Ley», como mera extensión de un Estado Legal formalista, sino materialmente al propio «imperio del Derecho»²³⁵, y ello exige que sea el Poder judicial, es decir, exclusivos órganos estatales investidos de legitimidad constitucional, los que resuelvan, de manera *definitiva y firme*, los problemas en la aplicación del Derecho y *solo con el Derecho*²³⁶.

La autoridad administrativa también está llamada a aplicar el Derecho, pero con una diferencia con la Administración de justicia: que junto con la aplicación del Derecho puede haber un juicio de *oportunidad*²³⁷. En un Poder judicial democráticamente constituido jamás puede haber un halo de oportunidad en la aplicación del Derecho. El Juzgador es racionalización concreta de la generalidad de la Ley, y no cabe discrecionalidad en la aplicación del Derecho, puesto que su posición constitucional no es satisfacer los intereses generales sino el cumplimiento de la Ley mediante la aplicación de la misma, en su recta interpretación. El Juzgador en esta empresa no actúa por muto propio. No es la voluntad del Juez la que prima, sino la voluntad de la Ley a través de la cual actúa.

Esta exclusiva función de declarar la correcta aplicación del Derecho se encuentra necesariamente imbricada en la «potestad» de ejecutar la decisión tomada en el conflicto jurídico. Pues, se insiste, no es la imposición de la vo-

²³⁴ LACAMBRA Y LECAZ, L., 1951, p. 15.

²³⁵ Vid. IHERING, R. V., 1911, p. 222. Ver también, BELADIEZ ROJO, M., 2000, *RAP*, pp. 322-337. La autora estudiando a Merkl contrapone *los principios de legalidad y juridicidad* como principios que vinculan a la Administración con distinta intensidad. Así se dice que: «el principio de legalidad es un caso especial de aplicación del principio de juridicidad. El principio de legalidad presupone el de juridicidad, pero el principio de juridicidad no condiciona en modo alguno el de legalidad». La Administración está ligada a la juridicidad de todo un Ordenamiento Jurídico.

²³⁶ Vid. IHERING, R. V., 1911, p. 242.

²³⁷ Vid. IHERING, R. V., 1911, p. 242. Así lo ha declarado nuestro TS en sentencia de 16 de marzo de 2016, rec. 1797/2015: «la ejecución de la sentencia debe proseguir, según lo viene pidiendo la recurrente en casación desde años atrás, en sus propios términos mientras no se declare con arreglo a la ley y a derecho la imposibilidad de ejecutarla, pues las actuaciones administrativas ilegales no pueden contar con el respaldo de los jueces y tribunales, sometidos exclusivamente al imperio de la Ley (artículo 117.1 de la Constitución) y no a criterios de oportunidad».

luntad del Juzgador sino la imposición del Derecho, por razón y necesidad de su propia existencia. Si el Derecho carece de reacción institucionalizada ante su incumplimiento no es Derecho. Y si en algún orden jurisdiccional la función de decir el Derecho debe ser auténtica potestad jurisdiccional ese es en el orden contencioso-administrativo.

Se trata de poner en manos del Juez la *preponderancia de la fuerza del Derecho*²³⁸, la parte reactiva que hace que la Ley sea norma jurídica y no mera regla de orden. Ihering afirma con rotundidad al respecto que la coacción ejercida por el Estado constituye el criterio absoluto del Derecho; una regla desprovista de coacción jurídica es un contrasentido; «es un fuego que no quema; una antorcha que no alumbraba»²³⁹. Un orden jurisdiccional que busca, no solo que el Poder Público no encuentre inmunidades en su actuación, sino que una vez declarada la inadecuación de su actuación al Derecho no halle refugio para orillar el cumplimiento de la decisión judicial y por tanto, del propio Derecho.

El Estado de derecho actúa, y es reconocido como tal, no por el cumplimiento inconsciente²⁴⁰ de las normas jurídicas en la cotidianidad de la vida en sociedad, sino cuando se plantea ante el órgano judicial de forma consciente el problema de cuál es la correcta aplicación de aquel y éste, ejerciendo la potestad jurisdiccional de juzgar, determina, con fuerza ejecutiva y ejecutoria, cuál es la correcta interpretación del Derecho vigente, pues a fin y a la postre, todo conflicto judicial puede ser reconducido a un problema de interpretación del Derecho.

Es evidente que el problema radica cuando es enjuiciado el Estado, o más concretamente su Administración pública²⁴¹. La Ley necesita del Poder Público, el Poder Público puede pervivir sin la Ley. Sin embargo, razones de pervivencia del orden social organizado mediante el Derecho, que es la propia definición de Estado²⁴², es lo que hace que la fuerza ejecutiva de éste también pueda ser dirigida contra el mismo, con una excepción, como luego se verá, que no es sino que la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa ya no se limitará a enjuiciar un acto de la Administración como persona jurídica abstracta sino que, en fase ejecutiva, dotará al Juzgador de la potestad de acordar medidas directas contra aquellas personas físicas que actúan en nombre de la Administración condenada. Es decir, en ese momento la persona mandatada por orden judicial no actuará como órgano administrativo (unidad

²³⁸ IHERING, R. V., 1911, p. 189

²³⁹ IHERING, R. V., 1911, p. 204.

²⁴⁰ IHERING, R. V., 1911, p. 17.

²⁴¹ GARRIDO FALLA, F., 1951, pp. 129-132.

²⁴² LACAMBRA Y LECAZ, L., 1951, pp. 18, 22-23.

administrativa) sino como persona individual que sigue una voluntad propia. En la fase de decir el Derecho, esto es, en la declarativa, la Administración es considerada en su concepción abstracta de persona jurídica única; en la fase ejecutiva, en cambio y con independencia de la nulidad de los actos que se dicten en contra de la decisión judicial tomada, el Juzgador podrá penetrar en la esfera administrativa dirigiendo la potestad jurisdiccional contra la autoridad o empleado público que se resiste a cumplirla.

La plenitud de la judicialización de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas permite cerrar el círculo de una jurisdicción dotada de toda la potestad que le puede otorgar el Estado de derecho, cuyo basamento nuclear se halla en una tutela judicial efectiva y eficaz frente a las entidades públicas. La normalización de un sistema jurídico-procesal que dota al Juez de potestades para forzar el cumplimiento de lo resuelto en sentencias frente a resistencias directas o pasivas disimuladas, objetiviza un Estado de derecho, basado en un Estado de Justicia²⁴³, o lo que es lo mismo, un Estado donde *su* Derecho, es forzado a cumplirlo por su *principal autor, él mismo*. Son los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo los encargados de llevar a efecto lo decidido en sentencia, y es precisamente en ese momento cuando el Estado, lo es también de Derecho, ya que, en caso contrario, nos hallaríamos en un Estado despótico donde la autoridad no ligada a su propio Derecho, determina azarosamente cuándo la norma podría ser aplicada y cuándo no, derogando particularmente a su antojo las que en cada momento no le conviniesen.

En este largo proceso que hemos resumidamente esbozado, la Administración pública y la Justicia se han separado, pudiendo ésta ejercer con plenitud su potestad frente aquella, posibilitando como indica Ihering, no sin un cierto idealismo, que se trata de:

«Uno de los progresos de los más señalados, emancipa la administración de justicia dándole una organización separada; y siguiendo la justicia en lo sucesivo su camino sin necesitar apoyo, si el poder público quiere dirigirle algún ataque está obligado a hacerlo abiertamente, mientras que durante el tiempo que la tuvo bajo su mano, podía estrangularla con mucha suavidad, sin llamar la atención»²⁴⁴.

²⁴³ LACAMBRA Y LECAZ, L., 1951, p. 28

²⁴⁴ IHERING, R. V., 1911, p. 242.

CAPÍTULO TERCERO

CUESTIONES GENERALES DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LA ACTUAL LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA DE 1998

No es objetivo de este Capítulo desarrollar una suerte de manual sobre los preceptos referidos a la ejecución de sentencias contencioso-administrativas. La principal finalidad es hacer un estudio jurídico adecuado, teniendo presente dos cuestiones claves: la primera, la jurisprudencia más actualizada, y la segunda, la práctica real administrativa. Ambas cuestiones nos permitirán analizar los preceptos positivos relativos a la ejecución de sentencias contencioso-administrativas y la doctrina jurisprudencial formada sobre los mismos, pero sin perder de vista los inconvenientes prácticos con los que se encuentran, habitualmente, los referidos enunciados legales y judiciales.

Ya vimos que el art. 103 de la LJCA, en sus tres primeros apartados, determinaba que:

- «1. La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia.
2. Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignent.
3. Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales de lo Contencioso-administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto».

Lo transcrito constituye el frontispicio de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas. La puerta de entrada a la fase ejecutoria. La potestad de enjuiciar es potestad, porque se posee la capacidad legal de imponer lo de-

cido, y la imposición le corresponde, por competencia funcional, al Juzgado o Tribunal que hayan conocido el asunto en primera o única instancia. Nos hallamos ante la traducción procesal de lo ordenado en los artículos 117 y 118 de la CE, y de lo recogido en los artículos 2.1, 17 y 18 de la LOPJ.

3.1 EL CUMPLIMIENTO ESPONTÁNEO POR LA ADMINISTRACIÓN

Debemos partir afirmando que todo el conjunto de los preceptos legales relativos a la ejecución de sentencias contencioso-administrativas debe interpretarse, tanto por el Juzgador como por las partes en conflicto, de la forma más favorable al cumplimiento del fallo, siendo el último recurso, el admitir que la sentencia sea inejecutable en sus propios términos. Por tanto, la proactividad en el cumplimiento de la sentencia afecta a todas las partes: al demandante, y ahora, ejecutante. A la Administración condenada y movida a ejecutar. Y, desde luego al Juzgador que, como ya hemos tenido ocasión de manifestar, es clave de bóveda en el incidente de ejecución, siendo su impulso y ordenación procesal y material, imprescindible para que la sentencia se cumpla y el círculo de acción de la potestad jurisdiccional quede cerrado.

El cumplimiento de la sentencia es una obligación para la Administración y un correlativo derecho para el demandante que ha obtenido una resolución favorable a sus intereses. En este sentido, la obligación de la Administración no es esperar a que sea intimada para que cumpla (ejecución en sentido estricto), sino proceder, de forma directa, a cumplir con la sentencia, dando debida cuenta de ello al órgano jurisdiccional a través de su asistencia letrada. La Administración no debe tener una actitud pasiva, ya que su obligación es cumplirla con ánimo propio, pues ella, siendo parte en el proceso, está obligada a llevarla a efecto sin requerimiento previo. Y siendo esto así, en ese ínterin de tiempo no hay ejecución sino cumplimiento. La Administración, una vez notificada la sentencia debe poner en marcha el correspondiente procedimiento administrativo para hacer efectiva la sentencia. Y si existe cualquier vicisitud de entorpecimiento, solicitar la apertura del correspondiente incidente procesal. Por tanto, la Administración debe cumplir, no por razón de una intimación judicial, sino por convicción de cumplir con un deber constitucional y legal.

Lo que se expone es llamado por la jurisprudencia: cumplimiento «espontáneo», que no es sino un cumplimiento voluntario o sin la intervención de

agentes externos que lo provoquen²⁴⁴. En este sentido, el Tribunal Supremo²⁴⁵ ha sido taxativo:

«ese deber pesa sobre dicha destinataria sin necesidad de la intervención judicial a través de la fase procesal ejecutiva, por lo que es de diferenciar entre un cumplimiento espontáneo y un cumplimiento forzoso de todo fallo judicial» (la cursiva es nuestra).

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la Administración viene obligada a proceder a cumplir la sentencia, y a cumplirla sin necesidad de intervención judicial. Su posición en el proceso es de igualdad con la otra parte procesal, y, por tanto, sujeta al deber de cumplir las sentencias en sus propios términos. Y ese deber del cumplimiento debe llevarlo a cabo hasta sus últimas consecuencias. Es decir, hasta que el derecho subjetivo que nace del reconocimiento de una prestación en favor del demandante quede satisfecho, y así lo estime cumplido el órgano jurisdiccional. Por ello, la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Asturias, en sentencia 16 de noviembre de 2015²⁴⁶, vino a decir que:

«La sentencia efectivamente acuerda obligar a la Administración, no solo a dictar el acto administrativo que pusiera término al procedimiento, sino a culminar el mismo, lo cual pudiera hacer pensar que no solo se refería a la parte cognitiva, sino también a la ejecutiva de ese procedimiento».

Incluso, cuando se trate de casos en los que por su transversalidad temporal se tengan que aplicar, tanto la Ley el 56 como la del 98, el TS²⁴⁷ ha rechazado el que la Administración justifique su inactividad porque aquella había de depender de ella misma la ejecución. Así, en un caso de anulación de un cese de un empleado público en el que una Entidad local se resistía a dar cumplimiento al pago de unos haberes que le correspondían al demandante desde la fecha en la que se habla producido la anulación de su cese, el Alto Tribunal dijo, la tardanza en la reincorporación del empleado público al Ayuntamiento –del 1 de mayo de 1993 hasta el 17 de septiembre de 2001– era solo imputable a la conducta del Ayuntamiento recurrido por no haber procedido a cumplir espontáneamente el mandato de esa sentencia.

Por tanto, y de acuerdo con lo expuesto, la Administración debe cumplir con la sentencia, y debe hacerlo de acuerdo con lo ordenado en ella, haciendo

²⁴⁴ Segunda acepción del término espontáneo, según la R. A. E.

²⁴⁵ STS 11/5/ 2007, rec. 5460/2002.

²⁴⁶ STSJ de Asturias 16/11/ 2015, rec. 167/2015.

²⁴⁷ STS 11/5/ 2007, rec. 5460/2002.

todo lo necesario para su culminación. Si bien, como luego veremos, el principio de intangibilidad, invariabilidad e inmodificabilidad de las sentencias, descansa sobre la actuación del juez que ejecuta, debiendo llevar a cabo el correspondiente juicio de identidad entre lo juzgado y lo decidido a ejecutar. Sin embargo, la inalterabilidad del fallo también alcanza a la Administración, que deberá cumplir con aquel, tal y como viene ordenado en el mismo²⁴⁸, lo que supondrá, en determinados supuestos, como ahora se verá, múltiples problemas jurídicos. Ese cumplimiento espontáneo deberá estar dirigido a la completa satisfacción del derecho subjetivo a la ejecución de la sentencia, por ello, la Administración deberá realizar todas las actuaciones necesarias en un tiempo razonable, pues como fijó tempranamente la sentencia 32/1982, de 7 de junio del TC, un cumplimiento tardío o excesivamente dilatorio, no es un verdadero cumplimiento.

3.2 PROBLEMAS REALES PARA CUMPLIR DETERMINADAS SENTENCIAS. NO SIEMPRE LA ADMINISTRACIÓN TIENE UNA CONDUCTA OBSTATIVA

La Administración como instrumento racionalizado y burocratizado del poder ejecutivo, tiene como fin satisfacer el interés general, principalmente, a través de los servicios públicos que presta. Y ello no lo puede hacer de cualquier manera, sino bajo las premisas y las exigencias de la legalidad vigente. Esta actuación, que tiene un marcado carácter social, se debe llevar a cabo, por tanto, bajo el cumplimiento de una serie de principios y valores, que constituyen a la postre, una gestión pública integral, aflorando la necesidad de una

²⁴⁸ Dice el TS: «el contenido de la ejecución de las sentencias debe extraerse de los términos en que se expresa el fallo de la misma (esto es, de la forma y términos de su parte dispositiva), para alcanzar así una determinada finalidad, que no es otra que conseguir el efecto pretendido en la declaración jurisdiccional; para ello se articulan un amplio capítulo de medidas con la expresada finalidad, disponiendo en tal sentido la Ley que tales amplias medidas vienen determinadas por «lo que exijan el cumplimiento de las declaraciones contenida en el fallo». La amplitud de los términos en que se expresa el texto legal permiten deducir, con absoluta claridad, que el contenido de la ejecución de la sentencia tiene una doble perspectiva, por cuanto, de una parte, el Tribunal y la Administración han de llevar a cabo (1) una determinada actividad jurídica, transformadora o eliminadora de los mandatos jurídicos a cuya anulación se ha procedido jurisdiccionalmente; y, de otra parte y como consecuencia de tal actividad, en determinadas ocasiones, será –además– preciso, con un carácter complementario, llevar a cabo (2) una actividad de índole material, transformadora de la realidad material, y que surge como consecuencia del anterior pronunciamiento de nulidad y de la consiguiente actividad jurídica complementaria. (...) En síntesis, pues, el fallo de la sentencia implica necesariamente una inicial actividad jurídica transformadora de los pronunciamientos jurídicos anulados, así como una consiguiente actividad material transformadora de la realidad sobre la que recayeron los pronunciamientos jurídicos de referencia (STS 16/04/2009, rec. 2826/2007).

imbricación de la ética en la propia función pública²⁴⁹. Estos principios se encuentran positivados, con carácter básico, en el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, pudiendo destacarse aquellos que exigen un «servicio efectivo a los ciudadanos»; «simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos»; «objetividad y transparencia de la actuación administrativa»; «racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión»; y desde luego, «buena fe, confianza legítima y responsabilidad por la gestión pública». La exigencia de una buena administración, impera que el poder público administrativo no lleve a cabo conductas que puedan quebrantar el Estado de derecho y la exigencia constitucional de colaboración y acatamiento de las resoluciones judiciales.

Ya hemos visto la reacción del ordenamiento jurídico ante estos comportamientos: la nulidad absoluta de lo efectuado, es decir, la inexistencia de lo llevado cabo con la consiguiente reposición, en su caso, de la realidad material alterada, la indemnización por los daños y perjuicios producidos, y la exigencia de posibles responsabilidades patrimoniales y penales. Ahora bien, es necesario advertir que en otras ocasiones el comportamiento de la Administración o, más concretamente, de los gestores públicos, es de una colaboración absoluta, aunque las herramientas jurídicas y organizativas que posean conviertan el cumplimiento de la sentencia en un verdadero problema.

El estado de la cuestión a analizar ahora, y específicamente en el empleo público, no es la de no querer hacer o colaborar sino el de poder verse incapacitado, que no imposibilitado, por causa de algunas decisiones judiciales que friccionan y desbordan las categorías y las bases legales y reglamentarias reguladoras de dicha materia, haciendo del cumplimiento un auténtico *tertium genus* entre la imposibilidad y la ficción.

Sin entrar en un análisis pormenorizado que corresponderá al Capítulo IV de esta investigación, podemos avanzar que la organización de los recursos humanos (del capital humano) en la Administración pública, parte de un concepto esencial que es el puesto de trabajo²⁵⁰, o más concretamente, las funciones homogéneas o heterogéneas que lo constituye. La función constitu-

²⁴⁹ MERINO AMAND, F., 2017, pp. 27-28. No obstante, debemos destacar respecto de este preciso tema la tesis doctoral de DIEGO BAUTISTA, O., *La ética en la gestión pública fundamentos, estado de la cuestión y proceso para la implementación de un sistema ético integral en los gobiernos*, Madrid, 2007.

²⁵⁰ El puesto de trabajo ha sido redefinido por el TREBEP en su clásica vinculación al cargo y a la inamovilidad. Prueba de ellos, es el artículo 73 de dicho cuerpo legal. Sin embargo, la agrupación de puestos tiene un fin, permitir por razones cualitativas, realizar una mejor o más eficiente selección o provisión de personal. El puesto de trabajo, por tanto, como criterio objetivo de ordenación y organización sigue siendo esencial en la función pública. Puede verse: VICENTE DOMINGO, R., *El puesto de trabajo en en derecho a la función pública*, Valencia, 1997.

ye la célula, el mínimo irreductible a partir del cual se puede construir todo el cuerpo de la Función Pública, si se obvia claro está, el de tarea, servicio o incluso la misión del puesto de trabajo. A partir de dicho concepto, podemos definir el marco de acceso al empleo público²⁵¹ (qué funciones se necesitan para constituir el puesto de trabajo, qué proceso selectivo es el acorde), el régimen funcional o laboral (¿el puesto exige por sus funciones el ejercicio de potestades administrativas, de autoridad o mando, participacipar en los intereses generales...?), la clasificación en Grupos, Escalas, Subescalas o Categorías (¿qué titulación se requiere para esas funciones, qué responsabilidades o aptitudes?). La jornada y horario, el régimen retributivo y complementos salariales, también se determinan por las necesidades que requiera el puesto. El sistema de provisión y carrera. Las situaciones administrativas y régimen disciplinario. En fin, se puede definir la cosmología administrativa del puesto a desempeñar. Lo que se dice, lo saben bien quiénes se dedican a la elaboración o modificación de la relación de puestos de trabajo, puesto que de lo particular deben llegar inductivamente a lo general.

Esto no es una cuestión del legislador o más concretamente, no debería serlo. Es decir, el legislador podrá definir categorías cerradas (Cuerpos) por mor de las funciones que desempeñen determinados grupos de funcionarios, pero ello no servirá, en absoluto para organizar. Las mayoría de las veces, en la práctica se comprueba, que existen funcionarios que deberían constituir un cuerpo y no lo son. Siendo el legislador quién organice o pretenda hacerlo, se llega al absurdo de comprobar como en el ámbito de la Administración General del Estado, por ejemplo, los Abogados del Estado, es decir, el cuerpo de funcionarios que se dedican a la representación y defensa en juicio de dicha administración constituyen un cuerpo de funcionarios (de élite). Igualmente, los letrados de las CCAA, y sin embargo, los letrados de las entidades locales no lo son, haciendo *exactamente* lo mismo, esto es, dedicarse al asesoramiento, representación y defensa en juicio de dichas entidades públicas. Sus funciones no tienen diferencias cualitativas, la única diferencia deviene por la decisión del legislador. A unos los ha considerado un cuerpo y a otros una escala. En este nivel de administración, los funcionarios que se dedican a dicha funciones pertenecen (o deben serlo) a la subescala de Técnico Superior de Administración Especial. Es decir, no constituyen un cuerpo, sino que se ubican en

²⁵¹ CORTÉS CARRERES, V., *Manual Práctico de Gestión de Recursos Humanos en la Administración Local*, Madrid, 2001; CORRAL VILLALBA, J., *Manual de Gestión del Personal de la Administración Local*, Madrid, 2004. Junto con ello y con una visión eminente práctica de lo que mantenemos puede verse la extensa obra de: FERNÁNDEZ-RÍOS, M. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. C., *Valoración de puestos de trabajo. Fundamentos, métodos y ejercicios*, Madrid, 1997.

una escala, y ello a pesar de que todos estos funcionarios (estatales, autonómicos y locales), actúan por la autorización del artículo 551 de la LOPJ. Por ello, el serlo o no, no puede derivar de una decisión legislativa, sino organizativa, es decir, analítica, partiendo de la función, delimitando aquellos puestos o plazas que, por razón de la naturaleza de sus funciones atribuidas, constituyen una categoría cerrada dentro de la organización funcionarial. La organización funcionarial, por tanto, debe tener carácter inductivo y no deductivo. Todo ello teniendo en cuenta, además, que nuestro Tribunal Supremo (por todas, STS de 23 de mayo de 2011 recurso de casación 2827/2009) viene sentando la doctrina conforme a la cual frente al principio de exclusividad y monopolio competencial (de Cuerpos o Escalas), ha de prevalecer el de libertad con idoneidad, salvo que una adscripción particular derive necesariamente de la naturaleza de la función a desempeñar en un determinado puesto de trabajo, señalando, frente a la invocación no justificada de la potestad autoorganizativa de la Administración, que la discrecionalidad que tiene la Administración no puede convertirse en arbitrariedad o irrazonabilidad, mutando la eficacia y servicio al bien común que debe regir la actuación de la Administración (artículo 103.1 de la Constitución) en desnuda manifestación de poder carente de toda justificación

Pues bien, todo ese conjunto de puestos de trabajo, que deben estar interconectados, constituye lo que se denomina la relación de puestos de trabajo (RPT). La RPT expresa el resultado de una dinámica organizativa y organizada de efectivos para la prestación de los servicios públicos, tanto internos o burocratizados, como externos o de prestación. Esa RPT (u otro instrumento similar), es exigida por nuestra norma básica²⁵², como instrumento nuclear de pla-

²⁵² Para lo que ahora nos interesa, diremos que así lo exige el artículo 74 del TREBEP, que dispone: «Las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos». Se utiliza el concepto de «estratégico» siendo conscientes de que el TREBEP, le atribuye esa función a los Planes de Ordenación de Recursos Humanos (art. 69). Sin embargo, la RPT permite saber, de forma dinámica, qué efectivos se necesitan o se necesitarán en una determinada área o servicio, y qué condiciones de trabajo requerirán esos puestos. Con dicha información, se permite planificar y ordenar la organización. Esa es la razón por la que se utiliza el término estratégico, sin perjuicio de los planes de empleo. Puede verse sobre planificación estratégica: VILLORIA MENDIETA, M., 2000, *Cuadernos de Gobierno y Administración*, pp. 165-192. Y del mismo autor junto con DEL PINO MATUTE, E., *Dirección y Gestión de Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*, Madrid, 2009; ARROYO YANES, L. M., «La ordenación de la actividad profesional en el Estatuto Básico del Empleado Público: planificación de recursos humanos y estructura del empleado público» en LINDE PANIAGUA, E. (Dir.) *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2008.

nificación de los recursos humanos (plan estratégico) y como marco de estructura de la propia organización pública.

Si esta dinámica de puestos de trabajo y de su cúmulo de información, nos permite conocer las vicisitudes funcionales de la organización, otro documento similar, pero con finalidad distinta, nos permite saber el gasto público que suponen los puestos que, por permanentes y estructurales, deben tener una consignación estable e indefinida en el presupuesto de la organización, es decir, nos permiten conocer las *plazas* existentes en la misma y su cuantificación económica.

Con ciertos matices, podemos decir que ambos documentos son dos caras de una misma moneda, pues uno nos permite conocer qué funciones se desarrollan en la organización y en qué condiciones y efectos jurídicos-organizativos, mientras que el otro nos informa de cuántos efectivos permanentes prestan dichas funciones y a qué coste. Por tanto, se trata de documentos que informan sobre: funciones/coste.

La «plantilla de personal», que es el documento al que nos estamos refiriendo, también es exigida por nuestra normativa básica²⁵³ en empleo público. Por tanto, las herramientas jurídicas con la que cuenta la organización pública para la gestión de sus recursos humanos son la RPT y la plantilla de personal. La RPT se proyecta sobre los puestos de trabajo. La plantilla de personal sobre las plazas dotadas presupuestariamente. Ambos documentos deben ser coherentes y por tanto, estar sincronizados, en cuanto a su información y limitación, de forma que, en principio, no pueden existir puestos de trabajo que no correspondan a plazas dotadas presupuestariamente, y ello por la razón que expuso el TSJ de Castilla-La Mancha en sentencia de 30 de diciembre de 2015²⁵⁴:

«Por su parte las plantillas de personal se pueden configurar como un instrumento de carácter más bien financiero o presupuestario de ordenación del gasto que constituye una enumeración de todos los puestos –o mejor plazas– que

²⁵³ Igualmente, y sin necesidad de ser exhaustivos por el momento, sirva lo que dispone el artículo 14.3 de LMFP: « Las plantillas de los diferentes Cuerpos y Escalas de la Administración del Estado, así como las del personal laboral, serán las que resulten de los créditos establecidos en la Ley de Presupuestos». Y su Disp. Trans. Sexta, en su punto primero, dispuso. «En el plazo de seis meses, a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno procederá a realizar la clasificación de las funciones desempeñadas hasta ese momento por el personal contratado administrativo por la Administración del Estado. *La clasificación determinará los puestos a desempeñar, según los casos, por funcionarios públicos, por personal laboral y por personal en régimen laboral temporal.* De la citada clasificación podrá deducirse la ampliación o disminución, en su caso, de *las plantillas de funcionarios públicos o de personal laboral*» (la cursiva es nuestra).

²⁵⁴ STSJ de Castilla-La Mancha de 30/12/2015, rec. 328/2013. La sentencia será pertinente analizada en el Capítulo IV, apartado segundo de esta Tesis.

están dotados presupuestariamente, debiendo incluir tanto a los funcionarios como al personal laboral y eventual, cuya finalidad es delimitar los gastos de personal al relacionar todos los que prevé para un ejercicio presupuestario siendo la base para habilitar la previsión de gastos en materia de personal y consignar los créditos necesarios para hacer frente a las retribuciones en materia de personal, hasta el extremo de que su aprobación y modificación está estrechamente ligada a la aprobación y modificación del presupuesto de la Corporación en el ámbito local. *Esa finalidad y conexión presupuestaria de la plantilla, que se manifiesta en la necesidad de que la misma respete los principios de racionalidad, economía y se configure de acuerdo con la ordenación general de la economía, así como en la prohibición de que los gastos de personal traspasen los límites que se fijen con carácter general en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (artículo 90. 1 párrafo segundo de la LBRL, tiene en nuestra opinión la consecuencia de que no es posible la creación de puestos de trabajo que no estén amparados en la plantilla en la medida en que la inclusión en la plantilla es soporte para la habilitación de crédito presupuestario del gasto que implica la puesta en funcionamiento de estos gastos; de manera que en principio todos los puestos de la relación de puestos de trabajo deben corresponder a plazas de la plantilla»* (la cursiva es nuestra).

Pues bien, considerado que, tanto legal como jurisprudencialmente, no puede haber plaza sin puesto ni puesto sin plaza y que, ambos elementos de la organización deben tener su correspondiente coherencia, se expondrá por su relevancia para el objetivo de este apartado, un supuesto real donde, permítaseme la expresión, el Juzgador pretendió la «cuadratura del círculo», lo que, en ocasiones, revela que no es siempre la Administración la que entorpece el propio cumplimiento de las sentencias. Con ello, se advierte, no se pretende realizar una injerencia de carácter general de un caso particular, pero sí poner sobre la mesa del investigador las múltiples fricciones y los problemas que surgen a la hora de tener que adaptar y armonizar la normativa laboral, el enjuiciamiento del órgano judicial, la normativa administrativa en función pública y la realidad organizativa de un empleador, que como la Administración pública, goza de unas características propias casi inflexibles.

En este ejemplo, que tomamos como base para una reflexión inductiva, el supuesto de hecho se centra en una demanda en materia laboral en la se impugnaba un despido por nulidad o en su defecto, por improcedencia, cesión ilegal de trabajadores, así como una reclamación de cantidad, y todo ello, por un trabajador de una sociedad mercantil pública de carácter local, que se encontraba en un proceso judicial de concurso de acreedores. El trabajador, en la empresa municipal, ocupada el puesto de «Adjunto al Jefe de contabilidad» y había sido objeto de despido, como consecuencia de la entrada en concurso y cese de actividad de la empresa pública. La sentencia, de 26 de agosto de 2014

del Juzgado de lo social n.º 2 de Sevilla²⁵⁵, consideró que el despido era improcedente y que, además, existía cesión ilegal de trabajadores. El Juzgador, basándose en una sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía de fecha 23 de mayo de 2013²⁵⁶, decretó que existía cesión ilegal de trabajadores, de acuerdo con el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, a pesar de que se razonaba en sentencia que la citada empresa no era más que un «instrumento para hacer lo que el Ayuntamiento no podía hacer». Dificilmente podía entenderse la existencia de una cesión sin la existencia de dos empresas. En este caso (y en otros más), se consideró que había cesión ilegal, a pesar de lo razonado. La sentencia argumentaba, igualmente, que el demandante no era empleado de la empresa municipal, sino del propio Ayuntamiento, como consecuencia de la confusión patrimonial y personal que tenía la propia Administración con la empresa pública. El efecto de la declaración de cesión ilegal era la necesaria incorporación del demandante como «indefinido no fijo», pero respetando su puesto de trabajo, su categoría profesional y su retribución, todo ello de acuerdo con lo fijado en su contrato de trabajo y en el Convenio colectivo aplicable a la empresa pública concursada. Es, a partir de ese momento, cuando se inician los problemas para ejecutar la sentencia en sus propios términos.

El demandante ocupaba un puesto de «Adjunto a la Jefatura de Contabilidad» con una retribución superior a un jefe de servicio del propio Ayuntamiento condenado, en una cantidad superior en más de dos veces a la de aquellos. Teniendo en cuenta que en la RPT del Ayuntamiento no existía el puesto de «Adjunto a la Jefatura de Contabilidad», ni plaza en la plantilla que le diera cobertura económica, se planteó un incidente de imposibilidad legal de cumplir con la sentencia en sus estrictos términos. Se argumentaba que la sentencia no podía cumplirse en los términos previstos, por cuestiones de legalidad en materia de función pública y presupuestaria.

En el primer caso, no solo no es que no existiera el puesto de «Adjunto a la Jefatura de Contabilidad», es que no existía siquiera la «Jefatura de contabilidad», por cuanto que dicha función era y es una tarea encomendada, reglamentariamente, a los Habilitados Nacionales²⁵⁷. Por otra parte, no existía plaza que le pudiera dar cobertura económica a dicho puesto de trabajo y la creación

²⁵⁵ Dictada en los Autos 1621/2013.

²⁵⁶ STSJ de Andalucía de 23/05/2013, rec. 29/2012.

²⁵⁷ Art. 4.2 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Igualmente, así lo disponía el anterior Reglamento, art. 4 y 6 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, vigente en el supuesto que analizamos.

de la misma, debía conllevar una valoración objetiva previa que, en ningún caso, iba a reflejar el salario que poseía en la empresa mercantil. Esta cuestión, no solo chocaba con las limitaciones presupuestarias impuestas por la normativa estatal, sino que carecía de cualquier cobertura de legalidad en el momento en el que previamente a la creación de la misma se tenía que llevar cabo su valoración objetiva²⁵⁸.

Pues bien, al órgano judicial se le puso en conocimiento la voluntad clara de cumplir con la sentencia, pero igualmente se le refirió que existían claros impedimentos legales y organizativos como los citados, que hacían imposible su ejecución. El incidente de inejecución por imposibilidad legal fue rechazado (en tres ocasiones), bajo la argumentación de que «un indefinido no fijo no necesita plaza ni valoración» e incluso se apercibió de deducir testimonio al responsable del cumplimiento de la sentencia por el cauce del artículo 112 de la LJCA, en aplicación del artículo 287 de la LJS.

El trabajador fue readmitido como indefinido no fijo, incorporándose de acuerdo con su titulación para un puesto de administrativo en el servicio municipal de Intervención de Fondos (inexistente en la RPT y en la plantilla), y con un salario equivalente al de otros puestos de administrativo de la propia unidad administrativa. La readmisión fue impugnada por considerarse irregular, reclamándose las cantidades dejadas de percibir por la diferencia retributiva que se percibían en la empresa, así como también se reclamaba la creación del propio puesto de trabajo que se desempeñaba en la citada empresa municipal. En el momento que se redactan estas líneas, el conflicto judicial se encuentra señalado para la Vista. El Ayuntamiento demandado ha tenido que hacer frente a más de 8 reclamaciones semejantes y por los mismos motivos. Todavía se encuentran *sub iudice*.

Lo expuesto es un simple ejemplo pero expone una antigua y subrayada reivindicación: la necesidad de crear un régimen propio y apropiado para el personal laboral que presta servicios en la Administración pública y ello, por cuanto que los instrumentos básicos de regulación de relaciones laborales en una organización pública, a saber: el ET, los convenios colectivos e incluso las distintas clases de contratos laborales (normalmente temporales), no están diseñados para la Administración pública, sino para un empleador privado. Si-

²⁵⁸ Así lo disponía el art. 126.1 del RD 781/86: «Las plantillas, que deberán comprender todos los puestos de trabajo debidamente clasificados reservados a funcionarios, personal laboral y eventual, se aprobarán anualmente con ocasión de la aprobación del Presupuesto y habrán de responder a los principios enunciados en el artículo 90.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril. *A ellas se unirán los antecedentes, estudios y documentos acreditativos de que se ajustan a los mencionados principios*», como el artículo 4 de Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los Funcionarios de Administración Local.

tuaciones, como las expuestas, hacen romper y desbordar las bases legales y administrativas en las que debe descansar la gestión y administración de los efectivos existentes en un entidad pública, creándose figuras «alegales» como la del indefinido no fijo o como la del personal subrogado.

3.3 LA INSINCERIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA CONDENATORIA. CLASES DE EJECUCIONES FRAUDULENTAS

Entre el cumplimiento exacto de una sentencia y el incumplimiento directo de la misma se pueden distinguir varios rangos. En el primer caso, podemos hablar, como ya se ha expuesto, de cumplimiento espontáneo, también llamado cumplimiento voluntario o directo. Como hemos visto, este cumplimiento se produce cuando la Administración, sin necesidad de ser requerida para ello, realiza la actuación debida. La llevará a cabo dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la sentencia firme o tres, si se encuentra sujeta a una obligación de pago.

Frente a este cumplimiento espontáneo, nos podemos encontrar con su opuesto. Es decir, cuando la Administración abiertamente no cumple con la sentencia que la condena. En este supuesto, se halla una voluntad obstativa que deberá ser doblegada mediante una ejecución forzosa, bien sea a través de medios directos de ejecución o bien, mediante medidas ejecutorias personales.

Sin embargo, existe una tercera categoría en el camino del cumplimiento de la sentencias, que lo constituye un conjunto, bastante amplio y heterogéneo de conductas, donde la Administración pretende hacer creer al órgano judicial que ha cumplido, ocultando su verdadera voluntad de eludir el fallo y por tanto, su burla al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de ejecutar sentencia²⁵⁹. El Tribunal Constitucional reaccionó pronto contra estos cumplimientos *aparentes* o *indirectos*. A este fin, pueden citarse, tanto la sentencia 125/1985, como la 167/1987.

No obstante, es importante tener en cuenta que el Tribunal Supremo, también tuvo temprana ocasión de calificar estos comportamientos que suponían, verdaderamente, una afrenta, no solo al poder judicial sino al mismo Estado de derecho, constituyendo, claramente, actuaciones viciadas de nulidad de pleno de derecho por constatarse un claro desvío del poder público. El TS, en senten-

²⁵⁹ Es totalmente acertado lo que se advierten Fernández Montalvo, Sala Sánchez y Xiol Rios, que exponen: «raro será la autoridad administrativa que se niegue a abiertamente a dar cumplimiento a los fallos, sino que lo esperable es que aduzca razones para justificar su negativa al cumplimiento de los fallos (...)», citados en: Vid. PÉREZ BLANCO G., 2003, p. 263.

cia de 21 de junio de 1977, calificó dichos comportamientos administrativos como «la insinceridad de la desobediencia disimulada», considerando que, dentro de dicha locución, se ubicaban todos aquellos comportamientos defectuosos o puramente aparentes, o en formas de inejecución indirecta, como eran, entre otras: a) la modificación de los términos estrictos de la ejecutoria; b) la reproducción total o parcial del acto anulado o, c) la emisión de otros actos de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo.

Una de las sentencias del TC que supuso un hito en la calificación y repudia de dichas conductas, fue la citada sentencia 167/1987 de 28 de octubre. No se profundizará en la referida sentencia por existir ya grandes trabajos²⁶⁰ sobre su análisis; sin embargo, expondremos un pequeño resumen²⁶¹ del caso, debido a que el mismo versaba sobre materia de empleo público. El caso se centra en un recurso de amparo que interpuso un funcionario del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado, por el que impugnaba una resolución de la Secretaría de Estado de Turismo que resolvía los nombramientos de un concurso de traslados. El Tribunal sentenciador, estimó el recurso contencioso-administrativo y reconoció el derecho del recurrente a uno de los puestos incluidos en el citado concurso.

Una vez dictada la sentencia y efectuado el nombramiento del puesto al que el recurrente optaba, la Administración creó otro puesto de trabajo al que le atribuyó todas las funciones, tareas, responsabilidades, retribuciones que, anteriormente, correspondían al puesto del recurrente, cerrando así, la posibilidad de que el recurrente pudiera ejercitar las funciones propias de su propio puesto de trabajo. Solicitado por el interesado, en ejecución de sentencia, que el Tribunal de instancia adoptase las medidas oportunas para hacer efectivo el fallo recaído, la petición es desestimada por entender el Tribunal de instancia que su resolución había quedado satisfecha con el nombramiento del recurrente para el puesto solicitado, cuestión única que se debatía en el procedimiento.

El recurrente frente al Auto desestimatorio, se alzó en amparo ante el TC. Destaca en este proceso de amparo constitucional, la defensa que hizo la Abogacía del Estado, pues es un argumento muy reiterado en la práctica forense. Él mismo argumentó, en defensa de la actuación estatal, que «ninguna resolución judicial puede tener la virtualidad de congelar una determinada situación funcional, eliminando las facultades organizativas que ostenta la Adminis-

²⁶⁰ Pueden verse: CHOLBI CACHÁ, F. A. y MERINO MOLINS, V., 2008, pp. 112-118; PIÑAR MAÑAS, J. L., 1987, *Documentación Administrativa*, pp.157-162; BERMEJO GARDE, M., 1988, *Revista Jurídica de Navarra*, pp. 167-179; VÁZQUEZ SELLES, S., 2000, *La Ley*, pp. 1733-1734, entre otros.

²⁶¹ Se seguirá el resumen de los antecedentes del caso expuesto por ESCUDERO HERRERA, M.ª C., 2005, p. 114.

tración Pública sobre sus propios servicios». El TC, ponderando los distintos intereses que se daban encuentro en dicho conflicto judicial y después de advertir el alcance constitucional del derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos, como manifestación clara del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, dispuso, otorgando la tutela de amparo, que:

«no compete a este Tribunal precisar cuáles sean las decisiones y medidas oportunas que en cada caso hayan de adoptarse en el ejercicio de dicha potestad jurisdiccional ejecutiva, pero sí le corresponde, en cambio, corregir y reparar las eventuales lesiones del derecho a la tutela judicial que tengan su origen en la pasividad o el desfallecimiento de los órganos judiciales para adoptar las medidas necesarias que aseguren el cumplimiento de sus propios fallos. Dentro del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, son exigibles, en primer lugar, las que, al amparo de su legislación reguladora, deben tender a que se produzca inicialmente la actuación administrativa requerida por el pronunciamiento judicial, recabando para ello la colaboración precisa, incluso al margen del régimen ordinario de competencias. *Pero también lo son, y si cabe con mayor razón, cuantas medidas sean necesarias, de acuerdo con las Leyes, para impedir lo que expresivamente el Tribunal Supremo ha calificado como «la insinceridad de la desobediencia disimulada» por parte de los órganos administrativos (STS, Sala Quinta, de 21 de junio de 1977), que se traduce en cumplimiento defectuoso o puramente aparente, o en formas de inejecución indirecta, como son entre otras la modificación de los términos estrictos de la ejecutoria, la reproducción total o parcial del acto anulado o la emisión de otros actos de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo»* (la cursiva es nuestra).

El TC, junto con lo que ya había sido definido por el TS, categorizó aquellos comportamientos que, sin hacer una afrenta directa a la resolución judicial, se escondían en supuestas potestades normativas, autoorganizatorias o presupuestarias, para burlar lo exigido en el fallo y ofrecer la apariencia de un cumplimiento efectivo.

Esa taxonomía tripartita de incumplimientos indirectos o aparentes, se encuentran presentes con frecuencia en materia de empleo público. Así, el comportamiento definido en el punto a) al comienzo de este apartado, relativo a la «modificación de los términos estrictos de la ejecutoria», pueden incluirse aquellos supuestos en los que la Administración cumple con la sentencia, pero solo lo hace parcialmente o lleva a cabo actuaciones que desbordan los límites fijados por el fallo, extralimitándose en su cumplimiento (*extra petita*). Esta clase de incumplimientos en materia de empleo público puede observarse, por ejemplo, en supuestos de impugnación de bases de convocatorias, donde el Tribunal sentenciador anula una parte de las mismas y el órgano administrativo, en cumplimiento de sentencia, modifica por completo éstas, aprobando

unas nuevas. También se produce, en aquellos supuestos en los que la Administración se encuentra condenada a anular determinadas preguntas de exámenes de procesos selectivos, y sin embargo sustituye un examen por otro nuevo. Lo encontramos también en supuestos donde, el Tribunal anula una determinada valoración para un puesto de trabajo concreto, y el órgano administrativo hace una aplicación extensiva de aquella a puestos semejantes, pero no iguales. En fin, son múltiples los supuestos en los que la Administración incurre en esta clase de incumplimientos.

Analizando, pues, esta concreta forma de incumplimiento indirecto, puede citarse la sentencia de 15 de septiembre de 2015²⁶², emitida por el TJS de Cataluña en el que estimó un recurso de apelación contra un auto dictado en ejecución de sentencia, por virtud del cual debía anularse parte de unas bases para una convocatoria de provisión de puestos de trabajo de la Administración de la Generalidad de Cataluña (convocatoria de concurso específico de méritos y capacidades de dos puestos singulares de la Secretaría de Economía). El Alto Tribunal autonómico inicia su relato reflexionando sobre si la sentencia que dictó se había cumplido en sus estrictos términos o bien, existía alguna circunstancia que lo impidiera. El TSJ de Cataluña, después de manifestar que ambas partes procesales se mostraban disconformes con el alcance de la sentencia dictada, pues el apelante sostenía que la sentencia solo afectaba a las bases, mientras que la Administración consideraba que también afectaba al número de plazas convocadas, se pronuncia expresamente sobre la actuación del Juez de instancia, reprochándole que hubiera afirmado que dichas argumentaciones eran cuestiones «colaterales» que requerían un nuevo procedimiento. El TJS de Cataluña, en este aspecto, recrimina al Juzgador dicha argumentación y la estima inaceptables, a la luz de la nueva regulación legal de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas y de las exigencias constitucionales de llevar a puro y debido término las decisiones judiciales. Una vez centrado el enjuiciamiento y el reproche, el Alto Tribunal autonómico dispuso lo siguiente:

«El alcance de la anulación nunca podía ir más allá de las tres bases citadas. Es decir, que en ningún momento afectó a la convocatoria ni mucho menos a las dos plazas convocadas o a los medios establecidos para justificar los méritos. La Administración ha aprovechado durante el procedimiento –y en ejecución de sentencia– para amortizar una de las dos plazas convocadas. De entrada, el principio de buena fe obligaba a la Administración a comunicar al Tribunal –y a

²⁶² STSJ de Cataluña de 15/09/2015, rec. 55/2015. Junto a la sentencia analizada puede hacerse mención a la dictada por el TSJ de Andalucía 9 de octubre de 1995.

través de él a las partes— aquellos hechos y actos administrativos que se iban produciendo a lo largo de la litis y que estaban *sub judice*» (la cursiva es nuestra).

Y, concluye:

«(...) Asiste pues la razón al recurrente cuando pone de relieve que con la amortización no se ha ejecutado la Sentencia en sus estrictos términos porque en ejecución de sentencia se ha dictado resolución que equipara la anulación de las bases con la anulación de la convocatoria lo que en absoluto se decía en el fallo. *En consecuencia, la actividad administrativa desarrollada ha de ser, en este punto, anulada al no respetar el alcance del fallo y extender el pronunciamiento judicial más allá de lo ejecutoriado (...)*» (la cursiva es nuestra).

La segunda clase de incumplimiento indirectos que nos podemos encontrar se ciñen a los supuestos en los que la Administración, siguiendo incluso tramites procedimentales distintos, reproduce con posterioridad total o parcialmente el acto anulado. Es decir, vuelve al mismo destino, pero por caminos distintos. Sobre esta forma disimulada de incumplimiento, se pronunció el TS en sentencia de 17 de noviembre de 2009 (rec. 60/2008). En esta extensa sentencia puede, perfectamente, vislumbrarse el pulso que en ocasiones la Administración pública (realmente sus gestores públicos), le echan al poder judicial. Tanto es así, que obligó al TS a denominar la actitud que poseía la Administración de «despectiva, prepotente, desafiante y temeraria».

El supuesto viene constituido por un recurso contencioso-administrativo que interpuso un funcionario de carrera perteneciente al Cuerpo de Letrados de la Seguridad Social frente al Real Decreto 1172/2007, de 10 de septiembre, que suprimió la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales de la Misión Diplomática Permanente de España en Canadá, concretamente en Ottawa. El recurrente había concurrido con otro candidato a un procedimiento selectivo de provisión de puestos de trabajo. En el proceso selectivo había sido elegido el otro candidato que antes de la resolución del concurso había renunciado al puesto. A pesar de ello se publicó oficialmente su nombramiento para el puesto. El nombramiento fue objeto de impugnación contencioso-administrativa, estimándose la pretensión y acordando la retroacción del proceso selectivo. Tras dictarse sentencia en julio de 2006, la Administración es intimada multitud de veces para que procediera a anular el nombramiento, retro trayendo las actuaciones. Finalmente, la Administración condenada, en cumplimiento de la sentencia dictada, acuerda aprobar la Orden 2315/2007, publicada en el BOE el 31 de julio de 2007. Ante tal Orden, el TS argumentó lo siguiente:

«La Orden a la que acabamos de referirnos tal y como resulta de su transcripción *no llevó a cabo el cumplimiento de la Sentencia sino que simuló dar*

cumplimiento a la misma dictando otra Orden en la que anuló el nombramiento del designado, y tras mencionar los artículos que entendió pertinentes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa volvió a nombrar al mismo con efectos de la fecha que determinó, y tras manifestar que había oído al efecto al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y citando el Real Decreto 904/2.003 regulador de la Administración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en el exterior y su art. 8.2 que se refiere al nombramiento y cese de los Consejeros, introdujo una fórmula estereotipada como pretendida motivación con referencia al cumplimiento por parte del candidato elegido de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria, y la competencia para proceder al mismo (...) y tuvo por cumplida la Sentencia. Con ese proceder la Administración burló la ejecución de la Sentencia en los términos en que venía obligada a hacerlo, provocando con esa conducta lo que el Tribunal Supremo ha venido calificando como «la insinceridad de la desobediencia disimulada» que se traduce en cumplimiento defectuoso o puramente aparente, o en formas de inejecución indirecta, como son entre otras la modificación de los términos estrictos de la ejecutoria, la reproducción total o parcial del acto anulado o la emisión de otros actos de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo. La conducta adoptada en este supuesto encaja en la reproducción total o parcial del acto anulado, o si se quiere, en la emisión de otro acto de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo. (...) Una recta ejecución de la Sentencia hubiera obligado a anular el nombramiento anterior, y como consecuencia de la renuncia fehaciente del nombrado, designar al recurrente motivando adecuadamente esa decisión o, incluso, dejar sin cubrir el puesto declarando el concurso desierto expresando las razones por las que el recurrente no reunía los requisitos para desempeñar el cargo que pretendía ocupar. En consecuencia, la resolución citada era nula de pleno derecho, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del art. 103 de la Ley de la Jurisdicción (...)» (la cursiva es nuestra).

Sin embargo, el supuesto que estudiamos no acaba ahí, pues la Administración pública estatal, tras dictarse la sentencia cuya ejecución se discutía, aprobó el Real Decreto 1172/2007, de 10 de septiembre de 2007, suprimiendo, no ya el puesto sino la propia Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales de la Misión Diplomática Permanente de España en Canadá, en un intento de presentar una eventual imposibilidad material de cumplir con la sentencia. Pues bien, el Alto Tribunal después de hacer un específica valoración de la documental aportada en juicio y de la conveniencia y/o oportunidad administrativa en suprimir la Oficina Diplomática en Canadá, en base a aspectos puramente gubernativos y organizativos, coligió lo siguiente:

«Pues bien, llegado a este punto es, ahora, el momento de justificar porque la Sala estima el recurso y anula el Real Decreto impugnado. La razón que nos conduce a ello es que como sostiene el recurrente la supresión de la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales de la Misión Diplomática de España en Ottawa, aun aparentemente conforme a derecho, estuvo viciada de desviación de poder

para conseguir, en último término, que no fuera designado para la misma el recurrente. (...) Atendiendo a lo expuesto la Sala alcanza en este supuesto concreto la convicción de que en el mismo la Administración incurrió en desviación de poder porque aun reconociendo que la supresión de la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales en discordia sea conforme a derecho, la decisión de suprimirla se adoptó en el momento en que se hizo para frustrar la obligación que la Administración tenía de resolver tras la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de julio de 2006 la convocatoria pública realizada mediante la Orden TAS/2964/2004 para cubrir entre otras esa plaza vacante.

Para obtener esa convicción el Tribunal ha valorado cuanto aconteció entre el momento de la convocatoria y la supresión del puesto de Consejero en Ottawa, y la burda y desleal maniobra de tener por ejecutada la Sentencia volviendo a nombrar a quien había renunciado al puesto. Cuando debió una vez firme la Sentencia resolver lo procedente y, como anticipamos, incluso motivándolo haber dejado desierta la convocatoria. Lejos de ello se esperó a dar cumplimiento aparente a la Sentencia del modo en que se hizo con fecha 31 de julio de 2.007, cuando ya era inminente la publicación del Real Decreto recurrido que suprimió la Consejería. *Apoyamos nuestra convicción en un supuesto muy similar en el que el Tribunal Constitucional concedió el amparo frente a una inejecución de una Sentencia firme en relación con el nombramiento para la oficina de turismo de la ciudad de San Francisco, oficina que quedó sin competencias al trasladarse la sede a la ciudad de los Ángeles. Sentencia de 28 de octubre de 1987» (la cursiva es nuestra).*

Expuesta esta segunda forma de incumplimiento velado de las sentencias por parte de las entidades públicas, nos referiremos a la última categoría de incumplimientos indirectos, que el TC identifica cuando la Administración pública emite actos de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo judicial. Esta categoría de incumplimientos, resulta difícilmente diferenciable de los supuestos previstos en el artículo 103.4 de la LJCA, que tacha de nulidad cualquier acto o disposición que contradiga el fallo judicial. Efectivamente, todos los supuestos que hemos citados tienen la tacha de la nulidad absoluta con efectos *ex tunc*, sin perjuicio de las ponderaciones que, en su caso, se puedan hacer cuando se trate de anulaciones de actos administrativos donde puedan verse afectados terceros de buena fe. No obstante, lo determinante del último supuesto de cumplimiento aparente o indirecto, lo constituye el hecho de que el acto dictado con posterioridad a la sentencia que se ejecuta, es válido conforme a Derecho, sin embargo, resulta incompatible con lo reconocido en el fallo de la sentencia.

En este sentido, el Juzgado de lo contencioso-administrativo, n.º 6 de Bilbao, en sentencia de 18 de febrero de 2013²⁶³, decretó la nulidad de las ac-

²⁶³ SJCA n.º 6 de Bilbao 18/02/2013, rec. 256/2012.

tuaciones administrativas que pretendían preservar una interinidad y posteriormente, una comisión de servicios por ser incompatibles y contrarias a lo dispuesto en el fallo judicial, que reconocía el derecho del recurrente a ocupar el puesto que le había sido asignado mediante concurso, sin que existiera incompatibilidades de ningún tipo por haber sido declarado con anterioridad delegado territorial.

A la luz de esta última forma de incumplir las sentencias, y para concluir, se analizará la compatibilidad entre la obligación de cumplir las sentencias en sus estrictos términos y la potestad revisora de actos favorables de la que goza la Administración, cuando esta potestad se pronuncia sobre actos o disposiciones que afectan al fallo judicial. Se trata de supuestos en los que será muy difícil determinar si la Administración está ejerciendo correctamente una potestad pública, como lo es la revisora de actos nulos o anulables, o está llevando a cabo una operación de elusión del cumplimiento del fallo. Se enfrentan aquí dos principios de derecho distintos, a saber: el principio de tutela judicial efectiva frente al principio de potestad administrativa revisora.

Ya hemos visto que la ejecución de sentencias tiene un efecto expansivo y protector, declarando nulos tanto los actos como las disposiciones administrativas que se opongan al fallo. Y también hemos dicho, que, aunque el artículo 103.4 de la LJCA exige un elemento subjetivo intencional para declarar la nulidad de una actuación administrativa posterior, el citado efecto debe surgir frente a situaciones objetivas de conflicto en los que el derecho individual a la ejecución se vea impedido por esa conducta administrativa posterior, con independencia de su finalidad sugestiva.

Dicho esto, sin embargo, el TC en sentencia 3/2002, consideró que la potestad revisora de la Administración podía válidamente activarse para expulsar del ordenamiento jurídico actos considerados válidos por una sentencia, a pesar de estar activado el cauce incidental de ejecución de sentencia. En la sentencia que se analiza, el Tribunal de garantías constitucionales se enfrenta a la valoración de una posible vulneración, entre otros, de los derechos consagrados en el artículo 24.2 de la CE, y ello como consecuencia de la existencia de un derecho a una pensión vitalicia por incapacidad permanente absoluta reconocida por el INSS, y que había sido objeto de pugna judicial por sentencia de 2 de marzo de 1992 del Juzgado de lo social núm. 1 de Oviedo, solicitando por escrito de 28 de marzo de 1996, la ejecución de la misma, a fin de que se decretara la reposición de la situación jurídica individual al estado anterior a la revisión administrativa de oficio, que se había iniciado para revisar su grado de invalidez, considerándose, por el reclamante, que la resolución

judicial firme quedaba interferida, en sus efectos, por el acto administrativo sobrevenido.

El TC, sin entrar en análisis del ejercicio de la potestad administrativa revisora frente a decisiones judiciales firmes y su potencial relevancia constitucional, que hubiera sido lo importante, enjuició el caso, a la luz de las vulneraciones constitucionales que se invocaban, concluyendo que:

«no es contrario al art. 24.1 CE entender que no afecta al derecho de ejecución de la Sentencia de referencia, el regular ejercicio de las facultades revisoras del INSS sobre los aspectos de la pensión no abordados en juicio, incluso cuando encadenadamente resulten afectados» (las cursivas son nuestras).

En definitiva, a la vista de la doctrina expuesta podría concluirse que no se ve vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de ejecución de sentencias en sus estrictos términos, cuando la potestad de revisión de la Administración se proyecta sobre aspectos que no fueron abordados en juicio, a pesar de que éstos podían quedar «encadenadamente afectados» a los actos enjuiciados y sentenciados.

3.4 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: ACTOS FORMALMENTE ADMINISTRATIVOS, MATERIALMENTE JUDICIALES

No actuando la Administración condenada por virtud de una potestad propia sino ajena, por virtud de la potestad jurisdiccional, sus actos y actuaciones no pueden considerarse, desde el punto de vista del Derecho Administrativo²⁶⁴, como auténticos actos administrativos, lo que no impide que sean considerados como *actos de la Administración*.

La necesidad de ajustar lo exigido por la normativa administrativa a la potestad jurisdiccional, que sirve de causa de emisión al acto administrativo ejecutivo, ha hecho afirmar que se está ante un acto *materialmente* administrativo, pero *formalmente* judicial²⁶⁵. Afirmación, sin embargo, que no se com-

²⁶⁴ Artículo 34 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dispone que: «1. Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose a los requisitos y al procedimiento establecido. 2. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos».

²⁶⁵ Es el argumento mantenido por el autor MARTÍN DELGADO, en la obra: *Función Jurisdiccional...*, *op. cit.* p. 197. El autor citado para reforzar su argumentación asume los razonamientos de autores como:

parte. En este sentido, nos alineamos con lo expuesto al respecto por Joaquín Tornos²⁶⁶:

«La Administración que actúa en función de su deber de colaboración no actúa con potestades propias, y, por tanto, actúa fuera del régimen competencial. En este caso, se sitúa como colaboradora del poder judicial, en función de ejecución de sentencia. No podrá decirse que la Administración asume poderes de tutela que no le corresponden, pues la Administración no asume nada. Se limita a cumplir un deber que le viene impuesto por Ley dentro del proceso de ejecución. Su acto no será incluso propiamente administrativo (...). Este acto es de hecho acto judicial, imputable al poder judicial, el cual utiliza instrumentalmente a la Administración para el ejercicio de una función jurisdiccional».

Siendo el cumplimiento de las sentencias judiciales una cuestión de interés (público) que trasciende a los propios intereses de las partes²⁶⁷, se impone, de acuerdo con el párrafo tercero del artículo 103 de la LJCA, el deber de colaboración en el cumplimiento de las sentencias tanto por personas físicas como jurídicas.

ORTEGA ÁLVAREZ, J. I., 1999, *REDA*, p. 499. También, cita a SALA SÁNCHEZ, XIOL RÍOS y FERNÁNDEZ MONTALVO, en relación a la obra de *Práctica procesal contenciosa-administrativa*, y en fin, a otros autores que apoyan una argumentación semejante. A nuestro juicio, se hace preciso matizar las referencias a qué es lo *material* del acto y qué constituye lo *formal*. En este sentido, en un cumplimiento espontáneo nos hallamos ante un acto de la Administración, pero no ante un acto administrativo, y ello por cuanto que la causa o motivo de dicho acto no se supedita al ejercicio de una potestad pública reconocida por la Ley a la Administración (*potestas persona publica*), sino por virtud del cumplimiento de un deber legal, sometido al control judicial. En supuestos de no cumplimiento espontáneo sino forzoso, esto es, a causa de una ejecución, el acto ya no es materialmente administrativo. En este caso, la actuación seguirá los cauces formales dictados por el procedimiento administrativo, adoptando la apariencia externa, formal, (art. 36 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) de acto administrativo. Y ello, por cuanto que la Administración regida, imperativamente, por el principio de legalidad, se ajustará a lo procesalmente regulado en la ley procedimental administrativa.

Ahora bien, la Administración al cumplir la sentencia, dicta *actos de ejecución judicial*, es decir, la sustancia, la materia o más concretamente, la esencia del acto, utilizando la distinción aristotélica –forma/sustancia- no será administrativa sino judicial. La Administración actúa como medio de ejecución. El acto deberá producir efectos administrativos, por cuanto que deberá materializar una realidad jurídica administrativa consignada en sentencia firme, pero tal hecho no lo convierte en un acto materialmente administrativo, ya que no puede confundirse el contenido del acto (art. 36 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), con sus efectos, de acuerdo con el art. 38 y ss. de la misma Ley. Su posibilidad de impugnación ante la autoridad judicial por contradecir el fallo, pone de manifiesto que continúa siendo un acto *esencialmente* sujeto a la *potestas* de la autoridad judicial y que, cuando se trata de un acto que no se halla afectado por el cumplimiento del fallo, deja de ser un acto de la administración para convertirse en un acto administrativo independiente, que requerirá un proceso de impugnación autónomo, vetando la entrada al mismo a la autoridad judicial pues, en ese caso, ya sí se encuentran las potestades públicas donde la Administración actúa con competencia administrativa propia. Por lo tanto, los actos dictados por la Administración en ejecución de sentencias son actos de ejecución judicial que adoptan la *forma* de actos administrativos, sin serlos *stricto sensu*.

²⁶⁶ TORNOS MAS, J., 1998, *REDA*, p. 719.

²⁶⁷ STS 5/4/2001, rec. 3655/1996.

Se podría considerar que la positivación de dicho deber no era necesario, por cuanto que ya se encontraba en el artículo 17.1 de la LOPJ. Sin embargo, el Legislador quiso reforzar, expresamente, ese deber en el orden contencioso-administrativo, orden jurisdiccional en el que la problemática de la ejecución de sentencias, como sabemos, ha sido más acuciante. Como bien señala, de nuevo Joaquín Tornos²⁶⁸, de dicho párrafo deben extraerse distintas consecuencias. La primera, de carácter objetivo, se refiere al deber que afecta a aquellos que no son parte en el proceso, pues las «partes» están obligadas a cumplir (párrafo segundo) y no solo a colaborar (párrafo tercero). Es decir, el deber en ellos es de mayor intensidad, pues la relación de cumplimiento es *directa* entre ejecutante y ejecutado; mientras que los terceros que deben colaborar con el cumplimiento de la ejecución, la relación con el proceso es *indirecta*. Solo se produciría su mutación *directa* en los casos de cumplimiento forzoso por sustitución, en donde ese tercero tendría que realizar, por mandato judicial, la prestación en lugar y a costa del condenado.

La segunda consecuencia, es de carácter subjetivo y viene a significar que la obligación de colaboración es indiferente si los sujetos son públicos o privados. Todos ellos están obligados a colaborar con el Juzgador en la materialización de la decisión judicial firme. Las personas públicas tienen un plus de obligación por cuanto que comparten la necesidad de satisfacer el interés general, debiendo acudir a las personas privadas solo en defecto de aquellas. Pero, debemos entender también incluido en este precepto, supuestos en los que la autoridad judicial solicita colaboración, por ejemplo, de empleados públicos concretos de la misma Administración condenada que, no siendo los directamente implicados en el asunto, pueden llevar a cabo el acto que se reclama. Se piensa, por ejemplo, en la emisión de una propuesta de resolución en la que el titular de una Secretaria de un Ayuntamiento o de un Jefe de Servicio de otra unidad administrativa se niega a elaborarla. En este sentido, sin perjuicio de las responsabilidades en las que pudiera incurrir, dicha actuación podría ser sustituida por otro empleado público capacitado para ello de la propia entidad pública (en el supuesto del ejemplo, un licenciado en Derecho, que ocupara una plaza del Grupo y Subgrupo A1).

Por último, y para cerrar el acercamiento a este concreto precepto es importante señalar cual sería el ámbito material de dicha colaboración y, en este sentido, deberemos entender que el recurso a terceros, como ya se ha dicho, se podrá llevar a cabo cuando se trataran de actuaciones judiciales que no satisfagan obligaciones personalísimas o cuando no se trate, simplemente, de senten-

²⁶⁸ TORNOS MAS, J., 1998, p. 718.

cias declarativas, que hayan anulado un acto. Fuera de dicho supuestos, particularmente cuando se trate de obligaciones de hacer (incluidas las de pagar) podrá ponerse en funcionamiento la figura de la colaboración con la finalidad de dar cumplimiento completo a lo decidido judicialmente.

3.5 NULIDAD DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS EN FASE DE EJECUCIÓN. CRITERIOS DE PONDERACIÓN. EL EFECTO DEL CAMBIO NORMATIVO SOBREVENIDO EN EL PLENO DERECHO AL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA

La declaración legal de que las actuaciones administrativas o normativas contrarias a lo decidido en una sentencia son nulas²⁶⁹ de plenos derecho, se anuncia en los apartados cuarto y quinto del artículo 103 de la LJCA. Según el apartado cuarto serán considerados nulos y, por tanto, inexistentes aquellos actos y resoluciones que con la finalidad de eludir el fallo, sean contrarios a lo decidido en sentencia. Al respecto, subraya el Tribunal Supremo²⁷⁰:

«la sanción de nulidad plena se anuda a la concurrencia de dos exigencias. De un lado, una de índole objetiva: ha de dictarse un acto o disposición contrario a un pronunciamiento judicial; y, de otro, una de tipo teleológico: que la finalidad sea eludir el cumplimiento de la Sentencia».

Ya expusimos y no nos extenderemos en este punto, que la nulidad de las actuaciones debe buscarse en el plano de la objetividad y no de la intencionalidad, siempre difícil de acreditar. Si la actuación posterior de la Administración choca con los pronunciamientos de la decisión judicial impidiendo que la sentencia se cumpla «en sus estrictos términos», la actuación deberá ser considerada nula, y ello con independencia de si existe intención elusiva o no. La difícil acreditación y la intangibilidad de un *animus fraudisio* no puede sobreponerse al derecho fundamental al cumplimiento de las sentencias en sus propios términos. El sistema de cumplimiento y ejecución de sentencias conten-

²⁶⁹ Se ha discutido si se trata de una nueva causa de nulidad además de las previstas en el artículo 47 de la LPACAP. De acuerdo con la regulación contenida en dicho precepto, puede proponerse la siguiente taxonomía sobre la nulidad de los actos administrativos: i) causas de nulidad genérica o común y ii) causas de nulidad específicas o especiales. Las primeras, se encontrarían reguladas en los puntos a), b), c), d), e) del artículo 47.1 de aquella Ley, mientras que las específicas o especiales, serían las reguladas bajo la cobertura del punto g), y aglutinaría todas aquellas nulidades previstas expresamente en una norma con rango de Ley. En el supuesto que venimos analizando, la nulidad vendría prevista por el artículo 103.4 de la LJCA, como causa específica de nulidad de un acto administrativo.

²⁷⁰ STS 6/3/2009, rec. 5970/2006.

cioso-administrativas es un sistema de garantías objetivo, y por tanto, aquello que choque con el bloque tutelar de cumplimiento efectivo deberá ser declarado nulo. La intención del legislador con dicho precepto era clara, la Administración no puede dictar un acto que se separe de lo decidido en la sentencia judicial.

La práctica judicial declara como inexistentes dichos actos o resoluciones, reconviniendo a la Administración a que dicte un nuevo acto de acuerdo con los pronunciamientos previstos en la sentencia, que como bien indica Baños León²⁷¹, no se circunscribe solo a lo previsto en la parte dispositiva de la sentencia, sino también a la parte argumental de la misma, esto es, a la *ratio decidendi*, que le sirve de premisa argumental y lógica para extraer la decisión contenida en el fallo.

Sin embargo, no podemos ignorar que en más de las veces la Administración defenderá que se trata de un acto independiente y que, por tanto, no queda afectado por el deber de cumplir con la sentencia en sus propios términos, debiendo el ejecutante convertirse, de nuevo, en demandante contra un acto que se considera «nuevo», y seguir un nuevo procedimiento administrativo y judicial. Esta actuación exige diferenciar, como ya se ha considerado por la doctrina²⁷², entre aquello que se halla directamente exigido por la resolución judicial y aquella actuación que se encuentra afectada indirectamente por la misma. Dos círculos concéntricos de diámetros distintos, donde el centro común lo ocuparía la decisión judicial.

Estas dos clases de actuaciones administrativas, *post iudicium*, exigen un juicio de ponderación crítica, a fin de determinar si la efectividad de la sentencia queda enervada. Si la actuación es claramente opuesta u obstaculiza la ejecución, no habrá duda. La duda surgirá, ya lo veremos, cuando esa actuación, eventualmente afectada, puede llegar a ser tachada como una conducta basada en una «insinceridad de desobediencia disimulada»²⁷³, o lo que es lo mismo, que apegadas formalmente a lo resuelto, materialmente suponen un cumplimiento defectuoso o puramente aparente, pretendiendo, disimuladamente, no acatar la resolución judicial.

Ahora bien, para que podamos llevar a cabo un juicio de ponderación objetivo entre el principio del cumplimiento debido a las sentencias y la potestad de autonomía administrativa que rige la producción jurídica de la Adminis-

²⁷¹ BAÑO LEÓN, J. M.^a, 1998, *REDA*, p. 720.

²⁷² MARTÍN DELGADO, I., 2005, p. 142.

²⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1977, recogida, entre otras muchas, en las SSTs 16/2/1995, rec. 7813/1992; 16/2/1995, rec. 7.813/1992; 13/10/ 1999, rec. 7470/1993; 11/12/ 2000, rec. 3065/1995; 05/4/ 2001, rec.

tración, es necesario determinar a qué puede ser condenada aquella, a fin de determinar dónde podemos encontrarlos los problemas (arts. 70 y 71 de la LJCA)²⁷⁴. El artículo 71.2 párrafo último, además, introduce un límite a la labor resolutive judicial, que también afecta a la intervención en la ejecución del fallo:

«Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados».

De acuerdo con lo expuesto, la intervención judicial, en la resolución del caso, se ciñe a una anulación, a un cese de una actuación material que constituya una vía de hecho, o al reconocimiento de una situación jurídica individualizada, donde la Administración deberá llevar a cabo un *facere*, pudiendo determinarse, en ese caso, un plazo determinado, o la determinación del importe de daños y perjuicios, cuando se hayan establecido las bases para ello en la demanda. La sentencia no podrá tener otro contenido, produciendo efectos²⁷⁵, tanto procesales (cosa juzgada formal y material) como materiales, entre los que han sido partes en la contienda judicial.

Fuera de los supuestos en los que puede existir una resistencia en llevar a cabo una actuación material, donde se avizora claramente una actitud obstativa, la mayoría de los problemas se concentran cuando la Administración dicta

²⁷⁴ Lo que en ningún caso puede entenderse que las únicas sentencias que pueden ser ejecutadas son las desestimatorias. Manifiesta el TS en sentencia de 9 de febrero de 2009, rec. 2462: «Tampoco ha de aceptarse el argumento de que las sentencias desestimatorias no son ejecutables. A estos respectos hemos dicho lo siguiente en la citada sentencia de 20 de octubre de 2008 (casación 5719/06): «Es cierto que la sentencia que desestima el recurso contencioso-administrativo contra un determinado acto de la Administración tiene un contenido declarativo, pues declara la validez del acto impugnado sin modificar su contenido, de donde se deriva que, al menos en principio, el cumplimiento de la sentencia se agota con esa sola declaración. Sin embargo, tales consideraciones no permiten afirmar de forma categórica –como pretende el recurrente– que las sentencias desestimatorias no son ejecutables. En primer lugar, porque en la legislación vigente el proceso contencioso-administrativo no siempre se presenta en su modalidad tradicional de impugnación dirigida contra un acto expreso o presunto de la Administración, sino que caben supuestos de significación bien distinta como son el recurso frente a la inactividad de la Administración o frente a actuaciones materiales que constituyan vía de hecho (artículo 25 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción) en los cuales el pronunciamiento desestimatorio no significa propiamente el reconocimiento de la validez de un acto administrativo. En segundo lugar, porque, incluso en el supuesto común del recurso contencioso-administrativo dirigido contra un acto expreso o presunto de la Administración, el alcance eminentemente declarativo del pronunciamiento desestimatorio del recurso, no impide que puedan suscitarse incidentes de ejecución. Piénsese, por ejemplo, que la Administración vencedora en el litigio inicia luego los trámites para la revocación de ese mismo acto, o para su revisión de oficio, o, sencillamente, desiste de ejecutar la decisión cuya validez ha sido respaldada en vía jurisdiccional; y es entonces un tercero, que había comparecido en el proceso como codemandado, quien insta ante el Tribunal el efectivo cumplimiento de lo decidido en la sentencia por estar legítimamente interesado en la ejecución».

²⁷⁵ ALFONSO PÉREZ, A. A., 2000, pp. 105-108.

un acto posterior basado en un cambio sobrevenido normativo. En un principio puede considerarse que se trataría de una actuación legítima de la Administración pública y que encontraría apoyo en su potestad de autonomía normativa. Sin embargo, ya vimos que incluso en supuestos donde la Administración basa su actuación normativa en un cambio legal, cuando este cambio se produce con la finalidad de no cumplir con lo previsto en la sentencia, la ley es nula por chocar frontalmente con lo ordenado en el artículo 9.3 y 24.2 de la CE.

A fin de que pudiera considerarse válido el acto administrativo dictado por razón de un cambio legal sobrevenido, éste deberá ser un cambio legítimo²⁷⁶, o lo que es lo mismo, que no responde a una desviación de poder, como

²⁷⁶ La Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 312/2006, de 8 de noviembre de 2006, vino a decir: «El Tribunal no ha descartado, sin embargo, que se puede infringir el art. 24.1 CE en aquellos supuestos en los que el efecto directo de una ley o del régimen jurídico de una materia en ella establecido sea, precisamente, el de impedir que un determinado fallo judicial se cumpla. En este sentido, ha afirmado que podría producirse una lesión del art. 24.1 CE en aquellos supuestos en los que los efectos obstativos de una ley o del régimen jurídico en ella establecido para una concreta materia fuesen precisamente *hacer imposible de forma desproporcionada que un determinado fallo judicial se cumpla, pues siendo indudable que la Constitución reconoce al legislador un amplio margen de libertad al configurar sus opciones, no es menos cierto que también le somete a determinados límites, entre ellos el que se deriva del art. 24.1 CE*. Lo que se corresponde con la importancia que posee el logro de una tutela judicial efectiva y el cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes en un Estado de Derecho, como el que ha configurado nuestra Constitución en su art. 1.1, y constituye, además, patrimonio común con otros Estados de nuestro entorno europeo [art. 3, en relación con el art. 1 a) del Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949]. Por tanto, «no tiene cabida en nuestra Constitución aquella ley o el concreto régimen jurídico en ella establecido cuyo efecto sea el de sacrificar, de forma desproporcionada, el pronunciamiento contenido en el fallo de una resolución judicial firme. Si se quiere, dicho, en otros términos, cuando de forma patente o manifiesta no exista la debida proporción entre el interés encarnado en la Ley y el concreto interés tutelado por el fallo a ejecutar. Pues en este caso, atendidas las características del proceso y el contenido del fallo de la Sentencia, cabría estimar que tal Ley sería contraria al art. 24.1 en relación con los arts. 117.3 y 118 CE, al faltar la debida proporción entre la finalidad perseguida y el sacrificio impuesto (STC 4/1988, de 21 de enero, FJ 5)» (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 11). En tales supuestos hemos dicho que corresponde al Tribunal determinar, en atención a las circunstancias del caso, si el efecto obstativo de la ley sobre la ejecución de la sentencia puede encontrar o no justificación en una razón atendible, esto es, teniendo en cuenta los valores y bienes constitucionalmente protegidos. Y si la respuesta fuera afirmativa le compete ponderar, en segundo término, si el sacrificio del pronunciamiento contenido en el fallo guarda la debida proporción entre los intereses protegidos y en colisión o, por el contrario, resulta inútil, va más allá de lo necesario o implica un manifiesto desequilibrio o desproporción entre los intereses en juego. Fiscalización de la constitucionalidad de la ley mediante una ponderación de bienes e intereses en conflicto que ha de ser particularmente estricta para excluir, cuando la desproporción no sea manifiesta, que el legislador vaya más allá de sus legítimas opciones y, al hacerlo, incida indebidamente en situaciones tuteladas por el art. 24.1 CE, quebrantando así elementos esenciales del Estado de Derecho (ibídem).

Debe tenerse en cuenta que la exigencia constitucional de la efectividad de las sentencias firmes en la que el Ordenamiento jurídico, en cuanto presupuesto de las mismas, se sitúa en un plano temporal del pasado, no cierra al legislador la posibilidad de modificar dicho Ordenamiento jurídico, para articular de modo diferente los intereses que considere dignos de protección por la ley, dentro de los límites constitucionales, que el legislador debe siempre respetar. Y en tal caso ante el eventual contraste entre valores constitucionales distintos será este Tribunal el llamado a solucionar las dificultades constitucionales que, en su caso, se susciten, atendiendo a los criterios que se acaban de referir. *El hecho de que un determinado interés goce de una determinada protección de la ley en un momento dado, no produce una petrificación del Ordenamiento jurídico en el estado en que lo aplicó una determinada sentencia, ni priva al legislador*

manifiesta el TS en sentencia de 6 de febrero de 2009, en el recurso núm. 5970 y por tanto, a una arbitrariedad de la Administración pública.

Ahora bien, sobrevenido un cambio normativo que imposibilita el cumplimiento de la sentencia en sus estrictos términos, la Administración no podrá refugiarse en dicha modificación para dictar actos que, aunque validos por legítimos, olviden satisfacer el derecho del demandante. Si ello produce la imposibilidad legal de cumplir con la sentencia, habrá de abrirse el correspondiente incidente procesal, para determinar la objetividad de dicha imposibilidad. Por eso el artículo 103.4 de la LJCA debe ponerse en conexión con el artículo 105.2 del mismo cuerpo legal, que es el llamado a regular la imposibilidad material y legal del cumplimiento del fallo.

El párrafo quinto del artículo 103 de la LJCA regula el incidente de nulidad por elusión del fallo y lo hace prescribiendo que se trata de un incidente, esto es, de un proceso accidental que tiene como objeto resolver una cuestión aneja al objeto procesal principal, remitiéndose a los artículos 109, párrafos 2 y 3. Lo relevante del precepto que analizamos es que dicho incidente solo se apertura a instancia de parte y solo podrá ser resuelto por el Juzgador si es competente para anular el acto que se haya dictado. El carácter rogado del incidente aflora el hecho de que la decisión judicial satisface, principalmente, un interés del demandante. Si éste es quebrado con posterioridad deberá ser él mismo el que lo ponga en conocimiento del Juzgador. Sería práctica imposible que un Juez pudiera tener conocimiento, por medios propios, de si ha habido actuaciones posteriores que han lesionado el derecho al cumplimiento de las sentencias dictadas. La ingente cantidad de actuaciones judiciales que se agolpan en los órganos jurisdiccionales contenciosos-administrativos, impiden esa deseable labor.

3.6 COMPETENCIA JUDICIAL PARA ACORDAR LA NULIDAD DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS EN FASE DE EJECUCIÓN

Visto que el incidente para declarar la nulidad, se apertura a instancia de parte, sin embargo, goza de una limitación que, en nuestra opinión, vulnera los

de la facultad de decidir de un modo distinto en otro momento, si ese interés puede mantener la prioridad que tuvo en su protección respecto a otros o, por el contrario, si son éstos últimos los que deban merecer protección prioritaria en la ley» (la cursiva es nuestra).

En definitiva, la efectividad de la tutela judicial obtenida en el marco de una determinada ley no es de por sí razón suficiente para afirmar un posible vicio de inconstitucionalidad de una ley ulterior que modifique aquélla en cuya aplicación se obtuvo la tutela, si dicha ley nueva se acomoda a los límites constitucionales.

artículos 24.2 y 117.3 de la CE. De acuerdo con la misma, el Juez competente para la ejecución (el que haya conocido en primer o única instancia) no podrá anular un acto o disposición cuando, de acuerdo con las reglas de competencia (art. 8 al 13 de la LJCA), el enjuiciamiento le corresponde a otro órgano jurisdiccional.

El precepto encierra una contradicción en sí mismo. Si existe un Juzgador que tiene la potestad y la competencia de decidir en ejecución de sentencia (hacer ejecutar lo juzgado), de acuerdo con lo ordenado en el artículo 103.1 de la LJCA, abierto un incidente de ejecución, que no es proceso principal, a fin de analizar la validez de un acto o disposición vinculada a la afectación de la sentencia dictada y que ha de ser cumplida, no se le puede privar al mismo de poder anularlo, basándose en razones de competencia material que se proyectan para procesos judiciales principales y no para incidentes de ejecución. Igualmente, la limitación desde un punto de vista procesal es ineficiente y desde un punto de vista normativo una contradicción, por cuanto que la competencia para la ejecución ya se halla fijada en el artículo 103.1. Si se analiza desde el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, debe estimarse que se produce un agravio a este derecho, por cuanto que llevaría consigo una dilación desmedida del proceso judicial, pues se tendría que remitir a un nuevo órgano judicial todas las actuaciones y proceder, de nuevo, a explicar todas las actuaciones llevadas a cabo y argumentar el por qué se considera el acto o disposición nula. La práctica judicial demuestra, claramente, que los órganos judiciales, en estos casos, proceden como si de un nuevo proceso se tratara: aperturando vista, declarando en sala, y, en fin, retrasando extensamente el cumplimiento de las sentencias.

Al igual que en otros campos del Derecho, como el mercantil concursal, donde el Juez del concurso posee una *vis atractiva* sobre las cuestiones que, de distinta índole²⁷⁷ afecten al concurso, el Juez ejecutor debería ser el competente para anular los actos o disposiciones que se dictaran y entraran en colisión con la sentencia, con independencia de la competencia del órgano administrativo que las hubiera dictado.

En línea con esta argumentación, y haciendo un plausible equilibrio hermenéutico entre la acción intelectual de «valorar» y la acción volitiva de «declarar» la nulidad o la causa de nulidad, el TS en sentencia de 4 de febrero de 2019, recurso 3965/2017, reconoce a un órgano judicial la competencia

²⁷⁷ Dice el artículo 55.1 de la nueva LC: «La jurisdicción del juez se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en los artículos anteriores, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal.»

para anular, en trámite de ejecución de sentencia, una actuación municipal que está fuera de su ámbito objetivo de competencia, al considerar que la falta de competencia para declarar la nulidad de pleno derecho de tales actos o disposiciones no «desapodera» al órgano jurisdiccional para ejercer el correspondiente control en la ejecución de la sentencia, que tiene atribuido por la ley, y en tal sentido *valorar* si, los actos o disposiciones que se invocan como justificación para alegar el incumplimiento de la sentencia en sus propios términos, incurren en la causa de nulidad establecida.

Frente a dicha argumentación, el TS ²⁷⁸ ha manifestado también que:

«la Sala debió tener por formulado incidente de ejecución de sentencia para decidir en él sí, conforme a los párrafos 4 y 5 del artículo 103 de la Ley Jurisdiccional 29/98 se había llevado o no a cabo con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia.(...)esa declaración puede hacerse por la propia Sala sentenciadora aunque la competencia para conocer de un recurso contencioso administrativo contra el nuevo acto corresponda a un Juzgado de lo Contencioso Administrativo, porque el artículo 103.5, in fine, debe ser interpretado en el sentido de que la competencia exigida es la propia del órgano o la que le es deferida en vía de recurso. Así, un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no podría en ejecución de sentencia declarar la nulidad de un Plan de urbanismo, pero una Sala de lo Contencioso-Administrativo sí podría declarar la nulidad de una licencia, puesto que la tendría para declararla en vía de apelación».

Es decir, conforme al principio del que puede lo más puede lo menos, una Sala de un Tribunal puede anular lo que le corresponda a un Juzgado. Sin embargo, al contrario, no es posible. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que no nos encontramos ante un nuevo recurso contencioso-administrativo ²⁷⁹, sino ante una petición de anulación en un incidente de ejecución cuyo conocimiento le corresponde a otro órgano judicial. Así lo ha dispuesto, claramente, el TS en la sentencia anteriormente reseñada.

Por último, debemos concluir este apartado manifestando que, instada la anulación del acto o disposición general por contravenir la sentencia dictada,

²⁷⁸ STS 5/2/2008, rec. 2027/2006.

²⁷⁹ Por ello no se está de acuerdo con lo expuesto por MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., en su artículo: «La ejecución de sentencias en el proceso contencioso administrativo (Regulación en la Ley 29/1998, de 13 de julio)», *Revista de Poder Judicial*, 1999, p. 330, que considera que habrá que interponer un nuevo recurso contencioso-administrativo. En igual línea argumental se encuentra ORTEGA ÁLVAREZ, IGNACIO L., «La ejecución de sentencias», *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, 1999, pp. 153-164; VEGA LABELLA, J. I., «Ejecución de sentencias» en RIVERO GONZÁLEZ, M. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Madrid, 2010, p. 855; REQUERO IBÁÑEZ, J. L., 2005, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, p. 36, y MARTÍN DELGADO, I., 2005, p. 155

el incidente deja de estar a disposición del ejecutante cuando su resolución pudiera afectar a los *intereses generales*. Así lo ha entendido el TS²⁸⁰:

«El motivo, pues, ha de ser estimado, ya que la sentencia no ha resultado ejecutada. Y hacemos tal afirmación siendo conscientes de que, aun en el supuesto de que se hubiese materializado procesalmente el desistimiento mencionado, no por ello el mismo tendría que ser aceptado, por cuanto, como dispone el artículo 74.4 de la LJCA, «El Juez o Tribunal... podrá rechazarlo razonadamente cuando apreciare daño para el interés público». No conviene olvidar que nos movemos, en el supuesto de autos, en el ámbito de una infracción urbanística en el que, por tanto, están en juego unos intereses generales indisponibles por el simple acuerdo entre las partes sobre la base de una satisfacción económica».

3.7 ¿QUIÉNES PUEDEN INSTAR LA EJECUCIÓN FORZOSA? PARTES PROCESALES Y PARTES AFECTADAS. CONDICIONES Y LÍMITES

El artículo 104 de la LJCA regula, concretamente, el trámite de cumplimiento, fijando el plazo de cumplimiento voluntario o espontáneo, así como el plazo a partir del cual se puede pedir la ejecución forzosa. La lógica y la ubicación sistemática del precepto hace pensar que hubiera sido más adecuado introducirlo después del punto segundo del artículo 103, dejando el punto cuarto y quinto en la regulación del incidente de ejecución, artículo 109. La razón principal es que el artículo 104 regula el procedimiento de cumplimiento voluntario, dirigido principalmente a la Administración cuando ésta es condenada, ya que cuando se ha declarado que el acto o disposición es acorde a derecho, no se dicta acto procesal alguno, comunicando que se lleve a puro y debido término lo que se ha decidido judicialmente, sino que, tras la sentencia se da testimonio de su firmeza (salvo en los casos en los que quepa recurso) y en su caso, la correspondiente tasación para la liquidación de la costas impuestas.

El precepto exige que, en el plazo de diez días, la Administración condenada dé cuenta de su recepción, que inicie su cumplimiento y que comunique cuál es el órgano responsable del cumplimiento de la sentencia. En la práctica lo regulado entraña un problema, ya que la Administración, sujeta a un procedimiento administrativo en el que intervienen varias unidades administrativas, impide manifestar cuál es el único órgano responsable de proceder al cumpli-

²⁸⁰ STS 16/4/2009, rec. 2826/2007.

miento de la sentencia. En estos casos, los órganos judiciales intentan solventarlo dirigiéndose a los más altos responsables administrativos o gestores públicos de la entidad u organismo público condenado. Sin embargo, actuar de dicha forma sigue chocando con lo articulado en la LJCA, que especifica un único responsable.

El plazo de cumplimiento voluntario es de dos meses, lo que no impide que pueda decretarse en sentencia un plazo menor si así lo exige la efectividad de lo reclamado. En ningún caso, significa que la Administración deba agotar por completo aquel plazo. La Administración tiene el deber de cumplir con la sentencia desde el momento en que le ha sido notificada, es decir, de forma inmediata. En el Dictamen de 29 de mayo de 1997 del Consejo de Estado emitido a propósito de la tramitación de la aprobación de la LJCA de 1998, el citado órgano consultivo manifestó lo siguiente:

«la concesión de un plazo de cumplimiento voluntario no significa que la Administración disponga de un tiempo de gracia vedado a cualquier intervención de las partes o del órgano jurisdiccional en orden a la ejecución de lo fallado, sino tan solo que no cabe adoptar frente a ella medidas coercitivas o sustitutorias de su actividad».

Si la Administración contempla que no puede cumplir en dicho plazo, deberá abrir un incidente de ejecución (art. 109), a fin de solicitar un plazo mayor, razonando la petición. Podrá, igualmente, instar la inejecutabilidad de la sentencia (art. 105.2). En fin, es un plazo que aún dirigido a que se proceda a su cumplimiento puede instarse cuestiones sobre su incumplimiento.

Ahora bien, la parte más importante del precepto que analizamos (art. 104) viene dado por el hecho de que, como ya se expuso, el derecho a que las sentencias se cumplan en sus propios términos, posé un interés que trasciende al de las propias partes procesales, y, por tanto, permite que la ejecución (forzosa) de la sentencia, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 104.1 de la LJCA, pueda ser instada por cualquier «persona afectada» por la ejecución. La norma, por tanto, reconoce legitimación activa para instar la ejecución forzosa²⁸¹, e incluso para participar en el incidente procesal que se aperture, a

²⁸¹ De acuerdo con el criterio de LÓPEZ GIL, para que pueda incoarse el proceso de ejecución es necesario que concurran determinados presupuestos, que pueden dividirse en procesales y materiales. De estos últimos depende el derecho a la ejecución, éste es el derecho a obtener el despacho y a que el proceso de ejecución continúe sustanciándose hasta su completa satisfacción del acreedor. Dichos presupuestos materiales son dos: la acción ejecutiva y el título ejecutivo presupuestos que actúan en ámbitos diferentes, mientras el título es un presupuesto del despacho, la acción es presupuesto de una ejecución lícita. DE LA OLIVA SANTOS, define la acción ejecutiva como «el derecho subjetivo público a una concreta tutela jurisdiccional de índole ejecutiva consistente en la realización de todos aquellos actos tendentes a lograr un resultado perfecto o imperfectamente equivalente al que se obtendría, si el ejecutado obrara voluntaria-

quienes no hayan sido partes principales en el proceso, siempre que sus intereses se vean realmente afectados por la ejecución.

De esta forma lo manifiesta el artículo 104.2 de la LJCA, a cuyo tenor, «transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo conforme al artículo 71.1.c), cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa». Lo vuelve a decir, con igual claridad, el artículo 109.1 de la LJCA, en el que se dispone que «la Administración Pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, podrán promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución...». Y lo corrobora la propia jurisprudencia del TS, que ha precisado que para intervenir en el proceso de ejecución, como parte activa, no es menester que se haya sido parte en el proceso de conocimiento, sino que basta con que se sea titular de un interés legítimo en la ejecución (STC 4/1985, de 18 de enero). En esta sentencia del Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico número 2.º, párrafo tercero, se puede leer lo siguiente:

«(...) Pues bien, la propia LJCA al regular la ejecución de las sentencias de este orden jurisdiccional, legitima no sólo a las partes que han comparecido en el proceso principal –las «partes en el juicio» o «litigantes», sino, más ampliamente, a las «partes interesadas» (art. 110, núm. 1, de la Ley de 1956). En este sentido, una sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1959 señaló que el concepto de parte interesada es más amplio que el de parte en juicio, reiterando la doctrina de las anteriores del mismo Tribunal de 18 de enero de 1943 y 21 de noviembre de 1957».

Dicho esto, se hace necesario precisar que se entiende jurisprudencialmente por «persona afectada». Para ello, traeremos al Alto Tribunal estatal, que en la trascendente sentencia de 7 de junio de 2005²⁸², fija de manera pormenorizada que debía entenderse:

«En el orden lógico que nos propusimos, procede precisar ahora que ha de entenderse por «personas afectadas». Para ello, debe ser punto de partida la observación de que el legislador, o mejor dicho, las normas que hemos de interpretar, constituidas básicamente por los ya citados artículos 72.2, 104.2 y 109.1 de

mente en cumplimiento del imperativo a él dirigido, o para restablecer el equilibrio patrimonial alterado. El título ejecutivo sería el documento de donde se desprende la acción del ejecutante. Vid. LÓPEZ GIL, M., 2004, pp. 258-259.

²⁸² STS 7/5/2005, rec. 2492/2003. Muy discutida por contener un voto particular firmado por doce magistrados que entendían que debía limitarse la acción ejecutiva solo a los que no hubieran podido ser parte del proceso principal por causas ajenas a su voluntad

la LJCA, emplean un verbo, afectar, cuyo significado en nuestra lengua no es otro, en la acepción que aquí interesa, que el de menoscabar, perjudicar o dañar. Debe serlo, también, la observación de que ninguna de esas normas añaden a la exigencia de que la persona esté afectada por algún otro requisito o presupuesto; en concreto, no añaden el requisito o presupuesto de que la persona afectada no hubiera podido ser parte en el proceso declarativo o de conocimiento; y no lo añaden pese a que los dos últimos artículos se refieren a las «personas afectadas «inmediatamente después de referirse a las «partes», lo que inclina a pensar que un requisito o presupuesto como el que acabamos de indicar sí hubiera sido introducido en ellos si en su espíritu estuviera presente la idea de que las personas afectadas lo fueran no todas, sino sólo, excepcionalmente, las que no hubieran podido ser parte procesal; conclusión que vemos reforzada al observar que es el artículo 110 de la LJ».

Sentada la afirmación de que persona afectada lo es quien hubieran podido ser parte en el proceso judicial, si más presupuesto o exigencia, el Alto Tribunal fija un límite temporal para participar en la ejecución forzosa:

«Igualmente, debe observarse que el único límite temporal que imponen los preceptos que estamos analizando para que quepa la actuación procesal de las personas afectadas lo es el que menciona el último de estos artículos, esto es, «mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia»; lo cual conduce a entender y sólo en este sentido analizamos aquí la expresión entrecomillada que la actuación procesal de las personas afectadas cabe aunque ya antes se hubiera iniciado, sin su presencia, la fase de ejecución de la sentencia».

Y ello porque entiende el TS que:

«el espíritu que animó al legislador de 1998 cuando redactó las normas reguladoras de la ejecución de sentencias en este orden jurisdiccional contencioso-administrativo no fue uno que pida interpretaciones restrictivas de esas normas, sino uno favorable, al menos, a su interpretación declarativa, esto es, a una interpretación que les otorgue un significado no menor que el propio de las palabras con que se expresan; buena prueba de ello es el inicio y final del párrafo primero del punto 3 del apartado VI de la exposición de motivos de la LJ, en donde se lee lo siguiente: «La Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias... La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas».

Y, junto a dicho límite temporal se hallan, también otros límites que derivan:

«de las normas contenidas en los números 1 y 2 del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es: de la que exige que en todo tipo de procedimiento se respeten las reglas de la buena fe (número 1); y de la que ordena a los

■ LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS...

Juzgados y Tribunales que rechacen fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal (número 2)».

De acuerdo con lo expuesto, debemos concluir que la locución «personas afectadas», según los artículos 104.2 y 109.1 de la LJCA, se refiere a aquéllas personas que puedan ver menoscabados o perjudicados sus derechos o sus intereses legítimos por efecto de la ejecución o de la inexecución de la sentencia y que perfectamente pudieron ser parte en el proceso.

Esta consideración les aparta, igualmente, del concepto de «otras» personas o de los «recurrentes afectados» a que se refieren, respectivamente, los artículos 110 y 111 de la LJCA, pues el primero de ellos, singularmente, contempla la posible extensión de los efectos de una sentencia en el punto o extremo en que reconoce una situación jurídica individualizada; y el segundo de los mencionados, lo que prevé es la posible extensión de un pronunciamiento judicial alcanzado en un recurso contencioso-administrativo determinado, que se tomó como «testigo» o como «modelo» para llevarlo a otros, con idéntico objeto, por causa de eficiencia y simplificación procesal.

3.8 EXCEPCIONES A LA EJECUCIÓN. LA PRIORIDAD DEL CUMPLIMIENTO EFECTIVO SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR. LA INDEMNIZACIÓN COMO *ULTIMA RATIO*

Visto que el artículo 104 de la LJCA regula el procedimiento e ínterin de cumplimiento voluntario, y en su caso, el ejercicio de la pretensión ejecutiva, el artículo 105, dispone que:

«1. No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inexecución total o parcial del fallo.

2. Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno.

3. Son causas de utilidad pública o de interés social para expropiar los derechos o intereses legítimos reconocidos frente a la Administración en una sentencia firme el peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el temor fundado de guerra o el quebranto

de la integridad del territorio nacional. La declaración de la concurrencia de alguna de las causas citadas se hará por el Gobierno de la Nación; podrá también efectuarse por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma cuando se trate de peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y el acto, actividad o disposición impugnados proviniera de los órganos de la Administración de dicha Comunidad o de las Entidades locales de su territorio, así como de las Entidades de Derecho público y Corporaciones dependientes de una y otras.

La declaración de concurrencia de alguna de las causas mencionadas en el párrafo anterior habrá de efectuarse dentro de los dos meses siguientes a la comunicación de la sentencia. El Juez o Tribunal a quien compete la ejecución señalará, por el trámite de los incidentes, la correspondiente indemnización y, si la causa alegada fuera la de peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, apreciará, además, la concurrencia de dicho motivo».

La redacción y la regulación del artículo 105.1 de la LJCA de 1998, se separa de lo que había sido una tradicional potestad concedida al poder ejecutivo: poder suspender o inexecutar total o parcialmente el fallo en base a conceptos jurídicos indeterminados. El precepto dispone, claramente, que no es posible, ni suspender el fallo ni inexecutarlo. Ahora bien, esta regla constitutiva de la efectividad del Estado de derecho admite dos excepciones, a saber: sustitución por equivalente en caso de imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia en sus propios términos (constitucionalmente admitido, entre otras, por la STC 149/1989), y expropiación de los derechos consignados en la sentencia en favor del demandante.

En relación a la imposibilidad de ejecutar el fallo, se analizarán tres aspectos que en la práctica judicial originan no pocos problemas. El primero de ellos, se refiere a la necesidad de definir qué se entiende por «imposibilidad legal y material», teniendo presente la jurisprudencia constitucional sobre estos supuestos límites. El segundo aspecto, analizará la naturaleza del plazo fijado en la norma para solicitar la inexecutabilidad del fallo. Por último, se abordará la determinación del equivalente económico.

Sobre la primera cuestión, declarar judicialmente como inexecutable por imposible una sentencia, la jurisprudencia, con carácter general, ha precisado que sólo el concurso de circunstancias sobrevenidas que alteren los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta por el Tribunal sentenciador, puede hacer imposible la ejecución de la sentencia (STC 41/1993). Igualmente, y siguiendo con la doctrina constitucional se ha dicho, por el contrario, que la inexecución de la resolución en sus propios términos, por conveniencia del ejecutante, no supone imposibilidad material ni legal de incumplimiento (STC 219/1994) y que la existencia de dificultades prácticas no pueden

excusar la ejecución de las sentencias (STC 155/1985). En otras palabras, como afirma el Auto del Tribunal Supremo de 16 julio 1991, la «imposibilidad debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto, y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo»²⁸³.

Después de la entrada en vigor de la Constitución española²⁸⁴ no cabe otra interpretación, por ser un fundamento basilar del Estado de derecho instaurado por la misma, que demanda el cumplimiento escrupuloso, íntegro y específico de las sentencias judiciales en sus propios términos, materializando un principio informador de todo el ordenamiento jurídico: el de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE).

A fin de que se puedan acreditar las circunstancias que impiden física (material) o legalmente ejecutar las sentencias, el TS²⁸⁵ ha entendido que aun-

²⁸³ Un interesante caso de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia, se encuentra en la sentencia de 21 de noviembre de 2016, dictada por el TSJ de Castilla-León en el recurso 496/2016. El supuesto de hecho se basa en un concurso para concurrir a una plaza de Jefe de Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital del Bierzo. En dicho proceso obtuvo la plaza D. Enrique quien por el tiempo transcurrido se había jubilado. En este supuesto, el Juzgador de instancia, teniendo en cuenta que D. Enrique estaba jubilado y que por ello no podía ser nombrado para el indicado puesto, consideró que concurría un supuesto de imposibilidad legal de cumplir la sentencia en sus propios términos de conformidad con los artículos 105.2 de la Ley de la Jurisdicción y 38.2 de la Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León. Contra dicho Auto se interpuso recurso de apelación, que fue resuelta por sentencia de 21 de noviembre de 2016, en la que vino a manifestarse: «Concurre pues un supuesto de imposibilidad legal de ejecutar la Sentencia en sus propios términos, toda vez que la retroacción que acordaba la misma era para valorar a los aspirantes que se presentaron, resultando que uno de ellos no puede ser valorado en el momento de ejecución de la sentencia por impedirlo el citado artículo 38.2. (...). No puede aceptarse el argumento que emplea la parte apelante cuando dice que la jubilación es una circunstancia que afecta a la posibilidad del desempeño del puesto y no al nombramiento, porque carece de sentido nombrar a un aspirante del que se sabe que legalmente no va a poder ocupar la plaza y prestar el servicio. En esta situación no es que el nombrado no quiera (o no le interese ya desempeñar esa plaza, que al parecer es el caso del ejecutante) sino que legalmente no puede. Por lo tanto, teniendo en cuenta el artículo 38.2 de la Ley 2/2007 y los razonamientos contenidos en la Sentencia, debemos confirmar la declaración hecha por el Juzgador de instancia en el sentido de que concurre el supuesto de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia a que se refiere el artículo 105 de la Ley de la Jurisdicción». Sin embargo, no se ha considerado que existen imposibilidad legal de ejecutar la sentencia en supuestos de restricción presupuestaria para ingreso de nuevo personal, así como que en la RPT (Relación de Puestos de Trabajo) los puestos están asignados a personal funcionario y no laboral (STSJ de Canarias de Santa Cruz de Tenerife, en una contundente sentencia de 8 de julio de 2016, rec. 1146/2015).

²⁸⁴ El TS en sentencia de 15 de julio de 2003, manifestó que: «el artículo 118 de la Constitución establece la obligación de cumplir las sentencias firmes de los Tribunales y el artículo 103. 2 de la Ley Jurisdiccional determina que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que éstas consignen, cumplimiento que no podrá suspenderse ni declararse la inexecución total o parcial del fallo –artículo 105.1 LJCA–. La rotunda claridad de estos preceptos pone de relieve que es principio capital y esencial de todo el sistema judicial, la ejecutabilidad de las sentencias, en los términos en que se hacen constar en las mismas, por lo que las excepciones a esa íntegra ejecutabilidad –imposibilidad material o legal– contenidos en el artículo 105.2 de la misma LJCA, han de ser siempre interpretadas y aplicadas con los máximos criterios restrictivos en el reconocimiento de esa imposibilidad» (la cursiva es nuestra).

²⁸⁵ SSTS 4/6/2008, rec. 891/2006; 29/4/ 2009, rec. 4089/2007, entre otras.

que el precepto no contempla periodo probatorio, no debe existir obstáculo alguno para el mismo con tal de que se acrediten las mismas. Ahora bien, considerada por la Administración que concurre una imposibilidad absoluta de cumplir con el fallo en sus propios términos, la Administración, a través de su representante legal, deberá ponerlo en conocimiento del Juzgador en el plazo de dos meses. Sobre la interpretación de dicho plazo, el TS ²⁸⁶ ha manifestado que:

«Esta Sala ha declarado en diversas ocasiones –sirvan de muestra las sentencias que cita la Sala de instancia en el fundamento cuarto del auto que desestimó el recurso de súplica- que el plazo señalado en los artículos 104.2 y 105.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción para que el representante procesal de la Administración pueda instar la declaración de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia –dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo- no es un plazo de caducidad absoluto, de manera que, si efectivamente concurre la imposibilidad puede ser declarada aun cuando haya transcurrido aquel plazo; y, en esa misma línea, hemos señalado que la declaración de imposibilidad de ejecución podrá instarse en un momento posterior cuando la causa que la determina sobrevenga con posterioridad al transcurso de aquel plazo que señala los preceptos citados. Ahora bien, esas modulaciones interpretativas, acordes con la finalidad de la norma, de ningún modo significan que el plazo legalmente establecido carezca de toda virtualidad o pueda ser enteramente ignorado. Muy al contrario».

Abierto el incidente de inejecución, por solicitud del representante procesal de la Administración (lo que no impide que dicha inejecutabilidad pueda ser puesta de manifiesto por las demás partes en el proceso y que en el seno del incidente de inejecución se acredite la imposibilidad de ejecutar), instado en el plazo de dos meses desde que se acredite por la Administración la imposibilidad de cumplir con los estrictos términos de la sentencia, el Juzgador, apreciada la objetivamente las causas obstativas e impeditivas, resolverá, en su caso, sobre la indemnización equivalente. En este sentido, es necesario recordar la sentencia del TS de 16 de abril de 2013 ²⁸⁷, que de conformidad con lo establecido en el art. 105.2 LJCA, vino a especificar que la resolución jurisdiccional del incidente de inejecución, debía abarcar tres aspectos diferentes, a saber:

- «1) La concurrencia o no de la causa material o legal de imposibilidad de ejecución de la sentencia (...)
- 2) Deberá pronunciarse sobre la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecución (...)

²⁸⁶ STS 17/11/2008, rec. 4285/2005.

²⁸⁷ STS 16/4/2013, rec. 918/2012.

3) En tercer lugar, habrá de proceder incluso a la fijación, en su caso, de la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno la sentencia dictada».

Sin embargo, el TS también deja claro que no resulta de recibo que, necesariamente, toda sentencia inejecutada, por causa legal o material, deba llevar implícita una indemnización de daños y perjuicios, ya que los mismos, han de depender de su real y efectiva existencia y de su acreditación ante el órgano jurisdiccional. En la sentencia de 27 de enero de 2007, el TS señaló, que:

«... ambas posibilidades resultan posibles desde la perspectiva del artículo 105.2 LJCA, dependiendo de cuál sea la pretensión ejercitada en el procedimiento de declaración de imposibilidad de ejecución, esto es, de que se haya planteado y concretado, o no, la pretensión indemnizatoria, y de que, de haberse concretado aquella, en el curso del mismo incidente se haya contado con la posibilidad de formular alegaciones al respecto, así como de proponer y practicar las pruebas pertinentes y adecuadas a la pretensión articulada».

Hasta dónde y qué pueden incluir esos daños y perjuicios, objeto de indemnización, en su caso, por inejecutabilidad, lo señala el TS en sentencia de 15 de noviembre de 2012, que vino a decir:

«(...) Así, en un *primer bloque cabe encuadrar el perjuicio que representan los gastos procesales* que ha ocasionado el litigio en el que se obtuvo la sentencia favorable que luego no se ha podido ejecutar, que son unos perjuicios materiales fácilmente objetivables y cuya existencia puede en buena medida darse por supuesta, aunque deba acreditarse en cada caso su concreta cuantía. *En un segundo apartado ubicaremos el quebranto que supone el hecho de que el pronunciamiento obtenido en la sentencia no encuentre realización efectiva. Este menoscabo en la esfera jurídica del litigante, que puede incardinarse en la categoría del “daño moral”, no requiere de un especial esfuerzo probatorio pues sin dificultad se comprende que, al margen del concreto valor material de las cuestiones y pretensiones objeto del litigio, comporta un perjuicio el hecho mismo de haber obtenido una sentencia favorable cuya ejecución queda luego frustrada; pero, aunque para su reconocimiento no se requiera, como decimos, un especial esfuerzo probatorio, el carácter marcadamente subjetivo del daño moral determina que para que pueda ser reconocido sea necesario que el interesado alegue su existencia y ponga de manifiesto su relevancia o entidad en el caso concreto. En fin, un tercer grupo vendría dado por aquellos perjuicios tangibles –daño emergente o lucro cesante– que la inejecución de la sentencia ocasione en la esfera patrimonial del interesado; se trata aquí de perjuicios materiales cuya existencia y cuantía dependerá del contenido de la sentencia y de las circunstancias concurrentes en cada caso y que, por ello mismo, debe ser debidamente acreditados por quien los alega...» (la cursiva es nuestra).*

Concluido que no todo obstáculo de cumplimiento da lugar a indemnización, sino que exige la búsqueda activa de otras medidas (con la intensidad legalmente posible) para llevar a efecto el fallo, dejando solo la imposibilidad absoluta, y previa su acreditación, en su caso, para la reparación de los daños y perjuicios, el artículo 105 de la LJCA concluye, por último, con un apartado (el tercero) de dudosa constitucionalidad, como ya tuvimos ocasión de comentar. El citado apartado autoriza al gobierno o a los consejos de gobierno de las CCAA, en trámite de ejecución de sentencia y basándose en causas de interés público o utilidad social, a expropiar los derechos e intereses legítimos reconocidos en sentencia. En relación a este concreto supuesto, el TS en sentencia de 17 de noviembre de 2008²⁸⁸ se pronunció sobre dicha posibilidad, manifestando que:

«Si el Ayuntamiento entendiese que el cumplimiento del fallo, y consiguiente otorgamiento de la licencia, puede resultar seriamente perturbador para los intereses generales o de terceros hasta el punto de comportar un peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, existe en nuestro ordenamiento procesal un cauce excepcional que consiste en la expropiación de los derechos reconocidos en sentencia firme (artículo 105.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción). Esta vía singular y excepcional es muy diferente, tanto en su naturaleza y significado como en el procedimiento a seguir, a la de la imposibilidad legal de ejecución de la sentencia (artículo 105.2 de la misma Ley), que fue la indebidamente elegida por el Ayuntamiento y acogida por la Sala de instancia en el caso presente».

3.9 MUTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL EN LEGISLACIÓN PRESUPUESTARIA. LAS OBLIGACIONES DE PAGO. INTERESES PROCESALES, INDEMNIZATORIOS Y PENALES

Tras las imposibilidades de ejecutar las sentencias y de advertir la posibilidad de expropiar los derechos reconocidos en sentencia, seguidamente la LJCA de 1998, regula en los artículos 106, 107 y 108, las específicas prestaciones que debe llevar a cabo la Administración cuando es condenada al pago de una cantidad líquida (dineraria), a una obligación de hacer o de no hacer.

En el primer caso, el artículo 106 de la LJCA comienza atendiendo al supuesto en el que la Administración se halle obligada al pago de una cantidad

²⁸⁸ STS 17/11/2008, rec. 4285/2005.

liquida²⁸⁹ (determinada). En este sentido, el pago deberá realizarse conforme al crédito consignado presupuestariamente para dicho acto de gasto. Como quiera que la Administración pública no puede contraer obligaciones de pago, si no es mediante el correspondiente expediente de gasto, en el que nazca el compromiso de la obligación de pago y, por tanto, el correspondiente derecho al cobro, aquella deberá estar reflejada económica y previamente en el presupuesto, con un crédito adecuado y suficiente. En caso contrario, la actuación será nula de pleno derecho (art. 46 de la LGT y 175.3 de TRLHL), sin perjuicio de que pueda ocasionar responsabilidades públicas, amén del nacimiento de un crédito ejercitable por enriquecimiento injusto en favor de quien realiza la prestación y se encuentra sin la retribución de la misma.

Pues bien, cuando la Administración ha previsto insuficientemente dicho gasto, o cuando el mismo es inexistente, en ambos casos, no se podrá objetar la inejecutabilidad del fallo sino que, la legislación procesal, mutándose en legislación presupuestaria, determina que el crédito previsto en el presupuesto siempre será ampliable, una forma de modificación presupuestaria, o en su caso, deberá aprobarse un crédito extraordinario para dicho gasto.

Esas modificaciones presupuestarias deberán realizarse en el plazo de tres meses desde la notificación de la sentencia, lo que supone una excepción al plazo previsto en el artículo 104.2. No obstante, en la práctica lo ideal sería que en el propio plazo de dos meses del artículo citado, se pusiera en conocimiento del Juzgador, por la representación procesal de la Administración, que se debe proceder a realizar una modificación presupuestaria, indicando el plazo real aproximado de fiscalización del expediente administrativo. Si ello ocurre el Juzgador, que deberá abrir un incidente de ejecución de sentencia, dará traslado a la parte ejecutante para que alegue lo que a su derecho convenga. Aunque la Administración estará compelida por el plazo de tres meses del artículo 106.1 *in fine*²⁹⁰, no mostrará su actitud de no cumplimiento, sino de comportamiento sincero de llevarla a efecto, lo que podrá evitar, en su caso, los interés moratorios agravados del artículo 106.3 de la LJCA.

²⁸⁹ El precepto debe ser puesto en conexión, necesariamente, con lo regulado en los arts. 20 a 25 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, así como con el artículo 576 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento de Civil. Por último, debemos citar que nuestro Código Civil, en su artículo 1088 dispone que: «Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa». Y su artículo 1108 establece que: «Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal».

²⁹⁰ ATS 28/11/2000: «... ha de ser concluido el procedimiento correspondiente dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial».

Ahora bien, dicho lo anterior es menester poner en relación el necesario cumplimiento de la legalidad presupuestaria con la necesaria ejecución de las sentencias judiciales. Sobre dicha ponderación de principios, el TC ha manifestado que, siendo consciente de que la legalidad presupuestaria es exigida por una especial protección de los caudales públicos, no puede, sin embargo, convertirse en una excusa de incumplimiento. Así ha dispuesto que ²⁹¹:

«Ahora bien, aun admitiendo que el principio de legalidad en materia de gasto público determine que cuando se trate de una Sentencia de condena de carácter pecuniario, el pago no puede hacerse sin dar cumplimiento a los requisitos exigidos por las normas legales que regulan las Finanzas públicas (STC 61/1984, fundamento jurídico 3.º) y, además, que ello provoca inevitablemente una demora inercial o institucional, achacable al sistema de garantías para el correcto manejo de los dineros públicos (STC 206/1993), tampoco cabe olvidar, en contrapartida, que del mencionado principio también se derivan otras exigencias, desde la perspectiva del art. 24.1 C. E. Puesto que obliga, como hemos declarado reiteradamente, a que la Administración Pública y, en su caso, los Tribunales, adopten las medidas necesarias a fin de garantizar que el mencionado derecho constitucional (a la tutela judicial efectiva) adquiera plena efectividad. Y en ningún caso el principio de legalidad presupuestaria puede justificar que la Administración posponga la ejecución de las Sentencias más allá del tiempo necesario para obtener, actuando con la debida diligencia, las consignaciones presupuestarias en el caso de que éstas no hayan sido previstas, pues no cabe admitir que deje de hecho sin contenido un derecho que la Constitución reconoce y garantiza (STC 32/1982, fundamento jurídico 2.º). En el mismo sentido la STC 26/1983, fundamento jurídico 4.º De lo que se desprende, en suma, que, si bien los Entes locales deudores están sometidos al principio de legalidad en materia de gasto público, no están menos obligados a ejecutar la Sentencia condenatoria en sus propios términos».

Y, a fin de evitar una lesión flagrante del derecho fundamental a la ejecución de sentencia, el TC ²⁹² ha subraya expresamente que:

«No cabe alegar dicho principio (legalidad presupuestaria) cuando, como en el presente caso, han transcurrido cuatro años desde el momento de dictarse sentencia por el Tribunal Supremo cuya ejecución solicitan los recurrentes».

En definitiva, la Administración deberá pagar sin que el principio de legalidad presupuestaria y suficiencia financiera pueda impedir su ejecución, añadiéndose, además, a la cantidad debida, el interés legal (interés de mora procesal) desde el momento en que la sentencia fue notificada (art. 106.2 de la LJCA), sin necesidad de que deba ser reclamada o se encuentre expresamente

²⁹¹ STC 168/1998; 32/1982 y 26/1983.

²⁹² STC 32/1982, de 7 de junio.

fijada en la condena²⁹³. Recientemente, el TS²⁹⁴ ha dictado doctrina sobre dicho precepto determinado que:

«En consecuencia, resolviendo la cuestión de interés casacional identificada en el auto de admisión, procede declarar que el “dies a quo” para el cómputo del plazo del interés legal sobre la cantidad líquida a la que resulte condenada la Administración, a que se refiere el artículo 106 LJCA, es la fecha de notificación de la sentencia de única o primera instancia a la representación procesal de la Administración demandada. Si bien la implantación generalizada del sistema de notificación telemática resta transcendencia a una eventual diferencia temporal entre la fecha de notificación de dicha sentencia a las distintas partes procesales, conviene identificar de forma precisa el “dies a quo” *en la fecha de la notificación a la defensa de la Administración condenada* al pago por evidentes razones de seguridad jurídica, pues sólo entonces se produce la plenitud de efectos para la parte condenada» (la cursiva es nuestra).

Junto a dichos intereses moratorios procesales, se deberá tener en cuenta, además, los intereses indemnizatorios, que se producen en los supuestos en los que las cantidades a pagar deben ser correspondientemente actualizadas. Así, el TS en sentencia de 22 de octubre de 2008²⁹⁵, vino a decir que:

«(...) esta Sala del Tribunal Supremo (...) ha declarado que el pago de interés legal de una cantidad, impuesto por el Juez o Tribunal competente para ejecutar la sentencia, no constituye el reconocimiento, no fijado expresamente por la sentencia firme que se ejecuta, de un interés moratorio sino que representa un forma o modo de actualización de la indemnización, dado que, en este caso, fue calculada en fecha 24 de abril de 1991, mientras que la Sala, competente para ejecutar la sentencia, resuelve dicha ejecutoria el día 29 de marzo de 2005».

Es importante tener en cuenta que si lo que se discute en el proceso judicial es una cantidad debida y reclamada administrativamente, reconocida en sentencia, la Administración estará obligada al pago de los intereses legales (no procesales), desde la reclamación de la misma en vía administrativa, y ello en atención a lo previsto en los artículos 1100 y 1108 del Código Civil.

Siguiendo con la sistemática del precepto (art. 106), el apartado tercero autoriza a las partes interesadas a solicitar la ejecución forzosa, una vez transcurrido los tres meses del artículo 106.1 de LJCA. En el caso en que el Juzgador, abierto incidente de ejecución forzosa, constate que existe una resistencia

²⁹³ STS 1/04/2009, rec. 1302/2008: «... el TC señaló en su sentencia 167/1985, de 10 de diciembre que, respecto a los intereses, ni hace falta pedir lo que la ley manda ni comete incongruencia el juez que silencia un “petitum” de tal naturaleza».

²⁹⁴ Sentencia del Pleno del TS de 31/10/2018, rec. 3132/2017.

²⁹⁵ STS 22/10/2008, rec. 4449/2006.

real en el cumplimiento del pago previsto en sentencia, podrá incrementar el interés legal en dos puntos (intereses penales). En la práctica, esta forma reforzada de intimar al cumplimiento forzoso, se produce cuando se comprueba que la Administración no ha realizado ningún trámite o actuación, demostrando una evidente actitud pasiva e desinteresada. En este sentido, en Auto del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2007 (rec. 19/2004)²⁹⁶, el Alto Tribunal dispuso que:

«a la luz de los hechos anteriormente reseñados, *no tenemos motivos suficientes para afirmar que se produjo la falta de diligencia* a que se refiere el artículo 106.3 de la Ley Jurisdiccional, según el cual, transcurridos tres meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano encargado de hacer la efectiva, se podrá instar la ejecución forzosa, cosa que, en efecto, hizo el recurrente si bien en escasas fechas posteriores le fue abonado el pago del principal. Asimismo, en tal caso, dice el referido artículo 106.3 LJCA que oído el órgano encargado de hacer efectivo el pago, el órgano jurisdiccional puede incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre *que aprecie falta de diligencia en el cumplimiento*» (la cursiva es nuestra).

La falta de diligencia, la falta de intención pura de cumplir, por ende, es lo que puede provocar la activación del artículo 106.3 de la LJCA.

Por último y en relación a este concreto apartado, debemos decir que, de acuerdo con lo prevenido en los artículos 23 de la LGT, así como con lo previsto en el artículo 173.2 de la TRLHL, no podrán dictarse providencia de apremio o embargo sobre caudales públicos o bienes de dominio público. Para ello, el Tribunal mediante la oportuna providencia reclamará a la Administración que señale bienes suficientes que puedan ser embargables, lo que ésta cumplirá debiendo indicar bienes patrimoniales de titularidad pública²⁹⁷, sin perjuicio de aquellos que pueda manifestar el ejecutante en su acción ejecutiva. Si atendida las circunstancias, la Administración considera que el pago le supone un tras-

²⁹⁶ ATS 19/02/2007, rec. 319/2004.

²⁹⁷ No es objeto de esta investigación, pero es necesario advertir la profusa producción doctrinal que se originó tras la publicación de la STC 166/1998 en relación con la desaparición de los seculares privilegios de autoejecución e inembargabilidad de los bienes y derechos de las Administraciones públicas, que implicaban en la práctica e incluso en la teoría (art. 106 del antiguo Reglamento General de Recaudación aprobado por RD 1684/1990) la calificación de éstas como entidades «no apremiables» e «inembargables». Esta Sentencia junto con, entre otras, la dictada por el Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2005; en la que se establece la obligación de las Administraciones públicas de utilizar el procedimiento administrativo de apremio, con el devengo de los recargos correspondientes a al período ejecutivo (art. 28 de la LGT), para la recaudación ejecutiva de las deudas no compensables de otras Administraciones públicas; han supuesto, en definitiva, la desaparición de nuestro ordenamiento jurídico tanto del concepto de entidades «no apremiables» como del privilegio de la inembargabilidad absoluta de los bienes y derechos de éstas.

torno grave a su hacienda²⁹⁸, lo tendrá que poner en conocimiento del Juzgador (dentro del plazo de tres meses), con un propuesta de pago que deberá ser «razonable y justificada»²⁹⁹, compatible con el derecho a la ejecución de la sentencia *sin dilaciones indebidas*. Por último, es importante advertir que esta posibilidad que tiene la Administración de solicitar un pago (normalmente fraccionado) adecuado a las necesidades de su hacienda pública, no puede entenderse, bajo ningún pretexto, que se trate de una causa de imposibilidad legal o material de inejecutabilidad de las previstas en el artículo 105.2.

El apartado siguiente del precepto que estamos analizando (art. 106.5), señala, por su parte, que lo regulado en el mismo podrá ser de aplicación a las sentencias que se ejecuten provisionalmente³⁰⁰. Finalmente, el apartado sexto

²⁹⁸ STSJ de Andalucía de 30 de abril de 2012, rec. 142/2012: «Bajo dicha premisa, no puede obviarse que la única propuesta que ahora consta efectivamente aprobada mediante resolución judicial documentada no altera el fallo o sentido del pronunciamiento contenido en la sentencia de cuya ejecución de trata, sino en la forma o modo de cumplimiento; aspecto que haya plena cabida en el tenor de las previsiones recogidas en aquel artículo 106.4 de la LJCA, en los supuestos en que concurran las premisas precisas para su aplicación. Por lo demás hasta que la propuesta no se apruebe por el órgano judicial no interviene el órgano competente para ordenar el pago conforme al art 186 del RDL 2/2004 de 5 de marzo, por lo que no existe la incompetencia manifiesta alegada. Sin embargo, sí se hace preciso estimar el último de los argumentos formulados en fundamento del recurso de apelación, relativo a la falta de motivación de la propuesta de pago aplazado de la Administración. Sobre dicho aspecto se hace preciso tomar en cuenta que la Administración demandada se limitó, en el presente supuesto, a instar la aplicación de la posibilidad descrita en el apartado cuarto del citado artículo 106 de nuestra Ley jurisdiccional sobre la base del informe e informe-propuesta de la Tesorería del Ayuntamiento, fechados el 7 de julio de 2010, en los únicamente se hace una referencia a la falta de disponible en la Tesorería municipal y el posterior informe de Tesorería de fecha de 9 de febrero de 2011, que se ampara igualmente en una genérica referencia a «las previsiones de Tesorería». No se aporta base documental o justificación alguna que permita concluir en el anterior sentido. La circunstancia relativa a que la norma procesal contemple la posibilidad de adoptar una propuesta razonada sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que resulte menos gravosa para la Administración afectada, no lleva a aceptar siempre dicha posibilidad. Se condiciona ésta efectivamente al presupuesto relativo a la posible causación de un grave trastorno a la Hacienda administrativa como consecuencia de dicha ejecución, que es un extremo o aspecto que debe ser considerado por parte de la Administración, pero sin duda sobre la base de elementos materiales que habrán de ser puestos de manifiesto a fin de que la aplicación de tal tesis pueda ser considerada o controlada. De otro modo, no se ofrecería la resolución de tal cuestión al Juez o Tribunal, oídas las partes. En este caso, la citada falta de justificación atañe fundamentalmente a la concreta propuesta de pago que realiza la demandada, articulando un modo de pago que se extiende en el tiempo hasta el año 2020, comprometiendo el gasto de presupuestos futuros más allá del mandato municipal y lo que también es importantísimo, sin incluir intereses para resarcir el perjuicio económico evidente para la actora; y, ello impone que deba descartarse, por tanto, la aplicación ahora de tal posibilidad».

²⁹⁹ STSJ de Madrid de 20/10/2015, rec. 338/2015.

³⁰⁰ El artículo 84 de la LJCA dispone que: «1. La interposición de un recurso de apelación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida. Las partes favorecidas por la sentencia podrán instar su ejecución provisional. Cuando de ésta pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la prestación de caución o garantía para responder de aquéllos. En este caso no podrá llevarse a cabo la ejecución provisional hasta que la caución o la medida acordada esté constituida y acreditada en autos. 2. La constitución de la caución se ajustará a lo establecido en el artículo 133.2. 3. No se acordará la ejecución provisional cuando la misma sea susceptible de producir situaciones irreversibles o perjuicios

del artículo 106 de la LJCA, permite la compensación de créditos entre el ejecutante y el ejecutado-Administración cuando ambos sean recíprocamente acreedor y deudor. En este sentido, el TS ³⁰¹ ha manifestado que:

«cuando las circunstancias provocan que las dos Administraciones mantengan entre sí créditos y débitos concurrentes a consecuencia de la ejecución de dos sentencias de signo contrario, no puede haber solución más fácil y deseable que la contemplada en el número 6 del precepto (la compensación de deudas), puesto que esa solución no precisa de la necesidad de fijar equivalencias entre las prestaciones, puesto que nada hay más fungible y sustituible que el dinero».

Para concluir este apartado diremos que el artículo 107 ³⁰² de la LJCA, conectado con lo previsto en el artículo 103.2, determina la necesidad de dar la correspondiente publicidad a los actos o disposiciones que hubieran sido

de imposible reparación. 4. Previa audiencia de las demás partes por plazo común de cinco días, el Juez resolverá sobre la ejecución provisional en el término de los cinco días siguientes. 5. Cuando quien inste la ejecución provisional sea una Administración pública, quedará exenta de la prestación de caución «. La jurisprudencia en la interpretación de dicho precepto ha considerado que son ejecutables las sentencias que constitutivas o que contienen mandatos ejecutivos, siendo la parte que se opone a la ejecución la que de acreditar que podría causarle perjuicios de imposible reparación o situaciones perjudiciales irreversibles. Así, se ha entendido en la STSJ de Galicia en sentencia 23 de enero de 2019, Rec. 4285/2018 en la que se ha dispuesto: «En segundo lugar, porque, de conformidad con el precepto referido, la parte que se opone a la ejecución provisional de la Sentencia, en este caso, la parte apelante, es la que debe acreditar que la ejecución provisional sea susceptible de producir situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación. Correspondía a la empresa apelante exponer y acreditar, siquiera indiciariamente, mediante la aportación de datos objetivos que la Ejecución provisional podría producir esa situación. Al no haberlo acreditado, debe concluirse que ese requisito para la ejecución provisional también se cumple. No propone tampoco la parte apelante qué medidas serían las correctas para evitar o paliar esos perjuicios, ni ha propuesto tampoco la adopción de medidas que permitiesen garantizar que, en caso de no acordarse la ejecución provisional, y en caso de desestimarse el Recurso de Apelación interpuesto contra la Sentencia, pudiese la empresa devolver al Ayuntamiento las cantidades que hubiese continuado recibiendo por el concepto anteriormente referido. En sentido contrario, la ejecución provisional no impedirá en caso de que se dictase una Sentencia que estimase el recurso de apelación interpuesto contra la misma por la empresa recurrente, el abono a dicha empresa por parte del Ayuntamiento de todas las cantidades que procediesen legalmente con los correspondientes intereses. En definitiva, se podría producir un perjuicio, pero no irreparable, sino de naturaleza económica y subsanable. Respecto a la garantía de esa devolución deviene de la solvencia de la propia Administración Local que es quien ha solicitado la ejecución provisional, con base en la defensa de los intereses públicos. En tercer lugar, y por último, al tratarse de una Administración Pública la solicitante de la ejecución provisional, la misma está exenta de prestar caución por disposición legal. Por todo lo expuesto, debe concluirse, como acuerda en definitiva el Auto ahora apelado, que concurren todos los requisitos para la concesión de la ejecución provisional».

³⁰¹ ATS 8/2/2016, rec. 411/2015.

³⁰² Dispone el artículo 107 de la LJCA: « Si la sentencia firme anulase total o parcialmente el acto impugnado, el Secretario judicial dispondrá, a instancia de parte, la inscripción del fallo en los registros públicos a que hubiere tenido acceso el acto anulado, así como su publicación en los periódicos oficiales o privados, si concurriere causa bastante para ello, a costa de la parte ejecutada. Cuando la publicación sea en periódicos privados, se deberá acreditar ante el órgano jurisdiccional un interés público que lo justifique. 2. Si la sentencia anulara total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, el Secretario del órgano judicial ordenará su publicación en diario oficial en el plazo de diez días a contar desde la firmeza de la sentencia».

anulados. Esta publicidad se deberá constatar mediante la inscripción del fallo en los registros públicos a los que el acto haya tenido acceso, como también a los periódicos oficiales o privados por donde se hubiera difundido el acto anulado. Cuando el fallo anule disposiciones generales (total o parcialmente) o actos administrativos plúrimos, la resolución judicial se deberá inscribir en el diario oficial de publicación. Esta exigencia de publicidad de la anulación de actos generales o de disposiciones normativas, se ha considerado que no afectan a la inmutabilidad de la sentencias³⁰³ y tiene como objetivo satisfacer el principio general de seguridad jurídica y uniformidad del ordenamiento jurídico.

3.10 EJECUCIÓN FORZOSA³⁰⁴ DE OBLIGACIONES DE HACER Y NO HACER. CONCRETOS PROBLEMAS Y EVENTUALES SOLUCIONES PARA LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONDENATORIAS POR SUSTITUCIÓN

3.10.1 Cuestiones generales

No era la primera vez que una ley reguladora de la jurisdicción contenciosa contenía medidas de coacción para que se produjera su cumplimiento forzoso. Así, la Ley de 1956, lo regulaba en el artículo 109, sin embargo es la LJCA de 1998³⁰⁵ la que introduce, por primera vez, medidas objetivas de ejecución forzosa, concretas y determinadas, para materializar la efectividad del fallo.

³⁰³ STS 9/7/2009, rec. 5176/2006.

³⁰⁴ La LEC, ya previa medios indirectos de ejecución forzosa, regulados en los artículos 609, 701, 709, 710, 711. Igualmente, la LEC también prevé la imposición de multas coercitivas, como medio para facilitar el desarrollo del proceso de ejecución en otros aspectos al margen de las propias actuaciones ejecutivas (arts. 589.3, 591.2, 676.6 y 776.1.*).

³⁰⁵ La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, contiene una regulación sobre ejecución de sentencias muy parecida a la fijada por la LEC. La regulación se ubica en el Libro IV, que se halla dividido en dos Títulos, separados, a su vez por Capítulos y Secciones. La regulación, que se inicia en el artículo 237 y termina en el 305, regula entre otras cuestiones: competencia, título de ejecución, incidentes, plazo para instar la ejecución, partes ejecutantes, suspensión, transacción y suspensión de la ejecución. Regula la ejecución dineraria, el embargo, la realización de bienes embargables, pago a los acreedores, la ejecución de sentencias de despido, la ejecución provisional, la ejecución de sentencias de despido, y de ejecución de sentencias recaídas en otros procesos.

A lo que a nosotros nos interesa, el artículo 287 regula la ejecución de sentencias frente a Entidades Públicas, y establece: «1. Las sentencias dictadas frente al Estado, Entidades Gestoras o Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entes públicos deberán llevarse a efecto por la Administración o Entidad dentro del plazo de dos meses a partir de su firmeza, justificando el cumplimiento ante el órgano jurisdiccional dentro de dicho plazo. Atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, ésta podrá fijar un plazo inferior para el cumplimiento cuando el de dos meses pueda hacer ineficaz el pronunciamiento o causar grave perjuicio. 2. Trascurrido

La aplicación práctica del precepto debe verse animada con la asentada doctrina constitucional, que exige el deber de los órganos jurisdiccionales de activar todas las medidas legalmente posibles y con la intensidad necesaria, para que la tutela judicial se vea satisfecha de forma efectiva. El frontispicio, por tanto, de la activación de dichas medidas deviene de la responsabilidad judicial en el cumplimiento de sus propios fallos judiciales, nacida del deber de «hacer ejecutar» lo mandado. Los mandamientos judiciales no solo deben ser ejecutivos sino ejecutorios, y para ello se requiere medios concretos de ejecución forzosa.

El precepto comienza determinando los supuestos por los que el artículo 108 de la LJCA puede ser activado, que es cuando la Administración esté obligada a «realizar una determinada actividad o acto». La locución trascrita debe abarcar una interpretación amplia, considerando «actividad o acto» como cualquier obligaciones de hacer, es decir, todas aquellas actuaciones que impliquen una acción positiva³⁰⁶. Pudiera pensarse, para encontrar alguna diferencia entre los términos «actividad» y «acto» que, en el primer caso, nos encontramos ante una actividad material y, en la segunda, con la producción de un acto jurídico distinto a realizar un pago, pues esta acción encuentra ya su propia regulación en el artículo 106. En general, en el artículo 108 de la LJCA cabe todas aquellas actuaciones en las que la Administración se encuentre obligada a llevar a cabo una determinada conducta, ya sea para modificar la realidad material o la jurídica, o incluso para hacerla extinguir.

el plazo a que se refiere el número anterior, la parte interesada podrá solicitar la ejecución. 3. Mientras no conste la total ejecución de la sentencia, el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, adoptará cuantas medidas sean adecuadas para promoverla y activarla, siendo con tal fin de aplicación supletoria lo dispuesto para la ejecución de sentencias en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. 4. El órgano jurisdiccional, previo requerimiento de la Administración condenada por un nuevo plazo de un mes y citando, en su caso, de comparecencia a las partes, podrá decidir cuantas cuestiones se planteen en la ejecución, y especialmente las siguientes: a) Órgano administrativo y funcionarios que han de responsabilizarse de realizar las actuaciones, pudiendo requerir a la Administración a tal efecto para que facilite la identidad de la autoridad o funcionario responsable del cumplimiento de la ejecutoria, al objeto de individualizar oportunamente las responsabilidades derivadas, incluidas las responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar, sin perjuicio de las comprobaciones de oficio que deban llevarse a cabo al respecto.; b) Plazo máximo para su cumplimiento, en atención a las circunstancias que concurran; c) Medios con que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir; d) Medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado, en los términos establecidos en esta Ley, salvo lo previsto en el artículo 241, que no será de aplicación excepto en caso de incumplimiento de lo resuelto por el órgano jurisdiccional en la comparecencia a que se refiere el presente apartado; e) Cuando la Administración pública fuera condenada al pago de cantidad líquida, el devengo de intereses procederá conforme a lo dispuesto en la legislación presupuestaria, si bien en el supuesto de que hubiera sido necesario el ulterior requerimiento establecido en este apartado, la autoridad judicial, apreciando falta de diligencia en el incumplimiento, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar».

³⁰⁶ PÉREZ DEL BLANCO, G., 2003, p. 291.

De su lectura puede extraerse, también, la interpretación de que el precepto prevé, frente a la inacción administrativa, el cumplimiento forzoso por sustitución, ya sea por los propios medios judiciales (comisario judicial), o mediante medios ajenos públicos –apartado 1.º, letra a)–, o mediante sujetos públicos o privados –letra b)–, y a costa de la Administración condenada. En el sentido expuesto, se entiende una interpretación adecuada la de apreciar que, si la condena fuese la de realizar un acto administrativo, solo podría utilizarse el punto a) del artículo 108 de la LJCA, mientras que si fuese una actividad material (el derribo de una casa, por ejemplo) podría llevarse a cabo mediante agentes privados, a costa de la Administración condenada, y por lo tanto, activando el punto b) del mismo precepto.

Ahora bien, como ya hemos tenido ocasión de expresar, el límite que encuentra este mandato es en las obligaciones personalísimas, estimándose como tales, aquellas que se contraen «atendiendo a la calidad y circunstancia de la persona del deudor» (arts. 1161 y 1955 del Cc)³⁰⁷ o al interés del deudor, no siéndole al acreedor indiferente (fungible) la persona que deba realizar la conducta debida. La fungibilidad de las obligaciones que puede contraer la Administración pública y por tanto, la posibilidad de poder ser sustituida por otro sujeto (público o privado), ha encontrado algunos problemas de difícil solución³⁰⁸. Sin embargo, en la práctica no suelen encontrarse problemas derivados de la infungibilidad de una obligación atribuida a una Administración. El posible límite que se pueda encontrar, circunscrito al hecho de que la Administración puede actuar discrecionalmente, se reduce prácticamente a cero cuando se trata de cumplir una sentencia, y ello principalmente, porque cuan-

³⁰⁷ GÓMEZ PUENTE, M., 1998, *REDA*, p. 767.

³⁰⁸ Gómez Puente ha considerado, estimamos con gran acierto, que la conducta debida y consignada en la sentencia no es la que deberá tenerse en cuenta para definir una obligación como personalísima, sino que deberá atenderse a la posibilidad de proyectar la discrecionalidad administrativa reconocida constitucionalmente a la Administración para la satisfacción de los intereses generales, que es la que determinará si la conducta debida es o no es personalísima y por tanto, no susceptible de cumplimiento por sustitución. La discrecionalidad, por tanto, actuará de dique para la sustitución. Vid. GÓMEZ PUENTE, M., 1998, p. 768.

Más allá va Beltrán de Felipe, para el que la fungibilidad de las obligaciones de la Administración, además de la discrecionalidad administrativa, encuentra dos límites más: la ejecución material, que por propia naturaleza es imposible de sustitución práctica por los órganos jurisdiccionales, y la valoración de si el cumplimiento por sustitución supone una lesión a interés de tercero. No obstante, el profesor llega a una conclusión clara: «Del estudio de estas cuestiones se concluirá que la actividad administrativa (bien sea jurídica o material) de cumplimiento de la sentencia no es nunca un hacer personalísimo, ni desde el punto de vista material (atendiendo, como dice DIEZ-PICAZO, al interés del acreedor), ni tampoco desde el punto de vista constitucional (pues no es reflejo de una posición de la Administración que goce de un estatus constitucionalmente protegido). Los problemas que puede plantear el ejercicio del poder de sustitución no son, como regla general, de principios sino puramente prácticos (...). Cfr.: BELTRÁN DE FELIPE, M., 1995, p. 277. También, vid. PÉREZ DEL BLANCO, G., 2003, pp. 297-307.

do es condenada una Administración, la condena vendrá determinada por el *petitum* de la demanda, que deberá establecer claramente qué es lo que se pide (art. 56 de la LJCA). La petición de condena, no será dejar a la libre opción (discrecionalidad) a la Administración para que dicte un acto, sino que lo que se pretenderá es que la Administración lo dicte en un determinado sentido y cumpliendo unas determinadas reglas jurídicas. En este supuesto, y a través de la sentencia condenatoria que recaiga, se partirá de un acto discrecional, sí, pero se llegará, de acuerdo con el *petitum*, a un acto suficientemente reglado. El espacio que le quedará a la Administración en su actuación discrecional será mínimo y siempre sujeto a control del juzgador³⁰⁹.

Por último, y para dejar paso a la jurisprudencia en este punto, hemos de insistir que la Administración en la fase de ejecución de sentencia no actúa como persona pública dotada de poderes constitucionalmente públicos para la satisfacción de interés generales, sino que se comporta como un sujeto con un estatuto jurídico distinto, a saber, sometido al cumplimiento de una resolución judicial y por tanto, proyectado a la satisfacción de un derecho fundamental que no es sino el derecho a la satisfacción de la pretensión reconocida en sentencia. En este espacio, poco margen, por no decir ninguno queda, para la

³⁰⁹ En este sentido, puede citarse un interesante supuesto en el que el Ayuntamiento de Barcelona, condenado por sentencia del 2013 del TSJ de Cataluña, a un el incremento del 1% de la masa salarial de los funcionarios del Ayuntamiento para cada uno de los ejercicios 2007 y 2008, como consecuencia de un Acuerdo colectivo, suscrito en el mes de septiembre de 2006 en Madrid, se impugnó el Auto de ejecución de 31 de marzo de 2015 del Juzgado contencioso-administrativo n.º 14 de Barcelona, desestimando la impugnación y acordando la ejecución de la sentencia n.º 633/2013, de 28 de mayo del TSJ de Cataluña. Entre los motivos de impugnación se encontraba: «La alegada imposibilidad de que el Juzgador de instancia pueda sustituir la voluntad de las partes en la negociación». El TSJ en la sentencia de 18/12/2015, rec. 215/2015, resolviendo en apelación el auto de ejecución, vino a decir al respecto: «La primera crítica hace referencia a la mención que hace el Auto sobre la imposibilidad de que el Juzgador de instancia pueda sustituir la voluntad de las partes en la negociación colectiva. Ello, nos dice, supone desconocer una jurisprudencia palmaria de la que resulta que la negociación no comporta la obligación de llegar a acuerdos (con citada en las SSTs de 18 de marzo de 2011, RJ 2011, 2002 y de 29 de mayo de 1997, RJ 1997, 4534) (...). Dicho Auto imponía a las partes llevar a la mesa de negociación el cumplimiento de la Sentencia. Al no haberse recurrido el Auto es evidente que este Tribunal no va a revisar su contenido más allá de lo que pudiera proyectarse o ser necesario para enjuiciar la controversia que se plantea en este recurso de apelación. En cualquier caso, sí conviene tener en cuenta lo siguiente: siendo cierto que la Jurisprudencia consolidada no equipara «negociación» con «obligación de llegar a acuerdos» también lo es que este caso presenta una particularidad en tanto que se negocia –en fase de ejecución de Sentencia– cómo ha de procederse a ejecutarla por orden judicial. Y la potestad de ejecutar y hacer ejecutar las sentencias corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales. De lo dicho se colige que, pudiendo las partes negociar y llegar a acuerdos para proceder a la ejecución de la Sentencia, es evidente que todas las reuniones habrán de estar presididas por esa finalidad última que es el cumplimiento de lo ejecutoriado. Dicho de otro modo, ni la negociación ni los actos que adopte la Administración en ejecución de una Sentencia (sean unilaterales o fruto de la negociación) podrán contravenir el fallo y los acuerdos que se pudieran adoptar». «(...) Y el alcance de la negociación colectiva –que como se ha dicho queda limitado por no poder contravenir lo ejecutoriado– no era más que llegar a un acuerdo sobre cómo había de distribuirse el 1% del incremento de la masa salarial (no el incremento mismo)» (la cursiva es nuestra).

discrecionalidad administrativa que siempre nace de una potestad pública que se encuentra desactivada en fase de ejecución de sentencias.

El primer punto del artículo 108 fija la posibilidad de que la obligación a la que está obligada la Administración pueda ser ejecutada mediante los propios medios del Juzgador. En la práctica, esta posibilidad es prácticamente inexistente por muchas razones, como fácilmente puede pensarse (falta de medios, de tiempo, de logística). Ahora bien, esta forma de sustitución debemos relegarla, principalmente, para cuando la Administración esté condenada a realizar un acto jurídico en los que la intervención judicial, por sustitución, podría proyectarse sin aparentes problemas. En supuestos administrativos complejos donde el Juzgador podría carecer de conocimiento, el obstáculo podría solventarse, abriendo el correspondiente incidente de ejecución y solicitando aquellos informes jurídicos y actuaciones de colaboración a los agentes administrativos que fuesen necesarios para la ejecución por sustitución. Si el límite lo puede marcar la discrecionalidad administrativa, que no puede ser invadida judicialmente, según lo ordenado en el artículo 71.2 de la LJCA³¹⁰, ésta puede quedar muy reducida en relación a las medidas que el Juzgador puede activar en trámite de ejecución de sentencia (piénsese, por ejemplo, en informes de valoración de puestos de trabajo requeridos en trámites de ejecución de sentencias, donde justificadamente se determina un particular nivel de destino o grado de personal, al que la Administración se negara a reconocer o lo hubiera modificado con posterioridad).

Jurisprudencialmente, uno de los casos más llamativos que se han producido en relación al cumplimiento forzoso de una sentencia dictada que contenía un obligación de hacer y que se llevó a cabo a través de los medios propios del órgano judicial (concretamente a través de la policía judicial), ha sido el supuesto enjuiciado por el Juzgado contencioso-administrativo n.º 1 de Pamplona, en el que se obligaba al Ayuntamiento de Pamplona a ubicar el retrato del Rey de España y las banderas oficiales en «un lugar preferente y de honor», en los términos que exigían la Ley 39/1981 y el RD 2568/1986, respectivamente. La condena a esa obligación de hacer quedó confirmada y ratificada definitivamente con la sentencia n.º 124/2017, de 1 de marzo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Navarra. En este caso, el citado Ayuntamiento dió cumplimiento a la recolocación de las banderas oficiales en el Salón de Plenos, quedando ubicadas en uno de los laterales de la Presidencia.

³¹⁰ Art. 71.2 de la LJCA: «Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados».

Sin embargo, la sentencia no fue ejecutada respecto a la colocación del cuadro del Rey en lugar preferente. En un principio, el Juzgado no apreció incumplimiento de la sentencia por haber colocado un cuadro del Rey de dimensiones más reducidas (24 cm por 32 cm) que las usuales, pues estimó que la normativa no establecía la longitud de dicha fotografía. Sin embargo, sí apreció incumplimiento en lo siguiente:

«concorre un factor contextual que motiva que se declare como no cumplida la sentencia. El artículo 85.2 del Real Decreto 2568/1986 obliga a colocar la efigie del Rey en lugar preferente del salón de sesiones. Por ello debe declararse como no cumplido el fallo de la sentencia, porque el contexto ornamental que rodea al cuadro anula la condición de «preferencia» en la ubicación que exige la norma, ya que al haberse optado por un retrato de reducidas dimensiones el hecho de estar rodeado por dos grandes cuadros minimiza por completo al del Rey, y le priva por tanto de la nota de –preferencia– que marca la norma para su ubicación. Por lo expuesto procede declarar no cumplida la sentencia en este punto y ordenar al Ayuntamiento ejecutado que cumpla el pronunciamiento dotando de preferencia a la ubicación del retrato del Rey, para lo cual se estima más que suficiente un plazo de tres días».

En su virtud, dictó Auto de fecha 10 de octubre de 2017, aperturando la fase de ejecución forzosa para el cumplimiento de la sentencia y dando tres días al Ayuntamiento de Pamplona para su acatamiento. Finalmente, el cuadro tuvo que ser colocado por la policía judicial a la que se le oficio el Auto correspondiente.

En otras ocasiones, como ya hemos tenido ocasión de exponer, ha sido el propio tribunal el que ha convocado un Pleno de un Ayuntamiento para que se pudiera celebrar una sesión en la que se iba a deliberar una moción de censura a un Alcalde que se resistía a cumplir con la sentencia³¹¹. Fuera de estos casos, que son actos jurídicos concretos, será complicado que el Juzgador pueda llevar a efecto la sentencia con sus propios medios.

En los supuestos en los que el Juzgador no pueda llevar afectos la ejecución del fallo por medios propios, que supondrá la mayoría de los supuestos, a la vista de las limitaciones legales y materiales que hemos señalado, el órgano judicial podrá requerir la colaboración de los agentes de la autoridad, así como de los demás empleados públicos de la Administración condenada para que se produzca su realización. Dicha colaboración se inserta en lo ordenado en el artículo 118.1 de la LOPJ y, por tanto, en la obligación de prestar la necesaria asistencia al Juzgador para que se proceda la ejecución del fallo.

³¹¹ SSTs 14/07/1985; 8/3/1986; AATS 18/10/1985; 13/03/1986.

Debemos entender, como luego se verá en el análisis del artículo 112 de la LJCA, que detrás de la abstracción de lo que denominamos «Administración» se hallan personas físicas que son los que realmente deben llevar a cabo el cumplimiento del fallo, y que si éste no se cumple voluntariamente, lo que subyace realmente es un comportamiento humano intencionado de elusión. En otras palabras, cuando no se cumple una sentencia, es porque hay una persona física que ocupa un cargo o puesto en la Administración que no quiere cumplirla. Es por ello, por lo que el Juzgador puede requerir a otras personas de la misma Administración para que colaboren en la realización del acto. Al final, lo que nos encontramos es una suerte de ejecución por sustitución, pues sí se está obligado, por ejemplo, a realizar una propuesta de resolución para el otorgamiento de una licencia, para la aprobación de una RPT, de una valoración de puestos, de un acto de Oferta de Empleo Público, y de un largo etc, estos actos administrativos pueden ser realizados por otros empleados públicos cualificados al efecto. Habrá, por tanto, colaboración, pero mediante la efectiva sustitución.

La adopción por el Juzgador de las medidas necesarias deberá estar orientadas a satisfacer la efectividad de la decisión judicial, debiendo entenderse que el precepto no fija un número de medidas concretas a adoptar, sino que aquel deberá adoptar las «necesarias», un *numerus apertus* de medidas que encontrarán su límite en lo que la Ley le posibilite. Ahora bien, como se ha expuesto, el precepto ya no contiene la referencia a que el cumplimiento de fallo por sustitución se lleve a cabo «con la observancia de los procedimientos establecidos para ello». Lo dicho nos hace preguntarnos si sería posible una modificación forzosa de una RPT, sin seguir el procedimiento legalmente establecido. O, por citar otro supuesto, la convocatoria de un proceso selectivo o la aprobación de una OEP³¹². Se insiste en ello, por cuanto que el precepto no lo contempla y de acuerdo con el aforismo latino, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, el operador jurídico no podrá interpretar los dos preceptos de la misma manera, pues existe una diferencia de derecho positivo eviden-

³¹² Podría sustentar esta interpretación lo razonado en la sentencia de 3/11/ 2006, rec. 132/2006 del TSJ de Madrid, en la que vino a especificar, para cuestiones de conservación urgente de edificios, que:» la ejecución sustitutoria sí puede acordarse directamente, *sin necesidad de la previa incoación y resolución del expediente administrativo alguno (...)*. No obstante, entendemos que el Tribunal se basaba en la interpretación del art. 26.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística y normas concordantes. Lo único que se quiere dejar reflejado en la presente argumentación es que, sin basarnos en una aplicación directa de lo dicho en la sentencia urbanística, no es totalmente descartable que, en materia de función pública, se puedan adoptar medidas directas ejecutorias, sin atenderse a la previa y extensa duración de un proceso selectivo que podría afectar a los derechos e interés de terceros, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 108.1 b) de la LJCA.

te. Esto puede dar lugar a pensar que nos encontramos con dos medidas de ejecución forzosa de intensidad diferente. Una primera, de menor intensidad, donde el Juzgador se dirige a la propia entidad pública condenada para que otros empleados públicos, que no sean los directamente afectados por el fallo, lleven a cabo su cumplimiento. O bien, sea llevada a cabo por otra Administración pública que pueda hacerlo, pero *siempre* de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. Y una segunda medida, donde el conjunto de la Administración condenada es renuente a colaborar y, por tanto, a hacer, en cuyo caso el Juzgador podrá, fuera del procedimiento administrativo legalmente establecido para dicho fin, (pero no fuera de los límites legales) adoptar las medidas necesarias, con la intensidad legalmente posible, para hacer efectivo el fallo. Entre todas ellas, se encontrará la ejecución subsidiaria *stricto sensu*.

Ya se dijo que, en esta ejecución subsidiaria, y tratándose de actos materiales (y se considera que no solo materiales sino también jurídicos), el Juzgador podrá acudir a operadores privados para que lleven a cabo la actuación, a costa de la Administración demandada³¹³. En base a dicho precepto, los tribunales han dictado ejecutorias sustitutivas cuando no se ha llevado a cabo determinadas obras, alegando ya en trámite de ejecución forzosa su imposibilidad legal. En este sentido, por ejemplo, el TSJ de las Palmas de Gran Canarias³¹⁴, vino a manifestar que:

«Aquí se agota el pronunciamiento judicial que da respuesta a lo pedido. Otra cosa, que pertenece a lo que podrá ser un incidente de ejecución de la presente sentencia es si se produce o no una imposibilidad legal de cumplimiento, pero eso pertenece a la fase de ejecución de esta sentencia. En resumen, la Sala anula el acto recurrido porque el Ayuntamiento, sin plantear incidente de imposibilidad legal en el cumplimiento de una sentencia judicial, decidió por su propia iniciativa que se daba dicha imposibilidad y, con ello, vulneró abiertamente el artículo 105. 1 y 2 de la LJCA».

Y falla diciendo:

«En consecuencia, anulamos la resolución recurrida y reconocemos el derecho de los actores al cumplimiento del Decreto n.º 8/02 del Alcalde de Tinajo

³¹³ Al respecto nos preguntamos lo siguiente: ¿Podría el Juzgador, en el ámbito local, y de acuerdo con este concreto precepto solicitar a una empresa de consultoría privada un informe sobre una valoración de puestos de trabajo cuyo acto se resiste la Administración a llevar a cabo, y una vez obtenida dicha valoración, requerir a la Diputación Provincial o Autonómica para la aprobación de la misma por sustitución? Es evidente que se requeriría de una proactividad de gran intensidad por parte del Juzgador y serían las partes afectadas quienes deberían presentar dichas peticiones, sin perder de vista que, como ya se ha expuesto, el cumplimiento de una sentencia satisface un interés superior al de las partes en conflicto, siendo el deber del Juzgador que la sentencia se cumpla.

³¹⁴ STSJ de Las Palmas de Gran Canaria de 20/12/2006, rec. 79/2006.

■ LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS...

en su propios términos, condenando al Ayuntamiento a que proceda a la ejecución forzosa en forma subsidiaria de las obras de urbanización a que se refiere dicho Decreto, y a que se proceda por parte de Técnicos competentes a la elaboración de un presupuesto sobre el costo de las obras a ejecutar para que, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 98.4 de la LRJPAC se proceda a la inmediata liquidación de forma provisional del importe de los gastos a la Caja Insular de Ahorros de Canarias».

Igualmente, el TS en sentencia de 5 de enero del 2009³¹⁵, vino a manifestar que:

«En cuanto a la ejecución sustitutoria llevada a cabo por el Ayuntamiento, al no haberla acometido la entidad mercantil obligado a ello a pesar de los requerimientos al efecto practicados, es completamente ajustada a derecho por las mismas razones expresadas en los autos recurridos por la Sala de instancia, de rigurosa aplicación en la fase de ejecución de las sentencias, conforme a lo dispuesto concordadamente en los artículos 103, 104 y 109 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a fin de llevarlas a puro y debido efecto, y de practicar lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo».

Ahora bien, también debemos entender que la ejecución de lo decidido, a costa del condenado, no podrá realizarse de cualquier manera de forma que los costes de la ejecución subsidiaria puedan ser desorbitados. El TS, en sentencia de 16 de enero de 2013³¹⁶, dictaminó que la ejecución sustitutoria que había realizado el Ayuntamiento a costa de una comunidad de propietarios, a la sazón obligada a las obras de reparación de un edificio, padecían una diferencia notable entre lo presupuestado y el coste final. Como consecuencia de ese notable incremento de costes, el Alto Tribunal advirtió, que había una clara desconexión entre las obras que el Ayuntamiento debió realizar por sustitución y las efectivamente realizadas. En base a ello, entendió que la comunidad de propietarios sólo debía pagar la cantidad que ella misma reconoció deber.

El apartado 2 del artículo 108 de la LJCA, aborda el supuesto relativo a cuando la Administración condenada esté obligada a un hacer material y se lleve a cabo en contra de lo acordado en sentencia. A éstas actuaciones podrán acompañarles también actos jurídicos. En el primer caso, se deberá reponer la realidad a sus estado primitivo³¹⁷ y conjuntamente, se decretará la nulidad de

³¹⁵ STS 3/01/2009, rec. 5373/2006.

³¹⁶ STS 16/01/2003, rec. 120/1998.

³¹⁷ Dispone el artículo 1098 del Cc: «Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho». Y el artículo 1099 del mismo cuerpo legal: «Lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior se observará también cuando la obligación consista en no hacer

lo actuado, conforma al artículo 103.4 de la LJCA, debiendo, además, determinarse los perjuicios ocasionados. Todo ello a causa de los efectos del principio de identidad entre lo decidido judicialmente y lo ejecutado, que impide que en ejecución de sentencia pueda realizarse actos que se aparten del fallo, pues en caso contrario, se vulneraría la intangibilidad de lo dispositivamente decidido en juicio. Así, ha procedido el TS en sentencia de 30 de abril de 2008, que vino a firmar que:

«el Auto recurrido, al rechazar la pretensión formulada por la recurrente con fundamento en lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción, fue resuelto en contra de los términos del fallo que se trataba de ejecutar y, en definitiva, procede atender a la pretensión de los recurrentes declarando nulas de pleno derecho las medidas adoptadas en cumplimiento de lo dispuesto por la Dirección General de Política Energética y Minas en su escrito de 26 de junio de 2.003, disponiendo, por el contrario, que debe requerirse al órgano responsable de la ejecución para que en plazo no superior a quince días proceda al cumplimiento de sus estrictos términos de la referida sentencia y, en consecuencia, reponga a Agropecuaria Matamala S. L. en la posesión de las fincas, restituyendo el terreno a su situación inicial previa a la ocupación, con apercibimiento, en su caso, de adoptar las medidas a que se refiere el artículo 112 a) y b) de la Ley de la Jurisdicción».

Por último y para finalizar el estudio de las cuestiones generales derivadas del artículo 108 de la LJCA, nos pronunciaremos sobre el apartado tercero que ha sido introducido por el apartado cuatro de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ. El precepto se pronuncia sobre la orden de ejecución de demolición de inmuebles construidos, incumpliendo la normativa urbanística, exigiéndose la reposición de la realidad física alterada, pero teniendo como presupuestos de salvaguarda y condición previa necesaria, la exigencia de prestación de garantías, adecuadas y suficientes, para todos aquellos terceros de buena fe que viesan sus derechos o intereses legítimos afectados por la demolición, salvo los supuestos en los que existiera una situación de peligro inminente.

El TS ha venido a formar doctrina sobre la interpretación de dicho precepto. Concretamente puede señalarse la sentencia³¹⁸ de 2 de julio de 2018, confirmada en una posterior de octubre del mismo año. Las sentencias se pronunciaban sobre la necesidad o no de abrir un procedimiento contradictorio, con

y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido». Véanse junto a ellos, lo dispuesto en los artículos 699 y ss., y concretamente el artículo 710 de la misma norma codificada.

³¹⁸ SSTs 2/06/2018, rec. 1748/2017; 21/03/2018, rec. 138/2017; 21/03/2017, rec. 141/207, todas ellas basadas en la Sentencia 1409/2017, rec. 477/2016 por las que se resolvían sendos recursos interpuestos por el Gobierno de Cantabria.

audiencia de las partes afectadas, a fin de determinar la garantía a constituir y de identificar los terceros de buena fe. El Alto Tribunal ha venido a decir que:

«De acuerdo con todo lo expuesto y rechazando la interpretación que mantiene la Administración recurrente, consideramos como interpretación más acertada del artículo 108.3, que la exigencia de la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, a la que se refiere el precepto como condición previa a la demolición de un inmueble ordenada por un Juez o Tribunal, no precisa la tramitación de un procedimiento contradictorio ni requiere que tales indemnizaciones hayan sido fijadas como debidas en un procedimiento de responsabilidad patrimonial o en un incidente de ejecución de sentencia en el que se declare y reconozca el derecho del tercero y determine la cantidad líquida que resulte exigible por el mismo, sino que se configura como un trámite integrado en la ejecución de sentencia, que consiste en la adopción por el órgano jurisdiccional de las medidas de aseguramiento que resulten suficientes para responder del pago de las indemnizaciones que puedan reconocerse a terceros de buena fe al margen del proceso, medidas de aseguramiento que han de ser valoradas, en su existencia y alcance, por el órgano judicial atendiendo a los datos y elementos de juicio de que disponga y pueda recabar en el procedimiento, resolviéndose las controversias que puedan surgir al respecto, en el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, como dispone el art. 109.1 de la Ley Jurisdiccional (Sentencia 475/2018 FJ5.º y 47/2018 J 8.º)».

3.10.2 **En particular, la eventual sustitución interadministrativa en la ejecución de sentencias**

En el proceso de cumplimiento de una sentencia, en un contexto de clara dificultad para su ejecución, nada impide que Juzgador solicite la colaboración de otras Administraciones para que lleven a cabo la actuación o el acto, a costa de la Administración condenada. En estos supuestos, si nos atenemos al ámbito de la Administración local, se puede decir, a tenor de las competencias³¹⁹ atribuidas a las diputaciones provinciales, particularmente las de asistencia a las entidades locales, que no tendría que haber problemas para dirigirles una providencia judicial en la que se le oficiara para la realización de un acto administrativo concreto, en sustitución de una de una entidad local que se negara a llevarlo a cabo. El presupuesto básico para poder llevar a cabo esa posibilidad es que, la entidad local condenada, se halle en el propio territorio donde la diputación

³¹⁹ Que de acuerdo con el artículo 36 de la LBRL, puede categorizarse en servicios de cooperación, coordinación y asistencia a aquellos Municipios que padezcan incapacidades para prestar sus servicios públicos básicos o esenciales.

provincial goza de competencia territorial y objetiva. Al respecto, se ha discutido si el artículo 60 de la LBRL³²⁰ autorizaría la posibilidad de ejecución subsidiaria por otra Administración pública en los casos de incumplimiento judicial.

Varios son los problemas que puede conllevar la aplicación de este artículo. El primero, es ofrecer una interpretación extensiva de un precepto de carácter restrictivo, llevando su aplicación a supuestos no contemplados en él mismo. El segundo de los problemas es de tipo competencial, pues si bien las entidades locales gozan de autonomía administrativa y reglamentaria, y no de autonomía política y potestad legislativa, no es menos cierto que existe un bloque de constitucionalidad protectora de aquella autonomía, garantizando su núcleo competencial a salvo de injerencias autonómicas o estatales. En este sentido, dichas entidades locales gozan del recurso constitucional en defensa de su propia autonomía local³²¹. En definitiva, y fuera del supuesto previsto en la LBRL, tratándose de entidades locales, estimamos que sería posible que el Juzgador se dirigiese a las diputaciones provinciales competentes, para que procedieran a llevar a cabo la actuación o el acto, en sustitución de la Administración condenada, y a costa de la misma, pero siempre bajo los principios de prudencia y salvaguarda efectiva de su autonomía administrativa.

Mayor problema, consideramos, se produce cuando la Administración demandada sea la Administración autonómica o la estatal. En este sentido, por causa del propio límite impuesto por la distribución competencia territorial y material llevado a cabo por la Constitución y por los Estatutos de Autonomía, el Juzgador no podrá dirigirse a otra Administración para que realice una actuación o produzca un acto en sustitución de la condenada. La salvaguarda de la autonomía política se lo impide. En estos casos, y en busca de alternativas, el Juzgador podrá dirigirse a otros órganos de la misma Administración para que lleven a cabo dicho acto o actuación. El límite podrá estar en el propio conocimiento técnico o jurídico que aquellos puedan tener para llevar a cabo la acción requerida, pero, sin embargo, no le afectará problemas de competencia política.

Debemos entender que, normalmente, la distribución competencial entre órganos de una misma Administración se produce por norma reglamentaria o por

³²⁰ Dispone el artículo 60: «Cuando una entidad local incumpliera las obligaciones impuestas directamente por la Ley de forma que tal incumplimiento afectará al ejercicio de competencias de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, y cuya cobertura económica estuviere legalmente o presupuestariamente garantizada, una u otra, según su respectivo ámbito competencial, deberá recordarle su cumplimiento concediendo al efecto el plazo que fuere necesario. Si transcurrido dicho plazo, nunca inferior a un mes, el incumplimiento persistiera, se procederá a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación a costa y en sustitución de la entidad local».

³²¹ Dicha recurso se encuentra regulado en los artículos 75 bis, ter, quarter y quinque de la LOTC.

acto administrativo. Ninguno de los dos vincula al órgano jurisdiccional, sometidos únicamente al imperio de la Ley (art. 117.1 de la CE) por lo que éste podrá, en ejecución de sentencias, dirigirse a otros órganos o unidades administrativas de la misma Administración para que materialicen el comportamiento debido.

El apartado b) del artículo 108.1 prevé lo que se denomina «ejecución subsidiaria». Sin embargo, para un adecuado entendimiento del precepto, poniéndolo en relación con el apartado a) del mismo artículo, si el acto que ha de ejecutarse lo lleva a cabo otra Administración, en su deber de colaboración, estaríamos en presencia de una ejecución también subsidiaria. Por tanto, sustitución y subsidiariedad a estos efectos deben entenderse como equivalentes. En el supuesto del apartado a), además, se exige que se lleve a cabo «con (la) observancia de los procedimientos establecidos al efecto». Podría entenderse, como diferencia entre el apartado a) y b) del artículo 108 que, en el primer punto, la sustitución debe, necesariamente, atender a los trámites legal y reglamentariamente fijados, como medio necesario para dictar el acto. Y sin embargo, el párrafo b) del artículo 108, parece que el Legislador ha querido ir un paso más allá y lo que le interesa, particularmente, es la real efectividad del fallo, es decir el resultado. Por ello, el citado apartado autoriza ya al Juzgador a adoptar todas «las medidas necesarias», incluso la ejecución subsidiaria, con tal de que el fallo se materialice. Recordemos que así lo exige el TC. Los Tribunales en ese quehacer ejecutivo que constituye su potestad, pero también su deber, *tienen que adoptar todas las medidas oportunas* para llevar a efecto la ejecución, sin que se puedan adoptarlas con *una tardanza excesiva o irrazonable* pues se consideraría lesionado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STC 26/1983), que si bien no se confunde con el derecho a la ejecución, se encuentra en *íntima relación con el mismo* (STC 155/1985).

3.11 LA PIEZA SEPARADA DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA. LAS GARANTÍAS DE LA INTERPRETACIÓN FINALISTA DEL FALLO Y DEL AGOTAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO INCIDENTAL. ¿UNA ACCIÓN EJECUTIVA IMPRESCRIPTIBLE?

3.11.1 **Las garantías de la interpretación finalista del fallo y del agotamiento del procedimiento incidental. ¿Una acción ejecutiva imprescriptible?**

Prácticamente todo lo que hemos venido manifestando en materia de ejecución de sentencia, incluso en supuestos de cumplimiento espontáneo, ya se

considere necesario solicitar una ampliación del plazo de cumplimiento o cualquier otra vicisitud relativa a la ejecución del fallo, el órgano judicial estará obligado a abrir una pieza separada de las actuaciones principales, que constituirá el propio incidente procesal de ejecución. En este sentido, la LJCA de 1998, en el artículo 109 regula el incidente procesal³²² de ejecución de sentencias, y dispone:

«1. La Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, podrán promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución y especialmente las siguientes:

- a) Órgano administrativo que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones.
- b) Plazo máximo para su cumplimiento, en atención a las circunstancias que concurran.
- c) Medios con que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir.

2. Del escrito planteando la cuestión incidental el Secretario judicial dará traslado a las partes para que, en plazo común que no excederá de veinte días, aleguen lo que estimen procedente.

3. Evacuado el traslado o transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior, el Juez o Tribunal dictará auto, en el plazo de diez días, decidiendo la cuestión planteada».

En relación a la naturaleza jurídica-procesal que posee el incidente de ejecución de sentencia, se ha de señalar que éste carece de sustantividad autónoma con respecto al proceso principal. El órgano judicial deberá resolver las cuestiones incidentales mediante auto que, en ningún caso, podrá contrariar el fallo o, incluso, decidir sobre cuestiones distintas a las abordadas en el proceso principal y en la sentencia. Ya vimos cómo esta forma de proceder, según el TS, protegía la intangibilidad del fallo, salvaguardando la validez y eficacia del juicio precedente. Esta falta de sustantividad, como proceso autónomo, ha sido señalada por el TS en sentencia de 6 de febrero de 2005³²³. En esta sentencia, el Alto Tribunal ha manifestado lo siguiente:

«Esta Sala ha de rechazar abierta y claramente la pretensión de los recurrentes tendente a convertir un incidente, previsto en el artículo 109 de la Ley de esta Jurisdicción para lograr la completa y cabal ejecución de la parte dispo-

³²² De acuerdo con lo prevenido en el artículo 387 de la LEC, son cuestiones incidentales: «las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso».

³²³ STS 6/03/2005, rec. 1142/2003.

■ LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS...

sitiva de una sentencia firme, en un procedimiento para conseguir la inexecución de la sentencia, de lo que el propio precepto advierte al impedir expresamente que se contrarie el contenido del fallo. Dicho incidente está contemplado por la ley para resolver las cuestiones que se planteen en la ejecución de las sentencias en orden a eliminar trabas u obstáculos en dicha ejecución, mientras que los recurrentes intentan que, mediante su tramitación, se llegue a un pronunciamiento contrario diametralmente al del fallo, de manera que no se derribe lo construido cuando lo que la sentencia ordena es inequívocamente la demolición».

Y es que ya la sentencia 167/1987 de 29 de octubre del TC, dejó claro que en ejecución de sentencia:

«no pueden resolverse cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo, o con las que éste no guarde una directa e inmediata relación de causalidad), pues de lo contrario se lesionarían los derechos de la otra parte al prescindirse del debate y la contradicción inherentes a todo litigio (ATC 1282/1988, fundamento jurídico 2)».

Consagrada, la llamada «garantía de interpretación finalista del fallo», infiriendo de él todas sus naturales consecuencias, se afirmó en las SSTC 148/1989 (FJ4.º), 125/1987 (FJ2.º) y 92/1998 (FJ2.º) que:

«... El Juez de la ejecución ha de apurar siempre, en virtud del principio *pro actione*, del de economía procesal y, en definitiva, de su deber primario de tutela, la posibilidad de realización completa del fallo, infiriendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la *causa petendi*, es decir, de los hechos debatidos y de los argumentos jurídicos de las partes, que, aunque no pasan literalmente al fallo, como es lógico, si constituyen base para su admisión o rechazo por el juzgador y, por ello, fundamento de su fallo, del cual operan como causas determinantes. Lo cual, es obvio, no supone que se puedan ampliar en fase de ejecución de Sentencias los términos del debate o hacerse otras pretensiones distintas, ampliando indebidamente el contenido de la ejecución, cosa que la ley ordinaria ya prohíbe al prever un recurso al respecto. Simplemente implica que la interpretación y aplicación del fallo de la Sentencia no ha de ser estrictamente literal, sino finalista (artículo 3 Cc) y en armonía con el todo que constituye la Sentencia».

Y, en fin, dando entrada a la llamada «garantía de agotamiento del procedimiento incidental de ejecución», se razonó en el fundamento jurídico segundo de la STC 167/1987, que:

«Pues, en efecto, el derecho a la ejecución de las Sentencias y demás resoluciones firmes de los órganos judiciales no se satisface sólo, como es patente, con la remoción inicial de los obstáculos que a su efectivo cumplimiento pueda oponer la Administración, sino que postula, además, que los propios órganos ju-

diciales reaccionen frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones, y que lo hagan, esto es lo esencial, en el propio procedimiento incidental de ejecución, al cual es, sin duda, aplicable el principio *pro actione* que inspira el artículo 24.1 de la Constitución. Solo así se garantiza la eficacia real de las resoluciones judiciales firmes».

El incidente, por tanto, «tiene como límite legal, claro y terminante, el de que no se puede contrariar el contenido del fallo»³²⁴. Los autos recaídos en ejecución de sentencia han de ser congruentes con las sentencias, que no pueden resolver «más» o «menos», ni cosa distinta que la sentencia que se ejecuta³²⁵. Ahora bien, ello no excluye (continúa la sentencia):

«la facultad del Tribunal de interpretar el pronunciamiento o fallo de la sentencia que ejecuta, cuando aquel adolece de cierta oscuridad o deficiencia, ya que constituyendo las sentencias un todo orgánico, es indudable que no puede encontrarse una interpretación más auténtica de cuál haya sido la razón de derecho que dio lugar al fallo».

Expuesto lo anterior como premisa, y teniendo en cuenta el límite legal y constitucional que padece el Juzgador ejecutorio, se ha de manifestar que la LJCA, en relación a la apertura del incidente, no fija plazo específico alguno, pues lo vincula a «mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia». En este sentido, se ha considerado si la acción ejecutiva en el orden contencioso-administrativo es imprescriptible, no siéndole de aplicación supletoria (Disposición final primera de la LJCA) el artículo 518 de la LEC (5 años), y, por tanto, pudiendo abrirse el incidente mientras no consta en las actuaciones el total cumplimiento del fallo. Sin embargo, la jurisprudencia no descarta por completo aplicar el artículo 1964 del Cc, pasados 15 años desde que se dictara la sentencia sin promover su ejecución, conforme al principio de seguridad jurídica. Sobre el plazo de cinco años, dispuso el TSJ de Castilla y León, en sentencia de 2 de enero de 2018³²⁶ lo siguiente:

«esta Sala entiende que el breve plazo de 5 años del art. 518 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil no es de aplicación supletoria en una jurisdicción en que no sólo está en juego el interés del ejecutante, sino primordialmente el cumplimiento pleno del art. 118 y 103 de la Constitución, lo que queda demostrado con el hecho de que la ejecución se inicie de oficio (art. 104.1.º LJCA) de modo que sólo ante la falta de cumplimiento voluntario por parte de la Administración condenada, se permite al interesado promover el debido cumplimiento».

³²⁴ STS 18/03/2015, rec. 220/2008.

³²⁵ STS 27/02/2004, rec. 1398/2001.

³²⁶ STSJ de Castilla y León 2/01/2018, rec. 39/2017.

Concluye el Tribunal advirtiendo que: «repugnaría a tales principios (Estado de Derecho) el que la inactividad de la Administración en cumplir una sentencia durante cinco años quedase premiada con el mantenimiento de la eficacia de un acto declarado ilegal por sentencia firme.» Esta es la jurisprudencia que se destaca, también, en la sentencia de 25 de noviembre de 2009 del TS, en el recurso 6237/2007.

Como señala con acierto Pérez del Blanco³²⁷, este asunto resulta estéril en la práctica por cuanto que es difícilmente imaginable encontrar un caso en el que después de un largo proceso judicial declarativo, un demandante deje transcurrir el tiempo necesario para que, una vez obtenida la razón judicial, deje pasar el tiempo sin ver su pretensión satisfecha. Cuestión que no debe confundirse con la posibilidad de impugnar actos que se consideren nulos o anulables por afectar al derecho subjetivo al cumplimiento del fallo, que sí estarían sujetos a las reglas de la prescripción extintiva, de acuerdo con las normas generales de aplicación (4 años, por ejemplo, para lo supuestos de anulabilidad), o incluso dos meses, si se tratara de actos nuevos que requiriesen una impugnación declarativa judicial *ex novo*.

Dicho lo anterior, ha sido el Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de diciembre de 2009, rec. 1396, el que se ha pronunciado sobre los diversas condiciones y requisitos para ejercer la acción ejecutiva, abordando los temas de la legitimación, objeto y contenido del incidente de ejecución (materias ya abordadas), sistematizando dichos aspectos. En cuanto al trámite probatorio dentro del incidente de ejecución, de nuevo, el TS³²⁸ entiende que puede abrirse sin necesidad de acudir supletoriamente a la LEC.

Por último señalar, que es totalmente factible resolver en dicho incidente de ejecución el importe de la indemnización a la que es condenada la Administración, siempre que concurren dos presupuestos. El primero, que dicha cantidad haya sido solicitada en vía administrativa y la Administración haya tenido ocasión de oponerse o impugnar la misma. Y el segundo, que dicha cantidad haya sido discutida en juicio. Declarada en sentencia el derecho a obtener la indemnización, procede su determinación en ejecución de sentencia. La sentencia de 22 de junio de 2009 del TS, dispuso al respecto que:

«Si la sentencia dejó la cuantificación de la indemnización para la fase de ejecución, una vez que fue promovido el incidente de ejecución el auto que lo resuelve debe fijar ya el importe indemnizatorio, decidiendo así la cuestión planteada (artículo 109.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción). Y si el material

³²⁷ PÉREZ DEL BLANCO, G., 2003, p. 190.

³²⁸ SSTS 02/06/2016, rec. 3716/2015; 14/07/2009, rec. 4432/2007 y 28/05/2008, rec. 2900/2003.

probatorio aportado hasta ese momento no permite, la Sala de instancia habrá de recabar las aclaraciones o informes complementarios que estime necesarios, dejando entre tanto en suspenso la resolución del incidente. Lo que no cabe es resolver éste de forma aparente y provisional, dejando pendiente *sine die* la efectiva decisión de la cuestión planteada».

Pero aún más, el TS³²⁹ afirmó que si en sentencia se dejó la determinación del *quantum* indemnizatorio para la fase de ejecución, el órgano competente para ello debe cuantificarlo expresamente en el incidente abierto al afecto (art. 109 de la LJCA), pues, en caso contrario, habría una lesión clara del derecho a la tutela judicial efectiva.

3.12 UNAS NOTAS SOBRE LA MEDIACIÓN EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS³³⁰.

Junto con esa posibilidad de llegar a un «acuerdo» de pago fraccionado, debemos hacer una breve referencia a la posibilidad de llegar a una mediación intrajudicial en trámite de ejecución de sentencias. No siendo objeto de esta tesis el pronunciarnos extensamente sobre dicha herramienta jurídica, sí que debemos decir que se admite este mecanismo alternativo de solución de conflictos en cualquier fase del proceso judicial, incluida la fases de ejecución de sentencias. Las razones metajurídicas que se aducen para la utilización de este instrumento alternativo de solución de conflictos son varias: la carga de trabajo de la justicia institucional, la tardanza de ésta en resolver; el coste; la necesidad de llegar a un punto de encuentro entre las partes, sin que ninguna de ellas se sienta que ha «perdido» en la contienda, la flexibilidad en la búsqueda de la solución pactada, etc. Sin ánimo de extendernos demasiado en este punto, debemos advertir que la concepción clásica, relativista y reduccionista de la jurisdicción contencioso-administrativa como un vía, estrictamente, revisadora de lo actuado por la Administración, no solo es una posición superada, sino que es la propia LJCA de 1998³³¹, la que ensancha y evoluciona una visión clásicamente caracterizada por el inmovilismo ordinario de revisar la legalidad

³²⁹ STS 22/06/ 2009, rec. 4932/2007.

³³⁰ Para la mediación en el ámbito administrativo y contencioso-administrativo pueden verse: GAMERO CASADO, E., 2006, *RAP*, pp. 339-381; *idem*, 2019, *REDA*, pp. 191-214; así como el monográfico del mismo profesor, actuando como co-coordinador con Miguel Rodríguez-Piñero Royo, *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las administraciones públicas*, Sevilla, 2006, entre otros muchos trabajos.

³³¹ Dice el artículo 56.1 de la LJCA: «En los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en

formal de las decisiones u omisiones padecidas por la Administración en la gestión de sus servicios públicos y sus actuaciones de interés general.

La argumentación jurisprudencial de la superación de esta visión clásica, se halla en la reciente e importante sentencia del TS que se señala a continuación. A los solos efectos ilustrativos, se expone un pequeño extracto de la misma, pero suficientemente relevante, para subrayar el paso, ya firme, de una Justicia revisora a otra protectora y garantista. Dice este pequeño enunciado: *«habría que aplicar a tal procedimiento la reiterada jurisprudencia que señala que el recurso contencioso-administrativo no constituye una nueva instancia de lo resuelto en vía administrativa, sino un auténtico proceso, autónomo e independiente de la vía administrativa, en el que resultan aplicables los derechos y garantías constitucionales reconocidos y en donde pueden invocarse nuevos motivos o fundamentos jurídicos no invocados en vía administrativa, con posibilidad de proponer prueba y aportar documentos que no fueron presentados ante la Administración para acreditar la pretensión originariamente deducida»* (STS 10 de septiembre de 2018, rec. 1246/2017).

Si la visión de una jurisdicción meramente revisora es una posición superada, no lo es menos el considerar que el principio de legalidad encorseta y cristaliza a la Administración, de modo que le ata las manos con tal fortaleza que no le deja espacio para, si quiera, decidir cuál es el mejor camino para satisfacer el interés general cuyo faro de dirección señala su servil actuación (art. 103 de la CE). Dos son los razonamientos, que sin dejar de lado el principio de legalidad, matizan y encauzan la aplicación de este principio con otros mandatos de optimización, explícitos e implícitos, consignados en el Texto Constitucional. En una primera aproximación³³², la mediación administrativa se entiende como expresión de la libertad personal y de la justicia como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que está dirigida a interactuar en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. El principio de disposición y la autonomía de la voluntad presentes en dicha institución coadyuvan a la más adecuada realización de los derechos y deberes fundamentales, habida cuenta de lo prevenido en el art. 10.1 de la Constitución. Desde otra perspectiva, el control jurisdiccional de las Administraciones Públicas que se atribuye en exclusiva al poder judicial, conforme a lo dispuesto en los artículos 106 y 117 de la Constitución, no excluye que los conflictos que surjan entre los ciudadanos puedan ser resueltos por vías diferentes de la juris-

justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración» (el subrayado es nuestro).

³³² Vid. *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ*, p. 166

diccional, pudiendo complementarse tal vía con el establecimiento de técnicas compositivas intrajudiciales o extraprocesales no específicamente incardinadas en la función de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» que contribuyan a la protección jurídica de los derechos de los ciudadanos.

La reserva de la potestad jurisdiccional a jueces y magistrados integrantes del poder judicial, no excluye, de ningún modo, que la ciudadanía, e incluso los poderes públicos, busquen medidas e instrumentos autocompositivos para la solución de sus conflictos, principalmente atendiendo, como consagra el Texto Constitucional y el TC, a que «todos los poderes del Estados derivan del pueblo español» (art. 1.2 de la CE), lo que refuerza la legitimación social e institucional para la utilización de medidas autocompositivas para resolución de conflictos, debiendo los jueces y tribunales, no solo resolver en un tiempo adecuado y razonable, mediante una decisión motivada, sino atender a las demandas de las partes para llegar a un leal compromiso de solución, indicando a las mismas la posibilidad que le brinda, como ahora veremos, el artículo 77 de la LJCA.

Pero si los jueces y tribunales, en su potestad jurisdiccional se halla imbricada la proactividad de señalar a las partes una mejor forma de solucionar el conflicto, pues ellos pueden resolver la disputa de intereses que se le presenta, aunque no solventar el problema, la Administración, en su faceta de garante y servidor del interés público, debe actuar atendiendo y sosteniendo dicho fin. El paso a la mediación, no debe ser un punto de llegada, sino un punto de salida. La voluntad y el espíritu que debe llevar a la autoridad pública a la mediación, no debe ser el de calibrar «qué se va a perder», sino el de valorar y ponderar «como satisfacer mejor el interés público», auspiciada, ambas acciones, por los principios de buena administración y lealtad institucional. El valor superior del ordenamiento jurídico, la Justicia, no solo es un valor axiológico para la Administración de justicia, sino para todos los agentes creadores del derecho, y por tanto, también para la Administración pública. La posibilidad de llegar a la mediación debe ser por la voluntad pública de resolver, en un plano de consenso mutuo y de dialogo, de la forma más democrática posible, conflictos donde las partes posean la voluntad mutua de que el fin propuesto sea que todas las partes salgan más ganando que perdiendo en sus respectivos derechos.

Si la mirada institucional para llegar a la mediación, es el estrecho túnel de una visión binocular mediante el cálculo probabilístico de perder en un juicio jurisdiccional, entonces, no se tiene la voluntad de ir a una mediación, ya que la consciencia publica no estará en acercar posturas para la satisfacción

de un interés público compartido, sino en, simplemente, tener otro resorte más para salir ganador en la afrenta de intereses

La admisión de esta figura jurídica, como mecanismo de solución de conflictos, ha dado lugar a que el CGPJ publique, a través de su página web, una *Guía para la Práctica de la Mediación Intrajudicial*, en el ámbito civil, familiar, penal, laboral y contencioso-administrativo. La guía aduce distintas razones para la utilización de la mediación, entre otras la necesidad de pasar de una «Justicia decisionista a una Justicia reparadora», donde las partes encuentren (mecanismo autocompositivo), voluntariamente, un punto de llegada para la solución de su conflicto, sin que ningún tercero, institucional o arbitral, pueda imponer la resolución fuera de la aceptación voluntaria de las partes en hallar ese punto de llegada, donde ambas consideren satisfechos sus respectivos derechos a una reparación justa. La mediación se ha visto como una alternativa a la re-solución institucionalizada del conflicto mediante la intervención estatal, tanto en el ámbito administrativo como en el contencioso-administrativo. Ningún tercero viene a re-solver, sino que son las partes, ayudadas por un tercero, quienes solventan su problema. De hecho, en el plano del empleo público se aducen sólidas razones para utilizar dicho medio sin necesidad de judicializar todo conflicto. Piénsese, en una impugnación de una provisión de puestos por libre designación, en una reclamación de una categoría superior, en supuestos de movilidad funcional o incluso en temas de acoso laboral. En el ámbito de lo contencioso y lo que a este estudio atañe, la mediación puede ser utilizada para dar cumplimiento a la máxima directriz constitucional de utilizar todos los medios necesarios y con la intensidad legalmente posible para que la sentencia se cumpla. La unión de voluntades para encontrar la mejor forma de ejecutar una sentencia, que pueda ser considerada inejecutable, aduce sólidas razones para utilizar este mecanismo cuando la realidad material obstaculiza un cumplimiento inflexible de la sentencia, *vid.* STSJ Galicia el 8 de febrero de 2019 –incidente de ejecución de la sentencia 6937/1997–. El cumplimiento de la sentencia no debe ser el apego a su texto, sino la querencia a sus razonamientos resolutivos. La sentencia es, también, una pretensión de resolución de un conflicto, pero con la peculiaridad de que porta el monopolio de la fuerza legal para imponer a las partes la solución. Por eso, un juez resuelve pero puede no solventar la contienda. En el ámbito del procedimiento administrativo, la base legal para el uso de la mediación se ha encontrado en el artículo 86 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Y, en materia del recurso de alzada, en el artículo 112.2 del mismo cuerpo legal. Por su parte, en el ámbito de lo contencioso-administrativo, la base legal para su utilización ha estado en el artículo 77

de la LJCA, con asentamiento en el artículo 19 de la LEC. El límite legal infranqueable para el acuerdo mediador es que éste no sea contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo del interés público o de terceros, debiendo ser homologado por la Autoridad judicial. En el concreto ámbito de la ejecución de sentencias, la guía del CGPJ prevé la posibilidad de que la mediación se lleve a cabo en el trámite de ejecución de sentencias, particularmente, en «las ejecuciones de hacer» que nos mueve interpretarlo en el sentido de que solo cabe en las obligaciones de hacer, lo que podría llevar a pensar que en las obligaciones de pago no cabría la mediación. Sin embargo, rápidamente esta idea debe rechazarse al ver que las materias mediables que, expresamente se exponen, pueden ser la fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates, determinación de las reglas sobre las prestaciones en las relaciones bilaterales, contratos de derecho publico y privado, convenios y reintegro de subvenciones. En donde no cabe la mediación –dice la guía– es en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona a los que se refiere el artículo 114 y siguientes de la LJCA. Tampoco, es posible en materia electoral ni en aquella que se derive de un recurso contencioso-administrativo contra disposiciones de carácter general. Sea como fuere, y teniendo en cuenta que la guía del CGPJ regula el procedimiento a seguir, las materias de mediación y, demás reglas a cumplir para el uso de esta figura alternativa de solución de conflictos, su adecuada regulación reclama su inclusión en una Ley que regle, uniformemente, esta figura y, permita el paso, de verdad, de una Justicia distributiva institucionalizada a una Justicia conmutativa comunitaria.

3.13 MEDIDAS SUBJETIVAS DE COACCIÓN JUDICIAL. EL «LEVANTAMIENTO DEL VELO» ORGANIZATIVO. MOMENTO PROCESAL PARA ACREDITAR EL COMPORTAMIENTO INTENCIONADO DE RESISTENCIA

Estudiado el incidente procesal de ejecución de sentencia, vamos a finalizar analizando, en este subapartado, los artículos 112 y 113 de la LJCA, que son los que culminan esta fase ejecutiva en el orden contencioso-administrativo. Como ya se ha indicado, el artículo 112 de la LJCA viene a establecer los medios de coerción indirectos destinados a doblegar la voluntad *personal* de quien se resiste a cumplir con el fallo. Y se dice claramente voluntad personal, por cuanto que siempre que existe una resistencia subjetiva al cumplimiento de las sentencias, lo que existe, realmente, es una voluntad consciente de no querer

cumplir con lo mandado judicialmente. Por ello, este tipo de medidas son de carácter subjetivo, es decir, van dirigidas a aquellas personas que son responsables de cumplir el fallo. Como dice muy gráficamente Pérez del Blanco³³³, hay una suerte de «levantamiento del velo» de la organización administrativa para saber quién es la persona o personas que se resisten a cumplir con la sentencia.

No debemos llevarnos a engaños. La Administración pública está constituida y organizada por personas físicas que ocupan distintos puestos con tareas y responsabilidades distintas, y que intervienen, en el proceso de producción administrativa, como distintas piezas o elementos de una gran cadena, donde los eslabones se hallan entrelazados unos con otros. Cada eslabón tiene una responsabilidad, y su función es esencial para que la siguiente «pieza» pueda realizar su labor. En el momento en el que una de esas piezas frena su función y deja de realizar su tarea, provoca una ralentización o una paralización de todo el procedimiento administrativo. Por ello, la dificultad con la que se topa estas medidas de coerción es la de identificar, en dicha cadena de eslabones, quién es el responsable de la paralización.

Ya se manifestó, que en la práctica, la providencia judicial se dirige al responsable administrativo o incluso político de la institución pública, para que lleve a término dicha resolución judicial. Sin embargo, debemos entender que los responsables políticos no pueden dictar, por sí solos, actos administrativos sin un procedimiento administrativo previo y, en muchas ocasiones, el problema se concentra en esa fase. Por ello, es aconsejable, para evitar el juego de «quién es quién», que, conjuntamente, con la notificación de la sentencia, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 103.1 de la LJCA, el Juzgador requiera, concretamente, a la entidad pública los nombres, apellidos, cargos y puestos de trabajo que ocupan los responsables de cumplir con la sentencia, sin tener que dejarlo para un momento posterior o para un incidente de ejecución. Conociendo estos extremos, el Juzgador podrá hacer uso de las medidas coercitivas del artículo 112 más fácilmente. Recordemos que el artículo 112 de la LJCA determina que:

«Transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el juez o tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado.

Singularmente, acreditada su responsabilidad, previo apercibimiento del Secretario judicial notificado personalmente para formulación de alegaciones, el Juez o la Sala podrán:

a) Imponer multas coercitivas de ciento cincuenta a mil quinientos euros a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del

³³³ PEREZ DEL BLANCO, G., 2003, p. 222.

Juzgado o de la Sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar. A la imposición de estas multas les será aplicable lo previsto en el artículo 48.

b) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder».

Una hermeneusis literal del precepto nos puede llevar a entender que, una vez transcurrido los plazos previstos para el cumplimiento del fallo (2 o 3 meses, si se trata de obligaciones de pago), el Juzgador, previa audiencia de las partes, automáticamente, adoptará las citadas medidas. El momento temporal de adopción de las medidas es muy importante, pues el Juzgador, a pesar de la literalidad de la Ley, deberá hacer una sana ponderación de las circunstancias concurrentes para determinar, si ha existido dejación, inactividad consciente o intencionalidad clara en no ejecutar el fallo.

Estos aspectos, son precisamente los que deberán acreditarse en la audiencia contradictoria. Por ello, es importante tener en cuenta que dicha audiencia previa no puede convertirse en un paralelo incidente de ejecución donde, en ese momento, la Administración presente que le es imposible ejecutar la sentencia pues, sí así fuera, debería haber abierto el adecuado incidente de ejecución (art. 109 de la LJCA) y haber puesto en conocimiento del Juzgador las causas legales o materiales que le imposibilitan para su cumplimiento (art. 105.2 de la LJCA). La citación de las partes a esa audiencia, debe ceñirse a determinar si ha existido o no una desatención pasiva, patente y manifiesta, en el cumplimiento de la sentencia, y una vez acreditada, adoptar, singular e individualmente, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado. Acreditada la responsabilidad (el comportamiento intencionado de resistencia), en la práctica judicial, el Letrado de Justicia (antiguos Secretarios/as Judiciales), apercibirá al individuo para que en un plazo escaso cumpla con lo fallado. Pasado el mismo, y de nuevo puesto en conocimiento judicial por el ejecutante, el Juzgador podrá imponer multas coercitivas y deducir testimonio por desobediencia judicial³³⁴.

³³⁴ Un claro ejemplo de lo que exponemos se encuentra en la sentencia de 17 de abril de 2009 del TSJ de Cataluña, recurso 423/2008, en la que vino a ordenar: «debe indicarse ya de entrada que es manifiesto y palpable una desatención ostensible y patente en la ejecución de la Sentencia firme de los autos de primera instancia por parte de la Administración demandada y de la parte codemandada, en su momento, titular de la licencia, lo que obliga a este tribunal a adoptar las siguientes medidas de ejecución que deberán ser realizadas por el Juzgado «a quo» a la mayor brevedad posible:

1. Cursar oficio con acuse de recibo a la Administración demandada para que, en el improrrogable plazo de 5 días, haga constar en los autos de primera instancia, la autoridad o funcionario responsable de la debida ejecución de la sentencia firme de autos, con apercibimiento, en caso contrario, de entender a todos los efectos responsable de la ejecución al titular de la Alcaldía.

Es dable tener en cuenta que dichas responsabilidades ya son personales, por lo que el pago de las mismas recaerá sobre el propio patrimonio personal del personal público responsable del cumplimiento³³⁵. En ningún caso, estas

2. Se fija un plazo de tres meses, desde la fecha de notificación de la presente Sentencia, para que la Administración Municipal acredite en los autos de primera instancia, el agotamiento de la ejecutoria y con apercibimiento a la autoridad o funcionario responsable de la imposición de multas coercitivas ascendientes a 100 € por día de demora en la ejecución en la primera semana posterior a los tres meses antes citados, de 200 € por día de demora en la ejecución en la segunda semana posterior a los tres meses referidos, de 300 € por día de demora en la ejecución en la tercera semana posterior a esos tres meses y de 500 € por día de demora en la ejecución en la cuarta semana posterior a esos tres meses. Extiéndase el oficio con acuse de recibo aludido precedentemente a estos efectos.

3. Transcurrido ese plazo de tres meses y cuatro semanas sin constancia del agotamiento de la ejecutoria en los autos seguidos en primera instancia se aperciba a la Administración Municipal que se acordará la ejecución de la Sentencia firme de autos, a su cargo, mediante la Administración Autonómica y por los servicios, autoridades, funcionarios o empresas o entidades que se designen, eso sí con las debidas garantías. Extiéndase el oficio con acuse de recibo aludido precedentemente a estos efectos.

4. Debe apercibirse a la autoridad o funcionario responsable una vez sea comunicado el mismo en plazo o transcurrido el plazo al titular de la Alcaldía que la falta de cumplimiento de la ejecutoria de 2006 de autos en el plazo establecido de tres meses puede ser considerado delito de desobediencia a la autoridad judicial y por ello transcurrido ese plazo se deducirá testimonio de particulares al Juzgado correspondiente para que depure las responsabilidades de ese orden a que hubiere lugar. E igualmente debe apercibirse a la autoridad o funcionario responsable que el transcurso de las posteriores cuatro semanas sin la debida ejecución de la ejecutoria de autos igualmente puede ser considerado como nuevo delito de desobediencia a la autoridad judicial y por ello transcurrido ese plazo se deducirá testimonio de particulares al Juzgado correspondiente para que depure las responsabilidades de ese orden a que hubiere lugar. A tales efectos cúrsese el correspondiente oficio con acuse de recibo a la Administración y notifíquese personalmente esos apercibimientos a la autoridad o funcionario responsable.

5. Finalmente este tribunal apreciando una temeridad ostensible, acentuada y desconsiderada aunque sólo se contemple demora temporal en la falta de ejecución, tanto privada del titular de la licencia como de la Administración Municipal, precisamente y en lo que ahora interesa en las actuaciones que han dado lugar a la providencia de 27 de marzo de 2008 y al Auto de 19 de junio de 2008, procede condenar en las costas tanto a esa Administración como a esa parte, por mitad, respecto a las causadas a la parte actora en primera instancia».

³³⁵ Queda perfectamente aclarado en este Auto dictado el 6 de febrero de 2014 del Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 1 de Palma de Mallorca, en el recurso 49/2009, en el seno de un incidente en ejecución de la sentencia, en el que vino a disponer:

«1.º). El Ayuntamiento de Montuïri está obligado a presentar trimestralmente el cumplimiento de sus obligaciones en los presentes autos para su control, en caso de incumplimiento de alguno de los plazos los intereses se incrementarán en dos puntos de conformidad con el art. 106.3 LJCA.

2.º) Requírase a la Administración demandada, por medio de su representación en autos, para que en el plazo de diez días proceda a la designación nominal de las autoridades y/o empleados públicos responsables de dar debido cumplimiento a lo ordenado, aportando los ingresos que el mismo percibe por todos los conceptos a fin de determinar la multa coercitiva, entendiéndose en caso de no efectuarse tal designación nominal que el responsable es el Alcalde del Ayuntamiento de Montuïri e imponiéndole una multa coercitiva de 500 euros mensuales hasta el total y efectivo cumplimiento del fallo si no aporta en dicho plazo los ingresos que el mismo percibe por todos los conceptos.

3.º) Requírase a la Administración ejecutada, para que en el plazo de diez días proceda a la designación nominal de las autoridades y/o empleados públicos que formen el Pleno, y en caso de variar, dado que el plazo de cumplimiento es de 5 años, deberá igualmente notificar sus modificaciones a la mayor brevedad posible, siendo apercibidos los nuevos miembros conforme al punto 4.º

4.º) Expídase oficio, al que se adjuntará testimonio de este Auto, para que el Secretario Municipal de Montuïri en el próximo Pleno municipal dé lectura del mismo a todo el Consistorio y aperciba al Alcalde y a todos los Concejales de la obligación que tienen de cumplimiento del mismo, apercibiéndoles que

responsabilidades podrán derivarse a la Administración para que sea ésta a través de sus caudales públicos la que pague. Si fuera así, nos podríamos encontrar con un delito de malversación de caudales públicos.

Finalmente, y en relación a lo regulado en el artículo 113 de la LJCA, el precepto asienta la posibilidad de ejecutar forzosamente el cumplimiento de un acuerdo judicial que haya permitido una terminación anormal del proceso de acuerdo con el artículo 77.3. En estos supuestos, transcurrido el plazo previsto, o el plazo de dos meses, previo requerimiento del ejecutante, se podrá solicitar la ejecución forzosa de lo transaccionado o pactado.

3.14 ESPECIAL ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS 110 Y 111 DE LA LJCA. PRESUPUESTOS OBJETIVOS Y CONDICIONANTES PARA LA EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LOS EFECTOS DE UNA SENTENCIA FAVORABLE EN MATERIA DE PERSONAL

3.14.1 **Antecedentes normativos y jurisprudenciales. Principios informadores**

Es una cuestión pacíficamente admitida, el que una de las principales novedades de la LJCA de 1998 fue la de introducir el artículo 110, así como también el artículo 111, aunque configurándose éste último como un sucedáneo de aquel. Nos encontramos con una clara materialización de los principios generales de igualdad en la aplicación del Derecho (no solo de la Ley), de seguridad jurídica y unidad doctrinal, así como también, de economía y eficacia procesal. Su principal novedad fue la de poder extender los efectos de las sentencias (estimatorias) en materia de personal y en materia tributaria³³⁶, reconocedoras de derechos y situaciones jurídicas individualizadas, a otras personas que no fueron parte en el proceso judicial. El Legislador contencioso-administrativo entendió, no sólo que era una necesidad procesal, evitando la repetición de procesos que sustanciaban conflictos esencialmente iguales

de no hacerlo podrán imponérseles multas coercitivas sobre sus patrimonios y que podrían incurrir incluso en responsabilidad penal, deduciéndose los oportunos testimonios para remitirlos al Juzgado Decano de Palma para depurar las responsabilidades por un presunto delito de desobediencia a la Autoridad. Por ello se requiere al Sr. Secretario de Montuñi para que, en auxilio de la Justicia, de lectura y aperciba de todo ello al Consistorio, y a su Pleno, y de no hacerlo podrá incurrir en las mismas responsabilidades».

³³⁶ Ahora también, cabe solicitar la extensión de los efectos a los supuestos relativos a la unidad de mercado, modificación legislativa producida por la disposición final primera de Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En el estudio que vamos a proceder del precepto nos ceñiremos exclusivamente a materia de personal.

en hechos y fundamentos, sino que constituía una clara garantía en la aplicación igualitaria y simétrica del Derecho, especificada en resoluciones judiciales de las que podían beneficiarse otras personas que se encontraban en la misma situación de conflicto. Criterios de Justicia legal, exigían una positivación en ese aspecto, y el Legislador de 1998, así lo hizo, acabando con «la titubeante»³³⁷ respuesta que a ello estaba dando el TS³³⁸ de acuerdo con la Ley del 1956.

Con la anterior Ley de jurisdicción, la extensión de los efectos de las sentencias encontraba un límite insoslayable que era el artículo 86, que circunscribía a aquellos, únicamente, a los que habían sido parte en el proceso judicial. Sin embargo, esta limitación encontraba una quiebra en el artículo 86.2 para los casos en los que se anulaban actos o disposiciones generales, pues los efectos de la anulación se extendían a todas las personas afectadas por estos actos y disposiciones.

Lo expuesto abrió un gran debate (tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial) debido a la confusión entre los límites de la cosa juzgada y los efectos jurídico-materiales de las anulaciones³³⁹. Así, como expone Rosende Villar³⁴⁰, existían dos corrientes doctrinales enfrentadas, basadas en el texto literal del art. 86.2 de la antigua Ley: por un lado, los defensores de la extensión de la cosa juzgada por disposición legal y, por otro, los partidarios de la limitación de la eficacia jurídico material de aquellas sentencias que constituían situaciones jurídicas individualizadas.

El TS, por su parte, llevó a cabo una interpretación restrictiva³⁴¹ de dicho precepto, basándose en los efectos de la cosa juzgada o del acto consentido y firme, impidiendo la extensión de los efectos de sentencias que, a pesar de anular un acto o disposición, reconocía situaciones jurídicas individualizadas.

³³⁷ La expresión es de LÓPEZ BENÍTEZ, M., 1998, *REDA*, p. 781. El autor hace un interesante comentario a los artículos que estamos analizando.

³³⁸ Se debe hacer especial referencia a la sentencia del TS de 12 de abril de 2010, rec. 2789/2009, que lleva a cabo un exhaustivo análisis del proceso de evolución jurisprudencial sobre el artículo 110 de la LJCA, en relación a la regulación que existía en la LJCA de 1956, evocando como un hito de especial importancia para el reconocimiento en la extensión de los efectos de las sentencias más allá de las partes, permitiendo, incluso, que el reconocimiento y efectividad de situaciones jurídicas iguales de terceros se lleve a cabo en la fase de ejecución de sentencia, el Auto del TS, Sala 5.ª, de 29 noviembre de 1985.

³³⁹ De la Oliva, en la interpretación dada al artículo 86 de la LJCA, entendía que, en principio, los efectos de la cosa juzgada material no podían extenderse a aquellos que no fueron parte en el proceso. Vid: DE LA OLIVA, S., 1991, p. 196.

³⁴⁰ ROSENDE VILLAR, C., 2002, p. 118.

³⁴¹ TOLEDO JAUDENES, J., 1986, *RAP*, p. 249; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 1995, p. 639.

Con este enclave, casi sin salida, es con el que quiso acabar el Legislador de 1998, por ello, en su Exposición de Motivos, hace saber que:

«Dos novedades importantes completan este capítulo de la Ley. La primera se refiere a la posibilidad de extender los efectos de una sentencia firme en materia de personal y en materia tributaria a personas distintas de las partes que se encuentren en situación idéntica. Aun regulada con *la necesaria cautela*, la apertura puede ahorrar la reiteración de múltiples procesos innecesarios contra los llamados *actos en masa*» (la cursiva es nuestra).

La LJCA de 1998 abre así, con cierta timidez³⁴² y con la imprescindible cautela, un incidente en trámite de ejecución de sentencia de carácter declarativo³⁴³.

El antecedente³⁴⁴ más claro de este viraje legal, lo encontramos en el Auto del TS de 29 de noviembre de 1985, donde el propio Alto Tribunal permitió la extensión subjetiva de los efectos de una sentencia que reconocía una situación jurídica individualizada a favor de quienes no habían sido parte en el proceso, obviándoles la necesidad de tener que acudir previamente a la vía administrativa. Sin embargo, esta nueva posición del TS, aunque fue bien acogida por la doctrina, tuvo claros detractores³⁴⁵ que consideraban que esta forma de actuar soslayaba los principios de audiencia, oportunidad, prueba e intervención de la propia Administración demandada, todos ellos ligados al artículo 24 de la CE. El Tribunal Supremo inició una rectificación de la doctrina, que ya había iniciado realmente a partir de 1991 y que tuvo como culmen la sentencia de 29 de febrero de 1996, en la que vino a manifestar, claramente, que:

«La eficacia material de las sentencias alcanza, por principio, únicamente a quienes son parte en el proceso. En lo contencioso-administrativo, las sentencias anulatorias de disposiciones generales y actos administrativos tienen, no obstante, una fuerza expansiva, que se apoya en la dicción literal del artículo 86.2 de la LJCA, cuando dispone que no sólo producirán efectos entre las partes, sino también entre las personas afectadas por los mismos. Esta excepción se justifica porque carece de sentido que, declarada la nulidad de una disposición o un acto administrativo en virtud de sentencia firme, se ejerza una nueva pretensión anulatoria por un tercero, cuando el acto que se trata de impugnar ha desaparecido de la realidad jurídica. Sin embargo, atendiendo al expresado tenor literal del

³⁴² LÓPEZ BENÍTEZ, M., 1998, p. 783.

³⁴³ Como propuso DE LA OLIVA, A., 1993, p. 152.

³⁴⁴ Para un estudio más pormenorizado sobre los antecedentes del precepto que analizamos puede verse: DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, M. L., 2019, *Estudios de Deusto*, p. 235-261.

³⁴⁵ LÓPEZ BENÍTEZ, M., 1998, p. 783,

artículo 86.2 LJCA, es claro que se refiere únicamente a la sentencia que contiene un pronunciamiento de anulación –artículos 41 y 84 a) de la LJCA– y a las consecuencias que indefectiblemente deriven de él para una Administración Pública sometida al principio de legalidad (artículo 103.1 CE), sin hacer referencia a los pronunciamientos que acogen alguna de las pretensiones de plena jurisdicción a que se refiere el artículo 42 de la LJCA –supuesto que contempla el artículo 84, apartados b) y c) de la LJCA– reconociéndose en favor del actor o actores una situación jurídica individualizada.

El tenor literal del artículo 86.2 de la LJCA –única norma que en la Ley jurisdiccional contempla y ampara los casos que se examinan– no puede ser potenciado por la vía de una interpretación expansiva ya que institucionalmente la eficacia “ultra partes” de una sentencia no ofrece dudas cuando la misma estima una pretensión de anulación en cuanto que, anulado el acto o disposición recurridos, desaparecen todas sus consecuencias jurídicas cualquiera que fuere la persona afectada, aunque ésta no haya sido parte en el proceso, pero no reviste la misma claridad cuando se reconoce una situación jurídica individualizada, dado el carácter personal de este pronunciamiento, que sólo es posible cuando se ha llegado a él con las garantías que comporta un auténtico proceso».

El avance, por tanto, del artículo 110 de la LJCA con estos precedentes jurisprudenciales, es evidente, y aún más, si tenemos en cuenta las reformas³⁴⁶ que se han producido sobre dicho artículo, posiblemente la más importante sería la operada por la disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, lo que no implica, como luego veremos, que la jurisprudencia haya realizado una interpretación extensiva o, al menos, flexible de dicho precepto.

Expuesto sus antecedentes, estamos en disposición de afirmar que la previsión legal es clara: hacer extensivo los efectos de una sentencia estimatoria contencioso-administrativa, en un incidente de ejecución, a quienes no fueron partes en el proceso, siempre que se trate de materias de índole tributaria, de personal o de unidad de mercado, cuando exista identidad en las situaciones jurídicas individuales.

Aunque los artículos 110 y 111 regulan supuestos de extensión de los efectos de sentencias estimatorias, la diferencia entre los mismos se circuns-

³⁴⁶ El precepto ha sido modificado por la disposición adicional 14.8 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ que, entre otras cuestiones importantes, suprimió la necesidad de tener que acudir previamente a la vía administrativa para poder solicitar judicialmente la extensión de los efectos y determinó como condicionante el no poder acudir a dicho incidente cuando se tratarán de actos firmes y consentidos. Con posterioridad, fue modificado el apartado 4 por el art. 14.49 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, dándole protagonismo en la tramitación del incidente a los ahora llamados Letrados de Justicia. La última modificación del artículo se ha producido en su apartado 1, por virtud de la disposición final 1.2 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que ha ampliado las materias sobre las que se puede solicitar la extensión de los efectos de las sentencias favorables.

cribe a que el primero de ellos puede ser activado por quienes no han sido parte en el proceso, mientras que el segundo solo puede ser utilizado por quienes son ya litigantes en otro proceso, pero han visto suspendidos sus recursos a causa de lo regulado en el apartado segundo del artículo 37 de la LJCA³⁴⁷, abriéndoles la posibilidad, una vez recaída sentencia firme, de que soliciten la extensión de los efectos de la misma. En ambos supuestos debemos encontrarlos con lo que se ha denominado *acto en masa*³⁴⁸, que son aquellos actos que, no solo tienen como destinatarios a una pluralidad de personas (físicas o jurídicas), sino que permiten multiplicar, colectivamente, una situación jurídica singular, debido a que el estatus jurídico resultante de la aplicación del acto es el mismo. Es decir, que no solo exista identidad en el punto de salida para la aplicación del Derecho (supuesto de hecho), sino que también la posee en el punto de llegada (efectos jurídicos equiparables). Estamos ante la eficacia del principio de igualdad³⁴⁹, en la respuesta que el aplicador institucional del De-

³⁴⁷ Dispone el artículo 37 de la LJCA: «1. Interpuestos varios recursos contencioso-administrativos con ocasión de actos, disposiciones o actuaciones en los que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 34, el órgano jurisdiccional podrá en cualquier momento procesal, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, acordar la acumulación de oficio o a instancia de alguna de ellas. 2. Cuando ante un Juez o Tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional, si no se hubiesen acumulado, deberá tramitar uno o varios con carácter preferente previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros. 3. Una vez firme, el Secretario judicial llevará testimonio de la sentencia a los recursos suspendidos y la notificará a los recurrentes afectados por la suspensión a fin de que en el plazo de cinco días puedan interesar la extensión de sus efectos en los términos previstos en el artículo 111, la continuación del procedimiento o bien desistir del recurso».

³⁴⁸ No debemos obviar que esta afirmación debe ser matizada, pues el TS, en sentencia de 23 de diciembre de 2009, rec. 6766/2005, manifestó que: «(...) el texto del artículo 110 LJCA, no incluye la exigencia de que se trate de «actos masa», pues el criterio o presupuesto básico que dicho precepto establece para la extensión es el de la identidad de situaciones jurídicas que deban ser objeto de comparación. Lo cual significa que la extensión habrá de acordarse siempre que sea de apreciar esa identidad y con independencia de que las situaciones que deban compararse a esos efectos tengan o no su origen en actuaciones administrativas que por su reiteración o frecuencia merezcan esa calificación de haber sido dictadas como «actos masa». Y, nos lleva a una conclusión contraria la referencia que la exposición de motivos de la LJCA, efectivamente hace, a los «denominados actos en masa « porque, al no haber sido trasladada al texto normativo, debe entenderse que se utiliza con una finalidad meramente ejemplificativa, es decir, para poner de manifiesto el caso más típico de identidad, pero no el único». En la práctica habitual, sin embargo, la tendencia judicial es la contraria. Se busca que el acto sea plúrimo, esto es, de destinatarios diversos, pero identificados.

³⁴⁹ El TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el artículo 110 de la LJCA en relación con los artículos 14 y 24 de la CE. Al respecto, es ilustrativa la sentencia 146/2005, de 6 de junio, que vino a decir: «(...) el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria. Los supuestos de hecho enjuiciados deben ser, así pues, sustancialmente iguales, pues solo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno deba ser igual a la del otro.

b) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de la “referencia a otro” exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo.

recho debe dar antes situaciones jurídicas idénticas; pero también, ante el principio de seguridad jurídica, que se conecta con la garantía a una tutela judicial efectiva. Este marco constituye el basamento del artículo 110 de la LJCA.

El artículo 110 de la LJCA de 1998, recoge, en fin, una antigua reivindicación doctrinal que reclamaba la extensión de la eficacia de las sentencias contenciosa-administrativas a otros supuestos de hechos similares, cuando aquellas reconocían situaciones jurídicas individualizadas sin tener que pasar, de nuevo, por un tortuoso³⁵⁰ procedimiento administrativo previo.

Las materias seleccionadas para poder llevar a cabo la extensión de los efectos aunque limitadas, pues se criticó el por qué no se había introducido en materia de expropiación forzosa, no cabe duda de que constituyen los supuestos donde más se producen los llamados actos-masa. Puede pensarse, en este sentido, supuestos como anulación de exámenes de procesos selectivos, ofertas de empleo público, anulación de determinados baremos de puntuación, reconocimiento de un determinado nivel en el complemento de destino, o de una determinada cantidad salarial en el complemento específico, y un largo etc.

3.14.2 Hermeneusis del precepto legal. Contenido legal y presupuestos

Identificadas las materias sobre las que se puede solicitar la extensión de los efectos, procederemos, ahora, al análisis interpretativo del artículo 110 de la LJCA, haciéndolo de la mano de la más reciente jurisprudencia legal. En primer lugar, debemos decir, como premisa básica, que para activar el artículo 110 de la LJCA, es necesario: i) una sentencia estimatoria firme (no cabe, pues, en las sentencias definitivas), ii) recaída sobre materia de personal,

c) La identidad de órgano judicial, entendiéndolo por tal, no sólo la identidad de la Sala, sino también de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en aplicación de la Ley.

d) La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizados el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, esto es, de un previo criterio aplicativo consolidado, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició. La razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en aplicación de la Ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones, adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales, sin una argumentación razonada de dicha separación, que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a un respuesta singularizada *ad personam*».

³⁵⁰ FONT I LLOVET, T., 1999, REDA, p. 174.

tributaria o de unidad de mercado; iii) y, que se reconozca una situación jurídica individualizada o la existencia de un derecho subjetivo ejercitable.

El precepto legal se refiere a «personal al servicio de la Administración Pública». Esta amplia mención al personal público, nos debe permitir entender que en la misma quedan incluidos los tres grandes bloques en los que se puede dividir la misma, a saber: a) acceso y extinción de la relación estatutaria o laboral; b) organización, gestión y carrera administrativa o profesional; y c) retribución económica. Igualmente, el precepto se refiere al «personal» al servicio de la Administración pública. Ello nos lleva a interpretar, también, que podrán solicitar la extensión de los efectos, tanto personal estatutario (de carrera, interino o eventual), como personal laboral, que se hallen al servicio de la Administración pública. Más problemas, se estima, puede conllevar la interpretación del complemento del nombre «de la Administración Pública», y ello por cuanto, como sabemos, Administración pública es un concepto más delimitado que Sector Público, y desde luego, más amplio que el de Administración Institucional. La jurisprudencia no se ha pronunciado sobre este aspecto, pero debemos preguntarnos si un funcionario de una Universidad Pública, que a los efectos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre³⁵¹, no es Administración Pública sino Institucional, podría solicitar la extensión de los efectos de una sentencia que le fuera favorable. Teniendo en cuenta que se trata de un precepto (el art. 110 de la LJCA), que lo que pretende materialmente, en esencia, es salvaguardar el principio fundamental de la igualdad en la aplicación del Derecho, una interpretación adecuada conforme al mismo, podría ser favorable a entender que donde la LJCA dice «Administración Pública», está queriendo decir «Sector Público», de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Especificada la premisa material, debemos analizar los presupuestos objetivos del precitado artículo.

El primer presupuesto, es de *carácter procedimental y competencial*, y ha sido interpretado por la jurisprudencia, dejando claro que se trata de un trámite incidental, donde se discute la pretensión de extensión de los efectos. Así, lo dispuso el TS en sentencia de 26 de octubre de 2007³⁵² y Autos de 23 de no-

³⁵¹ De acuerdo con el artículo 2.2.c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, las Universidades son Administración Institucional pero no Administración Pública. Ésta se encuentra integrada por la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2 del artículo 2, es decir, organismos autónomos o entidades públicas empresariales.

³⁵² STS 26/2009, rec. 566/2006; AATS de 9 de enero, 18 de octubre y 23 de noviembre de 2006, recursos de casación 6327/1999, 5795/2000 y 1982/2000, y 21 de febrero de 2007, recurso de casación n.º 970/2000.

viembre de 2006 y febrero de 2007, manifestando, además, quién tenía la competencia funcional para su resolución:

«la extensión de los efectos de sentencia se configura por la LJCA como un incidente dentro de la ejecución de sentencias y por ello, la competencia para su conocimiento debe atribuirse al Tribunal al que haya conocido del asunto en primera o única instancia».

El segundo presupuesto necesario para su aplicación es de *carácter subjetivo*, y se refiere a quién puede plantear el incidente. El TS determinó que gozaban de legitimación activa³⁵³:

«... (aquellas) personas distintas de las partes que se encuentran en idéntica situación».

El TS, en la interpretación de dicho presupuesto, ha llevado una evolución de su propia hermeneusis a resultados más garantistas. Así puede decirse, que en un primer momento, el TS partió de una interpretación restrictiva³⁵⁴ del precepto, viniendo a decir que:

«el artículo 110.1 a) de la Ley 29/98, es terminante a este respecto y exige que sean, no semejantes, ni parecidas, similares o análogas, sino *idénticas las situaciones respecto de las que se pretende la extensión de efectos de la sentencia*. Por tanto, es preciso operar con extremo cuidado a la hora de comprobar si existe o no esa identidad y tal requisito debe entenderse en sentido sustancial» (la cursiva es nuestra).

Sin embargo en la actualidad, y tras la reforma operada por la LO 19/2003, y basándose en una consideración más *pro administrado*, en sentencia de 19 de diciembre de 2018³⁵⁵, el TS manifestó lo siguiente:

«Es verdad que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que el legislador quiere que exista identidad y no parecido o semejanza. *Ahora bien, esa misma jurisprudencia ha considerado que la identidad se refiere a la posición jurídica, es decir que tiene un carácter sustancial, de manera que no se ve excluida por aspectos accidentales, como pueden serlo las fechas o los lugares o, en general, aquellos otros factores que no inciden en dicha posición*» (la cursiva es nuestra).

En definitiva, y con la jurisprudencia actual, por identidad sustancial debemos entender que las posiciones o regímenes jurídicos entre el que ha obtenido la sentencia firme y el que pretende la extensión de los efectos, deben

³⁵³ STS 19/07/2007, rec. 549/2003.

³⁵⁴ STS 03/06/2009, rec. 7326/2005.

³⁵⁵ STS 19/12/2018, rec. 1363/2016. En la misma línea, STS 24/01/2019, rec. 1826/2018.

guardar una relación de igualdad o simetría sustancial o esencial y no meramente formal o accidental, de la tal forma que, la *ratio petitem* de la demanda, que aquel eventualmente podría haber interpuesto, hubiera llevado al Tribunal a la misma decisión judicial que dictó.

El tercer presupuesto exigido por el artículo 110 de la LJCA es de *carácter territorial*, y viene a determinar que el Juez que conozca de la pretensión extensiva debe ser, por razón de la competencia territorial, el mismo que dictó la sentencia.

Este presupuesto ha sido criticado por la doctrina³⁵⁶, no obstante, el TS en sentencia de 15 de octubre de 2010, rec. 502/2006, ha venido a especificar que:

«Se persigue adecuar la extensión de los efectos, que no es sino un incidente de ejecución de sentencia a la misma competencia territorial que tiene el juez que la dicta, a fin de que el órgano judicial no pueda, por el cauce de la extensión de los efectos, conocer de asuntos para los que no tendría competencia territorial en un recurso contencioso-administrativo».

El último presupuesto exigido por el precepto que se analiza, puede ser definido como un presupuesto *de naturaleza temporal*, y se refiere a la necesidad de que la extensión de los efectos de la sentencia se solicite en el plazo de un año, desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste. Para concluir, diremos que el TS ha interpretado el precepto considerando que debe entenderse, desde la última notificación de la sentencia a cualquiera de las partes y no, desde la notificación del Auto declarando la firmeza de aquella. En este sentido, el Alto Tribunal estatal, en sentencia de 27 de noviembre de 2013³⁵⁷, argumentando un cambio jurisprudencial en relación a la interpretación que se le había dado al artículo 110.2 de la LJCA, antes de la reforma operada por la LO 9/2013, que exigía dirigirse previamente a la Administración, determinó que:

«Se debe añadir, no obstante, que no es posible admitir que el plazo del año para deducir la solicitud controvertida pueda computarse a partir de la fecha de notificación del Auto de 19 de febrero de 2003, estimatorio de la ejecución instada por el actor en el procedimiento del que dimana la extensión de efectos aquí enjuiciada, y *ello como consecuencia de que el repetido plazo viene establecido en el artículo 110.1. c) de la Ley jurisdiccional, tanto en su redacción originaria*

³⁵⁶ LÓPEZ BENÍTEZ, M., 1998, p. 787.

³⁵⁷ STS 27/11/2013, rec. 5536/2011.

como en la actualmente vigente, en relación con la fecha de la última notificación de la propia sentencia a quienes fueron parte en el proceso, con la única salvedad de que se hubiere interpuesto recurso de interés de ley o de revisión, en cuyos supuestos se contará desde la última notificación de la resolución que les ponga fin. De modo que, contrariamente a lo que sostiene la parte recurrente, la existencia de uno o varios incidentes de ejecución de la sentencia cuya extensión de efectos se postula no reabre un nuevo término para su solicitud, al margen de la posible repercusión que tales incidentes pudieran tener en relación con hipotéticas extensiones de efectos en curso y debidamente formuladas en su día» (la cursiva es nuestra).

3.14.3 Trámite procesal. Límites y condicionantes para la extensión de los efectos

Estudiados los cuatro presupuestos previos para la activación de la extensión de los efectos de las sentencias estimatorias, abordaremos su trámite procesal. En relación a la tramitación del incidente, el artículo 110 de la LJCA exige que la solicitud, que deberá estar constituida por escrito razonado y acompañando de los documentos que acrediten la igualdad sustancial en las posiciones jurídicas entre el peticionario y la parte a la que le haya favorecido la sentencia, tendrá que dirigirse directamente al órgano jurisdiccional competente que hubiera dictado la resolución de la que se pretende que se extiendan los efectos. Antes de resolver, en los veinte días siguientes a la presentación de la solicitud, el Letrado de Justicia recabará de la Administración los antecedentes que estime oportunos y, en todo caso, un informe detallado sobre la viabilidad de la extensión solicitada, poniendo de manifiesto el resultado³⁵⁸ de esas actuaciones a las partes para que aleguen, por plazo común de cinco días, teniendo incluso la Administración la obligación que emplazar a aquellas personas que no habiendo promovido el incidente, puedan verse directamente afectados por los efectos de la extensión. Una vez evacuado el trámite, el Juez o Tribunal resolverá sin más por medio de auto, en el que no podrá reconocerse una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme de que se trate. Contra dicho auto cabe recurso en los términos previstos en el artículo 80 de la LJCA.

Expuesto el trámite procesal del incidente, se abordarán los condicionantes que limitan la propia aplicación del artículo 110. El primer condicionante,

³⁵⁸ El precepto no fija plazo para la remisión del informe lo que deberá ser tenido en cuenta por el Letrado de Justicia a fin de que, en la diligencia de ordenación, fije un plazo para la aportación del documento exigido.

que actúa como límite para la extensión de los efectos de la sentencia, deviene de la institución de la cosa juzgada. El TS, en sentencia de 11 de abril de 2019, en el recurso 1370, en un caso donde la Abogacía del Estado invocaba la existencia de cosa juzgada material, que impedía la extensión de los efectos de una sentencia que reconocía a una empleada pública la retribución de las guardias sanitarias por el valor de la hora ordinaria de trabajo, vino a especificar que:

«(...) Pero es que, además, entre el citado Auto de 21 de marzo de 2007 y el ahora impugnado no concurren las identidades propias de la cosa juzgada material. Esto es, la triple identidad de sujetos, fundamentos y pretensiones. Téngase en cuenta que el auto que se recurre extiende los efectos de la sentencia que reconoce el derecho a las diferencias retributivas entre la hora trabajada en la jornada ordinaria y la correspondiente a las guardias. Mientras que el Auto de 2007 que se trae a colación, además de tratarse de la denegación de efectos de otra sentencia, otro periodo temporal y otro marco jurídico de aplicación, lo cierto es que la misma se refiere al derecho a la duración media del trabajo que no exceda de 48 horas semanales, incluidos los tiempos de guardia de presencia física (...)».

El segundo condicionante que impide la extensión de los efectos deriva de que la doctrina argumental que pueda contener el fallo, sea contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina asentada por los Tribunales Superiores de Justicia. Debemos decir que el TS, sobre la interpretación de esta limitación, ha dictado una interesante sentencia de fecha 23 de junio de 2005³⁵⁹. En ella, el nudo gordiano que tenía que resolver estribaba en si era posible la extensión de los efectos de una sentencia dictada en base a una doctrina jurisprudencial consolidada que, con posterioridad, había sido modificada (corregida), por el TS resolviendo un recurso de casación en interés de Ley. En este caso, el TS vino a manifestar lo siguiente:

«Si la sentencia de esta Sala de 29 de mayo de 1998 ha declarado como doctrina legal que el funcionario jubilado por incapacidad permanente para el servicio que se considere con derecho a la exención prevista y regulada en el art. 9, apartado 1, letra c) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, según la redacción dada por el art. 14 de la Ley 13/1996, debe instar de los órganos competentes del Ministerio de Economía y hacienda, el reconocimiento, de conformidad con lo previsto en la Orden de la Presidencia de Gobierno de 22 de noviembre de 1996, de que se halla «inhabilitado por completo para toda profesión u oficio», como presupuesto del derecho a la exención de la pensión de jubilación por inutilidad o incapacidad permanente para el servicio de los funcionarios de la Administración Pública, *esta doctrina legal cierra la posibilidad de extensión de los efectos de la sentencia de la Au-*

³⁵⁹ STS 23/06/2005, rec. 7407/2000.

diencia Nacional de 15 de septiembre de 1997 en aplicación de lo dispuesto en el art. 100.7 de la Ley de la Jurisdicción, pues la sentencia dictada en un *recurso de casación en interés de la Ley, vincula a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional, por lo que los autos recurridos de la Audiencia Nacional no podían pronunciarse en forma distinta a como lo han hecho*, impidiendo la aplicación de una doctrina que ha sido desautorizada por esta Sala» (la cursiva es nuestra).

A esta misma conclusión ha llegado el TS, cuando los actos o disposiciones que dieron lugar a la sentencia estimatoria cuya extensión de los efectos se pretende, han sido anulados con posterioridad³⁶⁰.

El tercer y último condicionante que produciría la desestimación del incidente, deriva de la propia conducta del solicitante, y se produce cuando se aquieta procesalmente ante una resolución administrativa semejante a la combatida en juicio. De acuerdo con ello, no podrá pedirse la extensión de los efectos de una sentencia favorable cuando se hubiera sido objeto de una resolución administrativa (semejante a la que se combate judicialmente), y notificada personalmente, se hubiera dejado firme y consentida por no haber promovido contra la misma recurso contencioso-administrativo. El TS, en interpretación de esta limitación de la LJCA, ha sido tajante³⁶¹.

«Es principio fundamental que preside el recurso contencioso-administrativo, nacido de una exigencia ineludible de seguridad jurídica, la imposibilidad de recurrir contra actos consentidos por no haber sido impugnados en tiempo y forma y nada autoriza a entender que este principio básico del orden jurisdiccional contencioso-administrativo haya quedado sin efecto en el supuesto del artículo 110 de la citada Ley Jurisdiccional. El mencionado precepto tiene un amplio campo de aplicación para conseguir la extensión de los efectos de una sentencia a funcionarios del mismo colectivo o grupo cuando no han consentido un acto expreso que les exige una determinada conducta y se trata de restablecer situaciones idénticas, evitando procesos innecesarios. *Cuarto.—En suma, el artículo 110 de la Ley 29/ 98 no permite considerar que se encuentran en idéntica situación jurídica los funcionarios que han recurrido en tiempo un acto administrativo expreso que les exigía determinada conducta y aquellos otros que lo han consentido, al no impugnarlo en tiempo, por lo que existe infracción del artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción y el motivo debe ser estimado*» (la cursiva es nuestra).

Ahora bien, no es menos cierto que el Alto Tribunal ha atemperado dicha limitación cuando no se trataba de una resolución personal, sino de un *acto*

³⁶⁰ STS 14/10/2015, rec. 2231/2014.

³⁶¹ STS 12/06/2007, rec. 4336/2005.

administrativo general que no se dirigía personalmente al solicitante sino a una pluralidad de personas. En este sentido, en sentencia de 14 de diciembre de 2018³⁶², el TS dispuso que:

«La excepción de acto consentido opone las exigencias de seguridad jurídica a las de igualdad en la aplicación de la Ley. Si se aceptase en forma genérica la tesis restrictiva que propone el informe del CGPJ, y que comparte el Abogado del Estado, esta última exigencia adquiriría una dimensión tal que también haría escasamente operativa la aplicación de la extensión «ultra partes» de los efectos de una sentencia que reconozca una situación jurídica individualizada. La respuesta debe ser sin duda matizada (...). Para ello, basta atender al tenor literal de la norma que, como reza el precepto, refiere su exigencia a los casos en los que «para el interesado se hubiera dictado resolución que». Por ello entendemos que cuando, como aquí acontece, no existe una resolución dictada, precisamente para la interesada, por tratarse de actos administrativos con destinatario plural» y no se produce un acto consentido y firme» (la cursiva es nuestra).

Y, recogiendo ese mismo argumento, en sentencia de 24 de enero de 2019³⁶³, el TS apostilla:

«(...) Criterio notoriamente reiterado como acredita el FJ 5.º de la STS de esta Sala y Sección de 11 de mayo de 2015, casación 1996/2013 al afirmar que la jurisprudencia ha interpretado el art. 110. 5. C) LJCA «en el sentido de que solamente opera cuando el interesado hubiere impugnado en su momento la actuación administrativa, fuere desestimada su reclamación y no acudiere a la vía jurisdiccional.» Es decir, cuando ha habido una resolución administrativa expresa que, por no haber sido combatida en su momento, haya causado estado. Así se dice en nuestras sentencias de 21 de noviembre de 2012; 28 de enero y 4 de febrero de 2010; 5 y 25 de noviembre de 2009, entre otras» (la cursiva es nuestra).

Por tanto, debemos entender que el efecto del acto consentido y firme debe ser matizado cuando no se trate de resoluciones administrativas que se dirijan al interesado personalmente, es decir, cuando estemos ante actos administrativos plúrimos, o incluso disposiciones o acuerdos en los que no haya una notificación personal o individual.

Por último, el artículo 110.6 de la LJCA establece que mientras se esté resolviendo un recurso de casación en interés de Ley³⁶⁴ o un recurso de revisión, el incidente quedará suspendido hasta la resolución de éstos.

³⁶² STS 14/12/2018, rec. 60013/2018.

³⁶³ STS 24/01/2019, rec. 2519/2016.

³⁶⁴ El recurso de casación en interés de Ley ha sido suprimido disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ, por lo que habrá de entenderla referida al nuevo recurso casación que introduce la referida ley orgánica.

En fin, la novedosa figura del artículo 110 de la LJCA, tiene la loable finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, garantizando, en última instancia, el derecho fundamental de tutela judicial efectiva. El precepto se dirige, por un lado, a evitar resoluciones contradictorias en situaciones que presentan una sustancial y objetiva identidad y, por otro, a evitar procesos declarativos que pueden resultar innecesarios, porque esa coincidencia de situaciones, que resulta necesaria, puede ser comprobada en un acto procesal incidental. Sin embargo, también debemos considerar, como ha expuesto el Tribunal Supremo, que la extensión de los efectos de una sentencia es una medida que debe ser de aplicación restrictiva, y tomada con cautelas, tanto porque así lo solicitaba ya la Exposición de Motivos de la LJCA de 1998, como porque constituye una excepción al principio de exclusividad de la producción de efectos de las sentencias judiciales a quienes han sido parte en el propio proceso.

CAPÍTULO CUARTO

PROBLEMAS DE EJECUCIÓN JUDICIAL RELACIONADOS CON EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

4.1 UNAS NECESARIAS CONSIDERACIONES PREVIAS

Se ha expuesto a lo largo de los capítulos anteriores los problemas generales que surgieron por razón de una jurisdicción que hasta bien entrado el siglo XX no encontró su potestad. La doctrina de entonces intentando una loable labor de ver en el orden contencioso-administrativo un orden jurisdiccional semejante al resto de sectores jurídicos de enjuiciamiento, intentaban minimizar un aspecto esencial para la efectividad de la decisión judicial, como era el ejecutar lo juzgado.

La Constitución de 1978 y la LJCA de 1998, junto con la LOPJ de 1985, instauraron un sistema donde las sentencias dejaban de ser mera declaraciones de intereses y donde la Administración quedaba desposeída del dominio de tener la decisión de cumplir, sometiéndose plenamente, no solo a la Ley sino al Derecho, y con ello a la fuerza vinculante de las sentencias. De esta forma, la potestad jurisdiccional de lo contencioso-administrativo pudo encontrar plenamente al Derecho. La Jurisdicción contencioso-administrativa se hizo plena con la LJCA de 1998; y cuando se adjetiva plena, quiere decirse que se reconfiguró de manera integral y autosuficiente. La Administración quedó vinculada positiva y negativamente a lo decidido judicialmente, en el momento en el que el hacer o no hacer público era objeto de revisión judicial.

Asentado con garantías suficientes el sistema judicial de ejecución de sentencia contencioso-administrativas, los problemas de encaje jurídico entre la realidad material y jurídica a la hora de ejecutar una decisión judicial, no solo han surgido de la materia del urbanismo, sino también de la función pú-

blica. Y ello, por una razón más que evidente: en la potestad pública de autoorganizarse, la fuerza de la discrecionalidad administrativa ha causado hegemonía. La Administración, en base a una normativa segmentada, fraccionada y poco realista, ha dado rienda suelta a aquella facultad legal, mostrando, prácticamente a todos los niveles administrativos, que se ha conseguido lo contrario: la desorganización de lo público ha sido la regla; la planificación, estrategia y gestión de los recursos y del capital humano ha devenido como la excepción.

Dicha regla de actuación administrativa choca, permanentemente, con la normativa y con la jurisprudencia dictada en materia de función pública. Y ese encontronazo se produce, prácticamente, en todos los sectores de esta materia (oferta de empleo, acceso, provisión, organización, gestión, planificación, valoración y extinción de puestos de trabajo), pues en todos ellos, existen problemas de coherencia normativa pero también de discrecionalidad administrativa, a veces muy alejada de los intereses públicos a los que dicha actuación debe estar sometida y justificada. Cuando ese torcimiento de la función pública es declarado en sede judicial, queda otra fase más importante y difícil, si cabe aún, que no es sino el dar exacto cumplimiento a una decisión judicial que a veces se enfrenta con la propia realidad de la organización administrativa. La dualidad entre laborales y funcionarios, se hace más patente y afloran todavía más las fricciones de dos jurisdicciones encontradas que, inmediatamente, buscan lo mismo: cumplir con la legalidad vigente, pero que, mediatamente, no tienen la misma finalidad: frente al carácter tuitivo de la jurisdicción laboral, que ve a la Administración como un empresario sometido a la ley laboral, se levanta la jurisdicción contencioso-administrativa que contempla a la Administración como un instrumento del poder ejecutivo para pretender salvaguardar el interés público tutelado por la Ley.

Un difícil encaje en una misma organización pública, donde la doctrina económica liberal del «Estado mínimo»³⁶⁵ ha dominado el contexto de lo público. Lo cierto y verdad, es que nuestra organización administrativa, y sobre todo la perteneciente al sector local, se halla instituida o al menos así ha ido evolucionando, para la prestación de servicios públicos (ya lo decía Leon Duguit³⁶⁶: «las Administraciones han cambiado el objeto de su existencia, ya no están para intervenir con *imperium* sino para participar en la sociedad mediante la prestación servicios públicos»). Esa es su razón de ser. Esa es su esencia. La sociedad demanda cada vez más servicios, más participación en lo público,

³⁶⁵ NOZICK, R., 1974, pp. 35,37,39,61,117,118,122,145; y principalmente, a partir de la 153.

³⁶⁶ DUGUIT, L., 1996, p. 28.

especialmente en un momento en el que lo «privado» no ha estado a la altura de las circunstancias económicas ni sociales, amén de no lograr hacerse con las riendas de la creación de empleo, sobre todo el de calidad. Esa demanda social de servicios públicos de calidad exige una búsqueda de profesionales cualificados y capacitados, y ello comienza con una adecuada estrategia planificadora de la organización y de quién va a estar integrada en la misma. Si lo que se buscan son intereses cortoplacistas, partidistas y/o electoralistas, las Administraciones públicas serán un coladero de clientelismo servicial donde se enfrentarán dos clases de empleados: los empleados públicos y los empleados que *viven* de lo público. Con este panorama, el funcionamiento adecuado de la Administración salta por los aires, sobre todo cuando debe darse cumplimiento a decisiones judiciales, pretendiendo hacer encajar la decisión judicial reflejada en sentencia con la decisión administrativa de seleccionar el tipo de organización que interesa.

Y dicha problemática puede empezar, sobre todo para nuestro estudio, con los obstáculos y choques que se producen entre la citada potestad de autoorganización administrativa y la potestad jurisdiccional, particularmente con la herramienta con la que cuenta la organización pública para determinar las condiciones y características de sus puestos de trabajo, esto es, con la ya referida RPT. Si bien la plantilla orgánica y su efecto presupuestario, puede permitir una mayor reglamentación, no así las RPTs, donde la facultad de elección, selección y organización de la Administración es amplia y extensa.

Decidido judicialmente que la RPT o una parte de ella es nula o no ajustada a Derecho, no se trata solo de cambiar un documento sin más, sino de articular una decisión que produce una disrupción en la propia organización, afectando, por alcance ondular, al resto de unidades administrativas que estén en coherencia con esa parte organizativa anulada.

Los gestores públicos se hallan en la encrucijada de cumplir con la sentencia modificando la relación de puestos, pero al mismo tiempo deben dar coherencia y encaje a la organización administrativa, consiguiendo su racionalidad y coherencia funcional. Los puestos deben ser dependientes funcionalmente y estar interconectados organizativamente. En la organización pública no caben puestos de «libero». Todos ellos responden a los principios de racionalidad, coherencia, funcionalidad, integración, interconexión y dependencia. La armonización de los puestos de trabajo, de acuerdo con la decisión judicial, se presentará como un reto para los operadores jurídicos de la entidad pública.

Sin olvidar lo anterior, un problema nuclear que se presenta en materia de empleo público y que afecta directamente a un valor superior del ordenamien-

to jurídico como es el de la Justicia, se produce cuando se anula un proceso selectivo donde quedan perjudicados opositores que aprobaron y obtuvieron la plaza en virtud de dicho proceso selectivo. La pregunta que debe hacerse es si el órgano jurisdiccional, con base en dicho valor, puede exigir a la Administración el mantenimiento del empleado público en dicha plaza a pesar de la fuerza anulatoria *ex tunc* que conlleva la decisión judicial. Pero aún más, ¿cabe que el órgano judicial determine que la Administración debe proceder a convocar otro proceso selectivo para el que se requiere la creación de otra plaza *ex novo*?

La cuestión no es baladí. Si el tribunal sentenciador fija que la entidad pública debe convocar otra plaza u otras plazas, acordando que el funcionario que ya ha aprobado en virtud de unas oposiciones anuladas, debe permanecer en la plaza que consiguió, aquel estará entrando de lleno en la actuación de oportunidad política y administrativa que le está vetada, desbordando los límites de su potestad de jurisdicción y trasgrediendo el principio liberal de separación de poderes.

No obstante lo anterior, nos daremos cuenta de que la Justicia legal fiscaliza incluso las formas de provisión de puestos de trabajo, o lo que es lo mismo, las formas que tiene el empleado público de «moverse» dentro de la organización pública, en el ejercicio legítimo de su derecho a la carrera administrativa y a la promoción profesional. Los supuestos en los que la Justicia legal reacciona más intensamente derivan de aquellos casos en los que el sistema de provisión seleccionado es el de libre designación (libre elección), donde la Administración basa su elección en un componente subjetivo impenetrable por la Jurisdicción. La vigilancia de no trufar la organización pública de puestos de libre designación es responsabilidad de los interlocutores sociales, y su invalidez, de la decisión de los jueces y tribunales.

Ahora bien, es necesario preguntarse si es posible que, en fase de ejecución de sentencia, se pueda determinar el sistema de provisión correcto o adecuado. La necesaria coherencia y conexión entre lo decidido y lo ejecutado judicialmente, pondrá en jaque si un sistema de provisión puede ser sustituido por otro. Y es que, de nuevo, se choca con la discrecionalidad, como ámbito y motor de decisión administrativa, a salvo de penetración judicial, a excepción de decisiones inmotivadas por un interés público o una utilidad social. Es decir, decisiones que ya no son discrecionales sino arbitrarias, por no estar alumbradas por ese faro de dirección que debe suponer el inaprensible interés general o público constitucionalmente tutelado, como bien señala el artículo 103.3 de la CE, en contraposición a lo proscrito en el 9.3 de la misma Norma Fundamental.

Penetración judicial que se queda completamente varada frente a los supuestos, más particulares, de «discrecionalidad técnica», es decir, frente a una

decisión de oportunidad, pero ya no tomada en un ámbito de conveniencia política o pública, sino adoptada con base en un criterio de conocimiento, apreciación y entendimiento técnico, profesional o incluso científico. Si la decisión pública es adoptada en base a un criterio técnico racional y razonable, los tribunales quedarán vetados para entrar en el fondo de la decisión adoptada, solo pudiendo llevar a cabo un enjuiciamiento rasante sobre la razonabilidad lógica que ha llevado a dicha decisión. Es decir, solo podrá buscarse que el sentido común haya causado imperio.

Las consideraciones previas expuestas nos sirven de pórtico y prólogo para penetrar en el mundo del empleo público a través de los supuestos que más litigiosidad y más problemática organizativa producen, especialmente cuando se deben ejecutar las sentencias en un campo tan poco abonado para ello como es la función pública.

4.2 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA DE RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y PLANTILLAS DE PERSONAL. OBSTÁCULOS Y CHOQUES ENTRE LA POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA POTESTAD JURISDICCIONAL

4.2.1 **Breve acercamiento a su origen y regulación legal. Conexión entre RPT y plantilla de personal. Su labor en el contexto de la organización**

La estrategia y ordenación de los recursos humanos en las organizaciones públicas se lleva a cabo, principalmente, a través de dos instrumentos distintos pero que materialmente son la cara y la cruz de una misma realidad organizativa. Una realidad constituida por quienes prestan los servicios de forma permanente, cómo lo hacen y a qué coste. Estos dos instrumentos son las RPTs y las plantillas de personal.

Se ha definido la RPT como «el documento que recoge de forma ordenada, sistemática y orgánica todos los puestos de trabajo que conforman la estructura idónea de la organización pública, debiendo ser susceptibles de ser atendidos por el personal existente»³⁶⁷. Haciendo un mínimo pero necesario

³⁶⁷ CHAVES GARCÍA, J. R., 2009, p. 35. Sobre la planificación estratégica del «capital humano» en las organizaciones públicas no podemos dejar de citar a los tradicionales Planes de empleo, definidos en el artículo 69 del TREBEP con carácter más generalista, como Planes de ordenación de recursos humanos, en el que se incluyen el análisis y el estudio de las necesidad de personal nuevo, fijándose el perfil

reparo legal, el antecedente de las RPT's se encuentra en las plantillas orgánicas reguladas en el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, que obligaba a los centros y dependencias de la Administración del Estado a formar sus correspondientes plantillas de funcionarios, en las que debían relacionarse, debidamente clasificados, los puestos de trabajo³⁶⁸. Con posterioridad, la RPT apareció regulada a través del artículo 15 de la LMRFP. Esta Ley la concibió como un mero listado de puestos de trabajo de la Administración del Estado en el que debían figurar su denominación y características esenciales, sus retribuciones complementarias y los requisitos exigidos para su desempeño, indicándose que estos requisitos serían determinados por el Ministerio de la Presidencia, a propuesta de los Ministerios correspondientes, debiendo especificarse los puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservaban a funcionarios públicos. La STC 99/1987, de 11 de junio, declaró la inconstitucionalidad del referido artículo 15 de la LMRFP y, en concreto, la competencia del Ministerio de la Presidencia para determinar qué puestos de trabajo debían ser reservados a los funcionarios públicos.

Al año siguiente, la Ley 23/1988, de 28 de julio, introdujo una modificación sustancial en la redacción inicial del art. 15 LMRFP, calificando a las RPT's como «instrumento técnico» a través del cual se realizaba la ordenación del personal fijándose que, con carácter general, los puestos de trabajo serían

del profesional necesitado; las previsiones de modificación de los puestos existentes, movilidad, carrera administrativa profesional, así como incorporación de nuevo personal mediante la aprobación y la efectiva ejecución de las OEPs. Ahora bien, se debe incidir en que la RPT, es un prius lógico en todo ello. La relación de puestos o un instrumento similar fija el mapa propio de la organización y por tanto, constituye la base para el análisis de suficiencia y capacidad de la organización para prestar sus servicios de forma efectiva. Por ello, no solo se trata de solo de un instrumento que pretende proyectar una organización «a futuro» –aunque ya no sea un acto «ordenador, sino “ordenado” de lo existente en la organización pública (STS 5 de febrero de 2014)– sino que se constituye como la herramienta que permite materializar el marco de directrices e intenciones que suele contener el Plan de ordenación de recursos humanos. Todo pasa por la RPT, pues de lo contrario, la organización iría a ciegas. Como bien señala el profesor Arroyo YANES, los Planes de ordenación de recursos humanos venían a cubrir una asignatura pendiente que padecían las Administraciones. Asignatura, a nuestro juicio, que 13 años después del EBEP sigue sin aprobarse, y en ello tiene mucha culpa el que en las organizaciones –principalmente en las locales– la existencia de una RPT o de un «catálogo de puestos» –su tradicional antecedente– sigue siendo algo excepcional. Las EELL siguen queriendo organizarse a través del Anexo de personal, un documento que acompaña a los documentos que conforman el presupuesto local y que nada tiene que ver con la RPT. Lo peor de todo es que los órganos jurisdiccionales siguen admitiendo esta posibilidad, puede verse la STSJ de Andalucía, de 17 de octubre de 2020, rec. 2743/2019, dictada en apelación en el recurso contencioso-administrativo 181/2019 ante el JCA n.º 3 de Sevilla. Para los instrumentos de gestión de los recursos humanos puede verse, particularmente, la obra del profesor citado: ARROYO YANES, L. M., 2016, pp. 31-47; 197-199; Igualmente, y semejante al criterio que mantenemos sobre la vinculación directa entre RPT y plantilla orgánica, del mismo profesor: *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Valencia, pp. 404-406, 1995.

³⁶⁸ Seguimos el criterio de la ATS de 25/09/2014, rec. 726/2014.

desempeñados por funcionarios públicos. Si bien, el mismo precepto previó una relación de supuestos, a modo de *numerus clausus*, en los que se admitía la posibilidad de que fueran desempeñados por personal laboral.

Una nueva redacción del art. 15 de la LMRFP, llevada a cabo por la Ley 62/2003, omitió la exigencia de que las RPTs indicaran las «características esenciales» de los puestos. El precepto contiene una definición de la RPT del siguiente tenor:

«Las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto (...)».

Su apartado b) vino a establecer que:

«Las relaciones de puestos de trabajo indicarán, en todo caso, la denominación, tipo y sistema de provisión de los mismos; los requisitos exigidos para su desempeño; el nivel de complemento de destino y, en su caso, el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario, o la categoría profesional y régimen jurídico aplicable cuando sean desempeñados por personal laboral».

El art. 16 (derogado) de la LMRFP determinó su contenido:

«Las Comunidades Autónomas y la Administración local formarán también la relación de los puestos de trabajo existentes en su organización, que deberá incluir, en todo caso, la denominación, tipo y sistema de provisión de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño. Estas relaciones de puestos serán públicas».

La Disposición final 1.^a de la LMRFP, ordenaba que:

«El Gobierno, por Real Decreto, establecerá el régimen de indemnización a percibir por el personal contratado administrativo que, una vez realizada la clasificación de puestos de trabajo, que se regula en la Disposición transitoria sexta de esta Ley, no tenga plaza en las correspondientes plantillas».

Y, por último, la Disposición transitoria 6.^a de la LMRFP, señalaba:

«En el plazo de seis meses, a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno procederá a realizar la clasificación de las funciones desempeñadas hasta ese momento por el personal contratado administrativamente por la Administración del Estado. La clasificación determinará los puestos a desempeñar, según los casos, por funcionarios públicos, por personal laboral y por personal en régimen laboral temporal. De la citada clasificación podrá deducirse la ampliación o disminución, en su caso, de las plantillas de funcionarios

■ LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS...

públicos o de personal laboral. 2 Todo el personal que haya prestado servicio como contratado administrativo de colaboración temporal o como funcionario de empleo interino podrá participar en las pruebas de acceso para cubrir las plazas de nueva creación...».

En similares términos a la LMRFP, el artículo primero de la Orden de 2 de diciembre de 1988, dictada por el Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, reguló este instrumento disponiendo que:

«Las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto, así como sus características retributivas».

En la actualidad, el artículo 74 del TREBEP determina que:

«Las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos».

En la legislación local, la LBRL, en su art. 90.2 se remite a la normativa básica sobre función pública, al establecer que:

«Las Corporaciones locales formarán la relación de todos los puestos de trabajo existentes en su organización, en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública. Corresponde al Estado establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación, así como las normas básicas de la carrera administrativa, especialmente por lo que se refiere a la promoción de los funcionarios a niveles y grupos superiores».

Por su parte, el art. 126.4 del RD 781/86, dispone que:

«Las relaciones de los puestos de trabajo, que tendrán en todo caso el contenido previsto en la legislación básica sobre función pública, se confeccionarán con arreglo a las normas previstas en el art. 90.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril».

Y su artículo 127, especifica:

«Una vez aprobada la plantilla y la Relación de Puestos de Trabajo, se remitirá copia a la Administración del Estado y, en su caso, a la de la Comunidad Autónoma respectiva, dentro del plazo de treinta días, sin perjuicio de su publi-

cación íntegra en el Boletín Oficial de la Provincia, junto con el resumen del Presupuesto».

Por otra parte, y en relación a la plantilla orgánica, como documento complementario a la RPT, el art. 14.3 de LMRFP fija que:

«Las plantillas de los diferentes Cuerpos y Escalas de la Administración del Estado, así como las del personal laboral, serán las que resulten de los créditos establecidos en la Ley de Presupuestos ».

Igualmente, la Disposición final 1.^a de LMRFP manifiesta que:

«El Gobierno, por Real Decreto, establecerá el régimen de indemnización a percibir por el personal contratado administrativo que, una vez realizada la clasificación de puestos de trabajo, que se regula en la Disposición transitoria sexta de esta Ley, no tenga plaza en las correspondientes plantillas».

Por último, la Disposición transitoria 6.^a de LMRFP ordena que:

«La clasificación determinará los puestos a desempeñar, según los casos, por funcionarios públicos, por personal laboral y por personal en régimen laboral temporal. De la citada clasificación podrá deducirse la ampliación o disminución, en su caso, de las plantillas de funcionarios públicos o de personal laboral».

De nuevo, en el ámbito local, el art. 90 de la LBRL especifica que:

«Corresponde a cada Corporación Local aprobar anualmente, a través del Presupuesto, la plantilla, que deberá comprender todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios, personal laboral y eventual».

Y, el art. 126.1 del RD 781/86:

«Las plantillas, que deberán comprender todos los puestos de trabajo debidamente clasificados reservados a funcionarios, personal laboral y eventual, se aprobarán anualmente con ocasión de la aprobación del Presupuesto y habrán de responder a los principios enunciados en el artículo 90.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril. A ellas se unirán los antecedentes, estudios y documentos acreditativos de que se ajustan a los mencionados principios».

Resumiendo, y asumiendo lo argumentado por Ricardo Villanueva³⁶⁹, puede decirse que, la plantilla (orgánica) deviene como un documento administrativo que posibilita un control presupuestario sobre el gasto de personal, arrojando información sobre los efectivos que de forma permanente prestan

³⁶⁹ VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Tesis doctoral: Reflexiones y propuestas sobre empleo público local: problemas actuales de Derecho Administrativo*, Madrid, pp. 211 y ss., 2011.

servicios en la entidad pública. Siendo éste su fin, se ha considerado que es un documento prescindible ya que dicha información puede ser perfectamente facilitada por la RPT.

Ahora bien, dejando a un lado estas consideraciones puramente de eficiencia instrumental, podemos señalar que la plantilla se encuentra vinculada a las plazas, teniendo, como hemos dicho, un efecto económico presupuestario, mientras que la RPT afecta a los puestos de trabajo e influye en la ordenación del personal, especificando los requisitos y los presupuestos para su desempeño.

La profesora Moreu Carbonell³⁷⁰, citada en la tesis doctoral reseñada, en orden a la sistematización de los instrumentos de ordenación de los efectivos públicos, distinguió entre instrumentos estáticos e instrumentos dinámicos de gestión. Con dicha sistemática, la profesora considera las plantillas de personal como un instrumento de ordenación estático, pues no innova el ordenamiento ni supone opción por un sistema de función pública. Las plantillas de personal, previstas en el artículo 14 LMRFP, se limitan a catalogar plazas con cobertura presupuestaria según las decisiones sobre gasto de personal adoptadas en las normas de presupuestos. Junto a esta ordenación estática, existen en opinión de la autora, otras formas de ordenación que se hallan imbricadas en la estructura del sistema y que responden efectivamente a un determinado concepto de función pública. Esta forma de adaptación permanente respondería a una ordenación dinámica o innovadora del sistema de empleo público. Las Relaciones de Puestos de Trabajo y los Planes de Empleo se incluyen en esta clasificación, pues no son instrumentos neutrales del sistema, sino parte esencial y conformadora de su estructura misma.

Como se ha dicho ya, las plantillas atienden a criterios presupuestarios y constituyen la base para la determinación del número de efectivos con los que ha de contar una Administración, especificando cuántos han de incorporarse en cada momento (oferta de empleo). Mientras que por el contrario o, complementariamente, la RPT es un instrumento organizativo, que pretende configurar la gestión de esos recursos humanos previstos en la plantilla, de conformidad con la estructura diseñada por los equipos de gobierno de las entidades públicas, determinado las vicisitudes de los puestos. La interrelación entre plantilla y RPTs viene dada por el hecho de que éstas han de ajustarse a las previsiones presupuestarias, de tal forma que no podrán contener puestos cuya dotación no pueda ser atendida con los créditos contemplados en las plantillas presupuestarias para el ejercicio correspondiente. Esto es, la plantilla, como elemento integrante de los presupuestos generales de la entidad pública cons-

³⁷⁰ MOREU CARBONELL, E., 1997, *RAP*, pp. 396-402.

tituye un elemento limitativo de carácter económico de la RPT. Una clara delimitación y conexión entre la RPT y la plantilla de personal se encuentra en la sentencia de 30 de diciembre de 2015 de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha³⁷¹. Dispuso la citada sentencia:

«la confección de las relaciones de puestos de trabajo por la Administración y la consiguiente catalogación de éstos se configura como un instrumento de política de personal, atribuido a la Administración al más alto nivel, (...) es un acto propio de la Administración que efectúa en el ejercicio de sus potestades organizatorias.

“(...) *las plantillas de personal se pueden configurar como un instrumento de carácter más bien financiero o presupuestario de ordenación del gasto que constituye una enumeración de todos los puestos –o mejor plazas– que están dotados presupuestariamente. (...) Esa finalidad y conexión presupuestaria de la plantilla, que se manifiesta en la necesidad de que la misma respete los principios de racionalidad, economía y se configure de acuerdo con la ordenación general de la economía, así como en la prohibición de que los gastos de personal traspasen los límites que se fijen con carácter general en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (artículo 90. 1 párrafo segundo de la LBRL, tiene en nuestra opinión la consecuencia de que no es posible la creación de puestos de trabajo que no estén amparados en la plantilla en la medida en que la inclusión en la plantilla es soporte para la habilitación de crédito presupuestario del gasto que implica la puesta en funcionamiento de estos gastos; de manera que en principio todos los puestos de la relación de puestos de trabajo deben corresponder a plazas de la plantilla*”.

Hemos de precisar que el *concepto de puesto de trabajo* a que responde el instrumento de la relación está más bien concebido en un *aspecto objetivo* ajeno a la persona que puede desempeñarlo, y define la inserción del puesto dentro de la organización, sus características objetivas y los requisitos para su desempeño. En cambio, *la plantilla* está más bien planteada en función de las plazas que desempeñan los sujetos que integran el personal al servicio de la Administración, funcionarios y personal, laboral y eventual, con independencia de los puestos, esto es, en un *aspecto más subjetivo* de la estructura humana que integra su personal, en función de su categoría y pertenencia a determinados Cuerpos y Escalas, *pero sin olvidar la vinculación con los puestos de trabajo* de su estructura o clasificación porque no cabe articular y hacer efectiva una determinada estructura organizativa de puestos sin tener la base subjetiva definida por la pertenencia *a la plantilla de personal* al servicio de la Administración y habilitados los créditos necesarios en el presupuesto para hacer frente a sus retribuciones.

Por tanto, *si bien es verdad que la relación de puestos de trabajo es imprescindible para que la Administración pueda ejercitar su poder de organización*, no es menos claro que la misma ha de tener una base en la plantilla y sin esa base no es posible ni válida una relación de puestos de trabajo» (la cursiva es nuestra).

³⁷¹ STJS de Castilla-La Mancha de 30/12/2015, rec. 328/2013.

La RPT, en consecuencia, tiene como objeto permitir una adecuada publicación y particularización de los puestos de trabajo, con dos finalidades claras, a saber: el conocimiento preciso de las funciones que realiza el empleado público, las condiciones de prestación, retribución, movilidad, provisión y demás condicionamientos; y por otra parte, el correspondiente reflejo de su adecuada retribución. Toda esa información pública deberá tener reflejo en la RPT y deberá ser usada, como herramienta estratégica y de planificación del capital humano. En definitiva, las RPT cumple una función esencial dentro de la organización administrativa, pues sin los elementos citados, el imprescindible binomio, organización eficiente/justicia retributiva, dejan de tener efecto y con ello, no se alcanzaría una adecuada prestación de los servicios, causada por una baja motivación, una alta frustración, así como por un horizonte de carrera administrativa enervada.

4.2.2 El control judicial sobre las RPTs. De una potestad discrecional a una actuación administrativa delimitada. La potestad jurisdiccional como límite

Hemos visto que el puesto de trabajo se configura como un elemento objetivo de la estructura de la organización administrativa. Inicialmente, al menos en él descansa, la potestad discrecional de autoorganización de la entidad pública, potestad que en dicha ordenación objetiva se enfrenta, en más de las veces, con el control judicial.

Es conocido que, en el ámbito de las potestades públicas, éstas han respondido entre otras taxonomías, a lo que se ha denominado potestades regladas y discrecionales³⁷². Frente a las primeras, donde es el Ordenamiento jurí-

³⁷² Debemos tener en cuenta que en torno al concepto de discrecionalidad administrativa y hasta dónde llega dicho concepto y su control judicial ha habido, desde hace tiempo, un intenso debate doctrinal, representado principalmente por: RAMÓN FERNÁNDEZ, mediante sus trabajos: *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, 1991; «Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor», *REDA*, pp. 511 y ss.; «De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario», *REDA*, pp. 577 y ss.; y «¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?», *REDA*, pp. 381 y ss. Trabajos recogidos con posterioridad en *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, 1994. También, PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, 1993; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Madrid, 1993 y en «Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa, en *Eficacia, discrecionalidad...*, op. cit., pp. 145 y ss.; BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., en la obra ya citada en esta tesis, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, 1995. Igualmente, en «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *REDA*, 1996, pp. 69 y ss. Véase también los trabajos de BACIGALUPO, M., *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, 1997 y

dico el que fija particularmente las reglas y cauces de la acción pública administrativa, sin que exista margen a la libre apreciación administrativa (*voluntas*), en las discrecionales la regla legal, basada en la *ratio*, deja paso a la *voluntas*, permitiendo un espacio de oportunidad y de pertinencia en la decisión pública, de suerte que la regla jurídica ya no será medida o pauta sino simplemente límite.

Igualmente, se ha expuesto que todo acto administrativo, sea dictado por potestades públicas regladas o discrecionales, cuenta con unos elementos estructurales irreductibles que no pueden ser dejados en las manos de la Autoridad administrativa. Éstos son, al menos: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia y el fin público de satisfacción³⁷³.

El ámbito de discrecionalidad siempre vendrá determinado por la Ley, de forma que será el Derecho quien determine la mayor o menor amplitud de la *confianza* administrativa, pues es la confianza depositada en la autoridad pública la que hace que el Legislador permita la existencia de espacios de oportunidad y conveniencia política y administrativa en la toma de decisiones, cuyo perenne catalizador será siempre la satisfacción de un interés público, que no es sino la satisfacción de los intereses socialmente mayoritarios en un momento dado y para una concreta situación.

Es ampliamente conocida la distinción que el maestro García de Enterría llevó a cabo entre la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados. El concepto indeterminado se hace determinante por la decisión y la acción administrativa, que no puede desligarse del elemento irreductible que le sirve de base para determinar su significado³⁷⁴.

Se ha manifestado que la discrecionalidad administrativa es una potestad que obliga a «elegir» a la Administración, entre varias formas de actuar posibles, aquella que sea más adecuada la obtención del fin previsto por el ordenamiento jurídico. Siendo admitida y admisible dicha concepción de la potestad discrecional, consideramos conveniente sustituir el verbo «elegir» por «seleccionar». La implantación de un sistema de garantías jurídicas donde el Estado Legislador adopta la regla jurídica, la Administración pública no

DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Pamplona, 1997. Y, muy especialmente la ya mencionada obra dirigida por: GAMERO, CASADO, E., *La Potestad Administrativa...*, *op. cit.*

³⁷³ MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, S., 1994, *Cuadernos de Derecho Judicial*, p. 85.

³⁷⁴ El TS, en una sentencia memorable (STS de 12 de diciembre del 2000, rec. 233/1999), hizo loables esfuerzos por explicar y diferenciar lo que era una potestad discrecional de una potestad reglada que se ejercía en base a un concepto jurídico indeterminado. Esta actuación del Alto Tribunal se produjo con ocasión de la elección del Fiscal del TS, donde, de acuerdo con su Estatuto Orgánico, el Gobierno tenía potestad para nombrar entre los candidatos, al más «adecuado».

elige, sino que selecciona las opciones que aún no reflejadas en la Ley, subyacen implícitas en la adopción de una acción pública eficaz, eficiente y adecuada al fin que persigue la norma legal, que siempre deberá ser el interés público o la utilidad social. De esta forma, la Administración no goza de la capacidad de elegir, sino que está *vinculada por la necesidad* de seleccionar la decisión más adecuada al fin que se persigue jurídicamente. Aunque no venga reflejada en la norma, no puede elegir cualquier decisión, ni siquiera su resultado, sino solo escoger la que sea más adecuada a esos intereses públicos a los que sirve.

Seleccionar implica una acción más genérica de preferencia, pero sujeta a un resultado fijado, a saber: la adecuada satisfacción del interés público. Por ello, el margen de discrecionalidad en un acción administrativa que exige constitucionalmente que sea eficaz, y que legalmente se inspire en los principios de efectividad, simplicidad, claridad, proximidad, participación, objetividad, transparencia, racionalidad, agilidad, responsabilidad, adecuación, suficiencia, y economía, entre otros condicionantes³⁷⁵, reducen el espacio de decisión administrativa, no a una elección (cualquiera con tal que se cumpla el resultado), sino a una selección de la acciones que cumpliendo dichos axiomas informadores sea eficazmente adecuada para los interés públicos (opciones expresas o implícitas para un resultado justo).

Esta forma de definir la discrecionalidad, *como ámbito de selección de la decisión pública adecuada*, nos conduce al terreno de su necesario control judicial, pues toda Administración pública y sus organismos dependientes, no son ajenos a la interdicción de la arbitrariedad en su quehacer público, por cuanto que así se encuentra claramente sancionado constitucionalmente (art. 9.3 CE). El desarrollo de dicho precepto exige que no se encuentren espacios a lo que se ha venido a denominar, desde largo tiempo, la proscripción «a las inmunidades del poder» (STC 34/1995 de 6 de febrero de 1995)

Sin que sea objeto de esta investigación ya que desbordaría su particular objeto, no es obstáculo para señalar que el control judicial de las potestades administrativas discrecionales comienza por enjuiciar los motivos de la decisión adoptada, es decir, por buscar una justificación objetiva de la decisión tomada. Esa justificación no nos debe llevar solo a un juicio de razonabilidad y/o racionalidad (Tomás-Ramón Fernández³⁷⁶), de la decisión administrativa tomada, sino que nos tiene que posibilitar un balanceo o ponderación de los intereses presentes en conflicto.

³⁷⁵ Véase el art. 3.1 de la LRJSP.

³⁷⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 1994, p. 390.

La decisión administrativa debe pasar, en primer lugar, por el test de la racionalidad³⁷⁷, es decir, por su carácter lógico³⁷⁸. En segundo lugar, por su condición de razonable, que conecta con que la decisión sea adecuada a los fines, razonada en su motivación y justa³⁷⁹. Por último, la decisión razonable y razonada deberá someterse a un *juicio de ponderación y balanceo* de los intereses que se vean afectados. De tal forma que, si a pesar de que la decisión administrativa es razonable y razonada, conlleva un perjuicio irreparable o una vulneración intensa de los derechos fundamentales o libertades esenciales individuales, la decisión administrativa no deberá adoptarse, ya que no sería la más óptima. La satisfacción de los intereses públicos no se puede llevar a cabo al margen de la salvaguarda de los derechos fundamentales, basamento nuclear de un Estado democrático de Derecho³⁸⁰.

Ahora bien, el necesario control judicial de la decisión discrecional administrativa no debe conducir a sustituir la decisión de la Autoridad administrativa por la de la Autoridad judicial, salvo que dicha decisión sea la única que sea posible, en cuyo caso, el órgano judicial ejerciendo su potestad de decir el Derecho *correcto*, debe nulificar la decisión pública por arbitraria o por haber incurrido en desviación de poder, especificando cual es el acto regido por la regla normativa vigente. En este aspecto, el Juez que controla la Administración actúa como *administrador negativo*³⁸¹, determinando que no puede hacer, sin que él mismo pueda hacerlo, salvo cuando solo exista una única opción.

En el ámbito de la autoorganización administrativa formalmente fijada en las RPTs, es necesario traer a colación la sentencia de 7 de marzo de 2016 de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ Andalucía, que vino a reproducir las palabras del TS, manifestando que:

«Ahora bien, las facultades de autoorganización de la Administración no son ilimitadas y han de ejercerse de conformidad con el Ordenamiento Jurídico

³⁷⁷ STS 26/02/2010, Rec. 282/2006, FJ 4.º

³⁷⁸ Dice el Tribunal Supremo: «La discrecionalidad no supone una permisividad para actuar en contra de las más elementales reglas de la racionalidad y el buen sentido, sino que está limitada por ellas» (STS 17/06/2015, rec. 3367/2013).

³⁷⁹ Se recoge la expresión «justa» tal y como es utilizada por la profesora ALONSO MAS, entendida como la decisión correcta o como la cita la autora: la óptima, «pues puede ser la adecuada al interés público pero no la óptima o la más adecuada». Cfr.: ALONSO MAS, M.ª J., 1998, p. 374.

³⁸⁰ Un ejemplo de lo que advertimos se halla en la sentencia del TS de 27/05/2020, rec. 6731/2018.

Igualmente, no podemos dejar de manifestar que los derechos fundamentales como límite a las potestades administrativas es un cuestión expresamente señalada y subrayada por RAMÓN FERNÁNDEZ en su lección jubilar ofrecida en la Facultad de Derecho de San Sebastian, el 12 de mayor de 2010. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 2012, *RAP*, p. 15. En definitiva, es lo que se ha venido denominar «derecho a una buen gobierno y administración», vid. STSJ del Principado de Asturias, 17/03/2020, rec. 336/2019, con expresa mención a la STS 15/01/2020, rec. 3835/2018.

³⁸¹ SSTC 82/1983, 64/1988, 197/1988, 246/1988 y 99/1989, entre otras.

(...). *Dicha potestad, como es natural, no habilita para tomar cualquier determinación en el plano de la organización interna, ni, ya en el aspecto concreto de la ordenación del personal, para clasificar los puestos de trabajo sin respetar las prescripciones legalmente establecidas»* (la cursiva es nuestra).

De la sentencia andaluza y de la que expondremos a continuación se extraen unas consecuencias claras sobre la confección de las RPTs que ya adelantamos, y es que éstas, a pesar de nacer de una potestad discrecional, impiden a la entidad pública clasificar u organizar los puestos de trabajo en contra de lo dispuesto en las normas legales reguladoras, pues como ya se ha manifestado, éstos responden a una realidad objetiva. Esa apreciación objetiva del puesto imposibilita atribuir funciones que lo desborden, pues éstas deberán ser acordes con la categoría profesional y laboral que dicho puesto exige (titulación, naturaleza, formación y competencia); le incapacita para seleccionar cualquier sistema de provisión, pues se hallan sometidos a un exhaustivo control judicial si se opta por el sistema de libre designación, como tendremos ocasión de exponer. Tampoco existe libertad para elegir la naturaleza jurídica de la plaza/puesto, ya que la Administración carece de capacidad para determinar qué puestos de trabajo corresponden a funcionarios y a laborales, pues es tarea del Legislador regular esa distinción (STC 99/1987, de 11 de junio). Por último y no menos importante, la Administración tampoco podrá ejercer su potestad discrecional para fijar complementos salariales *extra legem*. Así, para la determinación o modificación del complemento específico, que tanta litigiosidad entraña, se hace imprescindible una previa valoración objetiva de las funciones que dicho puesto de trabajo tiene asignadas. En este sentido, el TS fijando doctrina al respecto, ha venido a decir lo siguiente³⁸²:

«para la fijación de la cuantía individualizada del complemento específico en una relación de puestos de trabajo de la Administración de Justicia debe procederse necesariamente a una valoración de las condiciones particulares de los puestos de trabajo previa o, al menos, paralela a la aprobación de dicha relación de puestos de trabajo».

Así, en la propia decisión judicial viene a decirse claramente que la especificación económica de un complemento no deriva de una potestad discrecional subjetiva sino de una actuación reglada, valorada y estudiada previa y objetivamente. Dice la sentencia citada:

«Lo primero que debe afirmarse es que una cosa es la descripción de los distintos elementos que para cada uno de los puestos se contiene en la RPT, como

³⁸² STS 21/5/ 2017, rec. 331/2017.

son sus requisitos y funciones y los desgloses que efectúa respecto de cada uno de los conceptos que aprecia para determinar el complemento específico, y otra muy distinta que el contenido de esa descripción y desglose responda a una correcta y efectiva valoración de cada uno de los puestos y esté debidamente justificada».

Y sigue argumentando:

«La verdadera razón de esa anulación, como resulta de lo argumentado en su FJ quinto, ha sido considerar, con base en los concretos elementos probatorios que expresamente menciona y en la valoración que efectúa de tal prueba, que los elementos y circunstancias reflejados en esa descripción y desglose no se han apoyado en una correcta y efectiva valoración de cada uno de los puestos de trabajo y, por esta razón, la discrecionalidad inherente a la potestad administrativa de autoorganización ejercida a través de esa aquí polémica RPT no ha sido debidamente motivada en los términos legalmente exigibles para descartar su arbitrariedad (artículos 54.1.f) de la Ley 30/1992)» (la cursiva es nuestra).

Ahora bien, anulada la RPT o una de sus especificaciones, será la Administración la que en ejecución de sentencia deberá cumplir con el mandato judicial, provocando que la potestad discrecional quede aún más delimitada al estar ya vinculada positivamente a lo decidido en el fallo, pues, como dice el TSJ de Murcia, en sentencia de 13 de noviembre de 2015³⁸³:

«... la Administración regional puede en virtud de su potestad de autoorganización modificar la RTP y suprimir los puestos de trabajo V4 y T4, sin que ello pueda significar que pueda ejercer dicha potestad con la finalidad de no ejecutar en sus propios términos una sentencia judicial que la vincula».

No obstante, ello no impide que la sentencia exija una nueva valoración y apreciación por parte de la Administración pública, lo que devuelve al terreno administrativo la actuación a llevar a cabo, sin que ello suponga una vulneración de los derechos del empleado público (STS de 16/06/2003, rec. 2385/2001). Pudiendo acordarse, además, en ejecución de sentencia, un plazo³⁸⁴ para que dicha valoración y modificación de la RPT se produzca, sin que el propio tribunal pueda proceder a ello, *motu proprio*, pues su papel queda reducido a fiscalizar que el fallo se cumple en sus estrictos términos.

El ejercicio de la potestad discrecional en el ámbito de la RPT y con ella la valoración de puestos de trabajo, se circunscribe al punto de salida, es decir, a la delimitación de qué organización se quiere. Sin embargo, el punto de llegada lo constituye una actuación delimitada por *mor* de enunciados legales que

³⁸³ STSJ de Murcia de 13/11/ 2015, rec. 156/2015.

³⁸⁴ ATS 18/02/2013, rec. 557/2007.

no puede orillar³⁸⁵. La Administración puede determinar qué puestos quiere y necesita. También puede establecer la conexión de los mismos y su interdependencia. Ahora bien, fijada su organización (ideal), la determinación de las condiciones de su ejercicio y las consecuencias jurídicas y económicas que de ello se deriva, descansan en una actividad ordenada y delimitada por conceptos legales de los que no puede disponer.

En fase de ejecución de sentencia, por causa de anulación de la RPT o de parte de su contenido, la potestad de autoorganización encuentra su límite en la potestad jurisdiccional, y lo encuentra por cuanto que, en base a dichos condicionantes (acceso, proceso de selección, titulación, provisión, complemento de destino, complemento específico, jornada, turnos, naturaleza del vínculo jurídico, tareas y funciones), la Administración ya no camina por un terreno discrecional sino ordenado, tanto por lo previsto en la Ley como por lo decidido por la Jurisdicción, pues se han especificado las concretas condiciones por donde la actuación administrativa debe discurrir.

Claro ejemplo de lo expuesto, es la sentencia autonómica anteriormente citada, donde se manifiesta que, en ejecución de sentencia, la Administración no solo debe cambiar el nombre de un puesto de trabajo manteniendo las mismas funciones, sino que deberá proceder a su sustitución completa. Aquella deberá atender al mandato judicial y su potestad autoorganizatoria, ahora vinculada positivamente a la sentencia, deberá tener una mayor justificación y motivación en su ejercicio si, activada su discrecionalidad, parece que se separa del criterio judicial que le sirve de causa a su acción administrativa.

4.3 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DECLARATIVAS DE NULIDAD DE LAS BASES DE CONVOCATORIA PARA PROCESOS SELECTIVOS DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA. ¿QUÉ OCURRE CON LOS QUE ADQUIRIERON SU PLAZA? LOS OPOSITORES DE BUENA FE

En el presente apartado se abordarán dos cuestiones distintas pero particularmente conectadas. No solo se analizará la ejecución de las sentencias que

³⁸⁵ En este sentido, manifiesta la sentencia del 9 de junio de TSJ de Madrid, en el recurso núm. 50/2007: «Esta atribución, esencialmente discrecional y derivada de las potestades de autoorganización que la Administración ostenta, *no significa un apoderamiento totalmente libre e independiente, sino que está ligado a lo que los conceptos legales que fundamentan las distinciones que puede introducir* (la Administración), con independencia del Cuerpo de procedencia del funcionario, ya que los complementos mencionados están vinculados exclusivamente a la calidad y circunstancias del puesto de trabajo al que se les asigna» (la cursiva es nuestra).

proceden a anular las bases de una convocatoria selectiva, sino también el propio alcance de la sentencia y de sus efectos (hasta dónde puede llegar la decisión judicial). Efectos íntimos que se consideran necesarios abordarlos en un único apartado por lógica expositiva y coherencia sistemática.

4.3.1 Una necesaria ponderación de principios. El efecto expansivo de la nulidad

Se mentiría si se dijese que cualquier opositor no ha tenido miedo alguna vez, pensando en la posibilidad de que, una vez conseguida la plaza, su propia oposición fuese anulada por vicios en la convocatoria. No solo el temor se refleja en la posibilidad de tener que repetir un examen o una prueba de las previstas en el proceso selectivo, sino sobre todo en la posibilidad de que éste sea anulado y que, por tanto, los nombramientos nacidos bajo su cobertura deban correr la misma suerte.

En esta situación límite, se enfrentan, claramente, dos principios esenciales que informan todo Ordenamiento jurídico, a saber: el principio de legalidad, que exige no mantener en la realidad jurídica actos que padecen una tacha de nulidad; y, por otra parte, el principio de justicia distributiva basada en el mérito³⁸⁶. Se pondera con dicho principio, por cuanto que se considera que, no se trata tanto de una justificación o efecto del principio de seguridad jurídica que exige la necesaria confianza de que el paso del tiempo mantenga estables y firmes los actos jurídicos y la realidad formal que aquellos conforman a pesar de la posible existencia de irregularidades, como la necesidad de

³⁸⁶ El TS, como luego veremos, basa algunas de sus resoluciones en la «equidad» (antiguo art. 106 de la Ley 30/1992, y actual artículo 110 de la Ley 39/2015) para decidir sobre la conservación de la posición jurídica ganada tras el proceso selectivo. Nosotros hemos utilizado una clasificación de Justicia, como es la distributiva, si bien basada en el mérito. No obstante, debemos advertir que la equidad no es más que la aplicación a un caso concreto del principio de justicia y ecuanimidad. En relación al concepto con el que nosotros operamos, dice Jesús GARCÍA: «Es la base de las modernas teorías anglosajonas sobre la Justicia (G. Sher, J. Feinberg, M. Slote, etc). El interés en la noción del mérito se halla vinculado al convencimiento de que el individuo puede y debe ser tratado de acuerdo con sus méritos, lo cual está en la base de muchas teorías que pretenden determinar situaciones que se denominan justas o equitativas precisamente por la desigualdad a la que dan lugar. Estas teorías se basan en la confianza instintiva en que se puede recompensar a las personas de acuerdo con los trabajos o las aportaciones realizadas. Así se propone que el mérito (desert) como merecimiento (merit) ocupe el centro de la realización efectiva de la justicia en la sociedad y de su justificación teórica. W. Sadurski es un ejemplo destacado de esta orientación que lleva a cabo un intento de rescatar la idea de mérito para que sea inteligible, realista y operativa y para poder construir un derecho justo y una sociedad justa». Para saber más puede verse: GARCÍA CÍVICO, J., *La tensión entre el mérito y la igualdad: el mérito como factor de exclusión*, Valencia. 2006. Concretamente el texto transcrito se encuentra en la página 39. Puede consultarse aquí: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/9860/civico.pdf>.

que la Justicia legal recompense a quienes se lo merecen por haber superado las pruebas que materializaban la exigencia constitucional del mérito y la capacidad. La ponderación de los principios generales expuestos descansa, igualmente, en un derecho fundamental y en dos principios generales del derecho administrativo: en el derecho fundamental al acceso al empleo público en condiciones de igualdad (arts. 14 y 23.2 de la CE), así como en los principios de confianza legítima y buena fe que toda actuación administrativa debe poseer.

Como bien expone el magistrado José Ramón Chaves³⁸⁷, la anulación de un proceso selectivo afecta a una pluralidad de sujetos, todos ellos intervinientes o participantes en aquel. Afecta a los participantes, tanto en la vertiente de aquellos que han aprobado como la de aquellos que, por causa de nulidad, pueden volver a examinarse. E incide, también, en la Administración, pues como bien señala el magistrado, aquella deberá dictar los actos administrativos necesarios para reparar la nulidad decretada y reorganizar su política de recursos humanos ante la difícil situación que en frente se le levanta.

Dicha situación puede generar una multiplicidad de problemas, que desbordan el objeto de la presente tesis. No obstante, a lo que a nuestro estudio nos interesa nos centraremos, ahora, en la jurisprudencia nacida y elaborada sobre la situación en la que se encuentran los terceros opositores que, con buena fe, accedieron a la plaza convocada de un proceso selectivo que es anulado. En el Capítulo VI se abordará el problema de cómo ejecutar una sentencia que declara la reposición de un opositor en una plaza determinada cuando la misma ha sido suprimida por la Administración pública empleadora.

Como consecuencia, no se abordarán ni los supuestos relativos a la posición de aquellos que han sido excluidos del proceso selectivo indebidamente, ni tampoco la de aquellos casos en los que, bien por la nulidad de una prueba, o de uno de los exámenes (*restitutio in pristinum*), el proceso selectivo debe retraerse a ese momento, debiendo determinarse si quienes lo superaron deben o no volver examinarse. Nuestro caso, por tanto, aunque relacionado con todo ello, va más allá. Nos centramos en aquel supuesto en el que el opositor ya ha aprobado. Ya ha sido nombrado. Ya ha jurado o prometido su cargo, o firmado su contrato y, por tanto, ya ha adquirido la cualidad de empleado público.

Con carácter general se ha de partir de una premisa básica, a saber: la nulidad de un proceso selectivo debe conllevar la de los actos dictados bajo su amparo. Es decir, la consecuencia de anular una convocatoria es la nulidad de

³⁸⁷ RAMÓN CHAVES, J. R., 2017, p. 431.

los nombramientos que están directamente relacionados con la misma. Existe, por tanto, un efecto cascada. Un efecto dominó y ésta es, en principio, la regla básica desde el punto de vista de la teoría general de la validez de los actos jurídicos. Así, se dispuso en sentencia de 2 de mayo de 2002, dictada por el TSJ de Cantabria³⁸⁸:

«Lo relevante es que, tratándose de dos actos directamente relacionados y dependientes, la declaración de nulidad del primero, la convocatoria, *llevará aparejada necesariamente la del segundo, su resolución*. Tal es el criterio que se deduce, contrario sensu, del artículo 64 de la Ley 30/1992 cuando prevé que «la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero» (la cursiva es nuestra).

Aún más, en alguna ocasión se ha deducido testimonio para el ejercicio de la acción penal por el delito de nombramientos ilegales, en supuestos de nulidad de nombramientos por grave quebranto en la composición de Tribunales de selección, formando parte de ellos personal cuya intervención les estaba vetado por Ley (personal interino)³⁸⁹. Sin embargo, se ha de decir que no impugnar la convocatoria directamente, no ha impedido, por vía oblicua o reflectiva, anular un nombramiento, cuando jurídicamente aquella padecía un vicio de nulidad patente y claro. En estos supuestos, no ha intervenido el principio de inimpugnabilidad de los actos consentidos y firmes. Así el TSJ de Madrid³⁹⁰, ha venido a especificar que:

«(...) pues resulta obvio que la legislación básica del Estado no puede dejar de ser aplicada, de modo que si la expresada Convocatoria es nula de pleno derecho, el acto por el que se nombra a una determinada persona en una de las plazas convocadas, con independencia de quién sea la persona nombrada será también nulo, pues resulta obvio que la validez del acto aquí impugnado se encuentra condicionada a la suerte de la Convocatoria efectuada en cuanto que ésta constituye presupuesto y fundamento del mismo».

No obstante, en algunas ocasiones los tribunales se han «agarrado» a lo específicamente solicitado en el «petitum» de la demanda para declarar, únicamente, la nulidad de una convocatoria, pero no el nombramiento posterior que de la misma se derivaba, limitando, con posterioridad, la ejecución de la sentencia a lo específicamente declarado en el fallo sin consecuencias declarativas expansivas de ninguna clase, a pesar de reconocer que los actos posteriores

³⁸⁸ RAMÓN CHAVES, J. R., 2017, p. 431.

³⁸⁹ STSJ de Valencia de 29/9/2012, rec. 424/2009.

³⁹⁰ STSJ de Madrid de 14/11/2014, rec. 547/2013.

estaban tachados de nulidad. En este sentido, de nuevo el TSJ de Madrid³⁹¹, en sentencia de 1 de julio de 2015, señaló que:

«Pero ello en absoluto significa que el fallo de la sentencia dictada el 12 de enero de 2010 en el Procedimiento Abreviado 832/2007 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 4 de los de Madrid haya reconocido a doña Socorro una situación jurídica individualizada que permita extender el ámbito de la ejecución de dicha sentencia a los actos administrativos dictados en el proceso selectivo con posterioridad al decreto de 26 de enero de 2007, de aprobación de las Bases Específicas, que fue la única actuación objeto de dicho proceso y sobre la que se pronunció el fallo judicial, cuya naturaleza fue meramente constitutiva, de manera que sus efectos sobre las resoluciones ulteriores del mismo procedimiento de selección no pueden hacerse valer en ejecución de dicha sentencia, sino en otro proceso distinto».

En otros supuestos, en cambio y casi por lógica, los tribunales han estimado que los nombramientos producidos bajo la cobertura de una convocatoria nula, aunque no se hubiera solicitado expresamente dicha nulidad en la demanda, debía caer por la propia fuerza de la invalidez absoluta de la convocatoria (STSJ de Andalucía de 25 de enero de 2002, rec. 13/2001).

Dejando aparcados supuestos como los anteriormente comentados, el principio general es que una convocatoria nula arrastra, contamina o se expande a los actos administrativos que le son inseparables, y estos abarcan a los nombramientos que se produzcan. La pérdida de la plaza, en estos supuestos, no ha supuesto con carácter general y sin perjuicio de lo que luego se dirá, en un daño resarcible *per se*. En este sentido, la jurisprudencia ha negado a un funcionario que había perdido su plaza, la reclamación del lucro cesante o los importes dejados de percibir hasta la fecha de su jubilación forzosa, pues el TSJ del País Vasco³⁹², entendía que:

«se equipararía la posición jurídica del concursante que obtiene su nombramiento conforme a Ley con quien, como el actor, lo tenía contrario a la legalidad».

Nos encontramos pues, con una regla general derivada de la transmisibilidad de la tacha de nulidad cuando un acto es consecuencia de otro que le sirve de base o de causa (interpretando a *sensu contrario* el art. 49.1 de la Ley 40/2015 de 1 de enero). Así lo cierra el TS, en sentencia de 16 de abril de 2007 (rec.1822/2002), que establece que la ejecución de una sentencia que

³⁹¹ STSJ de Madrid de 1/7/2015, rec. 218/2015.

³⁹² STSJ del País Vasco de 3/3/2000, rec. 5090/1996.

anula unas pruebas de un procedimiento selectivo priva de todo apoyo el nombramiento del funcionario en que desembocó el mismo.

En principio, por tanto, debemos afirmar que el opositor de buena fe, es decir, aquel que no ha intervenido, ni ha provocado la nulidad de las bases, se ve afectado negativamente por este efecto arrastre o «contagio» de la nulidad radical de las bases de su propia convocatoria o concurso.

4.3.2 **Criterios constitucionales de flexibilidad y modulación de la nulidad. La equidad como valor humanizador de situaciones injustas. Conceptos indemnizables**

La jurisprudencia constitucional y la doctrina legal, a partir del año 2012 empezará a cambiar sus posiciones. Y lo hicieron, esencialmente, sobre la base de dos principios generales, a saber: el principio de confianza legítima y el de buena fe. A pesar de lo expuesto y de lo arduo para establecer una pauta habitual de conducta jurisprudencial para estos supuestos, se puede advertir, que en base a dichos principios se ha mantenido una argumentación y la contraria. Así, el TSJ de Galicia para no acoger la pretensión de una demandante que vería cambiada su posición jurídica de funcionaria de carrera a funcionaria interina, como consecuencia de la ejecución de una sentencia que anulaba una convocatoria, en su sentencia de 5 de marzo de 2014, en el fundamento jurídico tercero, le contesta a la demandante lo siguiente:

«A continuación la actora alega la vulneración de la buena fe y confianza legítima, derivados del principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución. (...). *Su buena fe y confianza legítima la deriva la recurrente de que superó unas pruebas selectivas después de acreditar su capacidad para ello*, justificó el cumplimiento de todos los requisitos y han transcurrido casi siete años desde que tomó posesión como funcionaria y consolidado el grado correspondiente de carrera, siendo ajena a unos errores que únicamente pueden ser imputados a la Administración.

Tal alegación no puede prosperar, porque la inicial superación de las pruebas selectivas hubo de quedar lógicamente condicionada al resultado de las reclamaciones planteadas jurisdiccionalmente por otros candidatos frente a la valoración de sus méritos. (...). *Es cierto que en lo posible debe respetarse el derecho de los aspirantes ya aprobados actuantes de buena fe (sentencia de 18 de enero de 2012 del Tribunal Supremo)*, pero en el caso presente el resultado final no se produjo hasta que finalizó la última de las reclamaciones deducidas ante la jurisdicción contencioso-administrativa (...) como resultado de las impugnaciones judiciales del resultado final de determinados aspirantes cuyos méritos fueron inadecuadamente valorados, éstos resultaron tener una puntuación mayor a va-

rios de los inicialmente incluidos en la lista de aprobados, de modo que la ejecución de las sentencias impone la aprobación de una lista diferente, en la que ostenten un lugar preferente quienes han demostrado mayor mérito y capacidad»³⁹³ (la cursiva es nuestra).

La valoración de las mismas circunstancias que concurren en el caso expuesto y que son que la demandante era ajena al vicio que ahora le perjudica, y la acreditación de su capacidad y mérito para acceder en propiedad a una plaza convocada, conjuntamente con el largo tiempo transcurrido, *será el mismo criterio que se utilizará para decidir judicialmente lo contrario a lo expuesto*, es decir, que al opositor de buena fe la nulidad de su convocatoria no le privará de su plaza.

El TC, con un antecedente en 1989, en el 2003³⁹⁴ vino a establecer un límite a la hora de anular un concurso-oposición que pudiera afectar a terceros que eran ajenos a este vicio de invalidez. Y lo hizo mediante el uso del artículo 55.1 de la LOTC. Así, el Tribunal de garantías constitucionales señaló que:

«El art. 55.1 permite graduar la respuesta constitucional a la vulneración de los derechos fundamentales en función no sólo de las propias exigencias del derecho afectado, sino también de la necesaria preservación de otros derechos o valores merecedores de protección. *Debemos pues, en el presente caso, atender a este criterio de flexibilidad y modular el alcance de nuestro pronunciamiento de nulidad, sin extender ésta a la resolución municipal antes citada, por la que desde el año 1994 fueron promovidos a la categoría de Sargentos del mencionado servicio municipal diecinueve funcionarios, que han venido desde entonces prestando servicios en dicha categoría, y sometidos al régimen jurídico propio de la misma en cuanto a derechos retributivos y de otra índole en su situación funcionarial. Ello es así, por cuanto que una anulación de su nombramiento vendría a incidir en la esfera jurídica de quienes no han sido parte en el recurso contencioso-administrativo (no fueron codemandados en el mismo) ni en este proceso constitucional, afectando a una situación jurídica consolidada por el transcurso del tiempo y habiendo sido ajenos a la lesión del derecho de libertad sindical determinante del pronunciamiento invalidatorio. Debemos, por tanto, constreñir la declaración de nulidad a la resolución judicial impugnada en este recurso de amparo*» (la cursiva es nuestra).

³⁹³ Muy interesante y con el mismo fallo, podemos señalar la sentencia del TS del 8 de octubre de 2014, rec. 2467/2013, en el que resolviendo un recurso de casación contra un Auto dictado por el TSJ de Castilla y León, y llegando a la misma conclusión expuesta más arriba, hace una transcripción del auto impugnado que a nuestro estudio le es muy interesante, pues el Alto Tribunal autonómico en un causa muy compleja da respuesta a cómo personal funcionario de carrera después de estar en su plaza más de dos años, ahora debe pasar a ser funcionario interino, obligando a la Administración pública a que los actos que se dicten en sustitución de los anulados respeten la situaciones anteriormente consolidadas.

³⁹⁴ STC 111/2003, de 16 de junio, con un voto particular.

Siguiendo esta misma estela, el TS en el 2013³⁹⁵ dicta una sentencia que cierra la posibilidad de que la nulidad de un proceso selectivo pueda afectar a terceros opositores de buena fe. La particularidad de esta sentencia radica en que el TS estimó que, en atención al principio de equidad, la declaración de nulidad de uno de los ejercicios de la oposición, con retroacción de las actuaciones al inicio del mismo, no podía afectar a los aspirantes que ya aprobaron en su día, y por lo tanto ya desempeñan el cargo funcional. La impugnación se realizó por varios opositores en tanto en cuanto en la convocatoria se señalaba que el cuarto ejercicio consistiría en un caso práctico, y en realidad se realizó un ejercicio tipo test. Pues bien, determinada la nulidad de dicho ejercicio, la duda planteada era doble: por un lado, el que la retroacción de actuaciones al inicio del cuarto ejercicio afectase a todos los que hubiesen superado el tercer ejercicio, hubiesen recurrido o no, es decir, aquellos que la sentencia denomina parte ejecutante colateral. Y, por otro lado, si debía respetarse el derecho de los opositores que ya aprobaron y consecuentemente, fueron nombrados y puestos en su cargo desde hacía 8 años. El TS fue contundente a este respecto. La extensión de los efectos de la retroacción a los ejecutantes colaterales es perfectamente válida en atención a lo dispuesto en el art. 23.2 CE; pues lo que ordenó la resolución anulatoria es que el ejercicio se ajustase a lo dispuesto en la convocatoria. Y, por otro lado, y en virtud del principio de confianza legítima, ha de excluirse de la realización de ese nuevo cuarto ejercicio, a las personas que ya habían sido aprobadas, porque ya habían acreditado su mérito y capacidad, y esos 8 años de desempeño funcional acreditaban su experiencia y saber práctico que no debían demostrar de nuevo. A juicio del TS, se trataría de una medida que no sería necesaria para el restablecimiento de la situación jurídica de los recurrentes. Ahora bien, para ello la Administración demandada habría de dotarse de las plazas que fuesen precisas al efecto. Decía el Alto Tribunal:

«esta Sala cree conveniente recordar que la equidad, según establece el artículo 3.2 del Código civil, es un criterio de interpretación e integración extensible a la aplicación de cualquier norma jurídica; un criterio que, según ha subrayado la mejor doctrina, pretende humanizar y flexibilizar la aplicación individualizada de las normas jurídicas cuando el resultado de su estricta observancia, en el contexto de las singulares circunstancias concurrentes, pueda resultar contrario a otros principios o valores del ordenamiento jurídico. Como también considera pertinente subrayar que comprende la conducta procesal de los recurrentes y el estimable móvil que les impulsa de procurar que las anomalías acaecidas puedan beneficiar a quienes hayan podido ser partícipes de las mismas; pero a ello ha

³⁹⁵ STS 19/12/2013, rec. 1240/2012.

de oponerse lo siguiente: en la demanda formalizada en la instancia no se identificó a ningún aspirante aprobado en quien hubiese de reconocerse su implicación personal en las anomalías; y *basta que un sólo aprobado pueda sufrir injustificadamente los perjuicios de la anulación de su nombramiento para que resulte razonable valorar la posibilidad de evitar esas graves consecuencias*».

En iguales términos se expresó en la sentencia de 27 de abril de 2015³⁹⁶, en la que, conforme a los principios de buena fe, confianza legítima, así como de equidad, mantuvo a los funcionarios de carrera aprobados a pesar de la nulidad de su convocatoria, invocando sentencias que ya había dictado en el 2011 y 2012, porque:

«los derechos de los aspirantes, ya aprobados, actuantes de buena fe, no tienen por qué sufrir las consecuencias de unas irregularidades que no les son imputables».

En el mismo sentido expuesto, y haciendo especial hincapié en el transcurso del tiempo transcurrido que exigía la consolidación y la inmovilidad de la posición jurídica del opositor de buena fe, se halla la sentencia del TS de 4 de marzo de 2015, en el recurso 403/2014; y más concretamente la dictada el 4 de mayo de 2016 en el recurso 3211/2014.

Ahora bien, es cierto que dichas sentencias y pretensiones jurídicas se encuentran con una argumentación en contra basada en que el órgano judicial, al exigir el mantenimiento de los ya aprobados y ordenar la Administración que repita un examen con retroacción del proceso selectivo o su completa realización, provoca que aquella deba contemplar más aprobados que plazas, lo que puede invadir no solo su potestad administrativa autoorganizatoria, sino también su potestad presupuestaria, pues previsto un gasto específico para personal en una anualidad correspondiente, es la propia Administración la que goza de la discrecionalidad política y administrativa para decidir la incorporación de nuevo personal con nuevo gasto. La jurisprudencia (STS de 8/10/2014, rec. 2467/2013) ha contestado a dicha pretensión, que en principio pudiera parecer lógica, como sigue:

«se sostiene que la sentencia invade las competencias para regular la oferta de empleo público, al aumentar el número de plazas aprobadas en relación con las convocadas. En primer lugar, como ya hemos dicho en otras ocasiones, una cosa es la prohibición de los Tribunales Calificadores de proponer más aprobados del número de plazas convocadas, y otra muy distinta los efectos jurídicos de una sentencia como consecuencia de la estimación de un recurso contencioso-

³⁹⁶ STS 27/04/2015, rec. 2460/2013.

administrativo. Es evidente que cuando se impone a la Administración una obligación de dar o hacer alguna cosa, la Administración ha de reaccionar modificando en su caso los presupuestos, o tomando las medidas necesarias para la ejecución de la misma, sin que por ello se entienda que los Tribunales ejercitan potestades administrativas (...), en modo alguno puede atribuirse a dicha decisión el carácter de acto de oferta de empleo público, que es a lo que se refiere el art. 70 de la Ley 7/2007» (la cursiva es nuestra).

En el mismo sentido, se encuentra la sentencia del TS de 18 de abril de 2018, dictada en el recurso de casación 3348/2015, en la que no solo determina que no hay invasión de competencias administrativas, sino que, además, la retroacción del procedimiento debía hacerse solo para aquellos que no superaron el examen anulado.

En algunas ocasiones, la posición del tercer opositor de buena fe se ha encontrado reforzada por una garantía judicial extra frente a actos de ejecución de sentencias que se extendían a ámbitos no decididos en el fallo. Se trata de supuestos en los que la Administración ha procedido a anular, en ejecución de sentencias, nombramientos funcionariales, cuando el fallo de la sentencia únicamente se refería a la nulidad parcial de la convocatoria, concretamente a una de sus pruebas. Ese desbordamiento o exceso de cumplimiento por parte de la Administración ha sido corregido, anulando en ejecución de sentencia el acto de cese de los funcionarios nombrados. Así, el TS³⁹⁷ vino a señalar que:

«la misma comportó en su parte dispositiva la anulación de la base 7.2.a) que recibe nueva redacción, y sobre la eventual disconformidad a derecho de la nueva redacción, ninguna consideración hace la sentencia de 4 de junio de 2014, cuya fundamentación jurídica gira sobre la improcedencia de acordar el cese de los nombrados por razón de un proceso selectivo posteriormente anulado, y a la reordenación de las listas de aspirantes seleccionados con lo que resultara de modificar la puntuación con la nueva redacción de bases. En definitiva, la Orden de 25 de enero de 2011 no fue anulada más que en los apartados que se referían al cese de los funcionarios que resultaron nombrados».

A) Consecuencias resarcisorias por la pérdida de la plaza.

Ahora bien, como ya se ha manifestado, no siempre el tercero ajeno a la nulidad no ve afectada su plaza. En algunas ocasiones, sufre la anulación de

³⁹⁷ STS 19/12/2018, rec. 3128/2016. Posteriores sentencias n.º 1684/2018, de 28 de noviembre (casación n.º 989/2016); n.º 1185/2018, de 10 de julio (casación n.º 3608/2015); n.º 1091/2018, de 26 de junio (casación n.º 3606/2015); y n.º 973/2018, de 11 de junio (casación n.º 3610/2015) han reproducido o reiterado las anteriores apreciaciones. Todavía se ha blindado más la posición de los opositores de buena fe cuando la ejecución de una sentencia que declara la nulidad de un proceso selectivo conllevaría el cese masivo de funcionarios (STS 14/06/2016, rec. 1719/2015).

la misma, con el consiguiente efecto de perder el puesto de trabajo. Esta situación nos exige abordar las consecuencias patrimoniales o resarcitorias que producen este tipo de nulidades. Y lo debemos hacer diferenciados dos posiciones que han tenido respuesta jurisprudencial distinta. La jurisprudencia ha dado un trato diferente para el caso de acoger la nulidad, si se parte de la posición del opositor que, por virtud de aquella se le reconoce el derecho a acceder a su plaza o puesto; frente al que, por virtud de una ejecución de sentencia anulatoria se le priva de la plaza que venía ocupando. Para el primer supuesto, puede señalarse la sentencia de 30 de mayo de 2012 del TSJ de Aragón³⁹⁸. En la misma, y en relación al supuesto citado, vino a argumentar lo siguiente:

«la plena indemnidad de los perjuicios causados, por no haber percibido en su momento las retribuciones, exigía su actualización, pues de otro modo se le irrogaría unos perjuicios que, pese a lo objetado por el Ayuntamiento, no viene obligado a soportar al traer su causa en una actuación municipal declarada contraria a derecho y anulada. Y ese pleno restablecimiento exigía, así mismo, el reconocimiento del nivel 17 que, de haber sido nombrado en su momento» (la cursiva es nuestra).

El Tribunal autonómico estima que, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, no solo se le deben resarcir las diferencias salariales entre lo percibido y lo que debía percibir, actualizadas correspondientemente sino que estima acreditado un daño moral derivado de la privación de la posibilidad de promocionar profesionalmente. Y el órgano judicial no lo considera una mera expectativa de derecho sino un verdadero lucro cesante que debe ser compensado.

Frente a dicha situación de protección máxima, se ubica la posición del empleado público que ha perdido su plaza como consecuencia de una ejecución de sentencia anulatoria. Para este supuesto, puede analizarse la sentencia del TS de 1 de abril de 2013, dictada en el recurso 10783/1998. En dicha sentencia³⁹⁹, el TS, con una anulación de unas plaza funcionariales, se tiene que enfrentar al análisis de tres conceptos retributivos que son los reclamados por los recurrentes. Dirá el Alto Tribunal:

«... solicitan indemnización por tres conceptos: (a) económico, por los gastos de estudio y preparación del concurso-oposición a una plaza (...); (b) lucro cesante, al perder la diferencia retributiva que le correspondía al haber ascendido

³⁹⁸ STSJ de Aragón de 30/05/2012, rec. 193/2009.

³⁹⁹ Un análisis más profundo de la misma puede verse en el núm. 52 de la *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2003, a partir de la página 143.

a cabo y que perdieron por anularse sus nombramientos; y (c) el daño moral –incluido en éste la depresión psíquica– que les reportó esa anulación».

El TS partiendo del instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, comienza manifestando:

«a) Por lo que hace al perjuicio económico cuya indemnización se solicita (...), *carece de base, siendo contraria también a la naturaleza de las cosas. Porque, el concurrir o no a unas pruebas selectivas es una opción libremente hecha que presupone la asunción voluntaria de la necesidad de hacer un esfuerzo: dedicar un tiempo determinado a preparar el programa, en detrimento, incluso, como es aquí el caso, del tiempo de ocio, y asumiendo también el riesgo de que ese esfuerzo no culminase con la finalidad perseguida*» (la cursiva es nuestra).

En relación al lucro cesante, igualmente razona el Alto Tribunal:

«b) Por lo que respecta al lucro cesante (...) *la pretensión, no sólo es desorbitada –se pretende, en definitiva, una indemnización vitalicia, con el único condicionamiento de que se siga perteneciendo a la función pública– sino que no tiene en cuenta –literalmente olvida– que el Ayuntamiento les ha mantenido en el puesto después de dictada la sentencia hasta la anulación, y luego ha buscado mecanismos –interinidad*».

Por último, en cuanto a los daños morales:

«c) Debemos referirnos, por último, a los daños morales (...), *en el caso que nos ocupa nuestra Sala entiende que un daño moral ha habido, y admitir que el cambio de situación derivada de la anulación, la necesidad ulterior de concurrir a nuevas pruebas selectivas, etc. ha causado un daño psíquico que incluso ha podido trascender al ámbito familiar de los reclamantes, creándoles una situación incómoda también en el ámbito profesional que no tenían el deber de soportar*» (la cursiva es nuestra).

El Alto Tribunal parte, por tanto, de la necesidad de analizar la correspondiente indemnización desde la responsabilidad patrimonial en la que podría haber incurrido la Administración cuando presta sus servicios públicos. Este es el punto de partida, probar que la actuación de la Administración le ha causado un daño antijurídico (STS de 26 de septiembre de 2014, rec. 5859/2011) y que el recurrente, por tanto, debe ser indemnizado porque ha sufrido un daño que no tiene el deber jurídico de soportar. Sin embargo, es importante resaltar a efectos argumentativos la diferencia existente cuando el daño se produce por nulidad de un acto administrativo, a cuando se produce por una prestación de un servicio público pues, como señala la sentencia del TS de 13 de enero del 2000, «en los casos de nulidad de un acto administrativo existe el matiz

diferencial respecto al resto de los supuestos de responsabilidad administrativa, por cuanto pudiera *existir el deber jurídico de soportar el daño*», y por tanto, no haber indemnización.

En resumen, el deber de resarcir el daño producido no deviene de la inexistencia de un genérico deber de soportar una lesión, sino por la obligación de compensar el padecimiento de un resultado que, con independencia de que la actuación causante sea adecuada a Derecho, produce un daño ilícito, injusto y desproporcionado para el administrado.

En los casos de nulidad de oposiciones, a pesar de que el TS colige que el opositor asume voluntariamente y libremente un riesgo cuando acepta participar en un proceso selectivo, cuyo devenir está expuesto a múltiples vicisitudes, sin embargo y a pesar de la complejidad de indemnizar los daños morales (STS de 15/9/2014, rec. 1111/2012), el TS ha sido favorable a la indemnización de los mismos, bajo la estimación de que la pérdida de la plaza produce desazón, desconcierto y angustia a quien se ve ahora privado de su puesto de trabajo años después de haber conseguido una plaza en propiedad. Por ello, aunque cada caso debe ser examinado a través de sus propias circunstancias, los daños morales o psicológicos que se producen en dichos supuestos son claramente resarcibles, si bien el cambio de parecer jurisprudencial en relación a anular los nombramientos ya realizados, ha conllevado que estos supuestos resarcibles sean casos limitadamente testimoniales.

Y es que, debemos terminar el presente análisis, como empezamos, haciendo referencia a la imprescindible ponderación del principio de legalidad *vs* principio de justicia, debiendo inclinarse la balanza en favor de esta última, pues el vicio o defecto que se puede producir en una convocatoria al margen del actuar de un opositor que no ha intervenido en la producción de dicho vicio, y que por contra ha demostrado su capacidad y mérito para acceder al empleo público, exige que su posición jurídica sea mantenida y conservada a pesar de la nulidad de su convocatoria. La legítima confianza depositada en que la actuación administrativa es válida, legal y eficaz, y la necesaria Justicia (equidad) que debe presidir toda actuación judicial, debe colegir a que la nulidad administrativa, en dichos supuestos, tenga un límite que no es sino la salvaguarda del derecho fundamental al acceso al empleo público sin que vicisitudes extrañas a las condiciones exigidas de igualdad, mérito y capacidad puedan orillar el aseguramiento de la posición de quien ha sido nombrado empleado público por propio esfuerzo y merecimiento.

4.4 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN PROCESOS DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO. ¿ES POSIBLE QUE EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA SE DETERMINE EL SISTEMA DE PROVISIÓN?

4.4.1 El acceso a plazas y la provisión de puestos. La desconfianza judicial sobre el sistema de libre designación

Para poder tener un conocimiento claro de qué se entiende por provisión de puestos de trabajo, debemos partir de la distinción que, ya hemos indicado en otros apartados, entre plaza y puesto. Ello es así, por cuanto que el acceso al empleo público, es decir, el procedimiento administrativo en virtud del cual un individuo adquiere la cualidad jurídica de empleado público (funcionario o laboral) se produce por la adquisición/posesión de una plaza (*ius in rem*); de una unidad administrativa organizativa dotada presupuestariamente de forma permanente a la que se le van a asignar funciones homogéneas o heterogéneas. La provisión, en cambio, permite al empleado público satisfacer su promoción profesional, moviéndose internamente en la organización a través de los distintos puestos de trabajo: de unidades funcionales que desarrollan tareas homogéneas o heterogéneas. En aras a señalar la distinción referida, para el magistrado José Ramón Chaves⁴⁰⁰, en el acceso se acredita una capacitación general, mientras que en la provisión se demuestra una capacidad específica y preferente para un puesto de trabajo. La provisión, por tanto, es un procedimiento *interno* de acceso a puestos de trabajo resultante del ejercicio al derecho a la carrera administrativa o profesional. El acceso, en cambio, es un procedimiento *externo* de acceso a la función pública.

Ahora bien, el EBEP, en su Exposición de Motivos dejó claro que:

«... ha sido preocupación esencial garantizar en la mayor medida posible la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como la transparencia de los procesos selectivos y su agilidad, sin que esto último menoscabe la objetividad de la selección».

Y siguió diciendo:

«Criterios semejantes, esenciales para mantener el mayor grado de profesionalidad de nuestro empleo público, se han de aplicar también a la carrera de los funcionarios y a la provisión de los puestos de trabajo».

⁴⁰⁰ CHAVES GARCÍA, J. R., 2107, p. 39.

Y es que, como señalaba el Informe de la Comisión de Expertos redactora del antiguo EBEP⁴⁰¹, un correcto régimen de provisión de puestos de trabajo era una cuestión decisiva para cualquier modelo de recursos humanos. La provisión de puestos de trabajo como instrumento procedimental en el que se materializa la carrera profesional y la promoción laboral de los empleados públicos, supone no solo la satisfacción de un derecho básico de éstos, sino también una herramienta útil para los gestores públicos a la hora de ser eficientes en la distribución de sus efectivos dentro de su organización pública. No debemos olvidar que la Administración actúa sometida a los principios de eficacia y eficiencia, por lo que deberá hacer uso de dichos instrumentos de movilidad que permiten una organización dinámica y adaptada a las necesidades sociales.

La diferenciación entre acceso y provisión de puestos de trabajo fue puesta ya de relieve por el TC, a propósito de las exigencias constitucionales para la adquisición del estatus de empleado público, de acuerdo con el artículo 23.2 de la CE. En este sentido, la STC 200/1991 señaló:

«Más teniendo en cuenta, como esta última Sentencia señala, el diferente rigor e intensidad con que opera, en relación con los principios de mérito y capacidad, según se trate del acceso a la carrera o de la ulterior provisión de vacantes en ella, puesto que aquí cabe ya tener en cuenta otros criterios distintos en atención a una mayor eficacia del servicio o a la prosecución de otros bienes constitucionalmente protegidos».

Los principios constitucionales que garantizan la igualdad, el mérito y la capacidad en el acceso al empleo público se proyectan tanto para el acceso como para la provisión (art. 78.1 del TREBEP), pero no con igual intensidad. En el primer caso, el candidato debe acreditar su capacidad general y su mérito dentro de un marco de igualdad de condiciones y oportunidades para acceder a una plaza en una organización pública, caracterizada por su inamovilidad y fijeza. En el segundo caso, el empleado público debe acreditar su *capacitación* para el puesto vacante, lo que conecta con su experiencia, formación, competencias y aptitudes⁴⁰².

⁴⁰¹ PALOMAR OLMEDA, A., «Provisión de puestos de trabajo y movilidad» en SANCHEZ MORÓN (Dir.), 2008, p. 481.

⁴⁰² Los procesos selectivos deben cumplir con los principios constitucionales (art. 23.2 y 103.3 CE). Art. 61 del TREBEP: «Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto.

Los órganos de selección velarán por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre sexos.

El sistema de provisión se encuentra imbricado en lo que se denomina organizativamente «carrera vertical». De acuerdo con el artículo 16.3.c) del TREBEP, la citada carrera vertical consiste en el ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión establecidos en el Capítulo III del Título V de dicho cuerpo legal. Señala, a propósito, el TSJ de Madrid, en la sentencia de 24 de diciembre de 2003⁴⁰³:

«Debe distinguirse entre el acceso al Cuerpo de Policía local, en sus distintas Escalas y Categorías, con la regulación antes expuesta, y el acceso a un puesto concreto de trabajo, sometido a las normas de provisión correspondientes, por lo que no cabe aceptar que el acceso a la categoría suponga el acceso a la plaza. El funcionario para acceder a un puesto debe estar integrado en el Cuerpo, al que

2. *Los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas.*

Las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas.

3. Los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes sólo podrá otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo.

4. Las Administraciones Públicas podrán crear órganos especializados y permanentes para la organización de procesos selectivos, pudiéndose encomendar estas funciones a los Institutos o Escuelas de Administración Pública.»

5. Para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de periodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas. Igualmente podrán exigirse reconocimientos médicos.

6. *Los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación.*

Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos.

7. *Los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos.*

Las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos.»

Siguen en vigor, el Reglamento de Ingreso, Provisión de Puestos y Promoción, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo; y en el ámbito concreto de la Administración Local, en Real Decreto 896/1991 de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y programas mínimos del procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local. Todo ello sin perjuicio de la normativa autonómica dictada al amparo de las correspondientes habilitaciones constitucionales y estatutarias (tanto Estatutos de Autonomía como Estatuto Básico del Empleado Público). Por último, los procesos de selección no pueden ser objeto de negociación colectiva por estar expresamente excluidos (art. 37.2. e) del TREBEP: «...La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional» (la cursiva es nuestra).

⁴⁰³ STSJ de Madrid de 24/12/2003, rec. 1003/2000.

■ LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS...

accederá de la manera indicada, ocupando después un puesto de la RPT, mediante la correspondiente provisión».

Determinada ya la diferenciación entre acceso y provisión, ésta sólo puede desarrollarse, en principio, a través de dos procedimientos distintos, a saber: el concurso y la libre designación. El concurso, de acuerdo con el artículo 79 del TREBEP es el:

«procedimiento *normal* de provisión de puestos de trabajo, (y) consistirá en la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos por órganos colegiados de carácter técnico. La composición de estos órganos responderá al principio de profesionalidad y especialización de sus miembros y se adecuará al criterio de paridad entre mujer y hombre. Su funcionamiento se ajustará a las reglas de imparcialidad y objetividad» (la cursiva es nuestra).

La libre designación, en cambio, se basa en:

«la apreciación discrecional por el órgano competente de la *idoneidad* de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto. Los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública podrán ser cesados discrecionalmente. En caso de cese, se les deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración Pública y con las garantías inherentes de dicho sistema».

La irrupción de la potestad jurisdiccional en las situaciones de provisión de puestos de trabajo se ha producido más en los supuestos de uso de la libre designación que en los supuestos de concurso. Sin perjuicio de que también, estos procedimientos «objetivos» han sido objeto de pronunciamiento judicial cuando el concurso se ha «cocinado» para favorecer a unos candidatos respecto a otros (entre otras muchas, SAN de 19/06/2012, rec. 10/2012), la inmensa mayoría de las decisiones judiciales han recaído sobre aquel procedimiento excepcional. Efectivamente, los problemas judiciales y administrativos se han centrado mayoritariamente en los procedimientos «digitales» de nombramiento de candidatos idóneos para cubrir un puesto, desarrollados mediante el sistema de libre designación. El TS en sentencias de 10 y 11 de enero de 1997 ya dispuso que:

«El nombramiento para un destino de libre designación constituye un acto discrecional, en el sentido de que cuando la ley delimita los cargos de libre designación, está haciendo posible que la administración ejerza su potestad organizatoria, nombrando para los puestos de dicha clase a la persona en quien la autoridad competente estima que concurren las condiciones necesarias para el desarrollo de los fines públicos que persigue y que le ofrece una especial confianza para ello».

Y seguía diciendo:

«Esta causa de asignación al que se considere «más idóneo» para ocuparlo y partiendo de que se trata de un destino de libre designación, constituye en definitiva la simple expresión de la facultad discrecional que tiene la autoridad competente para nombrar a una persona en un cargo de libre designación, según sus criterios sobre la dirección de la cosa pública, que permite una total libertad del designante para elegir, sin sujeción a baremos o criterios de antigüedad, la persona que estime conveniente para desempeñar el puesto de trabajo, dentro de los límites establecidos en la convocatoria».

Ahora bien, la Audiencia Nacional en sentencia de 1 de febrero de 2001, determinó un claro límite al mismo, manifestando que:

«Ello no supone que la asignación de un destino de libre designación no sea susceptible de control jurisdiccional, sino que éste viene limitado al control de los elementos reglados, y la ausencia de trato discriminatorio o desviación de poder».

Teniendo en cuenta jurisprudencia consolidada, el sistema de libre designación es un sistema de provisión de puestos *excepcional* (STSJ de Islas Baleares de 19 de diciembre de 2012, rec. 351/2012); que debe estar *motivada* y *justificada* la razón de acudir a dicho sistema *en atención a la naturaleza de los cometidos a desempeñar y la especial responsabilidad* que pueden implicar tales puestos. Y todo ello, debiendo acreditarse la necesidad, *caso por caso*, del *por qué* debe utilizarse⁴⁰⁴. El TS, en sentencia de 30 de marzo de 2007, vino a decir lo siguiente:

«Ello ha de implicar que *la naturaleza de los cometidos a desempeñar y la especial responsabilidad* que puedan implicar tales puestos son las razones que *podrían, en su caso, justificar* la opción de recurrir al sistema de libre designación para su cobertura, tratándose de extremos que no pueden presumirse sino que su concurrencia debe ser explicada de manera suficientemente precisa y particularizada por la Administración pues es evidente, tal y como señalábamos en nuestra sentencia de 5 de junio de 2009) (recurso de casación núm. 3421/2006 (...)) *que no basta la mera inclusión en la relación de puestos de trabajo para que un puesto haya de ser cubierto por libre designación*, sino que es preciso demostrar y no solo motivar formalmente, que efectivamente, dicho puesto no puede ser cubierto por los procedimientos ordinarios de provisión, *dada su especial responsabilidad, lo que conlleva en definitiva a la conclusión de que este es un procedimiento de*

⁴⁰⁴ SSTs de 11 de marzo de 2009, rec. 2332/2005, 9 de febrero de 2009, rec. 7168/2004, 10 de diciembre de 2008, rec. 10351/2004, 24 de septiembre de 2008, rec. 5231/2004, 2 de julio de 2008, rec.1573/2004, 7 de abril de 2008, rec. 7657/2003, 17 de diciembre de 2007, 17 de septiembre de 2007, rec. 5466/2002), 16 de julio de 2007, rec. 1792/2004, 16 de marzo de 2011, 27 de julio de 2011, rec. 1036/2010, entre otras)

provisión extraordinario, que implica la imposibilidad de que sea cubierto por los sistemas ordinarios de provisión, entre los funcionarios habilitados para ello, y ello viene exigido por el derecho de los funcionarios a su carrera profesional, y ocupar los puestos de trabajo en función del mérito y capacidad, e incluso por el principio de eficiencia y economía que debe regir en la actividad administrativa».

Y concluyó diciendo:

«Sólo entran en tal grupo los *puestos directivos y de confianza* que la Ley relaciona (Secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad); d) la objetivación de los puestos de esta última clase (“especial responsabilidad”) está incorporada a las relaciones de puestos de trabajo, que deberán incluir, “en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos” y serán públicas» (la cursiva es nuestra).

En aplicación de la doctrina anterior, el TSJ de Andalucía, en sentencia de 22 de diciembre de 2008⁴⁰⁵, anuló el Decreto 75/2007, por el que se regulaba el sistema de provisión de puestos directivos y cargos intermedios de los centros sanitarios del Servicio Andaluz de Salud. Igualmente, y siguiendo la misma estela, en sentencia de 15 de noviembre de 2010, el TSJ de Andalucía⁴⁰⁶, anuló el Decreto de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía por el que se procedía a la modificación de la RPT de la Administración General de la Junta de Andalucía y de la Agencia Andaluza del Agua, considerando que:

«los puestos de *carácter técnico o que impliquen el ejercicio de una actividad técnica* aunque sean directivos no pueden ser provistos por libre designación bajo el argumento de la autoorganización de la Administración» (la cursiva es nuestra).

En definitiva, la jurisprudencia recela y desconfía cuando la Administración trufa su organización de puestos de libre designación, pues el criterio de confianza es un criterio limitado que cede con respecto de aquellos puestos donde debe primar el conocimiento técnico o experto.

4.4.2 Control del sistema de provisión en ejecución de sentencia

Manifestado lo anterior, y explicitado, por tanto, las características que deben poseer los puestos de trabajo para que puedas ser proveídos por el siste-

⁴⁰⁵ STSJ de Andalucía de 22/12/2008, rec. 1111/2007.

⁴⁰⁶ STSJ de Andalucía de 15/11/2010, rec. 138/2008.

ma de libre designación, se plantea el tema de estudio si, tras anular judicialmente un sistema de provisión de libre designación para cubrir determinados puestos, porque no cumplen con lo manifestado, se hace preciso determinar si, en trámite de ejecución de sentencias, el órgano jurisdiccional puede corregir el sistema de provisión cuando la Administración, tras la anulación procede a modificar los puestos, dotándoles de mayor confianza y responsabilidad para que puedan entrar en la categoría de puestos de libre designación. Nos encontraríamos pues, con una actuación administrativa nacida de su potestad autoorganizadora donde, dando cumplimiento efectivo a la sentencia y adecuándose a las condiciones que deben poseer dichos puestos, la organización pública procede a modificar el puesto para que éste posea las características propias de uno de libre designación.

En este caso concreto, nos encontramos con que el órgano judicial en trámite de ejecución de sentencia, se halla vinculado tanto a la fundamentación como al fallo de la sentencia, y por tanto, a los límites que ésta marca, mientras que la Administración condenada ha procedido a modificar los puestos (distintos de los previstos en sentencia) para que puedan contener las condiciones necesarias de un puesto de libre designación, de acuerdo con la sentencia dictada, basándose en una potestad de organización que no puede ser orillada.

La potestad jurisdiccional, por tanto, se encuentra con dos límites, a saber: con el principio de intangibilidad de las sentencias, pudiendo incurrir en un exceso de ejecución si va más allá de los términos de la misma, así como con el límite de la potestad pública de organización autónoma. ¿Puede, en consecuencia, la Jurisdicción determinar el sistema de provisión en ejecución de sentencias sobre modificaciones no explícitamente decididas en sentencia? La respuesta al planteamiento de la cuestión debe ser afirmativa. Y ello, como ahora veremos, como consecuencia de que la Administración que así procede, tiende a incumplir oblicuamente o indirectamente la sentencia recaída.

En el caso que estudiamos⁴⁰⁷, la Administración condenada, que había modificado la RPT en cumplimiento de la sentencia, argumentaba que su fina-

⁴⁰⁷ STS 24/01/2012, rec. 3841/2010. Debemos traer a colación otra sentencia del TS que, sin embargo, sí que permite si se procede a motivar, de conformidad con la razón argumentada en sentencia, la libre designación de los nuevos puestos de trabajo en la RPT. Así, el TS en sentencia de 20 de mayo de 2011, rec. 2256/2009, y en relación a la alegación de que existe un exceso de ejecución de acuerdo a lo decidido en sentencia, dispone que: «Como la Ley establece solo dos posibles sistemas de provisión de puestos de trabajo, si la Sentencia de instancia determina que los puestos no pueden cubrirse por libre designación, solo queda otra forma de provisión, el concurso. Si el Legislador hubiera establecido tres o más sistemas de provisión de puestos de trabajo, una vez anulado uno de los sistemas de provisión de puestos de trabajo, la opción de entre los otros posibles sistemas de cobertura correspondería a la Administración. Pero en este caso el Legislador no deja opción, por lo que la Administración no puede elegir por otro sistema distinto, porque no hay otro modo de cubrir los puestos, al haber limitado la Ley a dos los sistemas de provi-

lidad no era la de eludir el cumplimiento de la ejecutoria, limitándose a dar validez al sistema de evaluación que había exigido la sentencia anulatoria. Igualmente señalaba que, no se estimaba que dicho acuerdo fuera contrario al pronunciamiento del fallo, limitándose los autos recurridos a afirmar que no hubo una modificación normativa que permitiera utilizar un criterio interpretativo diferente al sostenido en la ejecutoria, si bien ello resultaría un argumento aplicable en relación a la falta de carácter directivo de los puestos, pero no en lo que respecta al requisito de la especial responsabilidad, recordando que la sentencia cuya ejecución se debatía, anuló los puestos controvertidos, no por razones de fondo, sino por falta de la debida motivación. En este punto, entendía que debía tenerse en cuenta la denominada interpretación finalista del fallo. La Administración demandada, en ejecución de sentencia procedió a modificar su RPT, modificando los puestos que, de acuerdo con la sentencia, debían tener un sistema de provisión por concurso. Dicho acuerdo se produjo, el día 3 de febrero de 2009. No obstante, la Administración con fecha 30 de diciembre de 2008, adoptó otro Acuerdo, aprobando una nueva RPT, a producir efectos a partir del día siguiente al de su aprobación y que, en relación con determinadas jefaturas de servicio, contemplaba el sistema de libre designación para su provisión, sujetándose a lo manifestado en sentencia. Con dichas actuaciones administrativas y los citados argumentos, el TS en su discurso argumental, después de hacer una síntesis de los antecedentes del caso y de la doctrina constitucional sobre la ejecución de sentencias y los incumplimientos indirectos o disimulados, manifestó lo siguiente:

«De la lectura de la sentencia recurrida se aprecia como la Sala de instancia acogió la primera pretensión esgrimida por los demandantes, anulando parcialmente la relación de puestos de trabajo (...) descartando que concurrieran en dichos puestos el carácter directivo o de especial responsabilidad. (...) *la Administración pretende aferrarse, en cuanto en la mayor parte de los casos, a funciones de pura gestión ordinaria de los servicios a cargo de las correspondientes Jefaturas, y se confunde la posibilidad de dirigir a los órganos o unidades subordinadas, desarrollando funciones eminentemente burocráticas, con la de dirigir la acción administrativa, señalando las prioridades y objetivos últimos que se pretende lograr mediante su ejercicio (...)* Pues bien, *teniendo en cuenta estos razonamientos, resulta claro que lo resuelto por la Sala de instancia imposibilitaba que las referidas jefaturas de servicio y demás puestos de trabajo fueran provistos por la Diputación Foral de Vizcaya a través del sistema de libre designación*

sión de puestos de trabajo. *La cuestión planteada sería distinta si la Sentencia de instancia hubiera anulado el sistema de libre designación elegido por la Relación de Puestos de Trabajo por falta de motivación, pues la Administración motivando debidamente su elección podría volver a elegir entre las dos opciones establecidas por el Legislador»* (la cursiva es nuestra).

y que, por tanto, el acuerdo de la Diputación de 30 de diciembre de 2008, que introducía nuevamente el sistema de libre designación en relación con los mismos, además de contrariar abiertamente el fallo, (...), tenía como finalidad eludir su cumplimiento, como se deduce del hecho de que la nueva Relación de Puestos de Trabajo fuera aprobada y publicada antes de la adopción del Acuerdo ejecutando la sentencia, vaciando así de contenido y dejando inservible la decisión judicial firme que imposibilitaba su cobertura mediante el sistema de libre designación. Por otro lado, *tampoco cabe aceptar el sistema de evaluación con que la Administración pretende justificar a posteriori la especial responsabilidad de los puestos de trabajo controvertidos*, debiendo significarse, igualmente, que tal sistema de evaluación de los puestos de trabajo ya fue hecho valer, (y) fue desestimado por sentencia de esta Sala de 20 de mayo de 2011» (la cursiva es nuestra).

Tal y como refleja la sentencia dictada, la potestad jurisdiccional, en su fase de ejecutoria, y como consecuencia de sus efectos expansivos, directamente conectados con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de cumplimiento de la sentencia, procedió a determinar el sistema de carrera administrativa, invalidando el procedimiento de provisión que no se ajustaba a lo decidido en la sentencia recaída. Y ello hay que decirlo, se llevó a cabo sobre puestos que no habían sido enjuiciados, o lo que es lo mismo, que no estaban bajo la directa decisión del tribunal juzgador y sin que, por otra parte, el Alto Tribunal estimase que hubiera habido exceso de ejecución, por parte del órgano judicial «a quo», por haber corregido en ejecución de sentencias el sistema de provisión en base al único que podría ser: el concurso. Más particularmente, en supuestos en los que se ha alegado que existía una extralimitación de las funciones judiciales por inmiscuirse en potestades discrecionales administrativas proscritas a las autoridades judiciales, la doctrina legal ha dicho que⁴⁰⁸:

«El auto dictado en ejecución de la Sentencia no supone un exceso de ejecución, la potestad discrecional que corresponde en último extremo a la Administración, está limitada por la Ley, que solo establece dos posibles sistemas de provisión de puestos de trabajo».

No obstante lo expuesto, también hay que señalar que la jurisprudencia ha sido respetuosa con quienes ya estaban ocupando puestos por sistemas de libre designación que posteriormente habían sido anulados, pues considerados ajenos a la ejecutoria, debían permanecer en los mismos (STS 9 de marzo de 2011, rec. 3321/2008), aunque obligando a la Administración a convocar, de nuevo, un proceso selectivo, ahora sí, mediante concurso, en un plazo espe-

⁴⁰⁸ STS 20/05/2011, Rec. 2256/2009.

cificado en la ejecutoria (2 meses, ATSJ de Castilla la Mancha de 24 de abril de 2013, rec. 280/2006).

4.5 LA FUERZA DE LA «DISCRECIONALIDAD TÉCNICA» DE LOS TRIBUNALES CALIFICADORES. DIQUE A LA EJECUCIÓN JUDICIAL

4.5.1 **La discrecionalidad técnica, un oxímoron. Un binomio inseparable: discrecionalidad técnica-control judicial**

Se ha considerado que la discrecionalidad técnica de la que gozan los tribunales calificadores en un proceso selectivo es un subtipo de la potestad discrecional de la que hace gala la Administración pública en el ejercicio de su actuación. Se estaría, pues, dentro de aquella potestad jurídica que posibilita un ámbito decisión pública para seleccionar las opciones que sean más acordes con la satisfacción de un interés público protegido por la Ley. No obstante, bajo nuestro criterio y, a pesar de su denominación, la actuación administrativa ni es discrecional ni puede serlo, cuando la proyección o la decisión publica descansa sobre un criterio o juicio técnico o científico.

Con la expresión «discrecionalidad técnica» no solo se trataría de un oxímoron, como se ha defendido⁴⁰⁹, sino de una idea ucrónica, puesto que parte de un presupuesto inexistente, a saber, que cabe la discrecionalidad, considérese oportunidad o conveniencia en la elección de un resultado, en un enjuiciamiento racional sobre una materia técnica o científica. Precisamente, por ser una materia sobre la que existe una experiencia científica o una aplicación de un sistema técnico (o tecnológico), el juicio de oportunidad o conveniencia no cabe. El resultado de una ecuación de segundo grado sólo puede ser la que es; la determinación de si una sustancia es tóxica o no lo es, sólo puede ser la que es; la aplicación del principio de la termodinámica sólo puede ser el que es. En estos supuestos, no tiene espacio el juicio de oportunidad.

El Tribunal Supremo considera que nos encontramos ante una *discrecionalidad impropia*, que consiste, verdaderamente, en la intensa aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en los que la Administración goza de un margen de interpretación (STS 2/6/2016, rec.3152/2014). En estos casos se reduce el margen de valoración subjetiva, que se ve sustituida por una ponderación de carácter técnico en la que se concede un gran peso a la opinión o

⁴⁰⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 2015, *RAP*, p. 212. Vid. RAMÓN CHAVES, J. R., 2017, p. 147.

criterio técnico de los expertos en la materia. Así, se ha categorizado⁴¹⁰ la discrecionalidad técnica como una discrecionalidad *débil o instrumental*, que se encuentra a caballo entre el margen de apreciación que permite la mera aplicación de conceptos jurídicos (técnicos) indeterminados y la discrecionalidad *pura o fuerte* (libre opción de la Administración entre varias soluciones igualmente válidas); en cualquier caso, la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados no es discrecionalidad en sentido estricto, y por tanto no se encuentra vedada al control judicial *ex art. 71.2 LJCA* (STS 16/3/2016, rec.1779, entre otras muchas).

Como consecuencia de lo expuesto, la técnica y su posterior paso, la tecnología y su resultado, que no es sino la ciencia, expulsa cualquier juicio discrecional o juicio electivo que se pretenda, tanto sobre el medio como sobre el resultado. Por ello, se está totalmente de acuerdo con el criterio de Rivero Ortega⁴¹¹, «un técnico no puede apartarse de la técnica que maneja porque, si llegara a hacerlo dejaría de ser un técnico y se convertiría pura y simplemente en un político». La discrecionalidad técnica excluye cualquier juicio de oportunidad⁴¹². El juicio técnico puede llevar a un resultado falso o verdadero, y su razonamiento o planteamiento puede ser erróneo, pero no cabe la oportunidad, ni la liberalidad en la elección (selección).

Para Sánchez Morón⁴¹³ estaríamos ante una discrecionalidad técnica:

«cuando el ordenamiento jurídico reconoce a favor de los administradores un ámbito de decisión propio para emitir una decisión en función de evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica o características de su saber profesional. Puede tratarse de valoraciones económicas, científicas o técnicas en sentido estricto».

A nuestro criterio, la discrecionalidad técnica no solo es un concepto poco operable⁴¹⁴, sino que es un concepto imposible, tal y como se viene planteando. De acuerdo con nuestra perspectiva, la discrecionalidad técnica aplicada a un proceso selectivo lo que produce es una cesión, por parte de la Administración, a una comisión o a un colectivo técnico de un ámbito de decisión sobre una cuestión que requiere, no solo un razonamiento lógico (no hay razo-

⁴¹⁰ GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., 2016, pp. 84-85.

⁴¹¹ RIVERO ORTEGA, R., «¿Acaso existe discrecionalidad técnica? En virtud de la STS de 19 de julio de 2010», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (Coord.), 2012, pp. 2063 y ss.

⁴¹² IGARTUA SALAVERRÍA, J., 2012, «Control jurisdiccional de los nombramientos discrecionales del CGPJ: algunos extravíos argumentales en la Sala 3.^a del TS», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (Coord.), 2012, pp. 1500.

⁴¹³ SÁNCHEZ MORÓN, M., 2011, p. 91.

⁴¹⁴ DESDENTADO DAROCA, E., 2009, *Revista Vasca de Administración Pública*, pp. 113-117.

namiento fuera de la lógica), sino de un conocimiento especializado de carácter técnico o científico⁴¹⁵. La Administración se aparta de decidir *per se* y decide a través de otros (especialistas), aunque designados por ella misma. Se trata, por tanto, de un espacio de decisión sobre el que deciden los técnicos. En dicho espacio no puede haber la oportunidad sino la determinación técnica o científica, del mismo modo que entre los números uno y dos, no cabe otro número entero. Dicho espacio, materialmente técnico y formalmente administrativo, no puede estar ajeno del control judicial. Ninguna actuación del poder público puede estarlo. Eso sería tanto como decir que cabe la existencia de actuaciones públicas que viven al margen del Derecho.

Como ahora veremos, y sin perjuicio de los vaivenes de la jurisprudencia, ésta ha venido a señalar que ese espacio de decisión técnica, es impenetrable para la Jurisdicción cuando aquella decisión se ha tomado por técnicos profesionales, en el ámbito de una percepción directa sobre el asunto; decisión que ha llevado a un conclusión lógica o razonable sin tener que hacer juicios artificiosos o que por rocambolescos lleven a una actividad intelectual absurda o fuera del sentido común⁴¹⁶. El control judicial no podrá proyectarse sobre los juicios de carácter técnico realizados por los órganos especializados de la Administración, pero puede proyectarse sobre su marco jurídico, esto es, sobre cuestiones de legalidad (SSTC 39/1983 y 219/2004).

Y es que no puede ser de otra manera, pues el Juez se presupone obligatoriamente conocedor del Derecho (*iura novit curia*) pero no es poseedor de todo conocimiento científico o técnico, de tal suerte que el control judicial que puede verterse sobre un razonamiento práctico, un silogismo teórico o un raciocinio retórico-dialéctico, tiene que ver más sobre la falsedad o no de las premisas de las que parte, o del error al que concluye, que del conocimiento de la materia sobre la que opera. Por ello, el enjuiciamiento del Juzgador, siguiendo una suerte de metafísica aristotélica, debe ser de aspectos formales (estruc-

⁴¹⁵ De ahí que Ramón Fernández considere que no estamos ante ninguna acción discrecional sino ante un auténtica *valoración técnica*, como ocurre en otras materias administrativas sectoriales. Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, T. R., 2015, pp. 214-217.

⁴¹⁶ Dice la sentencia de 10 de mayo de 2004 del TC: «ni el art. 24.1 ni el 23.2 CE incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica» (STC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 4). Y es que «debe recordarse que, frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese “prudente y razonable” arbitrio, nunca “excesivo” (STC 48/1998; FJ 7.a), “las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una «presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación”. Una presunción *iuris tantum*, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado, entre otros motivos por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega».

tura del razonamiento) pero no sobre la materia de razonamiento (sustancia de razón). En este sentido, el TS en sentencia de 28 de octubre de 2003⁴¹⁷ vino a decir lo siguiente:

«Como ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal (...) los Tribunales calificadoros de concursos y oposiciones gozan de amplia discrecionalidad técnica, dada la presumible imparcialidad de sus componentes, la especialización de sus conocimientos y la intervención directa en las pruebas realizadas, pues en principio los Tribunales de Justicia no pueden convertirse, por sus propios conocimientos en segundos Tribunales calificadoros que revisen todos los concursos y oposiciones que se celebren, sustituyendo por sus propios criterios de calificación los que en virtud de esa discrecionalidad técnica corresponden al Tribunal que ha de juzgar las pruebas selectivas, lo que no impide la revisión jurisdiccional en ciertos casos en que concurren defectos formales sustanciales o que se ha producido indefensión, arbitrariedad o desviación de poder».

El TS cedía el espacio de decisión a los tribunales de calificación en la interpretación y aplicación (razonable) de las bases del concurso, y lo hacía bajo la premisa y la presunción *iuris tantum* de que aquellos son imparciales, con conocimiento especiales, actuando bajo la inmediatez de su propia percepción.

Tras algunas sentencias donde el TS tuvo que rectificar su propia doctrina⁴¹⁸, es a partir de los años 90 cuando el Alto Tribunal empieza a sentar un cuerpo doctrinal en torno a cuál debe ser la relación del binomio: discrecional técnica-control judicial, acompañados de pronunciamientos del TC. El TS, finalmente, sistematizó los requisitos que debía reunir la Administración en la aplicación de la discrecionalidad técnica (STS 2/6/2016, rec.3152/2014): a) Expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; b) Consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y c) Expresar mediante la suficiente motivación por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a una de las soluciones frente a las demás.

En el ámbito de la discrecionalidad técnica en procesos selectivos, y siguiendo en este punto de nuevo al magistrado, José Ramón Chaves⁴¹⁹, la doctrina citada puede resumirse como sigue:

«a) La atribución y competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa es para revisar la actuación de la Administración y no para suplirla. El

⁴¹⁷ STS 28/10/2003, rec. 89/2002.

⁴¹⁸ Pueden verse en RAMÓN CHAVES, J. R., 2017, p. 148.

⁴¹⁹ RAMÓN CHAVES, J. R., 2017, p. 149. Ver también: STSS 25/10/1992 y 5/6/ 1995. STC 39/1983 de 17 de mayo, y STC 97/1993 de 22 de marzo.

Tribunal Constitucional ha reconocido la discrecionalidad técnica tratándose de cuestiones «que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico..., que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales» (STC 97/1993) y posteriormente afirma que ello es compatible con la tutela judicial efectiva (STC 34/1995).

b) Los concretos juicios de valoración emitidos por cada miembro y por la Comisión de Selección a que pertenecen, como unidad actuante, pertenecen a una «discrecionalidad técnica» ajena a cualquier posibilidad revisora por parte de esta jurisdicción, salvo constituir supuesto notorio y probado de arbitrariedad, dolo o, en definitiva, ilegalidad. Por consiguiente, los Tribunales de lo contencioso-administrativo no pueden suplantar la competencia exclusiva que, para calificar las pruebas selectivas para cubrir plazas de profesores de Universidad en razón a los conocimientos, aptitudes e historial de los concursantes, está atribuido a la comisión calificadora, a la que le corresponde la emisión de los juicios técnicos (STC 97/1993)».

Como síntesis a lo expuesto, puede citarse lo argumentado en el año 2016 por el TSJ de Andalucía ⁴²⁰, después de repasar los instrumentos que la Jurisdicción posee para controlar la discrecionalidad administrativa (control de los elementos reglados, teoría de los hechos determinantes o autorizantes y la aplicación de los principios generales del Derecho), fija los límites de aquellos, y dice:

«Es preciso reconocer que tanto la jurisprudencia como la doctrina han realizado un esfuerzo para que el control judicial de la discrecionalidad sea lo más amplio y efectivo posible, pero no puede olvidarse que ese control puede encontrar límites determinados en cuestiones que se resuelven con un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser establecido por un órgano especializado de la Administración y que, en sí, escapa, por su propia naturaleza, al control jurídico que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, que, naturalmente, deben ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, en el ámbito de las cuestiones de legalidad. Es también jurisprudencia reiterada la que ha señalado que la interpretación de los baremos de méritos entra dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica de los Tribunales calificadoros, en cuanto que son efectuadas por especialistas en la materia. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 215/1991, ha señalado que la desconformidad con el criterio de las Comisiones evaluadoras sólo puede producirse cuando resulta manifiesta la arbitrariedad en la actuación de la Comisión y, por tanto, evidente el desconocimiento del principio de igualdad de mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas consagradas en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución».

⁴²⁰ STSJ de Andalucía de 1 de marzo de 2016, rec. 2253/2010.

4.5.2 El artículo 71.2 de la LJCA. El «iura novit curia» no abarca el juicio técnico en ejecución de sentencia

Como ya se ha puesto de manifiesto, el órgano judicial en el control de la discrecionalidad técnica, se proyecta sobre el juicio de valoración o enjuiciamiento, anulando aquellos razonamientos que por ilógicos o extravagantes conduzcan a resultados arbitrarios y por tanto, inecuánimes. La jurisprudencia exige que el control de legalidad se lleve a cabo sólo sobre los aspectos de juridicidad que pueda tener el razonamiento efectuado por la comisión evaluadora. Ahora bien, también se exige, por orden legal, que los actos discrecionales, conlleven una suscita explicación de los hechos y fundamentos⁴²¹ en los que se base, permitiendo así una fiscalización judicial sobre la operación lógicodeductiva del razonamiento llevado a cabo, esto es, no solo sobre el qué sino también sobre el cómo se ha llegado a esa conclusión. Es necesario tener en cuenta que las comisiones de selección no poseen opiniones sino criterios fundados y fundamentados en elementos técnicos en base a los cuales infieren el resultado que concluyen. Resultados que, si son incoherentes, arbitrarios, o en fin, absurdos serán anulados por el Tribunal *aunque no sustituidos*.

Pues bien, como dice Tomás-Ramón Fernández, se trata de un concepto que, a pesar de su reconocimiento legal⁴²², es un «fantasma que se desvanece», si nos atenemos a la propia evolución de la jurisprudencia del TS (puede considerarse al respecto la STS de 24 de septiembre de 2014, que así lo manifiesta expresamente). Sin embargo, en fase de ejecución de sentencias, el órgano judicial choca con un dique infranqueable, representado principalmente por lo ordenado en el artículo 71.2 de la LJCA⁴²³. La jurisprudencia, bien basándose en dicho precepto legal o bien en propia doctrina, ha considerado que el órgano judicial en ejecución de sentencia no puede sustituir la discrecionalidad técnica por una discrecionalidad judicial. Sin querer establecer una injerencia inductiva que nos lleve a una conclusión universal, siempre difícil por la amplia casuística, sí que debemos traer a estas líneas asuntos que presentan frenos infranqueables para la Jurisdicción, incluso en su fase de hacer llevar a efecto lo juzgado. Así, en el ámbito autonómico podemos hacer referencia al siguiente asunto enjuiciado por el TSJ de Madrid. En este supuesto, el Alto Tribunal

⁴²¹ STSJ de Andalucía de 1 de marzo de 2016, rec. 2253/2010.

⁴²² Vid. Art. 55.2.d) del TREBEP.

⁴²³ Dice el art. 71.2 de la LJCA: «Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen *ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados*» (la cursiva es nuestra).

autonómico había dictado sentencia el 28 de diciembre de 2007⁴²⁴, y la parte recurrente se había alzado contra un auto de fecha 5 de junio de 2007, dictado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 24 de Madrid, en un incidente de ejecución. La argumentación del apelante se basaba en que a pesar de haber tenido una sentencia favorable a sus intereses, ya que venía a anular la resolución de fecha 23 de noviembre de 2004 dictada por el Director del Área Territorial de Madrid de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid; la resolución administrativa posterior ratificaba las calificaciones otorgadas en las asignaturas de Lengua Extranjera, Latín, Lengua y Literatura y Matemáticas de 1.º de Bachillerato en la convocatoria extraordinaria de septiembre, por lo que el recurrente negaba que se hubiera ejecutado la sentencia dictada en el proceso judicial, pues la revisión de las calificaciones se había practicado sin el cotejo del resto de los exámenes. Afirmaba, igualmente, que se había ganado un pleito, donde se les había dado la razón, pero la sentencia seguía sin ejecutarse, pues las notas dadas como consecuencia de la revisión eran las mismas que se otorgaron en los exámenes de septiembre por lo que dicha revisión adolecía de criterios objetivos. Frente a dichas argumentaciones que instaban a una nueva valoración objetiva (judicial) sobre una sentencia estimatoria, el TSJ de Madrid manifestó lo siguiente:

«No puede desconocerse que la sentencia únicamente acordaba que se realizara una nueva revisión de las calificaciones ajustándose al procedimiento legalmente previsto, pero ello no suponía por si solo una modificación de las calificaciones que, es lo que, en realidad, pretende la apelante en los diversos escritos presentados en el incidente de ejecución de sentencia. *En ningún caso, la sentencia al estimar el recurso contencioso administrativo ordenaba una nueva calificación de las asignaturas, como no podía ser de otro modo al entrar esta cuestión dentro de lo que la jurisprudencia llama discrecionalidad técnica*» (la cursiva es nuestra).

Fijado el muro infranqueable, el TJS de Madrid sigue diciendo sobre la pretensión ejecutiva del apelante que:

«... la sentencia cuya ejecución se pretende ni recogía ni podía recoger una pretensión como la que pretende hacerse valer: modificar las calificaciones en determinadas asignaturas, pasando a ser aprobadas. Lo que la sentencia hacia era determinar el procedimiento que debió seguirse y ante su incumplimiento se acordó la nulidad por este exclusivo motivo».

⁴²⁴ STSJ de Madrid de 28/12/2007, rec. 575/2007.

La conclusión a la que llega el Alto Tribunal autonómico es desestimar la pretensión ejecutiva, sin que sea posible confrontar en fase de ejecución los exámenes de otros candidatos, cuestiones de prueba que correspondían, según el tribunal, a otra fase procesal, a la contradictoria declarativa. En fase de ejecución de sentencias, el tribunal ejecutorio no puede completar o determinar el contenido de los juicios técnicos, cuando éstos, anulados, han vuelto a ser realizados conforme a lo dispuesto en sentencia.

Otro ejemplo puede advertirse en la reciente sentencia del TS de 20 de febrero de 2019⁴²⁵. Es necesario advertir que la sentencia es extremadamente garantista, y concentra la evolución jurisprudencial sobre el control de la discrecionalidad técnica, y su necesaria motivación que deberá ser adecuada y suficiente, además de coherente. El supuesto de estudio es el siempre litigioso caso de la puntuación de los cursos de formación en concursos-oposiciones, donde las bases de las convocatorias exigen para su valoración que éstos estén «relacionados directamente» con la materia objeto de oposición o del puesto de trabajo a desarrollar.

En el caso de la sentencia que se estudia, a la recurrente se le había excluido de ser puntuado un curso de «Gestión Empresarial Cooperativa». Desestimada su pretensión ante el TSJ de Andalucía, la recurrente se alza ante el TS a fin de que se proceda a casar la sentencia dictada y se acuerde reconocer el curso citado, otorgándole la puntuación que le corresponde en atención a las horas de formación realizadas. El TS acoge su pretensión casacional pero con una reserva muy importante. En esa línea garantista, el TS estima que:

«Aunque parece claro que la decisión de la sentencia de instancia está determinada, toda ella, todos sus razonamientos jurídicos, por un error de partida sobre el alcance o ámbito al que se extiende la llamada *discrecionalidad técnica*, hasta el punto de entender, o así parece, *que con la aplicación de tal concepto responde a la totalidad de los motivos de impugnación invocados, es lo cierto, sin embargo, que al entenderlo así incurre en infracciones procesales y sustantivas* que pueden ser separables, y que pueden serlo, precisamente, en los términos en que lo hace el escrito de interposición de este recurso de casación. En efecto, por lo que hace al primer motivo de casación, *la sentencia no aborda una cuestión central* suscitada en el litigio, cual era si aquella escueta frase antes transcrita («relación directa») con la *que* el órgano de selección *motivó su decisión* conllevaba, o no, el *desconocimiento por la actora de la razón o razones por las que el contenido del curso de formación invocado no está directamente relacionado con el programa* de materias que rige la prueba selectiva, o con las herramientas

⁴²⁵ STS 20/02/2019, rec. 2300/2016.

■ LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS...

necesarias para el desempeño del puesto de trabajo, y si, consiguientemente, la colocaba, o no, en una *situación de indefensión real*» (la cursiva es nuestra).

Señala y explica el Alto Tribunal una cuestión nuclear en el tema de la discrecionalidad técnica y es:

«La llamada discrecionalidad técnica ampararía, en el sentido de obligar al órgano jurisdiccional a respetarlas si son técnicas o científicas y además no arbitrarias, aquella razón o razones que en la indicada frase no afloran. Pero no ampara el desconocimiento del criterio científico o técnico que llevan a ellas. Por la sencilla razón de producir entonces un efecto, el de la indefensión, proscrito directamente por el art. 24.1 de la propia Constitución» (la cursiva es nuestra).

En base a lo argumentado colige:

«En el caso de autos, las infracciones procesales de incongruencia y falta de motivación de la sentencia de instancia son incluso más patentes, pues si en ella se reconoce que existe una al menos aparente coincidencia entre alguno de los contenidos del curso en cuestión y de dos de los temas del programa, surge entonces, por exigencias lógicas y no sólo jurídicas, la necesidad de conocer la razón o razones omitidas o que no afloran en la repetida frase».

Acogida la pretensión de la recurrente de falta de motivación suficiente y adecuada de la sentencia que determinara la adecuación a Derecho del por qué la Administración no valoró el curso citado, incurriéndose en una doble indefensión, primero administrativa y luego judicial, el Alto Tribunal se enfrenta a la segunda pretensión exigida, que no es sino que se declare «su derecho al cómputo de aquel curso». Es decir, que por el TS se le otorgue la puntuación, haciendo por éste una valoración de acuerdo con las bases de convocatoria. Es en este aspecto donde el TS se frena y se enfrenta, todavía, al dique de la discrecionalidad técnica, y viene a decir al respecto que:

«desconoce este Tribunal que criterios ha tenido el órgano de selección al interpretar y valorar aquella Base respecto de otros cursos de formación y, más en general, cómo ha entendido, si lo ha hecho, aquel concepto jurídico indeterminado de «relación directa» entre actividades formativas y programa de materias, de un lado, o entre aquéllas y las herramientas necesarias para el desempeño del puesto de trabajo, de otro».

Ahora bien, para evitar que la recurrente inicie de nuevo un periplo administrativo y judicial que afectaría a su derecho a la tutela judicial efectiva, y considerando que la cuantificación de la puntuación de la recurrente no había sido puesto en duda por la Administración, y siendo la cuestión principal si el

contenido del curso «Gestión Empresarial Cooperativa» estaba, o no, directamente relacionado con el programa de materias que regían las pruebas selectivas, o con las herramientas necesarias para el desempeño del puesto de trabajo, el TS remite a la Administración condenada el mandato de que sea ella misma quien lo determine, solo para el caso de que una de las partes lo instara ante el tribunal «a quo», como incidente de ejecución de sentencia.

En este concreto aspecto la decisión judicial debe ser criticada. Y debe serlo por cuanto que el TS incurre en lo que pretende evitar, esto es, en una dilación indebida en la resolución de conflictos jurídicos y judiciales. Y se estima así por cuanto que el Alto Tribunal tenía todos los elementos de juicio suficientes para determinar de acuerdo con las exigencias «de la sana crítica» si el curso estaba relacionado directamente con las materias objeto de oposición. El hecho de que se tratara de un sintagma nominal abierto que propugna un halo de cierta incertidumbre, no orillaba una real intervención judicial, particularmente cuando el enjuiciamiento para determinar la vinculación con el programa no requiere una capacitación específica, más si tenemos en cuenta que no era una materia excesivamente técnica o científica. Por ello, se estima que el TS debió acoger la última pretensión de la actora y asumir la puntuación que reclamaba, acordando su posición por encima de la nota de corte.

Y es que, de nuevo, debemos señalar que la llamada discrecionalidad técnica tiene una fuerza paralizante cuando se pretende que el Tribunal en ejecución de sentencias valore el juicio técnico llevado a cabo por el Tribunal de selección. Tanto que el TSJ de Canarias en sentencia de 28 de julio 2016⁴²⁶ vino desestimar un recurso de apelación contra un auto de ejecución de sentencia al entender claramente que:

«considerar que a tenor de lo dispuesto en la Sentencia de 8 de noviembre de 2012, el tribunal calificador debía motivar mínima y comprensiblemente la formación de la puntuación respecto de cada uno de los ejercicios prácticos y en ejecución de dicha resolución el tribunal calificador emitió el acta de 25 de enero de 2013, *en donde sucintamente se explican las puntuaciones para las dos notas, sin que sea necesario establecer una regla de valoración, pues existe una discrecionalidad técnica del tribunal para adjudicar la nota en pos de un ejercicio práctico* cuyas claves no fueron en uno de los casos satisfactorias para el tribunal. El juez ya conoce lo que pedía la sentencia, y no es lícito intentar aprovechar la motivación dada, para tratar de discutir nuevamente el resultado de la puntuación, lo que excede del contenido mandado la sentencia» (la cursiva es nuestra).

⁴²⁶ STSJ de Canarias 28/06/2016, rec. 50/2016.

De todo ello, se puede inferir lo que determina el TS⁴²⁷ que no es sino:

«En efecto, no cabe acoger las pretensiones hechas valer en casación ya que, con independencia de la solvencia de los parámetros sentados en el informe pericial, el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción impide a la Sala determinar el contenido discrecional de los actos anulados. Y, por lo que se refiere a quien debe efectuar la corrección, es preciso estar a las bases de la convocatoria que encomiendan esa tarea al Tribunal Calificador, el cual, no obstante solicitar, como ya hizo, los asesoramientos necesarios y, al establecer los criterios de corrección, puede asumir los del informe o escoger cualesquiera otros que sean adecuados para valorar el conocimiento del valenciano por los aspirantes a las plazas convocadas» (la cursiva es nuestra).

En base a ello, el TS deja claro que anulados determinados ejercicios y declarada la retroacción de proceso selectivo para una nueva valoración, los actos subsiguientes, deberán ser impugnados en trámites de ejecución de sentencia o bien mediante recurso contencioso-administrativo ordinario o individual, cuando los vicios que se aleguen sean de carácter sustantivo que exceden y nada tengan que ver con la sentencia recaída. Cuestión que estimamos de difícil separación, pues será muy complicado sino imposible que los actos que se dicten en un procedimiento selectivo que ha sido parcialmente anulado y que ha sufrido una retroacción, no se vean afectados, incluso tangencialmente, por la sentencia recaída.

La mal llamada discrecionalidad técnica, no es un ámbito decisorio exento de control judicial. Ninguna decisión administrativa lo está, por la propia esencia de un Estado de derecho. En presencia de juicios técnico o científicos, la discrecionalidad desaparece. Pero ésta vuelve a aparecer con toda su potencia en el trámite de ejecución de sentencias donde los órganos judiciales se encuentran con el dique del artículo 71.2 de la LJCA, y en otras ocasiones, con un criterio judicial mayoritario que impide hacer una valoración judicial (incluso una corrección) sobre el juicio técnico llevado a cabo, de nuevo, por el tribunal calificador, sin perjuicio de que como se ha visto, se exija ir a otro proceso judicial independiente por entenderse que el acto dictado no guarda relación con la sentencia cuya ejecución se pretende.

⁴²⁷ STS 19/12/2011, rec. 2608/2010.

CAPÍTULO QUINTO

PROBLEMAS DE EJECUCIÓN JUDICIAL RELACIONADOS CON EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

5.1 UNA REFLEXIÓN PREVIA NECESARIA: EL PROBLEMA DE LAS DISTINTAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL. ¿TODAS DEBEN SER APLICABLES A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA?

5.1.1 Un eterno problema

A nadie se le escapa que hoy uno de los males endémicos de nuestras Administraciones públicas, y concretamente la del sector local, se circunscribe al elevado nivel del empleo temporal existente, a lo que se le añade la precariedad de las propias relaciones laborales que lo conforman. Distintas razones pueden argumentarse sobre la existencia o generación de dicha situación: desde una legislación fragmentada y atomizada sobre Función Pública, que dualiza, de manera perversa, el régimen aplicable al empleado público, hasta el elevado nivel de nepotismo existente en todas nuestras Administraciones, sobre todo, de nuevo hay que decirlo, en el ámbito local. En este concreto espacio de la organización territorial, es decir, en el local, este problema se ha agudizado en los últimos años. Las razones también son varias, a saber: la profusión de una legislación no pensada para la Administración local, sino preferentemente para el Estado y las Comunidades Autónomas; unas herramientas de organización y estructuración de las relaciones laborales caracterizadas por su rigidez y formalidad; una tutela administrativa supramunicipal tendente, principalmente, a la contención del gasto público «superfluo» que afecta directamente al gasto de personal; un cada vez más amplio espectro de

competencia y de servicios públicos nacidos por virtud de una legislación administrativa sectorial, normalmente de carácter social, donde las entidades locales se han convertido en la «primera base» para la prestación de los citados servicios o para la participación en las referidas competencias; y por último, una cada vez más garantista jurisprudencia laboral que, a través de la figura del «indefinido no fijo», ha regado con dicha figura los rincones de la Administración local, como sanción a su mala praxis en la contratación laboral.

Este mínimo elenco de causas, desde luego no explicitadas como *numerus clausus*, no obvian otras razones que, a pesar de no ser objeto de este estudio, sí se ha de afirmar que inciden en el incremento del empleo público temporal y precario. Entre estas razones, por cuestiones de propia práctica administrativa, pueden enunciarse los famosos Planes de fomento empleo de financiación supramunicipal, así como otros instrumentos de prestación de servicios públicos financiados con fondos finalistas de carácter externo, cuyos empleados contratados, la más de las veces, originan al operador jurídico un problema por tener que «adivinar» qué clase de contrato se le ha de hacer: un contrato de obra y servicios; un contrato indefinido sujeto al 52. e) del Estatuto de los Trabajadores; una interinidad por programa... En fin, multitud de problemas donde, al fin y a la postre, quedan afectados tanto el trabajador como la propia organización pública donde presta servicios.

El problema de la temporalidad laboral en las Administraciones públicas y de las distintas figuras que el ordenamiento jurídico laboral posibilita para atender estas necesidades perentorias, fue ya puesto de manifiesto por la Comisión Técnica que elaboró el Informe sobre la redacción del EBEP. Este Informe en su punto 16, vino a decir lo siguiente ⁴²⁸:

«b) Un segundo problema, que se ha agravado en los últimos tiempos, es el abuso de la temporalidad en el empleo público, que, según los datos estadísticos disponibles –informe del Consejo Económico y Social, *La temporalidad en el empleo en el sector público*, diciembre de 2004–, alcanza en la actualidad a más del 22,8 por 100 del conjunto de los empleados públicos, en las Corporacio-

⁴²⁸ Vid. *Informe de la Comisión Técnica para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* de 25 de abril de 2005, (M. A. P.), pp. 47 y 48. Este apartado no tiene intención de hacer un examen exhaustivo de la situación que sufre la función pública española. Únicamente, describe un hecho que constata cualquier operador jurídico que preste servicios profesionales en el sector público. La temporalidad y la precariedad son rasgos distintivos de las organizaciones públicas españolas. Por ello y para un estudio de la situación actual de la función pública (2021), donde se refleja que los datos de temporalidad son todavía peores que los reflejados por la Comisión Técnica de entonces y urge, por tanto, una transformación de la función pública española, puede verse el trabajo: *Continuidad versus Transformación: ¿qué función pública necesita España?*, dirigido y coordinados por la profesora Josefa CANTERO MARTÍNEZ, y el catedrático y consultor, Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, organizado por el Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

nes Locales a más del 30 por 100 y en la sanidad, a casi el 30 por 100. Las Administraciones Públicas no han quedado, pues, al margen de ese fenómeno de la temporalidad en el empleo, propio de nuestro tiempo (...) Ello, no obstante, no es deseable en absoluto, ni en términos sociales ni desde el punto de vista de la eficacia en la prestación de los servicios, que se mantenga una alta tasa de temporalidad y menos aún, si cabe, en el sector público. De todas formas, el problema fundamental que presenta la temporalidad en el empleo público es que a menudo es artificial o ficticia. Es decir, afecta a muchos funcionarios interinos y empleados con contrato temporal que desempeñan funciones de carácter permanente y que prolongan de manera indefinida su situación...».

En el apartado 22 del mismo Informe relativo a los empleados públicos de carácter interino o temporal, la Comisión señalaba:

«(...) En el caso del personal laboral de carácter temporal, bastaría remitirse a las modalidades de contratación temporal que establece la legislación laboral común, sin perjuicio de abordar el problema de la contratación temporal irregular y de la excesiva tasa de temporalidad existente en el empleo público, a los que nos referimos más adelante (...). Desde un punto de vista jurídico, está claro que la interinidad o temporalidad no justifican la inaplicación de las garantías de igualdad, mérito y capacidad en la selección. Por ágiles y rápidos que sean los procedimientos para su nombramiento o contratación –que deben serlo–, la legislación básica debe seguir manteniendo la vigencia de tales principios».

A partir de aquí, la Comisión lleva a cabo un análisis de las posibles causas que provocan la alta temporalidad en la Administración pública y las posibles soluciones que podrían utilizarse al respecto. Ya hemos dicho que una de las causas de esta alta temporalidad ha sido la contención del gasto público que las leyes de presupuesto estatal anual impusieron para rebajar la deuda pública. Sin embargo, eso no sirvió para que las Administraciones llevaran a cabo planes estratégicos de empleo donde se utilizara al personal existente de forma más eficiente. Lo que provocó fue una mayor contratación en fraude de Ley, tanto a través de los laborales temporales, mucho de ellos, indefinidos no fijos *de hecho*, puesto que ningún órgano jurisdiccional les había reconocido dicha condición aunque seguían prestando servicios en la Administración pública; como también, por otra parte, de personal funcionario interino que, incumpliendo los límites temporales máximos previstos en el TREBEP, tanto para la interinidad por programas, como por vacantes, así como para la aprobación y ejecución de ofertas de empleo público, han seguido prestando servicios, año tras año, como si de personal fijo se tratara. Se puede decir, por tanto, que haciéndolo mal la clase política peor lo han hecho los operadores jurídicos.

La dialéctica jurídica de ese problema ya se encuentra en clave judicial, y no solo estatal sino comunitaria y europea, donde, como ya estudiaremos,

el TJUE cada vez restringe más la posibilidad de proceder con un trato diferente a un temporal de larga duración que a un fijo, ya sea estatutario como laboral.

5.1.2 La contratación laboral temporal en la Administración pública

A) Límites y limitaciones.

Hecho este breve diagnóstico para el que nos hemos apoyado en las opiniones de la Comisión Técnica para la elaboración del Estatuto Básico, desarrollaremos a continuación los medios jurídicos que nuestro ordenamiento nos dota para cubrir las temporalidades laborales en el sector público, y con ello abordaremos sus consecuencias y sus posibles soluciones. Para ello nos referiremos a la problemática que presentan las distintas modalidades de contratación laboral temporal cuando éstas son aplicadas a la Administración pública, pues no solo se enfrentan con límites legales, sino con limitaciones que vienen impuestas por la propia esencia de la modalidad específica de la contratación temporal. Para este asunto, consideramos oportuno seguir las reflexiones de Villanueva Puertollano, previstas en su tesis doctoral de empleo público local que, a su vez, se basan en las apreciaciones que sobre esta problemática han expuesto los profesores Sala Franco y Altés Tárraga⁴²⁹.

Como hemos expuesto al principio, las dudas sobre la modalidad contractual temporal a utilizar en los distintos supuestos que se plantean en la cotidiana gestión de los recursos humanos en las Administraciones públicas, es una matriz constante. A ello hay que sumar la errática postura mantenida por los Tribunales de Justicia en sus pronunciamientos sobre esta materia, así como el escaso valor práctico que en muchas ocasiones ofrecen los estudios doctrinales, donde frecuentemente nos encontramos con opiniones críticas hacia la jurisprudencia, pero sin aportación de propuestas concretas. Nos halla-

⁴²⁹ Los estudios sobre la contratación laboral temporal en las Administraciones públicas, son muchos y muy variados. Por poner algunos ejemplos, desde el estudio de las relaciones laborales, se pueden citar: PEDRAJAS MORENO, A., 2000, pp. 323-339; GOERLICH PESET, J. M., 2010, pp. 332 y ss.; PÉREZ-BEDMA, M.^a de Sande, 2006, pp. 334 y ss. Junto con estos ejemplos, se halla el monográfico de ROQUETA BUJ, R., *La contratación temporal en las Administraciones Públicas*, Madrid, 2019. El necesario estudio de la tensión que se produce entre el régimen laboral y el funcionarial dentro de una misma organización, constatando la simbiosis cada vez más clara –aunque con un vis más extensiva de la jurisdicción social– entre la figura del trabajador laboral y el funcionarial, propio de un sistema mixto, como el nuestro aunque con preponderancia del régimen funcionarial, exige citar la obra de la profesora: CANTERO MARTÍNEZ, J., *El empleo público: entre estatuto funcionarial y contrato laboral*, Madrid, 2001. En concreto, seguiremos en este punto, desde una perspectiva más administrativista a SALA FRANCO, T. y ALTÉS TÁRRAGA, J. A., «La contratación laboral la Administración Local», *Revista de Estudios Locales* (CUNAL), 2008.

mos ante una suerte de «doctrina geométrica o relacional», que se limita a comentar la relación entre una y otra sentencia, pero sin especificar la clave *diamétrica* de la figura que describen o al menos, sin señalar una crítica de razón práctica resolutive.

Para solventar lo anterior, debemos comenzar manifestando que con carácter básico el artículo 11 del TREBEP dispone que:

«Es personal laboral el que, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos para las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal».

A primera vista, parece evidente que se admiten todas las posibles modalidades contractuales creadas por el derecho laboral⁴³⁰. Sin embargo, es necesario matizar esta afirmación. Si nos atenemos a la lista que hemos expuesto (por cierto, para el contrato indefinido y temporal la lista es de *numerus apertus*), debemos decir que ésta es interminable, y cada vez es más extensa, pues el legislador pretende solventar todas las situaciones de precariedad social que por propia consecuencia del mercado laboral se producen. A la vista de la misma, la pregunta se impone: ¿todas las modalidades y especialidades de contratación temporal son utilizables por la Administración pública?

Una primera depuración de las modalidades utilizables por las Administraciones públicas nos viene dada por la Ley 43/2006 de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que contempla gran parte de las modalidades contractuales citadas y que en su artículo 1.4 señala que quedan excluidos de los beneficios del Programa regulado en esa norma, tanto la Administración General del Estado y sus Organismos regulados en el Título III de la Ley 6/1997, como las Administraciones Autonómicas y las Entidades locales y sus Organismos Públicos (hoy, reguladas en los Títulos I y II de la LRJSP).

Efectivamente, como señalan algunos autores⁴³¹, que una Administración se beneficie de los programas de fomento de empleo casa mal con los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen en relación con la contratación laboral. Se trata de medidas dirigidas a la empresa privada que no pueden aplicarse a quien está sujeto a un procedimiento de selección de forma obliga-

⁴³⁰ Si nos atenemos a lo que publica la web del Ministerio con competencias en materia de relaciones laborales: <https://www.sepe.es/HomeSepe/empresas/contratos-de-trabajo/modelos-contrato.html>, podemos decir que hay 4 grandes modalidades de contratación laboral, que son: a) Contratación indefinida; b) contratación temporal; c) contratación para la formación y el aprendizaje; e) contratación en prácticas. Todas ellas, con sus correspondientes subtipos.

⁴³¹ SALA FRANCO, T. y ALTÉS TÁRRAGA, J. A., 2008, p. 68.

toria. De este modo, todos aquellos contratos dirigidos a colectivos determinados (generalmente desfavorecidos) y bonificados no son aptos para las Administraciones públicas, al igual que los que exigen la condición de desempleado en el contratado, ya que son incompatibles con los principios constitucionales de acceso al empleo público.

Distinta cuestión es cuando la Administración pública colabora en programas de fomento del empleo subvencionados por otras Administraciones, toda vez que, en estos casos, no hablamos de empleo público sino de un servicio de mejora de la ocupabilidad de determinados colectivos a través de una experiencia laboral que les permita su integración en el ámbito del trabajo privado. Con esta premisa, el amplio abanico de modalidades contractuales queda bastante reducido. Sin embargo, aún quedan dudas que deben someterse a interpretación, cuando lo razonable sería que el legislador las aclarase vía normativa específica para las Administraciones públicas. En este sentido, consideramos que la genérica remisión a «cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral» que efectúa el TREBEP, en parecidos términos a los usados por la normativa precedente de empleo público, así como de régimen local, es errónea y productora de confusiones, por lo que debería ser objeto de clarificación y precisión.

Así, por lo que a la contratación indefinida se refiere, puede plantearse la posibilidad de utilización por la Administración del contrato de fomento de la contratación indefinida. Esta modalidad contractual fue introducida por la Ley 12/2001 de 9 de julio y se caracteriza por un abaratamiento del despido como incentivo para la contratación indefinida de determinados trabajadores. En principio, nada impide que, si el trabajador seleccionado reúne los requisitos de alguno de los colectivos contemplados en la norma, la Administración opte por formalizar con el trabajador un contrato de estas características. Ahora bien, como señalan correctamente Sala Franco y Altés Tárrega, si la única diferencia entre este contrato y el indefinido ordinario es el coste del despido en caso de calificarse como improcedente, y la solución indemnizatoria está hoy excluida para la Administración vía artículo 96 del TREBEP (que señala en su apartado 2 que procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave), es evidente que no tiene sentido alguno en el ámbito público. Todo ello, sin perjuicio de que resulte incoherente un tipo de contratación cuya única diferencia sea premiar a la Administración en caso de llevar a cabo una actuación incorrecta como es un despido improcedente. La lógica impone que una medi-

da válida en el mundo empresarial privado no es trasladable directamente a la Administración pública. Además, carecería de toda ética.

Después de lo manifestado, solo unas pocas modalidades contractuales laborales se estiman aplicables en la Administración pública⁴³², y de éstas nos vamos a pronunciar sobre tres: (1) de obra y servicio; (2) de circunstancias de la producción, y (3) de interinidad.

B) El contrato de obra y servicio. ¿sustantividad propia en un servicio público?

Lo principal de este contrato, tanto en su uso por la Administración como por cualquier empresario privado, es la necesidad de identificar suficientemente la obra o servicio al que se destina la contratación. Y aquí empiezan los primeros problemas con esta modalidad, puesto que habrá que preguntarse cómo puede identificarse la sustantividad propia de una prestación que se halla dentro de un servicio público de naturaleza permanente. Nos explicamos.

Si se contrata temporalmente a un «operario de vías públicas» para la reparación y mantenimiento de éstas, dicha prestación solo tendrá sustantividad propia si en el contrato se identifica perfectamente, tanto material como temporalmente, la reparación, reforma o reconstrucción a realizar, ya que en caso contrario, el servicio contratado se identificará con el propio servicio público *permanente* de «pavimentación y conservación de vías públicas», que como sabemos, es un servicio público básico que todo Municipio debe prestar de manera continuada. Por ello, esa necesidad de sustantivar o de identificar claramente la obra o el servicio cuando la contratación se produce para un servicio público de interés general o permanente, puede acarrear problemas de identificación o de clara delimitación de su objeto contractual, puesto que éste puede no diferenciarse de la propia prestación que comporta el servicio público.

Para que pueda ser utilizado este contrato de acuerdo con lo regulado en el artículo 15.1 a) del ET y 2 del RD 2720/1998, se requiere: a) que la obra y el servicio que constituye su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limi-

⁴³² No podemos sino reproducir las conclusiones a las que llega VILLANUEVA PUERTOLLANO en su tesis doctoral, con algunas precisiones por exigencias de posteriores modificaciones legislativas, quedando como sigue las posibles modalidades contractuales a utilizar por las Administraciones públicas: a) Contrato de trabajo por tiempo indefinido sin reducción de cuotas; b) Contrato de obra o servicio determinado, contrato eventual por circunstancias de la producción, contrato de interinidad y contrato de relevo; c) Contratos de formación y aprendizaje. Y dentro de los mismos, y de acuerdo a su jornada laboral, cabrá poder ser contratado a tiempo parcial o fijo discontinuo. Vid. VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2011, pp. 211 y ss.

tada en el tiempo, sea en principio incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto, y d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas.

Esta doctrina es totalmente aplicable a las Administraciones públicas, como lo señalan las sentencias del TS de 13 y 22 de septiembre de 2011 (rec. 3335/2010, 12/2011) con cita por ésta en las de 14 de julio de 2009 (rec. 2811/2008), 21 de enero de 2009 (rec. 1627/2008) y 10 de octubre de 2005 (rec. 4162/2003).

En relación a la temporalidad en la prestación del servicio o la realización de la obra, la jurisprudencia ha manifestado que no tiene por qué existir relación entre la temporalidad de la obra y una subvención para la realización del objeto contractual. En este sentido, podemos traer a colación por su claridad, la sentencia del TSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 6 de junio de 2008, en el recurso 3365/2007, que resume la doctrina del TS, poniendo de manifiesto lo siguiente:

«En el caso que examinamos la demandante mantiene una contratación a lo largo de catorce años, que no responde a una actividad temporal sino a algo permanente y continuo no sujeto a subvención alguna, así resulta del relato fáctico de la sentencia y el mismo no ha sido combatido. Pero es que aun cuando se admitiera que la contratación estaba condicionada a la subsistencia de la subvención, el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de noviembre de 2002 a propósito de la vinculación de la duración del contrato con la de una subvención, señala que –en todo caso, de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, que autoriza la extinción del contrato por causas objetivas, “En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes o programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”–, razonando asimismo que *del carácter anual del Plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquel subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian*» (la cursiva es nuestra).

A tenor de la sentencia citada, se ha de decir que en la mayoría de los casos (antes de la reforma del 2013, que afectó al artículo 52.e) del ET) lo que se producía, cuando se estaba ante de programas o proyectos subvencionados

de carácter social o laboral que se repetían año tras año, era que la Administración empleadora confundía la *causa* de la contratación con su *objeto*. El objeto sujeto al programa subvencionado anualmente era temporal, pero la causa de la contratación era y es indefinida, y lo es por cuanto que el programa, al referirse a una competencia y a un servicio público de prestación continua que por su importancia debe ser definido como de interés general, no tiene término de conclusión (*certus quam incetus quamdo*).

En la contratación temporal para obras o servicios determinados, la causa propia de la extinción del contrato será precisamente la finalización de esa obra o servicio que motivó la contratación. Y en este aspecto, de nuevo, nos encontramos con dificultades específicas por el hecho de ser contratante la Administración. De este modo, en el supuesto de que un trabajador vea extinguida su relación con anterioridad a la finalización de la obra o servicio, estaremos ante un despido improcedente y la consecuencia jurisprudencial ha sido la de la transformación de la relación temporal en indefinida no fija de plantilla (en el caso de optar la Administración por la readmisión y no por la indemnización). En este sentido, el TJUE el 11 de febrero de 2021, acaba de manifestar en el asunto C-760/18 que la determinación temporal debe ser clara y determinante, pudiendo dar lugar a fraude de ley la celebración de un solo contrato, sin necesidad de concatenación, cuando éste se extiende más allá de lo acordado.

Y aquí se estima necesario hacer una apreciación sobre una situación no abordada suficientemente por los Tribunales, que es la siguiente. Una vez que el tribunal ve acreditado que el trabajador es un indefinido no fijo porque se ha cometido por la empleadora pública un fraude de ley en su contratación, la Administración debería carecer de la oportunidad de readmisión o indemnización al trabajador. No solo porque, como indica Campos Daroca⁴³³, el que un laboral fijo puede decidir optar por la readmisión en caso de improcedencia del despido disciplinario y (no así un temporal) es un tratamiento diferenciador sin causa objetiva, a la luz del artículo 5 de la Directiva 1999/70/CEE sobre empleo temporal, sino porque, una vez que se ha declarado en sentencia que el laboral es un indefinido no fijo su régimen jurídico cambia y la dos únicas opciones que jurisprudencialmente son admitidas para extinguir la relación indefinida no fija son: o sacar la plaza a concurso público o proceder a su amortización.

⁴³³ Vid. CAMPOS DAROCA, M. J. (2012): «Personal laboral de la Administración Local», en COBO OLVERA, T. y VERA TORRECILLAS, R. J. (Dir.): *Empleo Público Local, prontuario para la selección, organización y gestión de personal de las Entidades Locales*, La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, p. 1144.

Por ello, estimamos que no cabría la opción de readmitir o indemnizar, ya que esta posibilidad recaería en los contratos temporales cuyas causas de extinción fueran improcedentes. Si el Tribunal hallara algún indicio de que se ha cometido fraude y así se constatará en sede judicial, convertido el contrato temporal en indefinido, su régimen de readmisión o extinción sería distinto, debiendo el Juzgador proceder a su readmisión, acordando la extinción de la relación laboral de acuerdo con lo especificado para este tipo de relaciones laborales.

Dejando a un lado lo anterior, es imprescindible para no incurrir en fraude de ley, que para la utilización de este tipo de modalidad contractual, quede perfectamente reflejado en el expediente de contratación, la singularidad e identidad de la obra y el servicios, sin que pueda confundirse con las tareas generales y permanentes del propio servicio público. En todo caso, el contrato deberá decaer finalizada la obra o el servicios, o en su caso, el plazo máximo legal.

C) El contrato por circunstancias de la producción. Un contrato sin espacio.

En relación a las contrataciones temporales por circunstancias de la producción, se ha de decir que es una especialidad contractual difícilmente encajable en la Administración pública, salvo que se trate de organismos públicos que no participen de dicha naturaleza, aunque sí formen parte del sector público. En esta modalidad el elemento fundamental es el incremento de la actividad funcional como causa legitimadora de su utilización. A nivel jurisprudencial se ha admitido también el uso de esta modalidad en supuestos de insuficiencia coyuntural de personal de plantilla o de estructura (STS de 23 de mayo de 1994, rec. 871/1994). Igualmente, se ha permitido recurrir a esta figura para suplir recursos humanos durante el disfrute de las vacaciones, ya que se ha considerado que en dicha situación se producía el supuesto de acumulación de tareas a efectos de eventualidad⁴³⁴. Ahora bien, la jurisprudencia no ha tardado en reaccionar cuando no se trataba de una solvencia coyuntural sino permanente, exigiendo que la contratación apta no era la utilizada sino la interinidad por vacante (STS 27 de junio 2018, rec. 161/2017).

El gran problema que supone la utilización de esta modalidad de contrato viene dado por la taxativa duración que tiene en el tiempo. Efectivamente, su duración máxima es de seis meses, en el plazo de doce meses desde la contra-

⁴³⁴ SSTS de 15/02/1995, rec. 1672/1994 y de 5/06/ 1994, rec. 83/1994.

tación [artículo 15.1.b) del ET], pudiendo tener una duración mayor de acuerdo con el convenio colectivo. Se trata de una limitación lógica teniendo en cuenta la causa establecida para su celebración, un momento coyuntural de falta de personal para atender a la demanda. Obviamente, la consecuencia de la superación del plazo será su transformación en una relación indefinida, pero no fija de plantilla. El TS ha venido de decir que es necesario la identificación expresa en el contrato que se suscriba de la causa coyuntural que motiva su celebración, sin que sea suficiente una mera referencia general o cláusula de estilo (STS 10 de noviembre de 2020, rec. 983/2020).

D) El contrato de interinidad. Un vaivén jurisprudencial.

Por último y en relación al contrato de interinidad, debemos señalar que ha dado lugar a una profusa y constante jurisprudencia, como consecuencia, no solo de haberlo asociado o haberse asociado a él la figura del indefinido no fijo, sino sobre todo, por su vinculación con lo definido en el artículo 70 del TREBEP y las consecuencias del incumplimiento de ejecutar la oferta empleo público en los tres años legalmente exigidos.

En un primer momento, la problemática derivó de una regulación legal que únicamente permitía su uso para la sustitución de trabajadores con derecho a la reserva del puesto de trabajo, pero no para la cobertura provisional de una vacante hasta que se produjera su cobertura por el procedimiento reglamentario, lo que obligó a interpretaciones jurisprudenciales complementarias y casi alternativas a su propia regulación. Esta carencia fue resuelta, y la regulación actual contempla expresamente su utilización para cubrir una vacante hasta su cobertura definitiva, extendiendo su duración el tiempo necesario para que la Administración lleve a cabo los procesos de selección previstos en su normativa específica. Sin embargo, siendo esto así, la jurisprudencia ha venido a fijar límites ante los abusos de la Administración pública cuando ésta incumple su obligación de aprobar ofertas de empleo o cuando éstas quedan caducadas por haber transcurrido más de tres años para su ejecución.

En este sentido, podemos iniciar el análisis con la sentencia de 19 de junio de 2013, dictada en el recurso 890/2013 por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, (con la misma argumentación, sentencia de 12 de mayo de 2016, rec. 262/2016) que inicia su estudio manifestando lo siguiente:

«El artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores no contempla entre los supuestos que habilitan la contratación temporal de los trabajadores el supuesto de existencia de vacantes pendientes de cobertura definitiva, pero dicho supuesto de contratación temporal lícita fue creado por la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. (...). De acuerdo con el Tribunal Supremo, la fina-

lidad que estas normas persiguen no es otra que la de permitir a empresarios y empleadores hacer frente a aquellas particulares situaciones en que un determinado puesto de trabajo de su empresa u organismo no va a ser efectivamente desempeñado, durante un período de tiempo limitado, por la persona a quien legalmente corresponde o pudiera corresponder la titularidad del mismo. (...) De todo ello dedujo el Tribunal Supremo que los artículos 15.1.c del Estatuto de los Trabajadores y 4.1 del Real Decreto 2104/1984, a la sazón vigente, debían ser interpretados en el sentido de que en ellos se incluyen y comprenden los contratos de interinidad concertados por las Administraciones Públicas a fin de ocupar provisionalmente determinadas plazas o puestos vacantes de las mismas, en tanto no sean designadas oficialmente las personas que han de ostentar su titularidad por los cauces legalmente establecidos al efecto. Dicha doctrina jurisprudencial se recogió en norma reglamentaria, siendo la vigente el artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, si bien nunca se ha recogido en el Estatuto de los Trabajadores, (no obstante) la interpretación jurisprudencial, sigue considerando vigente su antigua doctrina sobre la existencia tácita de dicha figura contractual atípica, pese a la indiferencia del legislador a la misma. Conforme a la norma reglamentaria, artículo 4 del Real Decreto 2720/1998, que constituye la única regulación de este supuesto de contratación temporal, la duración del contrato de interinidad por vacante es la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto».

Con el soporte de la doctrina jurisprudencial que admitía la legalidad de esta forma de contratación temporal en las Administraciones públicas, la propia Sala Cuarta del Tribunal Supremo estableció también el criterio de que, en el caso de las Administraciones públicas, la falta de convocatoria de la vacante no determinaba la conversión del contrato en indefinido. Así lo hizo a partir de su sentencia de 24 de junio de 1996 en el recurso de casación número 2954/1995, donde señaló que la existencia de una demora en la provisión de las plazas por parte de la Administración no determinaba la transformación del contrato en indefinido.

Pues bien, esta doctrina, anterior al nacimiento del EBEP, fue objeto de modificación. De acuerdo con la posterior jurisprudencia, el citado Estatuto era aplicable «al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral». Por ello, parecía obvio, que lo dispuesto en el artículo 70 sobre la oferta de empleo público afectaba también al personal laboral de las Administraciones, incluidos los Organismos Autónomos, que en todo caso tenían la condición de Administración Pública (art. 2.3 de la LRJSP). Era, por tanto, obligación inexcusable de la Administración convocar las vacantes para su cobertura, previa inclusión en la oferta de empleo público, y para ello, el EBEP (y TREBEP) fijaba un plazo temporal improrrogable para que la oferta de empleo público se ejecutara, que era de tres años. Esta doctrina resolvía los problemas que pudie-

ran encontrarse con las plazas «desdotadas» presupuestariamente, pues entendía que, si había presupuesto para la interinidad, también lo había para el mantenimiento de la plaza.

El juego de la regulación legal del TREBEP, del Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre y del ET, resultaba claro para ese cambio doctrinal y, en principio, dejaba escaso margen interpretativo. En definitiva, este sistema implicaba que, en el caso de una contratación por interinidad, la vacante, si no figuraba ya incluida en una oferta de empleo público anterior, habría de incluirse en la del año natural siguiente. En todo caso, el plazo máximo de cobertura era de tres años. En este sentido, la jurisprudencia manifestó (por todas, sentencia de 12 de octubre 2017 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía), que para computar dicho plazo no debía tomarse en consideración la fecha de la contratación del interino por vacante, sino la fecha en que se había producido dicha vacante.

Esta doctrina encontró su apoyo final en la sentencia para la unificación de doctrina del TS del 14 de octubre de 2014 (núm. 711/2013). Con posterioridad, la Sala de lo contencioso-administrativo del TS, en sentencia del 10 de diciembre 2018 (rec. 129/2016), declaró que el plazo de 3 años era un plazo *esencial* a los efectos de la indefinición, añadiendo además que no afectaba el que los contratos se hubieran celebrado con anterioridad a la entrada del EBEP.

Sin embargo, la citada jurisprudencia ha sido abandonada por el TS, dando de nuevo un giro a su propia doctrina y volviendo a sus orígenes. El Alto Tribunal ha entendido que la no ejecución en tres años de una oferta de empleo público, no provoca *automáticamente* la conversión del interino en indefinido, sino que es necesario que se señalen otros parámetros de fraude en la contratación, ya que aquel por sí solo no opera para tal efecto. Así señala que:

«No desconoce la Sala que la exclusión del plazo temporal en la duración de las relaciones de interinidad por vacante puede producir comportamientos abusivos o fraudulentos en la utilización de este tipo contractual. Pero, aparte de que el carácter temporal del vínculo no resulta modificado por la “falta de convocatoria de la plaza provisionalmente ocupada” (...) la demora, razonable o irrazonable en el inicio del procedimiento reglamentario de selección sólo constituye el incumplimiento de un deber legal, del cual no deriva que el interino se convierta en indefinido, pues la conclusión contraria no sería conciliable con el respeto a los principios que regulan las convocatorias y selección del personal en las Administraciones Públicas y generaría perjuicio a cuantos aspiraran a participar en el procedimiento de selección» (STS de 6 de febrero de 2020, rec. 2726/2018).

En definitiva, la jurisprudencia acaba de entender que el cumplimiento del plazo para ejecutar una oferta pública de empleo no es una garantía inamo-

vible que provoque la novación directa del contrato de interinidad en uno indefinido. Interpretación que ha sido ya desautorizada, como luego veremos, por el TJUE en sentencia de 3 de junio de 2021, en el asunto C-726/19, por ser contraria al artículo 5 del Acuerdo Marco europeo sobre trabajo de duración determinada.

Ahora bien, admitiéndose la *escasa* posibilidad de conversión en indefinido no fijo, es necesario advertir, no obstante, que no existirán diferencias sustanciales entre uno y otro contrato mientras estén vigentes sus relaciones laborales salvo cuando lleguen sus extinciones, pues mientras el interino por vacante no está (por ahora) sujeto a indemnización (STS 13 de marzo 2019 (rec. 3970/2016), dando respuesta a la doctrina europea de *Diego Porras*, el indefinido no fijo sí lo estará, aunque la jurisprudencia baile entre una indemnización como personal temporal o por causas objetivas.

Lo expuesto no hace sino subrayar lo que la Comisión Técnica autora del Informe sobre el EBEP reseñó, y es que las modalidades contractuales laborales temporales no están pensadas, en su gran mayoría, para la Administración pública. La finalidad de su existencia como organización prestadora de servicios públicos permanentes, reduce en extremo la posibilidad de utilizar la contratación laboral temporal. Si a ello se le añade que el personal laboral es considerado un personal accidental o residual dentro de las Administraciones públicas, debemos concluir que la posibilidad de recurrir a las modalidades contractuales temporales existentes en el Derecho laboral, solo son parcheadas respuestas a las necesidades estructurales que padece la Administración en su día a día, pero ni mucho menos una solución operativa a sus reales deficiencias.

5.2 LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DECLARATIVAS DE LABORALES «INDEFINIDOS NO FIJOS DE PLANTILLA». FRICCIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y LA JURISDICCIÓN SOCIAL. UNA NECESARIA REVISIÓN DE LOS ANTECEDENTES DOCTRINALES JUDICIALES DEL INDEFINIDO NO FIJO. POSIBLES SOLUCIONES DESDE EL DERECHO COMUNITARIO

5.2.1 **El indefinido no fijo en la organización pública. Efectos inmanentes**

Se ha considerado necesario empezar este Capítulo V con el estudio del uso (abuso) de las contrataciones laborales temporales por parte de la Admi-

nistración pública, y ello por cuanto que la reacción que la jurisprudencia elaboró a partir de los años 90 frente a ese abuso de poder fue la de crear una figura jurisprudencial cuyo límites y consecuencias todavía se están redefiniendo. Estamos hablando del ya citado «indefinido no fijo de plantilla»⁴³⁵.

Antes de entrar en el estudio de dicha figura y de los efectos que provoca su declaración judicial en la propia organización pública empleadora cuando se quiere ejecutar una sentencia condenatoria, se hace imprescindible partir del hecho que se trata de un personal que carece de plaza pero también de puesto en la RPT de la organización pública, con independencia de que tras su declaración judicial, la consecuencia *ad intra* sea la de crear una auténtica plaza (dotación presupuestaria permanente), para ello puede verse la reciente STS de la Sala Social de 2 de marzo de 2021 (rec. 2727/2018) y *ad extra*, se deba reflejar en la propia RPT que existe un puesto que se va ejercer de forma indefinida (es decir, no sujeta a plazo temporal).

Las consecuencias (negativas) de ejecutar una sentencia respecto a dicho personal son claras. Esta figura jurídica altera sustancialmente la ordenación interna de la organización pública, por cuanto que ni es personal de plantilla ni ocupa puesto que deba estar en la RPT, pero al tiempo que judicialmente se declara que la relación laboral que une al empleador con el empleado deviene indefinida, el trabajador posee un puesto de trabajo *indefinido* (con el equívoco que dicho término conlleva para diferenciarlo del fijo) con todos los derechos laborales inherentes a ser un trabajador del sector público, a excepción del derecho a la inamovilidad propia del que ha superado un proceso selectivo reglado con los parámetros de calidad exigidos constitucionalmente.

Nos encontramos, pues, con un problema bifronte: por una parte, se ha de cumplir con la sentencia en sus propios términos. La Administración deberá estar al sentido y a la literalidad de la resolución judicial (a salvo de los errores patentes en los que se incurra), actuación imprescindible para colmar el derecho a una tutela judicial efectiva en su vertiente de ejecución. El derecho subjetivo del trabajador a que se ejecute la sentencia de acuerdo con la realidad judicial creada en la sentencia, se convierte en causa y fuerza de la actividad posterior de la Administración. Y la posibilidad de alegar la imposibilidad le-

⁴³⁵ Hay una gran profusión de literatura sobre esta figura, no obstante, como resumen sistemático puede verse además de lo publicado por el autor de esta investigación: PEÑA MOLINA, M., 2015, *Revista General de Derecho Administrativo* (IUSTEL), pp. 62 y ss; «La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 y la estabilización del empleo público temporal. Soluciones para el sector local», 2018, p. 124 y ss; «La ósmosis del empleo público temporal en el ámbito local. Del indefinido no fijo al funcionario interino», en ORTEGA BURGOS, E. (Dir.), 2019, pp. 245-271; «Del indefinido no fijo al fijo de plantilla. Nuevos aires para nuevos tiempos», *Cuadernos de Derecho Local* (QDL), 2019, pp.189-198. BELTRÁN, I., 2017, *Iustlabor*, p. 160-190; y VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2010, pp. 146-168, y un larguísimo etcétera.

gal de ejecutarla en sus propios términos, ya se ha visto que queda reservado a los supuestos de imposibilidad absoluta donde la legalidad sobrevinida actúa como límite infranqueable. Esto nos conduce a un segundo problema: al ser el indefinido no fijo una figura jurisprudencial ajena a la regulación legal existente, lo es también a la normativa reguladora de los instrumentos organizativos de la Administración. Ninguna norma jurídica vigente contempla qué tratamiento hay que dispensar al indefinido no fijo desde la RPT y la plantilla de personal. Y sobre este último documento que, ya hemos visto que goza de efectos presupuestarios, todavía es más importante el problema pues, si tenemos en cuenta que la jurisprudencia titubea a la hora de determinar si es un temporal o un cuasi-fijo, el crédito presupuestario que se le reserve para hacer frente a los salarios y gastos, será temporal y provisional o permanente y fijo. En el primer caso, finalizado el crédito reservado el indefinido no fijo tendría que cesar por causas económicas, sin embargo, el régimen jurisprudencial que constituye su estatuto jurídico lo impide, y exige ir a la amortización de una plaza que no puede existir precisamente por esa temporalidad. Y si el crédito es fijo y permanente, la plaza ya no será *indefinida*, sino *fija*. Un dilema que nos empuja a estar en el plano de la alegalidad para dar cumplimiento a la juridicidad.

En este sentido, se hace necesario advertir que la figura del personal laboral indefinido no fijo de plantilla no ha sido incorporada al derecho positivo a través del anterior EBEP ni del TREBEP, a pesar de que pueda considerarse lo contrario a la vista de lo regulado en su artículo 8.2.c), y sin perjuicio de lo ordenado en las Leyes 3/2017 de 27 de junio de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 6/2018, de 3 de junio de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, respectivamente, y en relación a la posible consolidación de este personal sin que afecte a la tasa de reposición (arts. 19.4).

El nacimiento de aquella figura responde a la tensión producida entre dos polos antagónicos: De una parte, la necesidad de combatir la irregular contratación temporal de la Administración, y de otra la imposibilidad de aplicarle, al igual que al empresario privado, la presunción *iuris et de iure* del artículo 15 del ET de que el contrato laboral en fraude de ley deviene en indefinido dadas las previsiones del igualdad en el acceso al empleo público consagradas en la Constitución (arts. 22.3 y 103). La evolución jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo de plantilla, puede dividirse en siete etapas distintas, a saber:

Primera: Se entendía que el contrato era indefinido, declarando la improcedencia del despido con derecho de opción entre la indemnización o la readmisión (sentencia de 28 de noviembre de 1989 de la Sala de lo Social del TS).

Segunda: En la que también se entendía que el contrato era indefinido, y el despido nulo, pero sin posibilidad de opción entre readmisión o indemnización, imponiéndose en todo caso esta última (sentencia de 8 de junio de 1995 de la Sala de lo Social del TS).

Tercera: Se consideraba el contrato temporal irregular por celebrarse en fraude de ley, salvo que el puesto ocupado por el trabajador sea funcional, en cuyo caso es nulo (sentencia de 19 de enero de 1993 de la Sala de lo Social del TS, rec. 54/1991).

Cuarta: Línea por la que se entiende que el trabajador es indefinido, pero no fijo de plantilla, debiendo abandonar el puesto cuando se cubra por el procedimiento correspondiente (sentencia de 7 de octubre de 1996 de la Sala de lo Social del TS, rec. 292913/1993).

Quinta: Línea por la que se entiende que el trabajador es indefinido, pero no fijo de plantilla, debiendo abandonar el puesto cuando se amortice «la plaza» reconociéndose una compensación económica ex art. 49.1.c) del ET (sentencia de 14 de octubre de 2013 de la Sala de lo Social del TS, rec. 68/2013).

Sexta: Línea por la que se entiende que el trabajador es indefinido, pero no fijo de plantilla, debiendo abandonar el puesto cuando se cubra reglamentariamente «la plaza» reconociéndose una indemnización económica ex art. 49.1.c) del ET, de doce días por año trabajado (sentencia del 31 de marzo de 2015 de la Sala de lo Social del TS, rec. 2156/2014).

Séptima: Línea por la que se entiende que el trabajador es indefinido, pero no fijo de plantilla, debiendo abandonar el puesto cuando se cubra reglamentariamente «la plaza» y debiendo acudir a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del ET, si se pretende proceder a la amortización de la plaza (sentencia de 24 de junio de 2014 de la Sala de lo Social del TS, rec. 217/2013).

Esta última sentencia provocó una disrupción importante, y ello porque el Alto Tribunal abandonaría su larga posición argumental anterior vislumbrada ya *ab initio* en la sentencia de 8 de junio de 2011. De acuerdo con la nueva reflexión, el Tribunal Supremo admitía que su doctrina tradicional había sido la de considerar que los contratos de interinidad por vacante y los del personal indefinido no fijo al servicio de la Administraciones públicas se extinguían no sólo al cubrirse la plaza ocupada por el trabajador, como resultado del proceso ordinario de cobertura, sino también por la amortización de la plaza vacante ocupada, supuesto en el que la causa extintiva operaba directamente sobre el contrato, lo que hacía innecesario acudir a los procedimientos de extinción colectiva o individual por causas objetivas previstos en los artículos 51 y 52. c) del ET (SSTS de 8 de junio de 2011, rec. 3409/2010; 22 de julio de 2013,

rec. 1380/2012; 23 de octubre de 2013, rec.408/2003; 13 de enero de 2014, rec. 430/2013 y de 25 de noviembre de 2013, rec. 771/2013, entre otras).

Esta doctrina, según el Alto Tribunal, debía rectificarse tras la entrada en vigor de la Disposición adicional vigésima del ET, norma que, según el criterio del Tribunal, había mejorado lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 1998/59/CE, de 20 de julio, con relación al personal laboral de las Administraciones públicas, a quien a partir de ahora se aplicaba lo dispuesto en los artículos 51 y 52. c) del E. T. en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y en los despidos por causas individuales por causas objetivas. En resumen, los tribunales de justicia, incluidos los autonómicos, han continuado llevando un vaivén sobre si los indefinidos no fijos debían ser considerados temporales o fijos, a efecto de la indemnización que les correspondía cuando finalizaba su prestación de servicios. Es decir, se discute todavía si les es de aplicación directa y única el artículo 49.1.c) del ET con la indemnización correspondiente para un temporal, o si por el contrario les es de aplicación el artículo 52 y por remisión, lo previsto en el artículo 51 del mismo cuerpo legal laboral, con la correspondiente indemnización para un fijo, esto es, 20 días por año y como máximo 12 mensualidades.

5.2.2 Un debate relevante en torno a sus consecuencias

Ciertamente, el debate en torno al indefinido no fijo se ha proyectado mayoritariamente sobre el momento de su extinción y las consecuencias que producía. A nuestro criterio este debate no es el relevante a efectos de abordar el indefinido no fijo, pues se centra en el momento del cese del trabajador. Lo importante, a nuestro entender, y desde la perspectiva del *lenguaje de los derechos*, se ciñe a dos cuestiones esenciales, a saber: la primera, su diferencia con un fijo de plantilla; la segunda y, de acuerdo con lo previsto para la primera, determinar si, sin perjuicio de la evolución jurisprudencial sobre dicha figura que acabamos de exponer, nuestro ordenamiento jurídico puede soportar otra solución en materia de ejecución de sentencia en fraude de ley laboral, que no sea nombrar *extra legem* un personal que, considerado indefinido hasta que se le ocupe o amortice su «plaza» (recordemos que carece de ella), se le priva del derecho a la estabilidad (inmovilidad laboral) a pesar de la aplicación de lo fijado en el artículo 15.5 del ET.

En relación a la primera cuestión, es dable traer a estas líneas las argumentaciones del TSJ de Andalucía, aducidas en la sentencia de 6 de abril de 2010, en el recurso 38/2010. En dicha sentencia, la Sala de lo Social, vino

a manifestar que la diferencia entre un fijo de plantilla y un indefinido no fijo de plantilla se centraba en la propia titularidad de la plaza que ocupaban, de tal forma que, mientras el personal fijo ocupaba *su* plaza, nunca podría ser considerada vacante a efectos de proceder a su provisión definitiva por otra persona. Frente a dicha situación, la desempeñada por un trabajador indefinido estaría llamada a ser ocupada a través del procedimiento legalmente establecido. Sería conforme, por tanto, a Derecho, la actuación llevada a cabo por la Administración en orden a conceptuar como vacante el puesto de trabajo ocupado en su condición de trabajador vinculado por una relación laboral de carácter indefinido y la correlativa obligación de la Administración de adoptar las medidas necesarias para la provisión regular de la plaza.

En base a dicha singular distinción, y recogiendo los argumentos de una sentencia dictada por el tribunal autonómico del País Vasco, el Alto Tribunal andaluz citado, vino a manifestar que la contratación laboral en la Administración, al margen del procedimiento legalmente establecido, califica los trabajadores así incorporados al servicio público de «trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido», mientras que los que han superado el procedimiento de selección reglamentario deben calificarse como «trabajadores fijos de plantilla» y que vendría a configurarse como algo intermedio «entre trabajador temporal y fijo». Decía, también, el TSJ de Andalucía que subyacía en esta jurisprudencia el identificar la noción de trabajadores contratados por tiempo indefinido «con quienes se han lucrado con la estabilidad en su relación de servicios con el Poder público por una vía espuria», esto es, no por méritos acreditados en el correspondiente proceso de selección, en libre e igualitaria pugna con otros aspirantes, sino como consecuencia de una ilicitud sustancial cometida en la suscripción de su vinculación temporal con el Organismo contratante, que operan como agencias de colocación para «los afines», sin que la gravedad de la infracción (STSJ de Andalucía de 30 de junio de 2000) o la mayor o menor duración de los servicios prestados (STSJ de La Rioja 20 de junio de 2000) desvirtúen en modo alguno esa doctrina jurisprudencial.

Ante esta ambivalencia, razona el Alto Tribunal autonómico que, calificada como sutil pero ambigua distinción, la Sala Social del TS, desarrolló a través de las sentencias, 20 de enero de 1998 y 21 de enero de 1998 (rec. 1000 y 1138) con algo más de amplitud, la última tesis jurisprudencial sobre esta figura, partiendo de la necesaria coexistencia de normas laborales y normas administrativas:

«a) En primer lugar, la obligada sumisión a las normas de derecho necesario, que atribuyen con carácter general los puestos de trabajo de la Administración a los funcionarios (principio de reserva general) y la excepción, al personal

laboral (principio de limitación de los puestos de trabajo en régimen general), de conformidad con la doctrina emanada de la STC 99/1987 y recogida en el actual EBEP (TREBEP).

b) En segundo término, que la selección del personal laboral de la Administración ha de subordinarse a los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que supone, además, una garantía para la eficacia de la Administración en el servicio de los intereses públicos.

c) Que las referidas disposiciones sitúan a la Administración en una posición especial, en la medida que no es válida una aplicación incondicionada de la normativa laboral en los casos de irregularidades en la contratación temporal al ser preciso tener presente dos ordenamientos diferentes (el laboral y el administrativo) que han de ser objeto de una interpretación integradora».

Así, mientras la norma laboral tutela intereses privados, sin desatender los sociales, la legislación administrativa protege intereses públicos, de relieve constitucional (la igualdad en el acceso al empleo público y la eficacia de la actuación de la Administración en el servicio de los intereses generales). De acuerdo con dichas argumentaciones, y atendiendo a ambos ordenamientos jurídicos en interpretación integradora, el conflicto debía resolverse, recordaba el TSJ, haciendo prevalecer la norma especial en atención a la misma especialidad de la contratación laboral en la Administración y los intereses que esta norma tutelaba. Por todo ello, se defendía que cuando la Ley prohibía contratar o este contrato se formalizaba vulnerando una norma especial, la consecuencia querida por la norma no podía ser la declaración del contrato como fijo, sino como «indefinido» (STS 20 de enero de 1998).

La STS de 20 de enero de 1998 inició un tímido intento de distinción entre las dos nociones, en los siguientes términos: el contrato de trabajo «indefinido» implicaba que, desde la perspectiva temporal no estaba sometido directa o indirectamente a término, pero sin que ello comportara el carácter de fijo, circunstancia ésta que únicamente podía predicarse del trabajador que había superado un proceso de selección. Ello suponía una consecuencia: si la plaza se cubría posteriormente mediante el procedimiento legal y el candidato seleccionado era distinto del que mantenía la anterior condición de contrato indefinido no fijo, ello habilitaba a la Administración para extinguir el vínculo laboral. Esta tesis del Tribunal Supremo ha sido mantenida y reiterada hasta el momento presente por todo un conjunto de pronunciamientos que parecen conformar la tesis definitiva, que no por definitiva menos criticada.

Fijada la argumentación en este punto, el TSJ de Andalucía se pregunta: «¿cuál es el marco jurídico aplicable a los trabajadores indefinidos no fijos?». En su respuesta expone que, de acuerdo con las normas reguladoras de función pública en la Administración pública, pueden prestar servicios tres tipos de

personal laboral: personal laboral fijo, personal laboral temporal y personal laboral indefinido no fijo de plantilla. En tanto en los dos primeros supuestos el haz de derechos y obligaciones de la parte contratante y contratada es clara, no sucede lo mismo con los trabajadores vinculados con la entidad pública por un contrato indefinido no fijo de plantilla. Por ello es tan importante establecer cuáles son aquellos y cómo se conforma la continuidad y, en su caso, la extinción del contrato de trabajo. El análisis de la cuestión requiere las siguientes previas consideraciones:

a) La distinción entre «fijo» e «indefinido» no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según la duración, por cuanto el indefinido, al igual que el fijo, implica que, desde una perspectiva temporal, no está sometido a término (STS 20 de enero de 1998). La distinción sí que afecta a la calificación de la posición subjetiva del trabajador con la Administración, de tal forma que nos encontraremos ante «trabajadores fijos de plantilla», esto es, aquellos contratados mediante un procedimiento reglamentario, y «trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido no de plantilla», que no han superado ningún proceso de tales características. En consecuencia, la distinción se basa en que los primeros consolidan una «posición de fijeza en la plantilla» que no adquieren los segundos: la fijeza garantiza al trabajador la estabilidad en su puesto de trabajo, en tanto que el carácter indefinido de la relación laboral se predica del vínculo, no del trabajador considerado en sí mismo. Estas condiciones de fijo e indefinido coinciden en la mayoría de ocasiones, pero no siempre, como es en el caso del período de prueba, como tampoco inciden sobre la misma realidad ni tienen un efecto equivalente.

b) Como ya hemos apuntado, esta doctrina es de aplicación tanto en las irregularidades contractuales como en los fraudes de ley sucedidos en la contratación temporal, pero también en aquellos casos del art. 15.5 ET, como en los de acceso a la plantilla por imposición de normas que regulan la cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET) y subrogación empresarial (art. 44 ET). De acuerdo con lo anterior, el Alto Tribunal Autónomico viene a concluir lo siguiente:

«Efectuadas las anteriores consideraciones, creemos oportuno establecer de modo genérico, sin profundizar, el haz de derechos y obligaciones que afectan al trabajador que ostenta la referida condición de indefinido no fijo de plantilla (...) En primer término, como regla general, puede afirmarse que a los trabajadores indefinidos no fijos les será de aplicación las normas laborales en toda su extensión y, la excepción, aquellos derechos, ventajas y expectativas laborales que estuvieran vinculados, en cuanto a su aplicación, a un inicial acceso al empleo público respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad».

El haz de derechos del indefinido no fijo es tan amplio que incluso se le ha reconocido el derecho a la carrera profesional, permitiendo su participación en procesos de provisión mediante concurso, aunque sin perder su carácter de indefinido no fijo (STS de 2 de abril de 2018, rec. 27/2017).

En definitiva, nos encontramos con un personal que nace del Derecho judicial; que intenta solventar una situación de anomalía y abuso de los medios de contratación laboral temporal; que intenta equilibrar el principio de legalidad con el de estabilidad en el empleo, y que, aunque se señala que el indefinido no tiene plaza, cuando por los procesos reglamentarios dicha plaza se ocupa, su relación indefinida se extingue con la correspondiente indemnización.

5.2.3 **Dos ordenamientos jurídicos y una misma realidad. La ponderación como pauta**

Nos hallamos ante el supuesto más claro donde la ejecución de sentencias del orden laboral hace friccionar y forzar la convivencia de dos ordenamientos jurídicos llamados a entenderse, esto son, el administrativo y el laboral. Desde el punto de vista del Derecho administrativo, las situaciones descritas tendrían una solución sencilla y lógica. De acuerdo con la teoría de los actos separables, generalmente aceptadas, no solo para la contratación pública sino también para la función pública, una contratación laboral que no cumple con los procedimientos legales y reglamentarios que le sirven de presupuestos de validez, daría lugar a su anulación y, por tanto, a su extinción. No sería necesaria indemnización alguna por cuanto que el trabajador ha percibido la contraprestación por el trabajo realizado, por lo que no habría enriquecimiento injusto por parte de la Administración. Y, si, hubiera alguna reclamación indemnizatoria por vulneración de derechos, ésta debería tramitarse por los cauces del instituto de la responsabilidad patrimonial por causa de un eventual funcionamiento anormal de la Administración Pública. Ésta sería la solución lógica desde la perspectiva y los recursos del Derecho Administrativo (ello sin contar que en los casos más graves de fraude en la contratación laboral podría dar lugar a la comisión delictiva del art. 405 del CP).

Sin embargo, la necesidad de armonizar dos ordenamientos jurídicos que se proyectan sobre un mismo sujeto y una misma realidad, exige llevar a cabo la correspondiente ponderación de intereses y normas que, aparentemente en conflicto, deben dar la solución más justa y adecuada, según los derechos subjetivos fundamentales que se vean comprometidos. Partiendo del artículo 9 apartados 4 y 5 de la LOPJ que son los presupuestos necesarios para armonizar

y delimitar ambos ordenamientos, manifiestan Tomás Quintana y Susana Rodríguez que ambos sectores del ordenamiento jurídico acentúan realidades importantes pero diversas ⁴³⁶:

«pues mientras que para el diseño del contencioso-administrativo se pone el acento en el sujeto al que se atribuye la actuación que desencadena el conflicto judicial, es decir, sin necesidad de mayores precisiones, la Administración pública; contrariamente, los límites de la jurisdicción laboral se hacen descansar en la materia (social) sobre la que versa el conflicto, con independencia, al menos en principio, de quién o quiénes sean los sujetos que realicen la actuación que motiva la controversia, por lo que la administración también puede ser parte de la relación jurídica que da lugar al conflicto».

Para ambos profesores dichos preceptos son insuficientes para delimitar dos sectores del ordenamiento jurídico que en materia de función pública se hallan encontrados y que provoca una clara inseguridad jurídica y, por tanto, y así lo definen, un «peregrinaje» a la hora de ver satisfecho el derecho fundamental a una justicia eficaz. Ciertamente es que en materia de función pública ambos sectores del ordenamiento jurídico se solapan en determinadas situaciones jurídicas. Piénsese en una impugnación de una convocatoria de provisión de puestos para laborales mediante concurso, la competencia se atribuiría al contencioso-administrativo. Sin embargo, si a ese mismo empleado laboral se le negara injustificadamente una licencia o permiso, la competencia se atribuiría al orden social. O, más concretamente, en los supuestos de extinción de contratos por anulación de la resolución administrativa que les daba cobertura jurídica. En estos supuestos, con independencia de la nulidad administrativa, se ha de acudir a la vía de la extinción del contrato por causas objetivas de fuerza mayor de la legislación laboral (*ex art. 52 del ET; STS de 10 de marzo de 1999, rec. 2138/98*).

Sirvan estos ejemplos para vislumbrar la necesidad de que dos sectores del ordenamiento jurídico se hallen en plena armonía para dar satisfacción a un personal considerado accidental o residual, como es el personal laboral de las Administraciones públicas.

A) El estado de la cuestión. Una ambiciosa alternativa para el personal laboral *indefinido* de larga duración.

La situación donde más se produce fricción entre el ordenamiento jurídico laboral y el contencioso-administrativo es, como se ha dicho, en los supues-

⁴³⁶ QUINTANA LÓPEZ, T. y RODRÍGUEZ ESCANCIO, S., 2012, *Revista Jurídica de Castilla y León*, p. 82.

tos de ejecución de sentencias declarativas de derechos en los que se acuerda que un trabajador laboral es indefinido no fijo de plantilla. No vamos a repetir los inconvenientes organizativos que el indefinido no fijo provoca, pero sí se ha de decir que, en más de las veces, el cumplimiento forzoso de la sentencia y, por tanto, su ejecución, se llevan a cabo, si no saltando la norma administrativa de función pública, desde luego sí que forzándola a límites no contemplados en ella. De nuevo, se ha de considerar que se trata de un personal que carece de plaza en la plantilla orgánica y que, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, no debe incluirse en la RPT. En puridad nos encontramos con un personal temporal cuyo término es desconocido.

Dicho lo anterior, y a fin de ofrecer una alternativa a dichos problemas no solo organizativos sino de cumplimiento adecuado de la normativa administrativa vigente en materia organizativa, es importante ofrecer una interpretación disyuntiva y al tiempo posible, que intente cumplir con los dos axiomas que se enfrentan y que confluyen en el indefinido no fijo, que son, por una parte, el principio de legalidad y, por otra, el principio de igualdad en el acceso al empleo público.

Huelga decir que el indefinido no fijo debe encontrarse sometido a término temporal. Pero a un término razonable y lógico, siempre dentro de un límite equitativo, pues en caso contrario, lo que es de suyo provisional se convierte, de facto, en fijo. Si la causa se hace imprevisiblemente indefinida por cuanto que no solo el proceso selectivo requerido para cubrir la plaza del indefinido no termina, sino que ni siquiera se inicia, la entidad pública lo que está poniendo de manifiesto es que la causa de las contrataciones no es temporal por estar sometida a término (*certus quam incertus quamdo*), sino fija. Igualmente, se habrá de admitir que si la Administración pública lleva a cabo contrataciones temporales para cubrir puestos de estructura (es decir, fijos), nos encontramos ante un auténtico desvío de poder de la Administración, por cuanto que ésta utiliza su facultad de contratación para cubrir puestos permanentes o fijos. En este sentido, una parámetro de referencia para determinar la larga duración, puede ser el plazo de más de 24 meses en un período de 30, que se halla previsto en el artículo 15.5 del ET, para la sucesión o concatenación de contrataciones temporales. En ambos casos, la actuación de la Administración ha de ser calificada a la vista del derecho comunitario como una utilización abusiva (clausula 5.^a de la Directiva 1999/70/CE⁴³⁷) de una relación laboral que, a pesar de ser calificada de temporal debe ser considerada indefinida, y que, bien por el tiempo que pueda llevar desempeñando el empleo temporal o

⁴³⁷ Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada.

por el hecho de tratarse de puestos permanentes o de estructura, debe contar con una medida legal preventiva, así como una sanción al empleador como consecuencia de tal abuso. Ante tales abusos generalizados en nuestra Función Pública (reseñados en el Informe CORA), ha reaccionado, pertinentemente, el Tribunal europeo. Así, el TJUE ha venido reiteradamente censurando las normativas nacionales que no sancionan adecuadamente el abuso de las situaciones de contrataciones temporales, exigiendo la directa aplicación del Derecho comunitario, y en especial, las garantías anti-abuso contenidas en la cláusula 5.^a de la Directiva 1999/70/CE. En este sentido, y en la interpretación de dicha cláusula se ha exigido a los Estados una justificación en relación a:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

Se puede señalar al respecto, la sentencia de 14 de septiembre de 2016, donde el TJUE (caso *Pérez López*, asunto C-16/15) manifestó que, en relación a nuestro ordenamiento jurídico interno:

«se desprende de las afirmaciones del juzgado remitente que los puestos estructurales creados serán provistos mediante personal estatutario temporal interino, sin que exista una limitación en cuanto a la duración de los nombramientos de dicho personal ni en cuanto al número de renovaciones, de tal modo que, en realidad, la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente. Pues bien, esta normativa puede permitir, infringiendo la cláusula 5, apartado 1, letra a) del Acuerdo marco, la renovación de nombramientos de duración determinada para cubrir necesidades permanentes y estables».

La sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/2014, recordaba que:

«Según reiterada jurisprudencia cuando, como en el litigio principal, el Derecho de la Unión no establece sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar las medidas apropiadas para hacer frente a dicha situación, medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco».

En este sentido, es necesario hacer referencia a la sentencia del TSJ de Galicia de 28 de junio 2018 (rec. 1102/2018), sentencia a la que le han seguido

otras de semejante fallo, que han considerado para un colectivo de demandantes que eran «fijos», y no indefinidos no fijos, ya que se había seguido un cierto proceso de selección que garantizaba los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y la sanción de indefinido no fijos no reparaba la lesión de los derechos de los demandantes.

La pregunta se impone. Si un demandante ha padecido una situación de inestabilidad y precariedad laboral, donde el empleador público, abusando de su posición de dominio y fortaleza, ha utilizado la capacidad y los servicios de aquel como si de laboral fijo se tratara durante años y no aprueba oferta de empleo público alguna para su normalización: ¿Debe el demandante ser considerado únicamente indefinidos no fijo y, estar y pasar por este régimen laboral *sine die*? ¿O puede y debe ser declarado como fijo-indefinido, a fin de corregir/sancionar la conducta de la Administración pública?

B) Argumentaciones para una nueva respuesta a la cuestión existente.

No se es ajeno a las consecuencias que pudiera producir la tesis que sostenemos, en el derecho al acceso al empleo público en condiciones de igualdad y bajo los parámetros de capacidad y mérito. Sin embargo, es necesario exponer razonamientos y argumentos que avizoren y armonicen el meritado derecho con la posibilidad de ejecutar sentencias que declaren una relación indefinida no fija, sin que ello altere o confunda a la organización interna, ni imposibilite aplicar la normativa administrativa de función pública en términos de normalidad y coherencia.

i) En primer lugar, es importante tener en cuenta que, en nuestro ordenamiento jurídico, el contrato indefinido (no el contrato indefinido no fijo por fraude) en las Administraciones públicas existía ante de la reforma de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Se trataba de una figura que podía ser utilizada por las Administraciones públicas cuando contrataban por virtud de una subvención finalista de carácter externo. La figura a la que nos referimos es a la del contrato laboral indefinido⁴³⁸ sujeto al artículo 52. e) del ET, antes de la reforma del 2013. El precepto decía:

«El contrato podrá extinguirse (...) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones

⁴³⁸ STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 6/6/2008, rec. 3365/2007.

presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate».

Con carácter básico y general, y recogiendo lo que decía el EBEP, el artículo 11 del TREBEP, dispone que:

«En función de la duración del contrato (laboral) éste podrá ser fijo, por tiempo *indefinido* o temporal» (la cursiva es nuestra).

En el concreto ámbito local, el artículo 177.2 del RD 781/86, dispone que:

«La contratación laboral puede ser por *tiempo indefinido*, de duración determinada, a tiempo parcial, y demás modalidades previstas en la legislación laboral» (la cursiva es nuestra).

Queda, pues, claro que nuestro Ordenamiento Jurídico, admitía y sigue admitiendo la contratación indefinida (sin estar sujeta a término), fuera de los supuestos del indefinido no fijo, que se declara por fraude en la contratación.

ii) La segunda cuestión a tratar y a ponderar, es la relativa a las eventuales exigencias constitucionales para acceso al empleo público laboral. Debemos partir manifestando que al personal laboral no les es de aplicación el artículo 23.2 de la CE. El personal laboral se halla excluido, tanto de este precepto y por conexidad lógica de su complemento, como del artículo 103.3 del Texto Constitucional, que hace referencia «a los funcionarios públicos y a la función pública». Así, lo ha dispuesto el TC, entre otras, en sentencias núm. 281/1993, 86/2004, 132/2005 y 38/2007, según las cuales:

«El examen de las alegaciones que se refieren a las supuestas vulneraciones de los derechos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE) y a la igualdad (art. 14 CE) exige destacar, en primer término, que la plaza para la que concursaron la Sra. Durán y la Sra. Redondo era de personal laboral fijo, y que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, que recuerda en su escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal, «el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las Administraciones públicas» porque «las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el art. 23.2 CE son aquéllas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del art. 103.3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración... mediante una relación de servicios de carácter estatutario (tal y como se encargó de precisar la STC 99/1987), es decir, preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente» (ATC 298/1996, de 16 de octubre, FJ 3)».

Delimitado el marco constitucional de aplicación, el artículo 61.7 del TREBEP especifica que los procesos de selección del personal laboral son los siguientes:

«Los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos».

En el ámbito local, el sistema de selección del personal laboral por valoración de méritos, está admitido por así ordenarlo el artículo 177.1 del RD 781/86, de 18 de abril, en remisión al artículo 103 de la LBRL, que de nuevo remite al artículo 91.2 del mismo cuerpo legal.

Pues bien, visto lo anterior, puede afirmarse que el estatuto jurídico del empleado público laboral, posee base legal pero *no constitucional*, de suerte que, a diferencia de un funcionario público, cuyo estatuto jurídico se encuentra regulado, específicamente por disposición constitucional y legal, el del personal laboral se encuentra regido, únicamente, por disposición legal y, por remisión, de forma convencional/contractual. De lo expuesto puede inferirse que los principios de acceso al empleo público están reservados, constitucionalmente, para el personal funcional pero no para el personal laboral. Los artículos 23.2 y 103 de la CE no están dirigidos al personal laboral. Por ello, las normas sobre función pública dictadas con posterioridad sobre las relaciones laborales en la Administración (entre ellas, Ley 30/84, concretamente su art. 15.1.c); Ley 13/1996; Ley 7/85; RD 781/86; demás decretos y leyes autonómicas) reservaron al personal laboral puestos que no implicaban participación en potestades públicas o en afectación de intereses generales, puesto que los mismos quedaban reservados, *ex lege*, bajo los auspicios constitucionales para los funcionarios públicos.

Fue el EBEP del 2007 quien introdujo, por primera vez, que al personal laboral (como categoría general de empleado público) se le aplicaba los principios rectores de acceso y de procedimiento de selección (Capítulo I del Título IV), sin perjuicio de lo que ya había regulado el artículo 103 de la LBRL en el año 1985, para el ámbito local. Pero ello, hay que ponerlo necesariamente en consonancia con lo regulado en el Estatuto de los Trabajadores, que le es plenamente de aplicación a dicho personal. Una interpretación armónica de los textos legales, nos podría indicar que la configuración constitucional de acceso a funciones públicas, no son de aplicación al personal laboral de las Administraciones públicas, pues la configuración de este personal es de origen legal pero no constitucional. Su régimen parte de la Ley, pero no de la Constitución. Por ello, y a fin de determinar si un personal laboral temporal en fraude de ley,

su vinculación sinalgmática puede ser sancionada como indefinida/fija, lo que habría que ponderar, en su caso, no sería el peso de la CE frente al del ET, que por potencia constitucional, la norma estatutaria laboral quedaría neutralizada y cuyo resultado dio, como sabemos, al indefinido no fijo sino que, lo que se estima ajustado a ponderación sería el Estatuto de los Trabajadores frente al Estatuto Básico del empleado público, ambos dictados de conformidad con lo dispuesto en el art. 149.1.7.^a de la CE (para el personal laboral). Y, en este sentido, debería valorarse especialmente si el ET, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.3 y en la Disposición adicional decimoquinta del mismo cuerpo legal, por su especialidad, desplaza al TREBEP (que carece de una norma sancionadora similar al respecto), siendo aquella regla de aplicación directa a los laborales, de suerte que la contratación laboral temporal, de larga duración, en fraude de Ley diera lugar a la indefinición, sin más calificativos o apelativos.

La evolución de la figura del indefinido no fijo, la ha acercado claramente al fijo de plantilla. Así ha sido afirmado tajantemente por la Sala de lo Social del TS, en sentencia 352/2018, de 2 de abril, rec. 27/2017, que vino a decir expresamente: «La figura del indefinido no fijo tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del trabajador fijo».

A la vista de los preceptos reflejados y de su interpretación sistemática, es menester preguntarse si, a la vista de la relación de años en los que un temporal puede llevar prestando su servicios; e igualmente, a la vista de la capacidad, aptitud y competencias que le han permitido año tras año, seguir prestando servicios en la Administración pública, sin problema ninguno, no se ha acreditado ya, *de facto*, el mérito y la capacitación suficiente para acceder en condiciones de fijeza al empleo público.

Lo que se pretende con la anterior reflexión, no es otro cosa que exponer que, si el concurso mediante la valoración de los méritos (concepto jurídico indeterminado), como procedimiento válido para el acceso al empleo público laboral, es un sistema válido y éste se basa en la comprobación de aquellos mediante del valor y aptitud que se posea, así como por la capacitación demostrada para el ejercicio de dicho puesto, nada impediría considerar que los temporales de larga duración hubieran superado con creces dicha comprobación y valoración, por cuanto que se trataría de personal estable que ejerce desde largo tiempo sus funciones de manera objetiva, imparcial y profesional, que son las cualidades que se exigen a los funcionarios públicos y que se entienden que las poseen cuando pasan un proceso selectivo. En este sentido, es necesario recordar que el TC, ha dispuesto que:

«El tiempo efectivo de servicio puede reflejar la aptitud o capacidad del aspirante para desarrollar una función o empleo público y suponer, además, en

■ LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS...

este desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados (SSTC 67/1989; 185/1994; 83/2000)».

Los impedimentos que pudieran producirse por aplicación del principio de igualdad, podrían ser solventados en la estimación de que los indefinidos no fijos se encuentran en un estado de fraude de Ley continuo, incurrido por el propio empleador público. Por ello, no podrían tener un juicio de equivalencia con respecto a aquellos ciudadanos que acceden *ex novo* a la Administración pública y que no padecen dicha situación (de abuso), pues se ha de entender que la igualdad debe encontrarse en situaciones jurídicas con parámetros iguales, de tal suerte que no se quebraría el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE si se tuviera en cuenta esta especial situación jurídica de los indefinidos (una situación de fraude ya declarada y que no ha sido corregida), para considerarla como personal apto para ejercer sus funciones públicas de manera fija. Es necesario recordar, en este sentido, las palabras del TS (STS de 1 de junio de 2012, rec. 564/2010):

«A la vista de las premisas precedentes, para que pueda prosperar cualquier alegación de trato discriminatorio debe estar necesariamente fundamentada en situaciones fácticas que objetivamente son iguales, pues el eventual juicio de desigualdad ha de sustentarse siempre en criterios objetivos y razonables y en concretas circunstancias de hecho idénticas o similares, por lo que no toda diferencia de trato contenida en la valoración de los méritos en un proceso selectivo tiene que ser constitutiva per se de infracción constitucional del artículo 23.2 de la CE».

Por otra parte, la indefinición quedaría sujeta al puesto que cubre y cuya prestación ha devenido fraudulenta. De forma que, cualquier movilidad o provisión para otros puestos, debería superarse un proceso selectivo reglado, pues el indefinido ha acreditado su *capacitación* para un concreto puesto, pero no su capacidad para un plaza. Con ello, se equilibraría, el derecho a la estabilidad del empleo del indefinido, con el conjunto pleno de derechos que gozarían, únicamente, los empleados públicos en régimen laboral fijo.

iii) La tercera cuestión a ponderar y valorar sería lo ya acordado por el TJUE en aplicación de la Directiva 1999/70/CE. El TJUE, en la sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15, apartado 41, en la que se afirmó:

«No obstante, para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno

del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada».

En el mismo sentido, pero con mayor claridad todavía, se expresa el TJUE en su sentencia de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04, Caso *Adeneler*,

«el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que, si el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trata no contiene, en el sector considerado, ninguna medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos, dicho Acuerdo impide aplicar una normativa nacional que, sólo en el sector público, prohíbe absolutamente transformar en contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de duración determinada que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a «necesidades permanentes y duraderas» del empleador y deben considerarse abusivos».

Y, con mayor contundencia todavía, el TJUE en su Auto de 1 de octubre de 2010, asunto C-3/10, *Franco Afiliado* contra empresa Provincial de Salud de Cosenza, en el apartado 42, se pronuncia en los siguientes términos:

«En estas circunstancias, para que la legislación nacional que prohíbe, en absoluto en el sector público, la conversión en un contrato de trabajo permanente de los contratos sucesivos de duración determinada pueda ser considerada compatible con el Acuerdo marco, el Derecho interno del Estado miembro correspondiente deberá proporcionar, dentro de este sector, otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar el uso abusivo de contratos sucesivos de duración determinada».

Si bien es cierto que el Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE no impone la obligación general de transformar los contratos y nombramientos temporales abusivos, en contratos y nombramientos indefinidos, esta regla general tiene una excepción, en el caso de que el ordenamiento jurídico interno no contenga en un sector específico medida efectiva alguna para sancionar la utilización abusiva de nombramientos temporales. En nuestro Ordenamiento jurídico laboral sí existe: el art. 15.5 y la Disposición adicional 15.^a del ET que, en otras causas, impone la transformación de la relación temporal en indefinida tras un periodo de treinta meses en los que hubiera estado contratado durante un plazo superior a veinticuatro. Si a pesar de lo ordenado en dichos preceptos, al declarado «indefinido no fijo», se le debe someter, necesariamente, a un proceso selectivo ulterior, es evidente que ésta medida no supone ni puede suponer una medida efectiva y eficaz para frenar los abusos de la temporalidad. Más al contrario, el empleado queda declarado como indefinido no fijo, y

sin embargo la Administración no se ve compelida o disuadida a cometer los mismos abusos, por virtud de los cuales aquellos adquirieron la cualidad de indefinidos no fijos.

Es imprescindible pensar que, con la figura del indefinido no fijo, se somete al empleado público a una doble carga, a saber: tiene del deber de examinarse cuando sea, es decir, cuando lo estime (arbitrariamente) conveniente la Administración; y por otra parte, no tienen derecho al puesto (entre otras, sentencia 182/2014 de 4 de abril de 2014 del TSJ de Madrid, rec. 897/2012), de tal forma, que pueden sacar otra plaza, o cubrirla mediante promoción interna, o incluso ser amortizada, en cuyo caso la indemnización a día de hoy sigue oscilando entre un temporal (12 días) y un fijo (20 días).

La aprobación de una OEP, donde se incluya «su plaza» y la consiguiente convocatoria podría considerarse una medida eficaz, proporcional y equivalente para frenar los abusos de la Administración, pero solo cuando ésta cumpliera con lo ordenado en el artículo 10.1 del TREBEP. Si la Administración no aprueba las OEPs, y hace de las mismas un acto arbitrario por azaroso, no puede acogerse el argumento de que éstas suponen un instrumento eficaz de regularización y sanción. Así, lo declara tajantemente el TJUE en su sentencia de 26 de noviembre de 2014, asuntos C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, caso *Raffaella Mascolo* y otros, en la que dice:

«Sin embargo, dado que tal posibilidad es aleatoria, según resulta de los apartados 105 a 107 de la presente sentencia, no puede tener la consideración de sanción con un carácter lo suficientemente efectivo y disuasorio para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas para la aplicación del Acuerdo marco».

Por tanto, el TJUE ya tiene dicho que la convocatoria de procesos selectivos, como cualquier otra medida aleatoria o imprevisible, que no sea transparente y objetiva, o que dependa de la mera voluntad, discrecionalidad o arbitrariedad de los operadores jurídicos y de los empleadores, no es una medida efectiva, ni adecuada para sancionar el abuso incompatible con la Directiva 1999/70/CE. La convocatoria de procesos selectivos para el acceso a la categoría de laboral fijo o funcionario de carrera podría ser una medida preventiva eficaz para evitar el abuso en el futuro, siempre y cuando estos procesos selectivos u ofertas públicas de empleo se sujeten a los requisitos que marca la ley interna, esto es, que se convoquen al menos una vez al año y se incluyan en ellos los puestos/plazas que se encuentran en esta situación, tal y como ordena el artículo 10 del TREBEP, a fin de proveer las plazas vacantes con personal fijo y disponer de una plantilla de personal suficiente para atender las necesidades públicas.

Esta argumentación de ejecutar obligatoriamente las OEPs en plazo (tres años), ha sido considerada por el TJUE una medida eficaz para prevenir los abusos. Por ello, y dirigiéndose a la jurisprudencia española –a la vista de cómo interpreta el artículo 70 del TREBEP–, ya que considera que no constituye un plazo fijo y, por tanto, no parece, en la práctica es sistemáticamente incumplido, el TJUE afirma que dicha interpretación, no constituye una «medida legal equivalente», en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco, y ello incluso con los contratos temporales de interinidad celebrados para cubrir las vacantes hasta que se celebre el proceso selectivo. De hecho, resaña el Alto Tribunal europeo que ni siquiera la alegación de la crisis económica del 2008, como paréntesis en esos tres años de caducidad de las ofertas de empleo, puede suponer una excusa para no ejecutar las ofertas de empleo público y sus procesos selectivos a tiempo, y dejar de adoptar medidas preventivas contra la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada (STJUE de 3 de junio de 2021, C-726/19, asunto *IMIDRA*).

En definitiva, la convocatoria de procesos selectivos para el ingreso como personal fijo, solo puede considerarse una medida eficaz a la vista de la la Directiva 1999/70/CE, cuando la Administración es responsable de sus propios actos, y por tanto, procede a convocar el proceso selectivo, incluyendo las plazas en la OEP, en un plazo no superior a 3 años, desde que se obtiene una sentencia desfavorable o desde que ha transcurrido el plazo del artículo 15.5 del ET. En caso contrario, dejar al albor de ésta la plena estabilidad del trabajador, no puede ser, jamás, una medida equitativa y eficaz que se entienda que al mismo tiempo, «sancionar» a la Administración abusadora y que presenta garantías de protección de los empleados públicos que han sido objeto de un abuso.

iv) Conclusión.

a) Desde la perspectiva constitucional, los principios constitucionales de acceso no le son de aplicación al personal laboral, de forma directa u *originaria*, por lo que éstos no operarían como impedimento para una eventual declaración de fijeza.

b) El TREBEP, que carece de precepto que sancione los abusos de temporalidad laboral, se encontraría desplazado por el ET, por razón de su especialidad, en la aplicación del artículo 15.3, cuando exista fraude en la contratación.

c) Los principios legales rectores aplicables a los procedimientos de selección de laborales fijos, mediante concurso de méritos, se verían satisfechos a la vista y comprobación de los años de servicio público que llevaran

prestando los trabajadores, lo que podría colmar la necesidad legal de acreditar el mérito y la capacidad, para seguir ejerciendo las mismas funciones sin tener que pasar un trámite de oposición.

d) La declaración de indefinido no fijo, solo podría suponer una medida eficaz y efectiva, de acuerdo con lo prevenido en la cláusula 5.^a de la Directiva 1999/70/CE, cuando la Administración se viera compelida obligatoriamente a convocar la plaza en el plazo legal y reglamentariamente fijado. En caso contrario, no se consideraría una medida de aplicación directa, para evitar y disuadir a las Administraciones públicas de seguir incumpliendo el Derecho comunitario y el Derecho laboral.

e) Igualmente, la posible convocatoria de procesos selectivos debería llevarse a cabo en el plazo de tres años desde la declaración de indefinido no fijo. En caso contrario, no podría ser considerada como una medida proporcionada y disuasoria para sancionar el abuso, pues todos los derechos laborales del trabajador, particularmente, el derecho a la estabilidad en el empleo, dependerían de la sola voluntad de la Administración pública.

f) Si se entendiera que dicha declaración de fijeza vulnera el artículo 14 de la CE, debería considerarse la relación como indefinida-fija *vinculada, únicamente*, a su particular y específico puesto de trabajo, de tal forma que su fijeza quedará asegurada en relación al puesto que ocupa, pero no así a otros que quisiera concursar u promocionar, ya que para ello sí se debería superar una oposición (proceso selectivo reglado). De esta forma, se salvaría el derecho básico a la estabilidad en el empleo y se haría compatible con los (universales) derechos de un laboral fijo. En términos organizativos, el trabajador tendría un puesto indefinido, pero no una plaza fija.

Como ha tenido ocasión de sentenciar, tanto el TC como el TJUE, el trato discriminatorio se produce cuando dos situaciones jurídicas iguales tienen tratamientos distintos y, por tanto, no hay razones objetivas para establecer tratamientos diferentes. En el caso que se expone, existen situaciones distintas (abuso de temporalidad indefinida *sine die*) que deben tener respuestas distintas, pero acordes con la protección que le dispensa el Derecho europeo, directamente de aplicación.

En estos supuestos, como fija la sentencia europea (apartado 64, *Montero Mateos*), son los órganos judiciales los que a la vista de los hechos, argumentaciones, y razones de Justicia material, los que podrían llegar acordar la conversión del contrato en fijo o indefinido sujeto al puesto que desempeñan, lo que acabaría no solo con la discusión inane de si es un temporal o un indefinido sino con los problemas organizativos y de cumplimiento legal que supone

la existencia de un persona que siendo indefinido, ni tiene plaza ni puesto en la RPT de su empleador.

5.3 LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA DE FUNCIONARIOS INTERINOS. EL NUEVO «FUNCIONARIO INTERINO INDEFINIDO». ESPECIAL ESTUDIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2016 EN LOS ASUNTOS ACUMULADOS *MARTÍNEZ ANDRÉS Y CASTREJANA LÓPEZ* (C-184/15 Y C-197/15). LA IMPOSIBILIDAD LEGAL DE SU CUMPLIMIENTO JUDICIAL POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ⁴³⁹

5.3.1 Como punto de partida, un régimen jurídico discriminatorio

La ejecución de sentencias judiciales que declaran una irregularidad en la contratación de un empleado público no solo ha encontrado problemas en el ámbito laboral sino también en el funcionarial. Y habría que decir que con peor pronóstico. Ello es así por cuanto que en el ámbito laboral la jurisprudencia pudo reaccionar (con toda la crítica que se quiera) creando la figura del indefinido no fijo, ya que así se lo permitía el artículo 15.3 del ET. Sin embargo, y frente a ello en el ámbito funcionarial o estatutario no existe norma o regla parecida para los interinos. El ordenamiento jurídico español regulador de las relaciones funcionariales no contempla una consecuencia jurídica para el caso de que la Administración pública contratante cometa abuso o irregularidad en el nombramiento de interinos. De tal forma que, de acuerdo con las normas reguladoras, el incumplimiento de las mismas no produce ningún efecto nega-

⁴³⁹ No estando directamente relacionado con la problemática de la ejecución de sentencias de funcionarios interinos «indefinidos», pero sí vinculados con el asunto de sancionar el abuso de temporalidad desde el Derecho europeo, pueden leerse, entre otras muchas más publicaciones, a: BELTRAN, I., «Personal interino administrativo y laboral del sector público: sobre el empleado público fijo no funcionario de carrera y otras novedades de la jurisdicción contenciosa y social importantes», 2020, en <https://ignasibeltran.com/tag/funcionario-interino/>; «Personal interino del sector Público y nombramientos abusivos a la luz del asunto «Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez»», *IVAP*, 2020, pp. 8-37; ALDOMÀ BUIXADÉ, J., «Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración pública», *Estudios de Relaciones Laborales*, 2015, núm. 8; ROJO TORRECILLA, E., «Extinción de la relación de trabajo en el empleo público interino. El impacto de la jurisprudencia del TJUE (2016-2020)», *Estudios de Relaciones Laborales*, 2020, núm. 13; BARRACHINA ANDRÉS, A. M.^a, 2020, *El Consultor de los Ayuntamientos*, p. 85; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., 2019, *Revista Jurídica de Castilla y León*, pp. 11-38; CHAVES GARCÍA, J. R.: «El TJUE admite el abuso con los interinos pero rechaza la conversión en indefinidos», en <https://delajusticia.com/2020/03/19/el-tjue-admite-el-abuso-con-los-interinos-pero-rechaza-la-conversion-en-indefinidos/>.

tivo para el empleador, a lo sumo las consecuencias de una eventual anulabilidad que ni siquiera la más de las veces se encuentra sujeta a una responsabilidad patrimonial.

La inexistencia de consecuencias negativas para los gestores públicos y políticos que han propiciado situaciones de abuso relacionadas con los funcionarios interinos, ha provocado que la dialéctica judicial, ya no se encuentre en el ámbito estatal o interno, sino que se haya tenido que recurrir al TJUE para determinar si, a efectos comparativos y de igualdad, nos encontramos con situaciones discriminatorias prohibidas por la Directiva 1999/70/CE, por cuanto que situaciones de abuso cometidas sobre los interinos estatutarios no cuentan con medidas internas estatales efectivas y eficaces para evitar dichas situaciones, y sin embargo en el ámbito laboral, al menos se cuenta con una sanción disuasoria, el indefinido no fijo. En este contexto, ¿podría ser aplicable la figura del indefinido no fijo laboral al interino estatutario?

5.3.2 La causa de disputa: el interino por programas

Estas son las coordenadas de las que parten las sentencias de 14 de septiembre de 2016, en los asuntos acumulados *Martínez Andrés y Castrejana López* (C-184/15 y C-197/15). Es necesario advertir que el EBEP reguló las interinidades en el artículo 10, antes de su modificación por el artículo 28 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, de la siguiente manera:

«Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.
- b) La sustitución transitoria de los titulares.
- c) La ejecución de programas de carácter temporal.
- d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses.

2. La selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento.

4. En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

5. A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera».

La necesidad de fijar un plazo temporal en los nombramientos de interinos por programas, dio lugar a que, tras la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, el apartado c) del artículo 10, quedara redactado de la siguiente manera:

«La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto».

Y se añadió un apartado 6, que dispuso:

«El personal interino cuya designación sea consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o del exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, podrá prestar los servicios que se le encomienden en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en las que desempeñe funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal, con el límite de duración señalado en este artículo, o estén afectadas por la mencionada acumulación de tareas».

El TREBEP recogió sin cambios la regulación anterior.

Los funcionarios temporales o en interinidad podían ser, por tanto, de cuatro clases: a) de vacante, b) por sustitución, c) de programas, y d) por acumulación de tareas.

Con la regulación original, la temporalidad no suponía mayor problema salvo el incumplimiento de lo que exigía el artículo 10.4 del TREBEP que ordenaba la introducción de la vacante cubierta por interinidad en la OEP del mismo año del nombramiento o a lo sumo del año posterior. No obstante, la jurisprudencia entendía que el incumplimiento de dicha obligación no era más que una irregularidad no invalidante. La cuestión se complicó con la reforma del 2015, al introducir un plazo de vigencia del nombramiento para los interinos por programas. Éstos no podían estar ocupando sus puestos (carecen de plaza) en un plazo superior a 3 años, salvo que una norma legal lo ampliara un año más. No han faltado litigios donde lo que se discutía era si, ese plazo concreto de 3 años, era

un mandato legal a las Administraciones Públicas para que los programas subvencionados no tuvieran una duración superior a tres años, ampliable a cuatro. O si, por el contrario, el precepto hacía referencia al plazo de nombramiento.

Es fácil vislumbrar, sin muchos esfuerzos hermenéuticos, que la regla legal se proyecta sobre la vigencia del nombramiento y no sobre la capacidad o potestad que pudiera tener una Administración en la gestión de sus propios intereses públicos para acotar temporalmente sus programas subvencionados.

El problema estaba servido. La existencia de programas subvencionados relacionados con políticas públicas de carácter social, sanitario o incluso educativo, hacía que los programas financiados se repitieran año tras año, sin solución de continuidad. La situación a la que se llegaba (y todavía se llega) era que existían interinos por programa cuya antigüedad en la prestación de sus servicios era mucho mayor que los exigidos tres años ampliables a cuatro que ordenaba el EBEP, y posteriormente el TREBEP.

La situación descrita se tornaba más complicada aún, por cuanto que la propia conducta de la Administración pública que participaba año tras año en dichos programas, reflejaba una clara voluntad de permanencia y estabilidad en la prestación de unos servicios públicos, en muchos casos, considerados esenciales para la población, lo que exigía no definir las funciones desarrolladas como un mero puesto temporal sino como una autentica plaza de estructura, aunque su financiación total o parcial, lo fuera externamente. Los abusos por parte de la Administración pública no se hicieron esperar, y más aún en las entidades locales, colmadas de servicios públicos por virtud de normas sectoriales, encorsetadas por no poder incurrir en déficit público, y por una prohibición ilógica, año tras año, de poder aprobar OEP, sin poder deshacerse de una vinculación pétrea a una tasa de reposición de efectivos relacionada con sectores considerados estratégicos por las leyes de presupuestos estatales.

Las Administraciones públicas, y particularmente las entidades locales, vieron en el interino por programa la solución a los problemas anteriores, máxime cuando por propia inercia en el asesoramiento de los Habilitados Nacionales, se impuso el criterio de que aquellos no eran empleados públicos de la Administración donde prestaban sus servicios y, por tanto, no podían estar ni en la plantilla orgánica ni en la RPT de la organización. La consecuencia que dicho asesoramiento ha provocado es la existencia de un personal que ocupa un amplio porcentaje del personal existente en determinadas entidades locales, y que no se encuentran regulados o normalizados por ninguno de los instrumentos de ordenación de personal de la entidad pública. Un colectivo nómada que vive y convive con el resto de personal de la Administración pública contratante pero al que, sin embargo, se le tiene una consideración de

ajenidad por considerarse que no es personal «propio» de la Entidad donde presta sus servicios.

La acción judicial ante los tribunales de justicia no se ha hecho esperar. Acciones que principalmente lo que han exigido es una estabilidad en el vínculo laboral, considerándose, principalmente, que dichas interinidades no cubren puestos temporales, sino plazas de estructura. En base a ello se han solicitado judicialmente dos reconocimientos distintos, a saber: o la conversión del puesto en plaza de estructura, reconvirtiendo el nombramiento en uno por vacante, o, en solicitar la indefinición del nombramiento, mediante la aplicación directa de la figura laboral del indefinido no fijo, y ello de acuerdo con la doctrina comunitaria que se expone a continuación.

El problema para el caso de tener que ejecutar una sentencia que declarara que un funcionario interino por programas, es además un indefinido no fijo, es patente y claro. No existe norma, ni legal ni reglamentaria, que posibilite dicho cumplimiento. El principio de sometimiento de la Administración a la legalidad vigente saltaría por los aires, si así fuera. Piénsese que, para la Administración contratante, el interino por programa, no tiene plaza sino simplemente un puesto temporal financiado externamente. El cumplimiento de la sentencia, que, en principio, sería inejecutable por imposibilidad legal (aunque no sería admitida por los tribunales) conllevaría la rocambolesca operación de convertir el puesto en plaza, en dotarla presupuestaria y establemente, pero con un matiz que no es sino que el interino sería, además, un indefinido no fijo, y por tanto, dicha plaza tendría que ser sacada a concurso público o procederse a su amortización, de acuerdo con el régimen jurídico ya expuesto para este colectivo de laborales.

Como se ha señalado, las reclamaciones del personal interino por programas no se han hecho esperar y el recurso al TJUE, solicitando que sancionara los abusos de la Administración Pública española, tampoco. El Alto Tribunal europeo ya ha hablado.

5.3.3 La causa en el ámbito europeo

Siguiendo en este punto de la exposición fáctica que desarrolla Sánchez Morón⁴⁴⁰, para la comprensión de los casos en los que se pronunció en dos cuestiones prejudiciales el TJUE en el 2016, se ha de saber que en estos su-

⁴⁴⁰ Seguimos y recogemos la exposición sistemática de la relación fáctica del caso, realizada por el profesor SÁNCHEZ MORÓN, M., 2019, *RAP*, pp. 223-238.

puestos se partió, de una parte, de que la Sra. Martínez Andrés, a la sazón la demandante, prestó servicio como personal estatutario eventual, con categoría de auxiliar administrativo, en el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza desde el año 1994 hasta que fue cesada en septiembre de 2012. La demandante fue objeto de doce prórrogas. En el segundo caso, el Sr. Castrejana López, obtuvo en 1998 un nombramiento de funcionario interino como arquitecto en el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz para la ejecución de un programa temporal que, sin embargo, se fue prorrogando año tras año, hasta que en diciembre de 2012 se produjo su cese por razones presupuestarias. En los dos supuestos se estimó, primero por el TSJ del País Vasco y después por el TS, que existió una prolongación abusiva de las situaciones de interinidad o temporalidad.

Ante dichas situaciones los interesados impugnaron sus ceses, solicitando que se declararan nulos y se mantuviera su relación de servicio, con indemnización de daños y perjuicios o el abono de las retribuciones dejadas de percibir desde el cese, más los intereses correspondientes. En primera instancia las demandas fueron desestimadas por los Juzgados de lo contencioso-administrativo n.º 6 de Bilbao y n.º 1 de Vitoria, pero en los recursos de apelación que interpusieron contra las sentencias desestimatorias, la Sala de lo contencioso-administrativo, Sección Tercera, del TSJ acordó, antes de dictar sentencia, elevar cuestión prejudicial ante el TJUE⁴⁴¹.

El TJUE vino a considerar que el tribunal remitente observaba, ante todo, que los recurrentes en los litigios principales estaban incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE. Igualmente, el TJUE advirtió que en los dos asuntos se había producido una utilización abusiva de la contratación

⁴⁴¹ Entre otras cuestiones se solicitaba interpretación prejudicial sobre: «Primera.—La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, ¿debe ser interpretada en el sentido de que se opone a una legislación nacional que, en los supuestos de abusos como consecuencia de la utilización de contratos de trabajo de duración determinada, no reconoce con carácter general, en el caso del personal estatutario temporal eventual [o del funcionario interino] y a diferencia de lo que ocurre en idéntica situación para los contratados laborales por la Administración, el derecho al mantenimiento del vínculo como indefinidos no fijos, es decir, con derecho a ocupar la plaza desempeñada temporalmente hasta su cobertura en forma reglamentaria o su amortización por los procedimientos legalmente establecidos?»

Segunda.—En el caso de responderse negativamente la cuestión anterior, ¿el principio de equivalencia debe ser interpretado en el sentido de que el Juez nacional puede considerar que ambas situaciones, la del contratado laboral por tiempo determinado por la Administración y la del personal estatutario temporal eventual [o la del funcionario interino], son similares cuando se produce un abuso en la utilización de contratos de trabajo de duración determinada o bien, aparte de la identidad del empleador, la identidad o similitud de los servicios prestados y la duración determinada del contrato de trabajo, el Juez nacional debe considerar otros elementos al efectuar el juicio de similitud, tales como, por ejemplo, la naturaleza específica de la relación laboral o estatutaria del empleado o la potestad de la Administración para autoorganizarse, que justifican un tratamiento diferenciado de ambas situaciones?».

de duración determinada. Manifestado lo anterior, la cuestión se centraba en determinar la conformidad con los requisitos establecidos por la Directiva 1999/70/CE de una norma nacional, o de la práctica de los tribunales nacionales, que no reconocen ni al personal estatutario temporal eventual ni a los funcionarios interinos el derecho al mantenimiento de su relación de servicio, mientras que este derecho se reconoce a los trabajadores laborales indefinidos no fijos.

Por otra parte, se reclamaba la valoración de si, habida cuenta del *principio de equivalencia*, los servicios prestados por estas diferentes categorías de personal eran asimilables a efectos de la aplicación de la cláusula 5.^a, apartado 1, del Acuerdo marco de la Directiva, o si existían diferencias entre ellas, como el carácter laboral de la relación en un supuesto y funcional en el otro, o principios tales como la facultad de autoorganización de la Administración, que permitían considerar que no se trataba de situaciones similares y que por tanto justificaban una diferencia en los efectos que se derivaban de la declaración de la existencia de una utilización irregular de relaciones de servicio de duración determinada por parte de la Administración. Igualmente, se centraba también el estudio en la aplicación del *principio de efectividad*, analizando si la sanción apropiada debía determinarse en el marco de ese mismo proceso o si era necesario acudir a uno nuevo.

El TJUE habiendo centrado la cuestión prejudicial de los asuntos acumulados, presenta las siguientes argumentaciones en las sentencias de 14 de septiembre de 2016, pronunciándose particularmente sobre la tercera cuestión sometida a su interpretación:

«(...) corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco (...).

(...) cuando se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión (...)

(...) para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada (...)

(...) es necesario recordar que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe a los tribunales nacionales competentes, que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo marco (...)

(...) En el caso de autos, en la medida en que el tribunal remitente ya ha apreciado el carácter abusivo, en el sentido del Acuerdo marco, de la utilización de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en los dos litigios principales, ha lugar a pronunciarse únicamente acerca del carácter apropiado y suficientemente efectivo de las medidas previstas en el Derecho nacional para sancionar los abusos cuya existencia se ha observado (...)

(...) en principio la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone a que la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en función del sector o categoría en que esté incluido el personal afectado, siempre que el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate cuente con otra medida efectiva para sancionar los abusos en dicho sector o categoría de personal.

Por consiguiente, si el tribunal remitente declarase que en Derecho español no existe ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, tal situación podría menoscabar el objetivo y el efecto útil del Acuerdo marco.

(...) el tribunal nacional debe cerciorarse de que todos los trabajadores con contratos “de duración determinada” en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco puedan conseguir que se apliquen a su empleador las sanciones previstas por la normativa nacional cuando han sufrido abusos a consecuencia de la utilización de sucesivos contratos, y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno.

(...) Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar».

De acuerdo con lo prejuzgado, el TJUE, no declaró expresamente que debía aplicársele la figura del indefinido no fijo, *mutatis mutandis*, al personal estatutario o funcionario interino, puesto que esa consecuencia jurídica podría provenir del *principio de identidad*, pero no del *principio de equivalencia*. Es

decir, éste exige una mimesis en el efecto; aquel una igualdad en la forma y sustancia. Similitud frente a sustanciabilidad. El principio de equivalencia no exige asumir la figura del indefinido no fijo y proceder a aplicarla directamente a las relaciones estatutarias sin más, sino que lo que exige es adoptar una fórmula jurídica con eficacia equivalente, es decir, *semejante*.

Como quiera que corresponde al Juez nacional buscar una medida eficaz para sancionar los abusos que se produzcan con dicho personal, deben ser los resortes del Derecho Administrativo los que posibiliten dicha reacción disuasoria. Y en este sentido, no podemos dejar de mencionar, lo que ya se ha venido considerando por los distintos órganos consultivos tanto nacionales como autonómicos, cuando las contrataciones no se han ajustado a Derecho: y es, por una parte, su revisión para declarar la nulidad radical de la contratación y por otra, la exigencia de responsabilidad patrimonial, así como disciplinaria, o contable de la autoridad contratante, sin olvidarse de la penal.

En las contrataciones laborales se ha aplicado la doctrina de los «actos separables», de forma que, anulado el acto administrativo que da vida a la contratación laboral, ésta deviene nula (puede verse para dicha doctrina, entre otros muchos, el Dictamen 162/2015 de 29 de abril del Consejo Consultivo de Canarias). Si esta es la actuación llevada a cabo por los órganos consultivos para las contrataciones laborales, más razón asiste para que se proceda a su aplicación a puros actos administrativos que se incluyen en un procedimiento de nombramiento de funcionarios interinos. Nuestra jurisprudencia tampoco ha sido ajena a acordar la responsabilidad patrimonial cuando se trasgreden los derechos de funcionarios interinos. Así, el TSJ de Canarias de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo contencioso-administrativo, en sentencia de 30 de enero de 2015, declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración por los perjuicios causados a la recurrente por su cese como funcionaria interina, en tanto que el cese se produjo como consecuencia de un acto que luego fue anulado.

No obstante lo argumentado, la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ del País Vasco, una vez recibida la sentencia comunitaria, entendió mediante sentencias de 12 de diciembre de 2016, que las cuestiones prejudiciales habían sido contestadas en el sentido de aplicar la figura laboral del indefinido al interino funcionario, así como de proceder a determinar el *quantum* indemnizatorio en el mismo juicio, por aplicación del principio de efectividad. La

consecuencia fue, por tanto, anular los ceses y declarar sus nombramientos como indefinidos ⁴⁴².

Es necesario señalar que, a pesar de que esa fue la postura del TSJ del País Vasco, otros tribunales autonómicos adoptaron la postura contraria. Baste señalar la sentencia de 9 de enero de 2018, de la Sala de lo contencioso-administrativa del TSJ de Andalucía, en el recurso 85/2017, en la que el Alto Tribunal autonómico vino a concluir que:

«Es más, preconizar una pretendida relación interina «indefinida» que conllevaría la renovación sin límite, aparte de contradecir la noción de funcionarios interinos que contempla el art. 10.1 LEBEP, implicaría fraude de ley, pues es deber de la Administración no mantener al interino en el puesto de trabajo cuando haya funcionario de carrera o hayan desaparecido las razones de urgencia que justificaron su nombramiento en su día (...)».

Ya se ha señalado la imposibilidad legal de cumplir con una sentencia que declarase la indefinición de un interino estatutario. Si el indefinido no fijo laboral es una figura jurisprudencial no reconocida en nuestro derecho positivo, el funcionario interino indefinido lo es todavía mucho menos, sin mencionar la mezcla artificial y legal que se produce en dicha figura.

A efectos prácticos, las entidades públicas que han recibido sentencias donde se declaraba al interino indefinido no fijo, procedieron a convertir las interinidades por programa (cuando lo eran) en interinidades por vacantes, pero sin cambiar la naturaleza del vínculo sinalagmático de funcionario a laboral. Otros, en cambio, mediante un torcimiento extremo de la normativa de función pública, así lo han llevado a cabo, y al personal afectado lo han nombrado laboral indefinido no fijo, pero ocupando una plaza funcional. Estas situaciones, en algunas sentencias, han querido ser salvadas a través de lo que se ha denominado «adscripción», es decir, el personal laboral indefinido no fijo estaba adscrito a una plaza funcional pero no la ocupaba en propiedad, únicamente se hallaba adscrito a ella sin cambiar la naturaleza de su estatuto jurídico. En este sentido, puede verse la sentencia de 4 de febrero de 2015 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, dictada en el recurso 450/2014.

⁴⁴² Concretamente la sentencia de 12 de diciembre de 2016, rec. 735/2015, vino a decir que: «el apelante continuará vinculado a la demandada como personal indefinido no fijo hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria. En el supuesto de resultar necesario su cese, justificado este, percibirá el interesado la indemnización señalada por el TJUE».

Sin embargo, en los casos que analizamos, el Servicio Vasco de Salud y el Ayuntamiento de Vitoria interpusieron recurso de casación contra esas sentencias de 12 de diciembre de 2016, recursos que la Sala Tercera del Tribunal Supremo admitió y que resolvió en las dos sentencias de su Sección Cuarta de 26 de septiembre de 2018, rec. 785/2017 y 1305/2017, de las que fue ponente el magistrado D. Segundo Menéndez Pérez.

5.3.4 **Las valoraciones del Tribunal Supremo ¿un funcionario indefinido?**

La llegada del recurso al Supremo, supuso una valoración de todas las circunstancias que entraban en conflicto. Así, y en relación al recurso 785/2017, el TS deja claro, como base, que el Servicio Vasco de Salud no efectuó el estudio a que se refiere el párrafo último del art. 9.3 del Estatuto Marco de Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 diciembre, a cuyo tenor: «Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro»; como la referida al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 26.5, párrafo segundo, de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, conforme al cual, «Asimismo, las necesidades de efectivos para las que no se prevea definitivamente su existencia estructural o respondan a la realización de tareas de duración determinada podrán dar lugar, siempre que exista dotación económica suficiente, a una relación de empleo estatutaria de carácter eventual y con régimen de dedicación tanto a tiempo parcial como a tiempo completo. Dicha relación de empleo podrá tener una duración de hasta 6 meses, prorrogable hasta un máximo de 3 años».

Estas dos normas jurídicas, según el TS, ofrecían la calificación de «medidas legales equivalentes», pues ambas, de acuerdo con la argumentación judicial, tienen por finalidad prevenir los abusos en la utilización sucesiva de nombramientos o prórrogas de personal estatutario temporal de carácter eventual de los Servicios de Salud. Sin embargo, el TS espeta que la Administración sanitaria demandada incumplió en el caso de autos una y otra norma.

¿Cuál es la consecuencia del abuso de la temporalidad, entonces? El TS considera que quien es nombrado personal estatutario temporal y padece una

situación de abuso en sus nombramientos o prórrogas sucesivas, queda sujeto y ha de serle de aplicación, en principio, la normativa a que se refieren esos dos preceptos, y no la propia del ordenamiento jurídico laboral, ni tampoco la jurisprudencia que con base en éste ha elaborado la jurisdicción social. Y, así lo entiende porque, en la normativa expuesta existen «medidas legales equivalentes», que serán por ello las aplicables; y, además, porque es eso precisamente lo que resulta del inciso final del punto 1 de la respuesta dada por el TJUE en la sentencia de 14 de septiembre de 2016.

Dicho esto, el TS concluye manifestando, entre otras cuestiones que:

«[La Administración], debe valorar, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones desempeñadas por la Sra. Andrea, si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se dé alguno de los supuestos previstos en ese art. 9.3, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas».

A lo que a este estudio interesa, lo que el TS ha venido a decir es que el abuso en la utilización sucesiva de nombramientos o prórrogas no determina la conversión de dicho personal estatutario interino en indefinido no fijo, sino en la subsistencia y continuación de la relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes, hasta que la Administración sanitaria, en aquel caso, cumpliera con lo ordenado por el art. 9.3, último párrafo, del Estatuto Marco (Ley 55/2003). Por otra parte, y en lo que respecta a la sentencia dictada por virtud del recurso 1426/2018, el TS siguiendo un *iter* semejante al señalado, pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso que enjuicia, colige, igualmente, que las situaciones de abuso en la utilización sucesiva de relaciones de empleo de duración determinada, para atender necesidades permanentes y duraderas, supone un incumplimiento de la Cláusula 5.^a del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE.

Sin embargo, tampoco supone su conversión en indefinido no fijo. Su efecto es la subsistencia y el deber de continuar la relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos que le son propios, hasta que se cumpla lo que ordena el art. 10.1 del TREBEP, es decir, la inclusión de la plaza en la OEP del año de nombramiento o al siguiente. Para ello, exige la obligación de valorar, de modo fundado, si procede o no el incremento de la plantilla orgánica, con las consecuencias ligadas a tal decisión. Por último,

niega la existencia de indemnización por tal situación ya que su reconocimiento depende de las circunstancias singulares del caso, y debe ser acreditado expresamente en el mismo proceso en el que se declara la existencia de la situación de abuso.

A pesar de que el TS, ha cerrado un capítulo con las citadas sentencias, la historia de los interinos estatutarios indefinidos todavía no ha concluido⁴⁴³ y parece que no tiene visos de acabarse. No obstante, lo que es necesario resaltar es que las Administraciones públicas, sujetas taxativamente al principio de legalidad, no pueden incumplir, en aras de llevar a efecto una sentencia, el resto de la normativa legal. Y esta situación se produce cuando un funcionario interino estatutario es nombrado laboral indefinido no fijo o cuando es declarado fijo «por sentencia»⁴⁴⁴, como si de una nueva categoría de empleado público se tratara, pues dicha decisión carece de un mínimo respaldo legal y convierte al Juzgador en Legislador, innovando el ordenamiento jurídico, no por el cauce de la hermenéutica, el suyo propio, sino por la senda del propio nacimiento de un paralelo e inaceptable derecho positivo de naturaleza judicial.

Resulta evidente pensar que no es llevando la figura del indefinido no fijo del ámbito laboral a la relación funcional o estatutaria como se resuelve el problema, aunque el TJUE ya haya dicho que esa posibilidad puede existir (STJUE de 3 de junio de 2021, C-726/19), pues los problemas de ejecución de sentencias serían muy intensos. ¿Cuál sería el régimen aplicable? ¿El laboral o el funcional? Si se sacara la plaza, ¿qué naturaleza tendría? ¿Funcional o laboral?. Multitud de problemas u obstáculos, que exigen una intervención razonada y razorable del legislador estatal, ponderando adecuadamente todas las circunstancias que se producen en estos casos.

⁴⁴³ Al tiempo que se redacta el presente Capítulo se ha dictado sentencia 19 de marzo de 2020 por el TJUE (Asuntos C-103/18 o Asunto *Sánchez Ruíz* y Asunto C-429/18 Asunto *Fernández-Álvarez* y otros) en la que deja en manos de los Jueces nacionales valorar si procede la transformación de la relación de interinidad en una relación indefinida no fija y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido. Además, manifiesta el TJUE que analizar, si estas son medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes, son decisiones que corresponden a los órganos judiciales nacionales. Igualmente, por el Juzgado contencioso-administrativo n.º 4 de Alicante se ha dictado sentencia n.º 252/2020 de 8 de junio en la que se ha reconocido la fijeza de una funcionaria interina 13 años del Ayuntamiento de Alicante, en aplicación de la Directiva 1999/70/CE y la sentencia del Tribunal Europeo del 19 de marzo de 2020, sentencia que ha sido objeto de numerosas críticas.

⁴⁴⁴ Así expresamente lo define la sentencia dictada el 8 de junio de 2020 por el Juzgado contencioso-administrativo n.º 4 de Alicante, en el Fundamento Jurídico Octavo. Ha sido desestimada por la STSJ de Valencia, de 19 de mayo de 2021, rec. 315/2020.

5.4 EJECUCIÓN DE SENTENCIA EN SUPUESTOS DE SUCESIÓN DE EMPRESAS. CASOS DE INTEGRACIÓN DE PLANTILLA Y «PERSONAL SUBROGADO». LAS CATEGORÍAS DE EMPLEADOS «DEL» SECTOR PÚBLICO. GRAVES PROBLEMAS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA MANTENER EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS TRABAJADORES INTEGRADOS⁴⁴⁵.

5.4.1 **Contexto y realidad. El elemento sustantivo como elemento de valoración de la sucesión**

En la práctica administrativa, no son pocas las dudas que suelen padecer los operadores jurídicos cuando, ante el inicio de una licitación o ante el final de un contrato, deben dar respuesta a las siguientes cuestiones:

- a) Qué hacer con los trabajadores públicos que desarrollan tareas que ahora van a ser privatizadas (externalizadas);
- b) Qué hacer con los trabajadores de aquellas otras empresas privadas adjudicatarias de contratos públicos que ahora finalizan y que, o bien van a ser de nuevo objeto de licitación, o bien los servicios que se prestan van a ser asumidos por la Administración.

Tales cuestiones son objeto de numerosos pleitos y de no pocos problemas a la hora de ejecutar sentencias que reconociendo los derechos del empleado, suponen un auténtico dilema el proceder a su estricto cumplimiento por cuanto que, en muchas ocasiones, exige integrar a un personal que proviene de una empresa privada que nada tiene que ver con la Administración pública, pero que por obra y efecto de la cesión ilícita de trabajadores o por situaciones de sucesión empresarial, la entidad pública debe integrar como propio un tipo de personal ajeno a la organización administrativa en sus estrictos términos.

En las próximas líneas vamos a intentar exponer, de forma práctica, las distintas situaciones frente a las que se pueden encontrar las Administraciones públicas en este tipo de ejecución de sentencias, analizando las respuestas que exigiría dar, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico. Y ello lo vamos a llevar a cabo, teniendo muy presente los últimos pronunciamientos judiciales, tanto del TJUE como del TS. Abordaremos el problema de tener que determinar no solo el cómo, sino cuál es el estatuto jurídico de dicho personal, perso-

⁴⁴⁵ Este apartado es una actualización y modificación del estudio llevado a cabo por este investigador en: PEÑA MOLINA, M., 2018, pp. 90 y ss.

nal que deriva normalmente de una mercantil privada para cuya contratación no solo no se han respetado los principios constitucionales de acceso, sino que, en la mayoría de los supuestos no ha habido, ni siquiera, un proceso de selección; si acaso una simple reclutación. Ha de tenerse en cuenta que en estos supuestos las Administraciones públicas van a tener que respetar la normativa laboral, pero sin dejar de lado su necesario sometimiento al derecho administrativo, lo cual en determinadas situaciones generará claras fricciones para cumplir con las sentencias, que como ya se ha indicado en otras partes de este estudio, hace confrontar el principio de legalidad con el de tutela judicial en su vertiente de ejecución de sentencia.

Aunque el artículo 44 del ET⁴⁴⁶, redactado por la Ley 12/2001, que regula la sucesión de empresas, no se pronuncia sobre su aplicación a las Administraciones públicas, no cabe duda de que las mismas se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, y así lo han venido considerando los tribunales europeos y españoles. El artículo 44 ET viene a trasponer la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de trasposos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. En el artículo 1.1.c) de dicha norma europea se afirma:

«La presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. La reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso

⁴⁴⁶ Dice el artículo 44 del ET: «1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente. 2. A los efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. 3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos *inter vivos*, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito. 4. Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida. 5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad (...).».

■ LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS...

de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva».

En la citada enunciación normativa es imprescindible realizar una puntualización. Por actividad económica debe entenderse cualquier proceso donde se generan e intercambian productos, bienes o servicios para cubrir las necesidades de las personas. Pues bien, a modo de ejemplo, ante un contrato de servicios de organización de archivos en una Administración pública, los trabajadores de esa empresa, aún sujetos a instrucciones del órgano de contratación, no podrían ser objeto de subrogación por cuanto que no estaríamos ante una actividad de naturaleza económica. Con esta advertencia, se quiere exponer la primera problemática que se ha generado en distintos supuestos (programadores, archiveros, informáticos, etc.) en los que se ha querido ver una subrogación y en la que en nuestra opinión, y a la vista de la Directiva, tales actividades no supondrían, en ningún caso, actividad económica por no generar, directa o indirectamente, riqueza ni afectar a la demanda agregada.

El concepto clave para conocer cómo deben actuar las entidades públicas es el de sucesión de empresas. Según el artículo 44 ET citado, se produce sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica, ya sea una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio. La interpretación jurisprudencial de este precepto, tanto en el ámbito comunitario como en el estatal, ha estado sujeta a cambios a la hora de delimitar la amplitud de su alcance.

Las principales diferencias entre la interpretación del TJUE y la del TS, radicaban en que aquel entendía que la sucesión empresarial se producía cuando se constataba la transmisión de elementos personales, de trabajadores. El TS, sin embargo, era partidario de vislumbrar la sucesión empresarial en supuestos de transmisión de elementos patrimoniales esenciales para la realización de la actividad, y no solo los personales. El TJUE, como decimos, no era partidario de esta postura, pues estimaba que, si había transmisión de plantilla, ya había sucesión empresarial. Es a partir del año 2003, cuando las líneas jurisprudenciales de ambos tribunales comienzan a converger. Así, TJUE, en sentencia de 26 de noviembre de 2015, dispuso en una cuestión prejudicial relativa a ADIF que:

«es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el hecho de que el nuevo empresario no se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, de los efectivos que su antecesor había dedi-

cado al desarrollo de la misma actividad no basta para excluir la existencia de una transmisión de una entidad que mantenga su identidad, en el sentido de la Directiva 2001/23 (...) En estas circunstancias, (...) debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin hacerse cargo del personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal».

Por su parte, la Sala de lo Social del TS, en sentencia de 27 de octubre de 2004, manifestó en ese sentido:

«En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, (...) aun teniendo en cuenta la enorme relevancia que en toda actividad reviste el elemento personal, no descansa fundamentalmente en la mano de obra, puesto que exige un material e instalaciones importantes, lo que determinaría que la mera asunción por la nueva adjudicataria de la concesión de un número relevante de trabajadores de la anterior, y la continuación de la actividad, no supondría por sí solo la existencia de sucesión empresarial».

En definitiva, para apreciar la sucesión de empresas deberemos estar ante un elemento *sustantivo o sustancial*, más que cuantitativo; esto es, si lo que se transmite supone la esencia funcional, la identidad de la empresa, su valor cualitativo, habrá transmisión de empresas, con el efecto laboral de la subrogación. Esta consideración cualitativa de aquellos elementos que constituyan la transmisión, ha sido confirmada recientemente por el TS. Ahora bien, es necesario advertir que los vaivenes jurisprudenciales que se han producido sobre dicha materia han impedido materializar un criterio claro para delimitar cuando estábamos ante una sucesión empresarial, no solo convenial, sino incluso legal, a la vista de la modulación en la aplicación de la doctrina comunitaria. No obstante, estas cuestiones zigzagueantes parecen haberse calmado tras la sentencia de 27 de septiembre de 2018, de la Sala de lo Social del TS, en el recurso 2747/2016, en la que el Alto Tribunal viene a rectificar su doctrina en aplicación a lo prevenido en la sentencia del TJUE de 11 julio 2018, en el asunto C-60/17. Así, viene a confirmar que hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET, cuando la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas salientes y entrantes, siempre que la mano de obra constituya un factor esencial (elemento cualitativo), y se asuma una parte relevante del personal ads-

crita a la contrata. En otro caso, se deberá estar a la mayor o menor amplitud del personal que se transmite.

5.4.2 Supuestos. Tomando como ejemplo a las Entidades Locales

De acuerdo con lo precitado y tomándolo como antecedente jurídico, vamos a distinguir distintos supuestos, utilizando como sujeto de actuación a las entidades locales por ser las Administraciones públicas que más reintegración de servicios públicos llevan a cabo. Así distinguiremos tres supuestos: a) Cuando la actividad económica pasa del Ayuntamiento a una sociedad mercantil; b) Cuando pasa de una empresa a otra; y c) Cuando la actividad de la empresa es asumida por la Administración.:

a) Cuando la actividad pasa del Ayuntamiento a una sociedad mercantil.

Nos encontraremos con este supuesto cuando el Ente local decide transmitir la prestación de un servicio público a una organización especializada, como es una sociedad mercantil íntegramente municipal, en régimen de gestión directa o bien a través de las formas previstas en la normativa contractual para la gestión indirecta, como es, ahora, la concesión de servicios. Ejemplos típicos serían los de los servicios municipales de basuras o autobuses. También nos podríamos encontrar con la activación del artículo 44 del ET, en el supuesto en el que la Administración decidiera licitar un contrato de servicios o administrativo especial, para externalizar una prestación que viniera prestando con medios propios, como pudiera ser, por ejemplo, el servicio de limpieza de dependencias municipales.

Ahora bien, es necesario tener presente lo siguiente. Llevada a cabo la transmisión empresarial o en su caso, la subrogación, en supuestos en los que, con posterioridad, se produjera un despido colectivo, ello no significaría que los trabajadores de la empresa cesionaria pudieran volver a la empresa cedente. Esta cuestión se halla resuelta en la sentencia de 7 de junio de 2007, dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura:

«No puede prosperar tal alegación porque en el supuesto que nos ocupa estamos ante una de las formas de gestión de los servicios públicos locales que permite la mencionada Ley 7/1985, la de gestión directa mediante sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local, pero eso no significa, sino todo lo contrario, que deba entenderse que la corporación local y la sociedad mercantil sean una misma persona ni que los trabajadores de la segunda pertenezcan o sigan perteneciendo a la primera si ha pasado a prestar ser-

vicios en la sociedad, puesto que, de lo contrario, no se ve la utilidad ni la necesidad de que se admita legalmente esa forma de gestión, que carecería de toda virtualidad. De no existir diferenciación entre ambas, ya no estaríamos ante esta forma de gestión directa de los servicios municipales, sino ante la primera de las previstas en el mencionado precepto, la gestión por la propia entidad local».

Especificado lo anterior, podemos decir que en la sucesión empresarial se distinguen dos elementos, a saber: de un lado, un elemento *subjetivo*, la sustitución de un empresario por otro, y de otro, un elemento *objetivo*, que exige la transmisión de una entidad económica organizada de forma estable. En el supuesto de que, además, las entidades locales lleven a cabo una licitación habrá que distinguir dos subsupuestos, de acuerdo con la nueva LCSP:

A) Art. 98: Supuestos de sucesión del contratista, mientras se está ejecutando el contrato. La nueva empresa se subrogará en todos los derechos y obligaciones de la anterior adjudicataria.

B) Art. 130, que dice literalmente:

«Cuando una norma legal, un convenio colectivo, o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

Lo dispuesto en este artículo respecto de la subrogación de trabajadores resultará igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas cuando estos estuvieran adscritos al servicio o actividad objeto de la subrogación.

Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato».

Dejaremos el párrafo tercero para más adelante.

Analizando el artículo 130 de la LCSP, se ha de manifestar que el incumplimiento de la obligación de información del cedente a la Administración contratante, ha sido calificado como una irregularidad no invalidante, pero solo cuando esta obligación de subrogarse veniera establecida en convenio colectivo (Informe 58/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 26 de febrero de 2010). Ahora bien, es preciso aclarar que los pliegos de cláusulas administrativas particulares no pueden imponer la obligación de proceder a la subrogación de los trabajadores de la contrata, si no se cumple el presupuesto legal (art. 44 del ET) o, en su caso, viene establecido por el convenio colectivo que sea de aplicación, dado que una cláusula de estas características excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos, en la medida en que la misma supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Así lo ha entendido la jurisprudencia contenciosa del TS, en sentencia de 18 de junio de 2019, en el recurso 702/2016. Sin embargo, lo contrario sí sería posible, esto es, que los pliegos recogieran obligatoriamente la subrogación que se hubiera acordado en el convenio colectivo que le fuese de aplicación a las contratas. Puede citarse, por todas, la sentencia de 25 de marzo de 2015, en el recurso 180/2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN.

Pues bien, mientras la subrogación legal y la convencional son obligatorias para las empresas y los trabajadores, cuando se trata de una subrogación convencional, el pacto entre la Administración y el nuevo contratista, no puede ser obligatorio para el trabajador. Pues, como razona con acierto el informe de la Abogacía General del Estado de 29 de junio de 2005, este tipo de cláusulas «supone, de facto, el establecimiento de un contrato administrativo de estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria destinados a la prestación del servicio que es objeto del contrato». En otras palabras, la subrogación es obligatoria para el adjudicatario en relación con aquellos trabajadores que hayan manifestado su aceptación.

En definitiva, es necesario que las Administraciones públicas se pronuncien en los pliegos sobre la sucesión empresarial, a fin de que el licitador puede tener perfecto conocimiento de todos los aspectos que puedan incidir en su oferta. Si no lo hace, pero así viene establecido en el Convenio colectivo de aplicación, el pliego podrá ser impugnado por causa de nulidad. Igualmente, y en este caso, para que pueda obligar a los trabajadores de la empresa cedente, deberán prestar su consentimiento y en caso contrario, su vínculo laboral continuará existiendo hasta su extinción con la empresa que los cede, debiendo con ésta ventilar la liquidación de sus derechos y obligaciones.

b) Cuando la actividad económica pasa de una empresa a otra.

Si finalizado el servicio, la Administración pública quiere volver a licitarlo, para que opere la sucesión empresarial será necesario, como se ha indicado, que se especifique en los pliegos, cumpliéndose todas las condiciones del artículo 130 de la nueva LCSP.

c) Cuando la actividad de la empresa es asumida por la Administración.

Dispone el artículo 130.3 de la nueva LCSP:

«En caso de que una Administración pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general».

Antes de la entrada en vigor de este precepto, el asunto parecía resuelto. No había subrogación, aunque lo dijera el convenio colectivo sino se daban las causas del artículo 44 del ET, puesto que el Ayuntamiento era una parte ajena a este; un tercero que no entraba en su área de afectación (STS de 17 de junio de 2011, rec. 2855/2010). Sin embargo, ahora, debemos preguntarnos: ¿Qué debe fijar el Convenio? ¿Se ha de expresar que la Administración se subrogará si asume el servicio? ¿Es de aplicación directa el art. 44 del ET? ¿O se puede decir que dicho precepto ha sido desplazado por el artículo 130.3 de la LCSP? A su vez, y a los efectos del empleado o trabajador, es necesario preguntarse: ¿en qué condiciones se integra en la Administración pública el subrogado? Si el trabajador tiene la condición de indefinido-fijo en la empresa ¿cómo se integraría en la Administración pública cesionaria? ¿Y si ésta es una entidad pública empresarial? ¿O una sociedad mercantil pública? Muchas preguntas que deberán ser contestadas atendiendo caso por caso. Debemos plantearnos estas cuestiones porque son las que más litigios provocan. La mayoría de las veces se intentará evitar la subrogación, entendiéndose que la Administración es ajena al convenio y que la asunción del servicio se lleva a cabo *ex novo*. Se considerará que la asunción de dicho personal supone una quiebra de la estabilidad presupuestaria por superar la masa salarial, limitada por leyes presupuestarias estatales que, por lo demás, prohíben nuevas contrataciones. La integración no vendrá de la mano de la voluntad de pacto, sino de la ejecución de una sentencia que así lo imponga, donde la Administración deberá pensar cómo hacer un hueco a un personal con un estatuto jurídico ajeno al que posee el resto de empleados públicos.

5.4.3 **La problemática de la integración administrativa del personal subrogado. Sentencias, de facto, inejecutables. Algunas alternativas posibles**

Con carácter general, el personal subrogado se integrará como indefinido no fijo, pero con una peculiaridad irresoluble: que lo hará con la misma categoría profesional (grupo profesional) y con los mismos derechos de los que venía siendo titular en su anterior empresa, lo que podrá ser incompatible y chocar con las categorías laborales que puedan existir en el propio Ayuntamiento. Los problemas a la hora de ejecutar sentencias que exijan la integración del personal en la propia estructura administrativa, pero con su categorización laboral antigua, serán enormes.

Los órganos judiciales han creído solventar estas situaciones argumentando que el empleado que se integraba desde una mercantil pública, lo es realmente de la propia Administración matriz y, por tanto, esa categoría laboral no es que sea originaria de la sociedad mercantil, sino que lo es de la propia Administración cesionaria, debiendo estar a lo que diga el propio convenio colectivo vigente que rigiera para el Ayuntamiento, máxime cuando éste no contempla categorías cerradas, ni requisitos de titulación para las mismas. Igualmente, si la RPT del Ayuntamiento no fija nada, prevalece el convenio y por tanto, la integración del empleado se produciría con la categoría laboral que poseyera en la mercantil⁴⁴⁷. En estos supuestos, nos encontramos con un

⁴⁴⁷ Un ejemplo de lo expuesto lo tenemos en los Autos 1224/2013, abiertos por el incidente de ejecución 58/2018, ante el Juzgado de lo Social n.º 3 de Sevilla, en donde se vino a resolver la cuestión manifestando: «Para resolver la presente controversia he de partir del contenido de la sentencia y del convenio colectivo aplicable a la relación laboral que sería el XII Convenio Colectivo entre el Excmo. Ayuntamiento de Camas y su personal laboral (BOP de Sevilla de 7 de agosto de 2010) La sentencia declara el derecho del trabajador a integrarse como personal laboral indefinido no fijo en Ayuntamiento de Camas con los derechos y obligaciones inherentes al mismo o equivalente puesto de trabajo desempeñado por el trabajador en condiciones ordinarias, que era el de jefe de servicio, categoría de Técnico, grupo C, con una antigüedad de 5 de abril de 2000. En la fundamentación de la sentencia se resuelve sobre la categoría profesional «a efectos de la cesión ilegal y de la eventual integración del trabajador en la plantilla de la cesionaria» concluyendo «la categoría debe ser la que se recoge en el contrato de 4 de abril del año 2000, con el que se da inicio a la cesión ilegal, y que es la de Técnico, grupo C.» Es de destacar, además, que la relación laboral que se mantenía formalmente con la cedente, SODECSA, se regía por el propio Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Camas según resultaba del propio contrato de trabajo. En cuanto al convenio colectivo hay que partir de que el art. 7 del EBEP, para determinar la normativa aplicable al personal laboral al servicio de las AAAPP, remite a la legislación laboral y a las demás normas convencionalmente aplicables, como es el caso de los convenios colectivos, así como a los preceptos del propio EBEP que así lo dispongan. En particular el art. 77, relativo a la clasificación del personal laboral, dispone que el «personal laboral se clasificará de conformidad con la legislación laboral». Por lo tanto, resulta evidente que no es de aplicación el sistema de clasificación profesional de los funcionarios públicos que es el que se invoca y acompaña a título ilustrativo como el recogido en el art. 76 del EBEP. En consecuencia, hay que acudir al XII Convenio Colectivo entre el Excmo. Ayuntamiento de Camas y su personal laboral que no contiene un régimen acabado o completo de clasificación profesional.

evidente problema dentro de la propia organización pública, pues el personal integrado que posee una categoría laboral única, frente al personal funcional que debe cumplir con una serie de exigencias legales y reglamentarias para ocupar otros puestos (sean de jefatura o no), el personal integrado no lo necesita pues se entiende que es otro personal de la propia Administración y que si el convenio colectivo de rigor no manifiesta nada, puede integrarse plenamente con su categoría laboral, lo contemple o no la RPT de la organización.

Como se ha expuesto con anterioridad, el estatuto jurídico que tendrá el subrogado será el de personal indefinido no fijo, lo que ha sido criticado por la doctrina⁴⁴⁸, por los siguientes argumentos:

- «a) la sucesión solo puede suponer la asunción de la relación objeto de la misma, pero no su transformación para convertirla en otra de naturaleza distinta (de fija en indefinida);

Sin embargo, sí recoge como «categorías profesionales» distintas la de «Jefe de Servicio» y la de «Administrativo» con condiciones retributivas distintas. No se recoge como tal un nivel retributivo ni un grupo profesional. De hecho si vemos la propia tabla salarial donde se recogen como categorías distintas las de «Jefe de Servicio» y la de «Administrativo» vemos como, en relación al salario base, al trabajador se le retribuía antes del 4 de junio de 2018 conforme a la categoría de jefe de servicio, con un salario mensual de 1.179,64 € (14.113,32 €/12) (tabla de 2009) y tras la integración en el Ayuntamiento en ejecución de la sentencia se le abona un salario mensual de 972,80 € que es incluso inferior al que se fija en el Convenio para un administrativo (1.000,82 €, 12.009,84/12). Se dice en el Decreto de ejecución que se incorpora al trabajador a un puesto de trabajo categoría profesional de administrativo «por ser similar al grupo C», que venía desempeñando y se le retribuye conforme a esa categoría profesional establece el convenio colectivo referido. Sin embargo, el Convenio Colectivo prevé como categorías distintas las de jefe de servicio y la de administrativo sin establecer requisitos de titulación alguno para su desempeño y sin que quepa aplicar el régimen de clasificación del personal funcionario al regirse el personal laboral como es el caso del actor por su convenio colectivo y no por el EBEP. No consta, además, que exista en el Ayuntamiento de Camas una RPT o instrumento similar que recoja los requisitos de titulación o de otro tipo exigidos para desempeñar concretos puestos de trabajo. En consecuencia, no ha sido correctamente ejecutada la sentencia pues lo ajustado a derecho sería incorporar al trabajador a un puesto de trabajo con categoría/grupo profesional de «jefe de servicio», que podrá ser el mismo que desempeñaba con anterioridad o uno equivalente, conforme dice la sentencia, y retribuirlo conforme al XII Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Camas y su personal laboral en función de dicha categoría/grupo profesional y de las características concretas del puesto de trabajo».

⁴⁴⁸ CASTILLO BLANCO, F. C., 2017, pp. 109 y ss. El citado profesor dentro del Capítulo 10, dedicado a las consecuencias para los trabajadores de los mecanismos de integración del sector público, destaca la complejidad de determinar, en los supuestos en que la Administración o alguna de sus personificaciones instrumentales siga prestando el servicio, «en qué condiciones ingresa ese personal (de la empresa cedente) a la Administración», procediendo al estudio de las diversas posibilidades u opciones de su estatuto jurídico, tales como la condición de personal indefinido no fijo, personal ocupando puestos de trabajo «a extinguir», o «trabajador subrogado», figura esta última que considera «avalada» por la redacción de la controvertida DA 26.^a de la LPGE 2017, precepto del que afirma que pretende que, fruto de los proceso de reintercalización de actividades, los trabajadores subrogados «no se integren en el empleo público estrictamente considerado» quedándose «en una especie de burbuja o limbo (lo que) no dejará de traer cierta problemática en las relaciones laborales y en las propias condiciones laborales de este». Precisamente, ese es punto que aborda esta tesis y particularmente, este subapartado. Dotar de coherencia jurídica la respuesta y armonizar su estatuto jurídico con la del resto de la organización. ¿Puede un personal subrogado, por el mero hecho de serlo, poseer una categoría completamente distinta a la del resto de trabajadores de la entidad cesionaria y tener un salario fuera del ratio propio de la organización? ¿Se resolvería el problema

b) la sucesión es subrogación subjetiva, pero no novación objetiva (STS de 25 de septiembre de 2012, rec. 6655/2012);

c) la figura del indefinido no fijo es una respuesta judicial a una gestión irregular en la contratación temporal, mientras que la subrogación es simple cumplimiento de la ley laboral y de la directiva. No existe un contrato laboral indefinido al que se pueda recurrir para operar la subrogación; las entidades de derecho público no pueden contratar indefinidos no fijos (STS de 22 de julio de 2013, rec. 5057/2012); y,

d) por último, la figura del indefinido no fijo no es admitida cuando la recuperación del servicio se vaya a realizar en una sociedad mercantil de capital público (STS de 18 de septiembre de 2014, rec. 4285/2014)».

Es importante señalar que se ha admitido judicialmente que cuando la sucesión se produce entre empresa privada y empresa pública, como una sociedad mercantil pública, el subrogado adquiere la condición de personal *fijo* de plantilla (no indefinido no fijo), ya que a aquella, al no ser Administración pública, se le aplica completamente el artículo 44 del ET (STSJ de las Islas Baleares de 8 de mayo de 2014, rec. 502/2014). Igualmente y conforme a la reciente sentencia de la Sala de lo Social del TS en sentencia de 20 de enero de 2022, rec. 3781/2020, se ha venido a decir que cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo, que tenía carácter fijo debe mantenerse esa condición. Es inadecuado aplicar en este caso la categoría de personal indefinido no fijo, so pena de desconocer las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/CE. Sin embargo, esta sentencia no puede aplicarse con carácter retroactivo y es imprescindible dar respuesta a los que ya son personal subrogado con la categoría de indefinido no fijo. Estos supuestos no hacen más que poner encima de la mesa la complejidad de proceder a integrar personal subrogado en la Administración cuando éste posee una categoría laboral que no puede ser identificada con ninguna de las existentes en la Entidad Pública, por ser aquella propia y específica de la mercantil en la que prestaba servicios. Si a ello le sumamos supuestos en los que los jueces de lo social, exigen, sobre todo en ejecución de sentencias, que se proceda a su

por categorizar mediante la RPT a ese personal como «subrogado» o «a extinguir»? ¿Qué le añade en coherencia jurídica a la solución del problema el que personal integrado sea categorizado como un «puesto» que tendrá que extinguirse una vez jubilado el personal, si su categoría y condiciones laborales son opuestas o contradictorias con las propias de la entidad pública?. En nuestra opinión no le dota de ninguna otra, pues integrado el personal es obligación de la organización pública de dotar de coherencia los puestos de trabajo, de equilibrar las condiciones laborales, y de evitar que existan puestos, como señala el profesor, que terminen en un limbo difícil de ordenar, y con independencia de que se integre como indefinido no fijo, cuya categoría reñazamos para este personal, pues como se ha dicho no es un empleado público, sino un empleado *del* sector público.

incorporación en las mismas condiciones laborales en las que se hallaban, nos encontramos con un problema organizativo de primer orden.

Por lo tanto, la pregunta se impone, ¿cómo incorporaríamos a este trabajador para dar cumplimiento a la ejecución de sentencia en sus estrictos términos? Ante esta cuestión y para satisfacer el derecho subjetivo del trabajador, se proponen dos alternativas, no exentas de inconvenientes:

1.^a) Una modificación simultánea de la RPT (efectos laborales) y de la plantilla de personal (efectos retributivos), por efecto de la sentencia judicial en la que, considerado el trabajador «personal subrogado», se deberían asumir las mismas condiciones laborales declaradas en la resolución judicial. En nuestra opinión, si no fuera así se estaría produciendo una novación objetiva contractual fuera de los cauces del artículo 41 del ET (en contra de esta tesis se encuentra la sentencia de 29 de noviembre de 2017 de la Sala de lo Social del TSJ Galicia, que determina que la condición de personal laboral indefinido no fijo no le vincula a ningún puesto de trabajo concreto, siendo que forma parte de la facultad organizativa de la administración la creación de plazas y la adscripción de las mismas mientras éstas estén vacantes).

En el supuesto de que existiera plaza laboral o incluso funcionarial que poseyera sus mismas condiciones laborales, podría ocuparla. Así, se ha reconocido en sentencia de 4 de febrero de 2015 de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Galicia., en el recurso 450/2014. Por último, es necesario advertir que su incorporación no afectaría a la tasa de reposición de efectivos, pues no se trataría de *nuevas* contrataciones. En este sentido, puede verse la sentencia de 7 de mayo de 2015 del TSJ de Andalucía, Sala de lo Social, rec. 388/2015. No obstante, y a pesar de su derogación expresa por la STC de 31 de octubre de 2018, rec. 4710/2017, más por cuestiones de forma que de fondo, no podemos olvidar lo que se regulaba en la Disposición Adicional Vigésima Sexta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el 2017, relacionado con las «Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público». En base a dicho precepto se dictaron sentencias⁴⁴⁹ en las que se declaraba que el personal integrado no era empleado público. Es decir, que conforme a dicho precepto el personal subrogado carecía de la condición de empleado público a los efectos del artículo 8 del TREBEP. Esta situación de empleado, que presta servicios en el sector público pero que no es un empleado público (empleado *del* sector público pero no empleado público), a efectos

⁴⁴⁹ Un ejemplo lo hallamos en la sentencia n.º 195/18 del 1 de octubre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo, n.º 2 de Cádiz.

prácticos, suponía su incorporación en dicho sector sin afectar a la tasa de reposición y ello por obra y gracia, bien de una ejecución de sentencia, bien porque se hubiera realizado un proceso selectivo en el que quedaran patentes los principios constitucionales de acceso al empleo público (incongruente porque no es empleado público) o porque, y esto era lo más importante, se aplicaba el artículo 44 del ET, ya que no podía olvidarse que éste artículo transponía normativa comunitaria, considerada superior y que provocaba el desplazamiento de la limitativa regulación nacional. Y esta argumentación resulta lógica, pues si no es empleado público no se le podía (o debía) aplicar las limitaciones de una tasa de reposición, cuyos efectos se proyectan sobre los futuros accesos al empleo público, teniendo en cuenta, además, que si la incorporación se realizaba desde una sociedad mercantil su condición no debía ser la de indefinido no fijo de plantilla sino la de fijo de plantilla, con todos sus derechos.

2.º) La segunda alternativa que puede explorarse para dar cumplimiento a una sentencia sobre personal subrogado con categorías laborales propias y distintas de las vigentes en la entidad pública en donde se integra, podría ser la adaptación de las condiciones laborales del trabajador a las vigentes en la organización pública, una vez incorporado, por la vía del artículo 41 de la ET, relativas a las modificaciones sustanciales de las condiciones laborales. Éstas vendrían justificadas por cuestiones organizativas, debiendo adaptarse el trabajador a las condiciones propias de las categorías laborales existentes en la propia entidad pública, evitando así cualquier distorsión en la uniformidad organizativa vigente en ésta. Acudiríamos al artículo 41.3 del ET que establece: «la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad». En el ámbito local, por Resolución del Alcalde/Presidente se acordaría la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual, por virtud de la ejecución de una sentencia judicial que incorpora razones organizativas. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual se deberá comunicar al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad. Si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial, al adaptar su situación laboral a las categorías propias de la Entidad pública, tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses (Sentencia número 720/2020 del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, recurso 822/2018, de 23 de julio). Sin perjuicio de la ejecutividad de la modi-

ficación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 18 septiembre 2008 afirma que:

«el art. 41 ET, reconoce al trabajador que resulte perjudicado por la decisión patronal, el derecho a rescindir su contrato y a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, tanto si la modificación sustancial es de carácter individual, como si es colectiva, y no condiciona dicho derecho a la previa impugnación de la decisión empresarial ante la jurisdicción competente, sino que habilita al trabajador a rescindir directamente su contrato sin necesidad de esperar la confirmación judicial de que la medida adoptada es correcta».

Tras la modificación de las condiciones laborales, deberá tramitarse un procedimiento de modificación de la RPT, previo cumplimiento de los requisitos y los trámites establecidos en los artículos 126 y concordantes del TRRL para dar acogida a los cambios; ya que aquella, como sabemos, constituye el instrumento técnico al servicio de las Administraciones Públicas para la organización efectiva de sus recursos humanos en el uso de su autonomía y potestad de autogobierno. Precisamente, por ser un acto ordenado y no ordenador mediante el cual la Administración se auto-organiza (STS 5 Feb. 2014, Rec. 2986/2012) es por lo que la modificación de la RPT no tiene por qué exigirse con carácter previo a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ya que aquella lo que hace es reflejar las relaciones laborales existentes en la organización pública. La RPT no es causa del cambio, sino reflejo del efecto de la modificación. Por último, indicar que la no posesión de una RPT, no impediría a la Entidad pública poder realizar la modificación sustancial de las condiciones laborales, por efecto de la ejecución de sentencia. La RPT afecta a la ordenación del personal, determinando las condiciones laborales que ya existen en la organización pública, o que van a existir, por tratarse de personal de nuevo ingreso. De nuevo, hay que señalar que la RPT es un acto ordenado y no ordenador. La jurisprudencia ha entendido que a través de otros instrumentos como la plantilla de personal que se incorpora como Anexo al presupuesto se podría tramitar.

Estas dos alternativas, desde luego no exentas de problemas, podrían armonizar la ejecución de sentencias que imponen la incorporación del trabajador con determinadas condiciones laborales, con las especificaciones y limitaciones de una organización pública, caracterizada por su rigidez y dificultad para adaptarse de forma ágil a cambios o modificaciones.

CAPÍTULO SEXTO

PROBLEMAS DE EJECUCIÓN EN CASO DE PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE EMPLEADO PÚBLICO

6.1. INCIDENTES DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DICTADAS EN EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO. ¿ES POSIBLE QUE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DICTE ACTOS CON EFICACIA RETROACTIVA SUSTITUYENDO LOS ACTOS ANULADOS EN SENTENCIA? DELIMITACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA FRENTE A LA JURISDICCIÓN SOCIAL

6.1.1 **Extinciones colectivas de relaciones laborales**

El Legislador laboral en supuestos donde se produce una masiva extinción de relaciones laborales, particularmente en contraste con el número de trabajadores existentes en una empresa, ha pretendido que la Autoridad administrativa fuera participe en dicho proceso de extinción colectiva, supervisando y autorizando para el efecto, un procedimiento administrativo-laboral de extinción de las relaciones laborales.

Así considerado, el expediente de regulación de empleo supone una extinción colectiva, más o menos amplia, de las relaciones laborales existentes en la empresa sobre la base de causas tasadas en la Ley laboral, exigiéndose la previa autorización de la autoridad administrativa laboral, como garante de derechos e intereses necesarios. En este proceso, por tanto, intervienen de una parte, los sujetos de la relación jurídico-laboral (empleador-empleados) junto con los representantes de los trabajadores (sindicatos); y de otra, la autoridad administrativa laboral. Esta confluencia de intereses y actuaciones provoca

que, en caso de conflicto y judicialización del proceso, tenga que intervenir, de acuerdo con la finalidad y naturaleza de la pretensión que se ejercita, o la jurisdicción laboral o en su caso, la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es importante entender que no nos estamos refiriendo a los expedientes de regulación de empleo que pueden originarse en el seno de la Administración pública. Dicha posibilidad fue introducida en nuestro Ordenamiento jurídico por la Disposición adicional decimosexta⁴⁵⁰446 del ET de 2015. El supuesto que procedemos a analizar no se ubica en la extinción colectiva de contratos laborales en el seno del sector público. El caso de estudio se centra en el caso de extinción de relaciones laborales jurídico-privadas pero que, como consecuencia de la actuación de la Autoridad administrativa, la jurisdicción contenciosa interviene y lo hace desde una posición de superior autoridad, particularmente en el ámbito de ejecución de sentencia, pues en ese momento es capaz de determinar cuál es el papel que se le reserva en dicho proceso a la jurisdicción laboral.

Como luego se verá, el supuesto de estudio se torna muy interesante ya que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre distintas cuestiones de muy relevante interés, entre las que destacan: ¿qué alcance tiene la anulación de una autorización administrativa de un expediente de regulación de empleo sobre los contratos laborales afectados por éste? ¿y, sobre las indemnizaciones pagadas? ¿qué acontece en la ejecución si la parte dispositiva de la sentencia no se pronuncia sobre este extremo? ¿qué ocurre con el personal que no impugnó dicha autorización administrativa y que se sometió voluntariamente a un acuerdo empresarial paralelo de despido colectivo? ¿cuál es el papel de la jurisdicción laboral en el incidente de ejecución de sentencia contenciosa? ¿cabe una actuación retroactiva administrativa después de haberse dictado una sentencia anulatoria del acto de extinción colectiva? ¿hasta dónde alcanza la ejecución de sentencia contenciosa en el proceso de un expediente de regulación de empleo laboral? Todas estas cuestiones son tratadas en la sentencia que se va a analizar y que se estima interesante de estudio, ya que aglutina una hermenéutica general de la que pueden inferirse pautas claras para otros supuestos seme-

⁴⁵⁰ Ordena la Disposición adicional decimosexta del ET: «El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los arts. 51 y 52. c) del ET y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas. En ningún caso afectará a los funcionarios, que tienen un régimen jurídico distinto».

jantes. Una herramienta interpretativa muy útil en nuestro trabajo de pretensión inductiva.

6.1.2 Regulación legal y régimen jurídico

El artículo 51 del ET, en sus seis primeros párrafos, regula el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. Dispone el artículo citado lo siguiente:

«A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto».

A la vista de lo transcrito se puede decir que habrá despido colectivo cuando se produzca una extinción de las relaciones laborales (siempre que estas sean superior a cinco) cuando dicha situación conlleve el cese total de la actividad de la empresa; o cuando exista una reducción de la plantilla por las causas tasadas legalmente y en la proporción citada pero que permita la continuación de la actividad empresarial⁴⁵¹.

El artículo 51 del ET, sigue manifestando que:

«El despido colectivo deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad. La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes».

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4 del ET, en el orden y condiciones señalados en el mismo⁴⁵²⁴⁴⁸.

La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del período de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a

⁴⁵¹ BOLTAIÑA BOSCH, X, 2010, p. 59.

⁴⁵² Para completar la explicación sucesiva, puede acudir a: DEL REY GUANTER, S., 2007, pp. 1068 y ss.

estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días.

Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del período de consultas. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del período de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración.

La comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar a la autoridad laboral. En dicho escrito se consignarán los siguientes extremos:

- a) La especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido en el apartado 1 del artículo 51 del ET.
- b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.
- c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.
- d) Periodo previsto para la realización de los despidos.
- e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.
- f) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo
- g) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta en los plazos legales.

La comunicación a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior, así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Recibida la comunicación, la autoridad laboral dará traslado de la misma a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de la comunicación a que se refieren los párrafos anteriores y sobre el desarrollo del periodo de consultas. El informe deberá ser evacuado en el

improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas y quedará incorporado al procedimiento.

Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo.

La Autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento. Igualmente, y sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo. Con la misma finalidad también podrá realizar funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa.

Transcurrido el periodo de consultas el empresario comunicará a la Autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo.

Si en el plazo de quince días desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, el empresario no hubiera comunicado a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad laboral su decisión sobre el despido colectivo, se producirá la caducidad del procedimiento de despido colectivo en los términos que reglamentariamente se establezcan.

La autoridad competente para tramitar y autorizar la extinción será la Administración General del Estado o, en su caso, las CCAA, cuando dicha competencia haya sido transferida a las mismas, debiendo concretar qué autoridad es la competente para aquellas actuaciones (Dirección General de Trabajo o la Dirección Provincial de Trabajo).

Conforme a lo expuesto se ha de afirmar que junto con la solicitud en la que el empresario inste la extinción de las relaciones laborales, que es lo que le permite otorgar el sobrenombre de expediente de regulación de empleo, se abre el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. La intervención de la Autoridad administrativa-laboral se produce, tanto en el inicio del expediente, comunicando la solicitud de extinción a las entidades gestoras de las prestaciones por desempleo, que solicitarán preceptivamente un informe a la Inspección de Trabajo, como igualmente durante el proceso, a fin de que éste pueda llegar a un punto de encuentro en el que se posibilite un acuerdo, pudiendo incluso proponer una mediación externa. Si se llegara a un acuerdo, éste limita el ámbito de actuación de la autoridad administrativa laboral, pues deberá dictar resolución en el plazo de 15 días autorizando la extinción, siendo el silencio administrativo positivo.

La Autoridad laboral no puede denegar el acuerdo⁴⁵³, no obstante si comprueba de oficio o a instancia de parte que los acuerdos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho podrá impugnarlos ante la jurisdicción laboral reclamando su nulidad, así como cuando la entidad gestora de las prestaciones por desempleo hubiese informado de que la decisión extintiva empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo. En estos supuestos se suspende el plazo para dictar la autorización. En el caso de que no exista acuerdo, es la Autoridad administrativa-laboral la que deberá estimar o desestimar la solicitud de despido colectivo, debiendo hacerlo en el plazo de 15 días, en caso contrario, se entiende el silencio administrativo como positivo.

La normativa reglamentaria laboral⁴⁵⁴ referida a dicho supuestos, se pronuncia sobre la necesidad de que la Autoridad laboral autorice el despido colectivo cuando se trate de una medida razonable para garantizar la viabilidad de la empresa o para superar una crisis económica manteniendo otros puestos de trabajo. En caso contrario, la autoridad judicial no autorizará los despidos. La resolución administrativa se presume válida y produce efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en ella se disponga lo contrario.

Dicho esto, será necesario adelantar al análisis de la sentencia del TS que hemos señalado, dos efectos que produce la resolución de la autoridad laboral, a saber: la primera, que de ella no se deriva la extinción de las relaciones labo-

⁴⁵³ Vid. BOLTAINA BOSCH, X., 2010, p. 61

⁴⁵⁴ Representada por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada

rales. La segunda, que como se ha indicado, el silencio administrativo será positivo o estimatorio de la extinción. En base a ellos, el empresario podrá posponer la extinción de los contratos, pero si se fijó una fecha en la solicitud, en el acuerdo o incluso en la resolución administrativa, los representantes de los trabajadores o los propios trabajadores podrán hacerla valer ante la autoridad judicial laboral, que será la competente a estos efectos.

6.1.3 **Análisis jurisprudencial. Deslinde entre la jurisdicción laboral y contencioso-administrativa en los procesos de despidos colectivos**

Esquemática la regulación del despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción⁴⁵⁵⁴⁵¹, procederemos al análisis de la sentencia del TS, objeto principal de nuestro estudio.

La sentencia que se cita, fue dictada por la Sección 4.^a de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo del TS, el 30 de septiembre de 2003, en el recurso número 8614/1999, cuyo ponente fue el magistrado, D. Juan Antonio Xiol Ríos. El supuesto que resuelve el Alto Tribunal estatal se centra en un recurso de casación dictado en un caso de ejecución de sentencia, centrada en la nulidad de un expediente de regulación de empleo. El Alto Tribunal estatal debía pronunciarse sobre la impugnación de un Auto de 25 de marzo de 1999 dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco, en el que en su parte dispositiva vino a acordar la desestimación de las pretensiones ejecutivas dando por cumplida la sentencia.

La desestimación de la pretensión ejecutiva derivaba de varias razones: la primera, porque entendía el Alto Tribunal autonómico que lo que pretendía el ejecutante era un pronunciamiento (pagos de salarios no abonados desde la extinción de los contratos hasta la nulidad del expediente de regulación de empleo) que desbordaba su competencia material, siendo la jurisdicción competente para ello la social. La segunda razón era que esa pretensión que se intentaba hacer valer no se hallaba en el fallo sino en el fundamento jurídico quinto de la sentencia, de suerte que el propio fallo no reconocía derecho alguno, sino únicamente la retroacción de las actuaciones administrativas al momento en que se había producido el vicio de nulidad. Y, la última razón por la que se desestimaba la pretensión ejecutoria era porque, tras la sentencia de nulidad la Dirección Provincial de Trabajo había dictado dos resoluciones: la

⁴⁵⁵ No se ha considerado oportuno exponer el despido colectivo por fuerza mayor ya que no guarda relación con el caso que se analiza.

primera de 26 de noviembre de 1998, en la que se acordaba la retroacción de las actuaciones, considerándose acorde con la sentencia dictada; y una segunda de 25 de febrero de 1999, que entendía el Alto Tribunal autonómico que era un acto administrativo nuevo frente al que se debía presentar un nuevo recurso contencioso-administrativo. Estos eran los fundamentos del Auto del TSJ del País Vasco para desestimar el incidente de ejecución, promovido por seis trabajadores. El TS, igualmente, en su sentencia analiza el Auto de 19 de octubre de 1999 del TSJ del País Vasco, que había sido dictado con posterioridad y estudia las pretensiones encontradas de las partes en conflicto ejecutivo.

Expuesto lo anterior, el TS tras iniciar su argumentación desde el alcance del recurso de casación en los supuestos de impugnación de autos dictados en ejecución de sentencia, aborda uno de los temas nucleares de la ejecución, a saber: qué efectos ejecutivos tiene aquello que se encuentra declarado en el cuerpo de la sentencia (fundamento) pero que no se halla en su parte dispositiva (decisión o fallo). El TS parte admitiendo las premisas de los recurrentes, esto es, que la ejecución de las sentencias ha de realizarse ateniéndose a los términos literales del fallo, los cuales, en aras de la cabal ejecución de lo ordenado, deben ser interpretados, como la jurisprudencia ha declarado, teniendo en cuenta los fundamentos jurídicos de la sentencia y el contexto del debate procesal en el conjunto del ordenamiento jurídico. Para ello, el TS se basa en una antigua doctrina de la Sala de lo civil del TS, aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales que dice lo siguiente:

«aunque las resoluciones judiciales encaminadas a llevar a cabo una sentencia firme deben ajustarse a las declaraciones que ésta contiene, ello no excluye la facultad de los Tribunales para que, si hallan oscuridad o deficiencias de expresión en el fallo puedan interpretarlo valiéndose para ello de las consideraciones que les sirvan de base y fundamento jurídico» (sentencia de 18 de mayo de 1964), «entendiendo como extremos controvertidos y decididos en la sentencia, no sólo los expresamente mencionados en el fallo de origen, sino todos los que sean consecuencia natural e ineludible de la esencia jurídica de la situación que se resuelve» (sentencia de 14 de mayo de 1982).

Asimismo, el TS manifiesta que constituye doctrina jurisprudencial la de que el ámbito de ejecución de las sentencias firmes viene determinado por su específica finalidad de dar cumplimiento a los puntos sobre los que la resolución versó y habrá de acudirse para precisarlos, más que a la fórmula literal utilizada en la ejecutoria, a la motivación que la sustenta, en cuanto elemento de auténtica exégesis, lo que permitirá alcanzar la debida efectividad respecto de toda la materia objeto de la controversia, evitando que por una exagerada y recusable sumisión a los términos gramaticales de los pronunciamientos, no se obtengan de la decisión sus razonables y hasta obligadas consecuencias, haciendo con ello posible un nuevo e innecesario litigio, razones por las cuales le viene incluso permi-

tido al organismo ejecutor atender, no sólo a los extremos gramaticales aludidos por la resolución de que se trata, sino también a los que sean su lógico complemento (sentencias de 7 de octubre de 1970, 24 de mayo de 1980 y 15 de febrero de 1982)».

Por tanto, debía entenderse que una sentencia es un *todo* razonado unitario y no, la suma parcial e independiente de razonamientos yuxtapuestos que desembocan en una decisión independiente y válida per se.

Después de dejar claro que la valoración de las sentencias debe llevarse a cabo desde una perspectiva holística, el TS se pronuncia sobre el alcance que pueda tener la autoridad judicial contencioso-administrativa sobre los despidos y sus consecuencias. Y, en este sentido, afirma que el razonamiento de la sentencia no puede tener el alcance que la parte recurrente sostiene, pues para interpretarlo del modo alegado sería preciso tener en cuenta el alcance limitado de aquella, en cuanto se encamina a resolver una excepción de inadmisibilidad parcial frente a la pretensión anulatoria de una autorización administrativa de despido en su conjunto, debiendo cohonestarse con el ámbito que, en esta materia, corresponde respectivamente a la jurisdicción social.

En este sentido, el TS entiende que el argumento utilizado por el TSJ del País Vasco no es afortunado en relación a la desestimación de la inadmisibilidad del recurso solicitada por la parte contraria ejecutada (Abogacía del Estado), al haberse documentado que la readmisión de los trabajadores y el reintegro salarial eran consecuencias lógicas de la nulidad de la autorización de despido, es decir, efectos jurídicos-laborales.

Frente a dicho razonamiento, el TS estima que es evidente que no cabe la inadmisibilidad parcial de un recurso contencioso-administrativo por el hecho de que algunas de las pretensiones deducidas puedan no ser procedentes. No obstante, considera que los efectos resultantes de la resolución en los expedientes de regulación de empleo, consistentes en los despidos y abonos salariales o indemnizatorios, aunque consecuencia de la autorización administrativa, *corresponde enjuiciarlos a la jurisdicción social*. Por tanto, la validez del acto depende de la jurisdicción contenciosa, no así sus efectos y consecuencias (extinción de contratos e indemnizaciones) que, al recaer en el ámbito laboral, deben ser decisión de esta jurisdicción.

Resuelto lo anterior, el TS se pronuncia sobre los efectos que tiene la autorización administrativa sobre la vigencia y existencia de las relaciones laborales y dice:

«En los expedientes de regulación de empleo la Administración se limita a una autorización para llevar a cabo el despido colectivo cuando es el caso (artículo 51.2 y 5 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Le-

gislativo 1/1995, de 24 de marzo), *pero la resolución administrativa en sí no supone la efectividad de los despidos*, cuya realización queda sometida a la concreta revisión mediante los procesos específicos previstos al efecto *ante la jurisdicción social*, en los que se tienen en cuenta las diversas circunstancias que pueden concurrir, las cuales rebasan ampliamente el alcance meramente autorizante y legitimador de la resolución del expediente de regulación de empleo».

En otras palabras, la autorización administrativa no extingue por sí misma los contratos, sino que se limita a autorizar al empresario a extinguirlos y se requiere un ulterior acto empresarial ejecutivo que es el que produce la extinción. La validez del acto de extinción es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativo, pero sus efectos y consecuencias le correspondía a la jurisdicción social.

Por ello, afirma el TS:

«Ni la autorización administrativa extingue por sí misma los contratos ni el empresario al que se autoriza la extinción de los contratos está obligado a llevarla a cabo. La autorización no implica *per se* una modificación de la relación laboral, sino que habilita al empresario para poder despedir colectivamente».

Centrado lo anterior, el TS lleva a cabo una operación de deslinde entre la jurisdicción laboral y contenciosa en los procesos de despidos colectivos y viene a manifestar que:

«En el supuesto inverso, (...) de autorización administrativa anulada por la jurisdicción contencioso-administrativa, la consecuencia lógica que se infiere de la anterior doctrina es la de que corresponde a la jurisdicción social la decisión sobre la calificación de los despidos llevados a cabo por la empresa que hayan perdido su apoyo en aquella autorización declarada nula, así como la consiguiente determinación de las consecuencias de dejar aquéllos sin efecto».

En base a ello, el Alto Tribunal estima que el Auto del TSJ del País Vasco es ajustado a Derecho cuando considera que el pronunciamiento que pretende la parte ejecutante se apoya en un razonamiento de la sentencia sobre las consecuencias que pudieran derivarse en el ámbito estrictamente laboral y que los aspectos cuya ejecución se interesa son ajenos al ámbito de control de la jurisdicción contenciosa, limitado a examinar si el acto administrativo de autorización del expediente de regulación de empleo es ajustado al Derecho administrativo y nada más.

Y, sobre este proceder, el TS estima que no se lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de un proceso justo sin dilaciones indebidas, ya que entiende que la atribución de estas cuestiones a la jurisdicción social tiene como fundamento la existencia de rápidos procesos que permiten

hacer efectivas las consecuencias de las resoluciones administrativas en el ámbito de las relaciones laborales, siempre que se tenga presente lo regulado en el artículo 5.3 de la LJCA.

Dejado claro lo anterior, el TS lleva ahora a cabo un juicio de procedencia sobre las resoluciones dictadas por la autoridad administrativa laboral en ejecución de sentencia. La parte recurrente entendía que, dado que procedía la readmisión de los trabajadores, es decir, una retroacción automática, la Administración no podía autorizar de nuevo el despido sin pasar por un nuevo acuerdo en el expediente de regulación de empleo como ya se había hecho. El TS contesta a ello que la sentencia, aunque inicialmente suponía la nulidad del despido llevado a cabo, ya que había sido efectuado con base en una autorización administrativa anulada por la jurisdicción competente para ello, ordenaba la retroacción del expediente y, por consiguiente, permitía que, si concurrían los presupuestos necesarios para ello, se dictase nueva resolución sin mutuo acuerdo, pues de sus razonamientos se desprendía que el motivo de la nulidad fue exclusivamente que en el acuerdo alcanzado los trabajadores afectados no estuvieron debidamente representados, pero no se pronunciaba sobre la necesidad del volver a realizar el mismo.

Ello hacía, entendía el TS, que la primera resolución dictada el 26 de noviembre de 1998 por la autoridad administrativa laboral cumpliera el juicio de pertinencia y se considerara ajustada a Derecho, es decir, cumplidora de la sentencia que declaraba la nulidad. Sin embargo, el Alto Tribunal entrando en el estudio de la resolución de 25 de febrero de 1999, estima totalmente lo contrario, es decir, la impertinencia y la irregularidad de la misma, por hacer acudir al recurrente a un nuevo proceso judicial. Para ello, el TS trae a colación la doctrina constitucional sobre la ejecución de sentencias, y dice:

«Es cierto que se trata de una nueva resolución que aprecia la existencia de causas económicas y autoriza el despido en las mismas condiciones que aquellas a las que se llegó por mutuo acuerdo con los trabajadores no excluidos. En principio sería correcta la apreciación del auto impugnado en el sentido de que constituye un nuevo acto administrativo cuyo control jurisdiccional no forma parte de la ejecución de la sentencia dictada y frente al que, si la parte lo estima procedente, podrá interponer los recursos que en la misma resolución se indican. Sin embargo, no puede olvidarse que la ejecución de las sentencias de esta jurisdicción comporta la eliminación de aquellos actos que tratan de desvirtuar lo ordenado en una sentencia anterior, sin necesidad de nuevo recurso contencioso-administrativo. La nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece en el artículo 103.4, «serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento» y autoriza a promover

la nulidad de pleno Derecho –vía a la que se acogieron los recurrentes– de los actos y disposiciones que se dicen con dicha finalidad (apartado 5)».

El Alto Tribunal, tras manifestar la irregularidad judicial, entra a evaluar si la retroactividad declarada por la resolución administrativa es acorde a Derecho. En base a dicha retroacción, el Alto Tribunal no encuentra obstáculos para querer extender la misma cuantía indemnizatoria tanto a trabajadores con los que se llegó a un acuerdo como con los que no se llegó al mismo. Es decir, que como efectos favorables la retroactividad no encuentra obstáculos. Sin embargo, en relación a la retroacción de otros efectos que pudieran derivar de la resolución dictada, basándose en el artículo 57.3 de la LRJPAC, el Alto Tribunal estima que es completamente improcedente. Y para ello, el TS manifiesta contundentemente lo siguiente:

«Para esta Sala resulta poco menos que evidente que la retroactividad declarada no puede tener otra finalidad que dejar sin efecto las naturales consecuencias favorables a los trabajadores que la exclusión de la primitiva autorización puede llevar consigo, cifradas, al menos, en la necesidad de considerar y resolver especialmente sobre su situación, y en el consiguiente retraso en la ejecución de las medidas de despido que puedan ser autorizadas, dado el efecto prejudicial que respecto de las resoluciones que se dicten en la jurisdicción social sobre eventuales despidos realizados por el empresario tiene la exclusión de los afectados del primitivo convenio homologado que los autorizaba. Parece de todo punto inadmisibles que la Administración se acoja a un precepto que, dictado en el ámbito del procedimiento administrativo, contempla una facultad excepcional de otorgar efectos retroactivos a actos dictados en sustitución de los anulados en vía administrativa para sustituir sin más un acto anulado judicialmente por falta de requisitos procedimentales por otro de contenido idéntico.

El carácter excepcional de la facultad otorgada a la Administración requiere de una cuidadosa ponderación de las circunstancias concurrentes, pues tiene como finalidad evitar situaciones de vacío en perjuicio de los administrados, y no es aplicable a los actos restrictivos de derechos (como es el caso). Ni siquiera cuando se trata de disposiciones generales cabe en tales circunstancias dicha retroactividad en virtud de una interdicción constitucional (artículos 9 de la Constitución y 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). (...) Pero, por encima de todo, debemos proclamar que la facultad de otorgar efecto retroactivo a un acto administrativo, otorgada en el ámbito del procedimiento administrativo, no puede aplicarse al proceso judicial de ejecución utilizándola para enmendar las consecuencias naturales de una declaración judicial de nulidad del acto administrativo, ya que la ejecución de las resoluciones judiciales, que forma parte de la potestad jurisdiccional, se rige por las reglas propias del ejercicio de esta función» (la cursiva es nuestra).

El TS reprocha especialmente a la Sala de instancia que no se atenga a esa interpretación y que hubiera considerando que la resolución de 25 de febrero de 1999 constituía un nuevo acto administrativo cuyo control jurisdiccional no formaba parte de la ejecución de la sentencia dictada y frente al que, si la parte lo estimaba procedente, podría interponer los recursos que en la misma resolución se indicaban.

Argumentado todo lo anterior, el TS resuelve definitivamente fijando el marco de relación entre la jurisdicción contenciosa y laboral llevando a cabo una operación de deslinde, fijando qué le corresponde a una y a otra jurisdicción. Y lo hace de la siguiente forma: desestima las pretensiones de readmisión de los trabajadores y de abono de las cantidades reclamadas por la parte ejecutante, por corresponder su enjuiciamiento a la jurisdicción social, partiendo de la nulidad declarada en la sentencia cuya ejecución provisional se solicita; declara no haber lugar a la nulidad de la resolución de 26 de noviembre de 1998 de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales dictadas en ejecución de la sentencia; y estima la nulidad de pleno Derecho de la resolución de 25 de febrero de 1999, sin perjuicio de las acciones de nulidad que pudieran proceder en ejecución de sentencia contra los actos que se dictasen con la finalidad de eludir su cumplimiento, correspondiendo a la jurisdicción social el enjuiciamiento de todas las demás consecuencias derivadas de las nulidades decretadas en orden a la eficacia y consecuencias económicas de los despidos producidos.

6.2 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE ACUERDAN LA REPOSICIÓN DEL EMPLEADO PÚBLICO EN SU PUESTO DE TRABAJO. SUPUESTOS DE AMORTIZACIÓN DE LA PLAZA. LA PROBLEMÁTICA DEL CÁLCULO DEL *QUANTUM* INDEMNIZATORIO. LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS PSICOLÓGICOS Y LOS DAÑOS MORALES

6.2.1 Contexto de estudio. ¿Invasión de competencias administrativas?

Se expuso al tratarse el apartado de la ejecución de sentencias que anulaban procesos selectivos que la jurisprudencia había dado un trato diferente para el caso de declarar la nulidad de pleno derecho, si se partía de la posición del opositor que por virtud de aquel se le reconocía el derecho a acceder a su plaza o puesto, frente al que, en virtud de una ejecución de sentencia anulatoria, se le privaba de la plaza que venía ocupando. Es decir, la jurisprudencia se

pronunciaba de diferente forma cuando se trataba del candidato que, por virtud de la nulidad, se le abría el camino para acceder a una plaza, que de aquel empleado público que perdía la misma por efecto y causa de la nulidad declarada.

Ambos supuestos fueron ya tratados y analizados anteriormente, sin embargo, lo que no se trató y ahora se estudia es el supuesto de cómo ejecutar una sentencia que declara la reposición de un opositor en una plaza determinada cuando la misma ha sido suprimida por la Administración pública empleadora. Nos encontramos con dos problemas a la hora de ejecutar una sentencia de esta naturaleza. El primero estriba en ver si la potestad jurisdiccional le puede exigir a la potestad administrativa organizatoria que cree una plaza nueva, a la vista de la amortización, sin que ello suponga una invasión competencial. Potencialidades de potestades legales encontradas, que habrá de estudiarse si, por causa y efecto de la ejecución de sentencia, la Jurisprudencia puede ordenar no solo la creación o ampliación de la plantilla sino, en su caso, la propia anulación de la amortización llevada a cabo.

La segunda cuestión deviene de la dificultad de determinar la cuantía a la que pueda tener derecho el candidato que no pueda acceder a su plaza por haber sido amortizada. Nos encontraríamos, entonces, ante un supuesto de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia y, por tanto, ante la necesidad de determinar el *quantum* indemnizatorio sustitutivo, cuyo estudio se atiende en el epígrafe siguiente.

En relación al primer supuesto, debemos partir diciendo que la jurisprudencia de los últimos tiempos ha venido a estimar, como efecto de la vinculación de la Administración al cumplimiento de la sentencia judicial, que ésta puede contar con una plantilla más amplia de la que originariamente podía contemplarse en sus presupuestos, e incluso en su propia oferta de empleo público, si con ello da satisfacción al derecho subjetivo al cumplimiento efectivo del fallo. La razón de esta regla viene dada por el hecho, ya expuesto, de que la ejecución de una sentencia judicial no solo es parte integrante de la potestad jurisdiccional reconocida en el artículo 117.3 de la CE, debiendo la Administración acatar la acción judicial, de acuerdo con los deberes que le imponen los artículos 103 y 118 de la CE, sino porque la ejecución de la decisión judicial descansa en un derecho fundamental que no es otro sino el reconocimiento de la tutela judicial efectiva en su vertiente del cumplimiento exacto del fallo condenatorio, punto de Arquímedes para medir el equilibrio y la solidez de todo el sistema de garantías judiciales.

El artículo 24.1 de la CE se impone así, por encima de la potestad autoorganizatoria administrativa, e incluso, se alza sobre la potestad limitante presupuestaria de las entidades públicas. El eje de acción judicial y de cumplimiento

de las decisiones judiciales derivadas de su función de juzgar y ejecutar lo juzgado, lo constituye el derecho fundamental al cumplimiento efectivo de una sentencia favorable. Jurisprudencialmente se ha venido a decir lo siguiente ⁴⁵⁶:

«Es evidente que cuando se impone a la Administración una obligación de dar o hacer alguna cosa, la Administración ha de reaccionar modificando en su caso los presupuestos, o tomando las medidas necesarias para la ejecución de la misma, sin que por ello se entienda que los Tribunales ejercitan potestades administrativas. Aparte de que de la sentencia no se deriva dicho aumento de plazas, puesto que se limita a reconocer la situación jurídica individualizada del recurrente (...) Es indudable que se está ejerciendo por el Tribunal a quo la función que en el art. 117.3 CE le atribuye, y que al margen, de los dificultades presupuestarias que le pueda acarrear a la recurrente la decisión contenida en el Auto, en modo alguno puede atribuirse a dicha decisión el carácter de acto de oferta de empleo público, que es a lo que se refiere el art. 70 de la Ley 7/2007, y en relación con él, en la medida que sea discernible, las facultades atribuidas a la Comunidad Autónoma (...) en su Estatuto de Autonomía» (la cursiva es nuestra).

La jurisprudencia ⁴⁵⁷ no ha admitido ni siquiera alegaciones de este tipo a Administraciones que contraargumentaban un grave problema organizativo cuando la ejecución de la sentencia afectaba a una gran cantidad de plazas (675). La jurisprudencia en esta situación entiende que el acto judicial de ejecución en modo alguno puede atribuirse el carácter de acto de oferta de empleo público, de acuerdo con el art. 70 del TREBEP, por el hecho de exigir que permanezcan en sus plazas, tanto el que aprobó como el que, ahora, accede a otra plaza por sentencia judicial. Y en esa ampliación de la plantilla y del gasto de personal, no se halla una invasión competencial ni orillamiento del principio teórico de separación de poderes. En la ejecución de sentencias la Administración es objeto de una acción jurídica y sujeto de obligaciones, debiendo acatar la decisión judicial modificando sus instrumentos de gestión presupuestaria, si ello fuera necesario. La limitación presupuestaria y la autoorganización no es límite ni excusa para el cumplimiento de la sentencia.

6.2.2 Supuesto de amortización de la plaza ¿sentencia inejecutable?

¿Qué ocurre cuando se ha amortizado la plaza donde debía reubicarse al ejecutante? Es importante recordar que un proceso selectivo es un procedimiento administrativo constituido por distintas fases, sujeto a vaivenes que

⁴⁵⁶ STS de 15 de febrero de 2014, rec. 2459/2013.

⁴⁵⁷ STS de 23/6/ 2017, rec. 3528/2015.

pueden dilatarlo en el tiempo. Por ello, desde que se inicia hasta que se nombra o contrata a un opositor es normal que haya transcurrido un tiempo bastante largo, tanto más, si a ello le sumamos un proceso judicial.

A pesar de que el transcurso del tiempo puede ocasionar perjuicios o incluso cambios situacionales que hagan inútil una sentencia estimatoria posterior, los tribunales de justicia son reacios a admitir medidas cautelares de suspensión del proceso selectivo bajo la causa (y excusa) de que los mismos cumplen una función de interés general superior al interés particular que se pretende defender con la medida. No es fácil, por tanto, hacer retrotraer con posterioridad un proceso selectivo, tanto en sus efectos objetivos como subjetivos, cuando ha transcurrido mucho tiempo. Y en ese tiempo puede ocurrir que se haya suprimido la plaza o las plazas sobre las que se desarrollaba el proceso judicial.

En estas situaciones, a pesar de que, como se dice, la jurisprudencia no admite medida cautelar, no por ello significa que no sea cautelosa. Así, en sentencia de 15 de septiembre de 2015 del TSJ de Cataluña (rec. 55/2015), el Alto Tribunal autonómico vino a decir a propósito de la amortización de una plaza, lo siguiente:

«La Administración ha aprovechado durante el procedimiento, y en ejecución de sentencia, para amortizar una de las dos plazas convocadas. De entrada, el principio de *buena fe* obligaba a la Administración a comunicar al Tribunal –y a través de él a las partes– aquellos hechos y actos administrativos que se iban produciendo a lo largo de la litis y que estaban subjudice, en este la amortización de una de las dos plazas convocadas, pero no lo hizo, sustrayendo con su actividad una información relevante para resolver el proceso. (...) Y es que no cabe ninguna duda de que al amortizar una de las plazas convocadas la Administración ha llevado a cabo una actividad contraria a la Sentencia pues ha sustraído de la convocatoria una de las plazas cuando la misma no estaba afectada por la anulación del fallo» (la cursiva es de la sentencia).

El efecto de tal acción administrativa es la nulidad de la amortización por ser un acto contrario al fallo, por virtud del artículo 103.4 de la LJCA. Es decir, cuando la jurisprudencia entiende que la amortización se ha llevado a cabo como maniobra para eludir el cumplimiento del fallo, el acto administrativo es nulo por ser una actuación que trasgrede lo decidido en sentencia, imponiéndosele un deber de buena fe, cuando la misma se encuentra sujeta a un proceso judicial donde las plazas de hallan comprometidas.

Fuera del supuesto anterior, donde la Administración tiene un comportamiento elusivo, la amortización justificada de la plaza donde debía reincorporarse el ejecutante, provoca una imposibilidad legal sobrevenida para ejecutar

la sentencia en sus propios términos. En supuestos de estas características, la Jurisdicción no ha operado acordando la ampliación de la plantilla o exigiendo la anulación de la amortización. No obstante, es importante señalar que es muy difícil fijar una regla general de comportamiento judicial para estos casos. El análisis del caso expuesto nos revela que los tribunales de justicia actúan muy vinculados no solo al fallo de la sentencia, cuestión natural, sino también a la pretensión declarativa ejercida por el demandante que pone en marcha el proceso principal. Se constata que los tribunales de justicia valoran todas las circunstancias presentes en el caso y a partir de dicha evaluación y ponderación, deciden.

Si la amortización responde a razones justificadas de organización de la Administración pública, existirá una *admisible* imposibilidad legal de reincorporación, provocando la finalización de la relación de servicios del ejecutante/ empleado público, y poniéndose en marcha el mecanismo de la reparación por indemnización. Ahora bien, es importante advertir que estas indemnizaciones son distintas a otras reconocidas por los tribunales de justicia en supuestos de privación indebida de plazas o puestos de trabajo. En este sentido, y fuera de los casos de amortización, cuando se ha excluido indebidamente a un candidato de un proceso selectivo, se ha reconocido una indemnización a través del instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial, eso sí, limitada a los gastos de preparación de la oposición (ATS de 5 de marzo de 2012, rec. 4018/2018).

En otros supuestos, la jurisprudencia ha entendido que existe responsabilidad patrimonial por amortización de una plaza a la que tenía derecho una interesada en virtud de un concurso de méritos pero que, por causa de aquella, tuvo que padecer un traslado de localidad, con todo los gastos que ello conllevaba. En este sentido, el tribunal entendió que existía un daño antijurídico que el interesado no tiene la obligación de asumir, sin que para ello la Administración pudiera refugiarse en su justificada potestad autoorganizativa. Así, en sentencia de 25 de abril del TSJ de Andalucía (rec. 1118/2011), vino a decir el Tribunal autonómico lo siguiente:

«En el supuesto objeto de estudio, cabe afirmar que el recurrente no tenía ningún deber jurídico de soportar el daño o resultado lesivo originado por la administración al suprimir una plaza que estaba debidamente ofertada».

Apreciada la responsabilidad patrimonial, el Alto Tribunal Autonómico andaluz, limitó la indemnización:

«al alquiler de la casa, (naturalmente limitado al período indemnizable, y no a todo el pretendido), y deben rechazarse los otros dos componentes de la indemnización: el de la media dieta, porque se refiere a una alimentación que debía

asumir el demandante a su costa en todo caso, cualquiera que fuese el lugar de su residencia, y el de los viajes de fin de semana, porque no hay ninguna prueba de los mismos».

En otros casos, los tribunales de justicia no han accedido a una indemnización por amortización de una plaza, por entender que no se había producido un daño real, efectivo e individualizable económicamente por dicha actuación pública. En este sentido, el TSJ de Andalucía en sentencia de 27 de mayo de 2014, en el recurso 525/2014, rechazó una indemnización por daños referidos a salarios dejados de percibir por una abogada que debió haber ocupado una plaza en interinidad durante un plazo de tiempo, como consecuencia de que otra sentencia anuló las bases por la que debía ser llamada. En dicho supuesto, la amortización de la plaza fue anulada pero también las bases de la convocatoria en la que se basaba su futuro nombramiento, por lo que el Tribunal entendió que no se le había ocasionado daño alguno.

Ahora bien, analizados estos supuestos que pasan por el instituto de la responsabilidad patrimonial, resulta interesante analizar qué tratamiento jurídico debe dispensarse al supuesto en el que una Administración pública despidió a un trabajador, despido que posteriormente es declarado improcedente y, que durante el tiempo que transcurre la tramitación judicial de la impugnación de ese despido, aquella ha suprimido la plaza.

En el supuesto que se describe, el trabajador instó la ejecución de la sentencia a través del incidente de no readmisión o readmisión irregular previsto en los artículos 280 y 281 de la LRJS, obteniendo un Auto del Juzgado de lo Social n.º 4 de Granada, desestimatorio de su pretensión. Dicho Auto, es recurrido en suplicación y revocado por la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Granada) de 4 de abril de 2013, estimando que hubo una readmisión irregular sin embargo, declara extinguida la relación laboral desde esa fecha y condena a la Administración empleadora al abono de las indemnizaciones correspondientes (art. 56.1 y 2 del ET), pero sin indemnización adicional alguna, determinante de un perjuicio adicional.

En este supuesto, el nudo gordiano del caso estribaba en si la readmisión era posible cuando la plaza había sido amortizada. La Sala decidió que no era posible y que, por ende, esa readmisión «imposible» era, en realidad, una readmisión irregular en términos jurídicos laborales, pues se entendió por el Juzgador que la LRJS, cuando regula la imposibilidad de readmisión, no solamente se refiere a los casos de cese o cierre de la empresa, sino también a «cualquier otra causa que por imposibilidad material o legal» no posibilite la readmisión.

La sentencia que en este caso dictó el TSJ de Andalucía fue impugnada en casación para la unificación de doctrina. Sin embargo, el TS no apreció

contradicción con las sentencias presentadas de contraste y no determinó la doctrina válida a seguir en dichos procedimientos: en concreto, si era necesario un mínimo lapso de tiempo de prestación de servicios desde la readmisión para poder llevar a cabo el despido por amortización de la plaza. El TS no estimó la casación.

Fuera del supuesto anterior, es importante señalar que en jurisprudencia menor y en primera instancia, tratándose de laborales indefinidos no fijos, los órganos judiciales no acogen la alegación de imposibilidad de readmitir a un indefinido por carecer de plaza en la organización pública, ya que, precisamente, lo que se argumenta es que ese «personal» carece de plaza, pero no de puesto y, por tanto, esa precisa alegación no puede ser estimada. Sea como fuere, la amortización de una plaza o puesto hace imposible legalmente la readmisión de un ejecutante y, por tanto, nace el problema de determinar el *quantum* indemnizatorio sustitutorio. Y no solo se centra el problema en la necesidad de determinar cuál es el importe por daños materiales (gastos) que ya hemos visto, sino sobre todo, la necesidad de determinar la cuantificación del daño moral por haber perdido el puesto de trabajo por causas ajenas a la voluntad del empleado público.

6.2.3 Daños morales por amortización de la plaza. Parámetros de referencia para su cuantificación

Es evidente que, quien después de un calvario judicial donde se le reconoce que tiene derecho a ocupar una plaza o ser readmitido en ella, se encuentra que la Administración argumenta, para no reincorporarlo, que ya no es posible porque la plaza se ha extinguido, la afectación es doble. El primero de los daños deviene por tener que pasar el trago judicial, y el segundo porque la sentencia no se puede cumplir ya que la plaza ha desaparecido. El daño moral por la desazón y angustia de perder el trabajo exige una valoración judicial en conciencia sobre este aspecto.

Para llevar a cabo el estudio sobre la indemnización sustitutoria por imposibilidad legal de cumplir la sentencia en supuestos de amortización de plazas, consideramos imprescindible traer a colación la sentencia dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo de la AN de fecha 19 de julio de 2006, en el recurso 181/2005.

La AN hace un extenso análisis de los conceptos que deben ser indemnizados, pronunciándose sobre el daño moral que se le había causado al ejecutante. La Sala juzgadora se opone a las argumentaciones de la Abogacía del

Estado que consideraba que el demandante solo poseía meras expectativas de ocupar dicha plaza, amén de considerar que la cuantía reclamada tanto por daños material y moral era desproporcionada.

Inicia la AN su argumentación manifestando que el demandante había prestado servicios durante más de siete años en el CSD (Consejo Superior de Deportes), formando parte de su plantilla con carácter laboral fijo, siendo despedido en el año 2001, cuyo despido fue recurrido ante la jurisdicción social, que falló a favor de aquél, optando entonces el CSD por la indemnización en lugar de por la readmisión, «provocando todo ello el inicio de un proceso de sufrimiento psíquico en el interesado, que hasta entonces había gozado de una estructura de personalidad normal sana».

Junto a ello, el tribunal central entiende que al demandante le afectó decididamente una actuación de la Administración ejecutada, como fue la Resolución de 25 de junio de 2002 del CSD, que dejó sin efecto una convocatoria para cubrir en régimen de interinidad, por sustitución de un empleado con derecho a reserva de puesto de trabajo, una plaza de Titulado Superior, en cuya convocatoria estaba interesado el demandante, por lo que interpuso el recurso contencioso-administrativo, que dio lugar a una sentencia estimatoria contra aquella Resolución que dejaba sin efecto la convocatoria referida. El Abogado del Estado impugnó en apelación esta última sentencia, cuyo recurso fue desestimado por sentencia de la AN de 26 de octubre de 2004, que confirmó aquella otra de primera instancia al considerar que la resolución recurrida había incurrido en un supuesto de nulidad de pleno derecho por inobservancia del procedimiento legalmente previsto al efecto (artículo 62.1.(e) de la Ley 30/1992), y ello amén del vicio de desviación de poder que también se apreció en la actuación administrativa puesta en entredicho. Pues bien, el auto impugnado declaraba la imposibilidad de ejecución de la meritada sentencia al haber sido amortizado el puesto de trabajo de referencia (interino) en la última aprobación de la correspondiente RPT de personal laboral del CSD. Lo que se discutía, por tanto, en dicho proceso era el *quantum* indemnizatorio sustitutorio.

La AN, sobre este aspecto, no acoge las alegaciones de la Abogacía del Estado, por entender que no había acreditado nada en relación a la no producción de daño alguno. Frente a ello, la Sala entiende que:

«En la sustanciación de la pieza separada de ejecución, la parte demandante invocó los daños materiales, morales y psicológicos sufridos a indemnizar, trayendo a colación el concepto de lucro cesante como un mero parámetro de referencia para aquilatar una parte de los daños materiales cuya reparación solicitaba, siendo de ver, desde otro punto de vista, que dicha parte procesal no apeló

tan solo a los daños psicológicos, sino también a los morales, y ello al considerar que con la actuación administrativa en cuestión se habían vulnerado sus derechos –entre otros– a no ser discriminado, a acceder en condiciones de igualdad al ejercicio de las funciones públicas, a su derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, a la seguridad jurídica y a no sufrir arbitrariedad de los poderes públicos».

Dicho lo anterior, la AN subraya que no se trata de dilucidar las retribuciones que el demandante hubiera obtenido en el supuesto de desempeñar el puesto de trabajo amortizado, sino que tales retribuciones se toman en cuenta tan solo como un parámetro de referencia para definir el lucro cesante invocado por el interesado como uno de los daños materiales sufridos a indemnizar ante la imposibilidad de ejecutar la sentencia en cuestión. Y dicho esto, el Tribunal acomete, a nuestro criterio, una valoración de gran importancia, por basarse para realizarla, en lo que define el filósofo de Harvard, Michael SANDEL, como principio de Justicia de naturaleza expansiva, en donde la prolepsis conduce a la analepsis, de tal forma que el tribunal se responde a sí mismo: ¿qué hubiera pasado si la convocatoria de la plaza se hubiera efectuado? La AN no posee ninguna duda.

«lo actuado induce a pensar razonablemente que el demandante –teniendo en cuenta las bases de la convocatoria, sus méritos y su experiencia en el CSD– hubiera obtenido el puesto de trabajo de referencia, de donde la alegación vertida en el escrito de apelación relativa a la mera expectativa que en relación con el mismo tenía el interesado devenga inane» (la cursiva es nuestra).

Prevenido lo anterior, la Sala, desestimando las alegaciones de la Abogacía del Estado que las considera inútiles por inconsistentes, entra en la determinación o confirmación del daño moral que ha sido valorado en primera instancia, manifestando:

«Cual vimos más atrás, la demandante solicitó no solo la indemnización de daños psicológicos, sino también morales, en cuya categoría incluía una serie de derechos que consideraba vulnerados por la Administración demandada, de tal forma que es de entender que la indemnización de 12.000 € que confiere el auto recurrido no se ciñe al proceso depresivo a que alude, sino que se extiende al concepto más amplio de daños morales, si bien comprende también el golpe psicológico que supuso la desconvocatoria litigiosa, que vino a incidir en el proceso de sufrimiento psíquico iniciado ya anteriormente con el despido laboral a que más arriba hicimos referencia».

Es decir, la AN estima que además del lucro cesante, hay que reparar el daño psicológico, que constituye el cuadro depresivo y el daño moral, caracte-

rizado por el sufrimiento que había padecido como consecuencia de su (injustificado) anterior despido laboral. La indemnización que finalmente le fue reconocida ascendió a 38.940,67 € por lucro cesante y 12.000 € por daños morales.

Hay que señalar que la sentencia que se acaba de transcribir supone una isla en un océano de desestimaciones basadas en que las expectativas de derecho carecen de valor indemnizatorio. La actuación de los tribunales de justicia sobre «qué es lo que hubiera pasado si...», choca normalmente con una suerte de valoración que los órganos judiciales estiman le compete a la Administración pública, amén de no ser un hecho consolidado sino un futurible que, por azaroso, debe ser ajeno a la actuación razonada de un tribunal de justicia.

En nuestra opinión, la sentencia de la AN refleja lo que la jurisdicción contencioso-administrativa debe ser, que no es sino una garantía del ciudadano frente al Poder Público, debiendo aquella tener como frontispicio necesario la materialización del valor axiológico de la Justicia, que no olvidemos se constituye como valor superior del Ordenamiento jurídico español. Su potencialidad debe descansar, no solo en el Derecho penal sino, desde luego también, en la Jurisdicción contencioso-administrativa cuyo objetivo principal es el enjuiciamiento de las actuaciones de los poderes públicos y su sometimiento a la Ley y al Derecho, posibilitando, únicamente de este modo, el que el olvidado súbdito pase a ser un administrado, y en una sociedad abierta y democrática, como se entiende que es la nuestra, el individuo se transforme en un ciudadano con derechos y libertades plenamente garantizados.

BIBLIOGRAFÍA

- ABENDROTH, W. y LENK, K., *Introducción a la Ciencia Política*, Madrid, 2006.
- AGUADO I CUDOLÁ, V., «Los orígenes del silencio administrativos en la formación del Estado Constitucional», *RAP*, 1998, p. 331
- AGUIAR DE LUQUE, L., «El gobierno del Poder Judicial en la España actual, funciones y disfunciones», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 2009, pp. 53-79.
- ALDOMÁ BUIXADÉ, J., «Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública», *Estudios de Relaciones Laborales*, 2015, núm. 8.
- ALÁEZ CORRAL, B., «Las Normas Preconstitucionales y el Mito del poder constituyente», *Revista de Estudios Políticos*, 1999, p. 322-341.
- ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, 1978.
- ALONSO MAS, M.^a J., *La solución justa en las decisiones administrativas*, Valencia, 1998.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Poder Judicial y Juez en el Estado Constitucional de Derecho. El Sistema de Consejo», en la obra colectiva: *La Experiencia jurisdiccional: Del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho*, 1998, Madrid.
- ARENDT, H., *Sobre la Revolución*, Madrid, 1963.
- ARISTÓTELES: *Protrépticos, Metafísica*, Madrid, 2013.
- ARNALDO ALCUBILLA, E. y FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (Coord), *Jurisdicción Contenciosa-administrativa*, Madrid, 2007.
- ARROYO YANES, L. M., *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Valencia, 1995.
- «La ordenación de la actividad profesional en el Estatuto Básico del Empleado Público: planificación de recursos humanos y estructuración del empleado público», en Linde Paniagua, E. (Dir.), *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2008.
- *Los instrumentos de gestión del empleo público*, Madrid, 2016.

■ LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS...

- AUGER LIÑÁN, C., «Organización Judicial y Estatuto de los Jueces», en García Valdés, C. (Coord.), *Jornadas sobre el poder judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, 1990.
- AYUSO TORRES, M., «El problema del poder constituyente», *Revista Jurídica IURA*, 2018, pp. 27-40.
- BACIGALUPO, M., *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, 1997.
- BAENA DE ALCÁZAR, M., BASSOLS COMA, M. y ALCABAR LÓPEZ, J., *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa*, 1999, Madrid.
- BARNAVE, A., SÉNAC DE MEILLAN, G., *Dos interpretaciones de la Revolución francesa*, Madrid, 1990.
- BAKER, K. M., «Will and Circumstance Montesquieu, Rousseau and the French Revolution. By Norman Hampson; Prelude Ideologique a la Revolution Francaise. Le Rousseauisme Avant 1789 by Roger Barny», *The Johns Hopkins University Press*, 1987, pp. 488-491.
- BAÑO LEÓN, J. M.^a, «Ejecución de sentencias. Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998», *REDA*, 1998, p. 720.
- BALLEN MOLINA, R., «El Consejo de Estado francés después de la Revolución», *Revista de Diálogos de Saberes*, 2007, p. 40.
- BARNY, R., «Montesquieu dans la Révolution française», *Annales Historiques de la Révolution Française*, 1990, p. 49.
- BARRACHINA ANDRÉS, A. M.^a, «La Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 (fijeza de interinos) en clave local», *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2020, p. 85.
- BENTHAM, J., *The Collected Works of Jeremy Bentham: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1990, England.
- BELADIEZ ROJO, M., «La vinculación de la Administración al Derecho», *RAP*, 2000, pp. 322-337.
- BELLO, E., «El Poder y los poderes de la Constitución de 1791», en Bello, E. (Coord.): *Filosofía y Revolución*, Murcia, 1997.
- BELTRÁN DE FELIPE, M., *El poder de sustitución en la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración*, Madrid, 1995.
- *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995.
- BELTRÁN, I., «Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción», *Iuslabor*, 2017, pp. 160-190.
- «Personal interino del sector Público y nombramientos abusivos a la luz del asunto «Sánchez Ruíz/Fernández Álvarez»», *IVAP*, 2020, pp. 8-37.
- BERMEJO GARDE, M. «Sobre la ejecución de sentencias contencioso- administrativa contra la Administración Pública. La Sentencia del Tribunal Constitucional 167/1987, de 27 de octubre», *Revista Jurídica de Navarra*, 1998, pp. 167-179.
- BETTI, E., «Interpretación de la ley y de los actos jurídicos», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1975.
- *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1990.

- BIANCHI, A. B., *Historia Constitucional de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 2002.
- BOLADERAS CUCURELLA, M., *Libertad y tolerancia: Ética para sociedades abiertas*, Barcelona, 1993.
- BOLTAINA BOSCH, X., *Intervención de la Administración Pública en las relaciones laborales*, Barcelona, 2010.
- BORRAJO INIESTA, I., «Las facultades de los Tribunales para ejecutar sentencias contra las Administraciones Públicas», *RAP*, 1987, p. 69.
- BOTERO BERNAL, A., «Haciendo memoria de la defensa judicial de la Constitución», *Revista Pensamiento Jurídico*, 2007, p. 74.
- BURKE, E., *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, Mexico, 1826.
- BUSTILLO BOLADO, R. O., «Tutela Judicial, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y práctica forense: viejas dificultades y nuevas propuestas», *RAP*, 2011, p. 159.
- CAMOS CABALLAR, P., *La Abogacía o el Arte del Abogado*, Madrid, 1842.
- CAMPOS DAROCA, M. J., «Personal laboral de la Administración Local», en Cobo Olvera, T. y Vera Torrecillas, R. J. (Dir.): *Empleo Público Local, prontuario para la selección, organización y gestión de personal de las Entidades Locales*, Madrid, 2012, p. 1144.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., *El empleo público: entre estatuto funcionarial y contrato laboral*, Madrid, 2001.
- *Claves para la modernización de la Estructura Funcionarial: la coexistencia ordenada de Cuerpos y Puestos de trabajo*, Pamplona, 2016.
- «Hacia una concepción más técnica y moderna de los cuerpos de funcionarios el cuerpo como correlato de las áreas funcionales», *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, 2017, pp. 39-47.
- CASSESE, S., *Derecho Administrativo. Historia y Futuro*, Sevilla, 2014.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., «La formulación judicial del Derecho», *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1954.
- CASTILLO BLANCO, F. C., «La reinternacionalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales», *Estudios de Relaciones Laborales*, 2017, pp. 109 y ss.
- CÉDRIC, G., «¿Existe una Justicia Administrativa antes de la Revolución Francesa?. La Jurisdicción administrativa Local durante el Antiguo Régimen en Francia», en Chamocho Cantudo, M. A. (Dir. y Coord.): *El nacimiento de la justicia administrativa provincial de los consejos de prectura a los consejos provinciales*, Madrid, 2001.
- CHAIRES ZARAGOZA, J., *La independencia del Poder Judicial*, Mexico, 2004.
- CHAVES GARCÍA, J. R., *Control de concurso y oposiciones en la Jurisprudencia*, Madrid, 2009.
- *Vademécum de oposiciones y concursos. Control jurisprudencial de la discrecionalidad técnica, los errores y los abusos en los procedimientos selectivos*, Salamanca, 2017.
- *La ejecución de sentencias en los procesos contencioso-selectivos*, Madrid, 2020.

■ LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS...

- CHOLBI CACHÁ, F. A. y MERINO MOLINS, V., *Ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo e inembargabilidad de bienes públicos*, Valladolid, 2008.
- CORTES CARRERES, V., *Manual Práctico de Gestión de Recursos Humanos en la Administración Local*, Madrid, 2001.
- CORRAL VILLALBA, J., *Manual de Gestión de Personal de la Administración Local*, Pamplona, 2004.
- DE DIEGO, F. C., *El Derecho Judicial, Discurso Inaugural en la Real Academia de Jurisprudencia*, Madrid, 1941.
- DE LAS MARISMAS, EL MARQUÉS, «La Institución del Consejo de Estado en la actualidad», *RAP*, 1950, p. 11.
- DE JOUVENAL, B. (1945): «Cap. IX. Poder. Agresor del orden social», en *Sobre el Poder. Historia Natural de su crecimiento*, Madrid, 2015.
- *Teoría Pura de la Política*, Madrid, 1965.
- *Ensayo sobre la política de Rousseau*, Madrid, 2013.
- DE LA OLIVA, S., *Sobre la cosa juzgada civil, contenciosa-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993.
- DE LA VEGA BENAYAS, C., «La doctrina de las fuentes del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código Civil (artículos 1 y 2)», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1975, p. 158.
- DELGADO DEL RINCÓN, LUIS E., «La configuración de la Administración de Justicia como parte de la Administración Pública durante el siglo XIX español (análisis de algunos aspectos que influyeron en el proceso de burocratización de la justicia)», *Revista de Estudios Políticos*, 1997, pp. 226.
- DEL REY GUANTER, S., *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con Jurisprudencia*, Madrid, 2007.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J. y TAJADURA TEJADA, J., *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Salamanca, 2018.
- DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Pamplona, 1997.
- «La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2009, pp. 113-117.
- DE OTTO Y PARDO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989.
- DE STAËL, M., (1818), *Consideraciones sobre los principales acontecimientos de la Revolución Francesa, 25 años decisivos de la historia de Francia y de Europa en primera persona*, Barcelona, 2016.
- DE VEGA GARCÍA, P., *La Reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1988.
- DIETER, S., *La independencia del juez*, Barcelona, 1985.
- DIEZ-PICAZO, LUIS M., «Consideraciones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas sobre la producción jurídica y a la admisibilidad de la cuestión de

- inconstitucionalidad (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 1984)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1985, núm. 13.
- DI PIETRO, A., *Auctoritas y potestas en la política y en el derecho de Roma y su evolución en la Edad Media y la Época Moderna*, Chile, 2005.
- DOMINGO, R., «El binomio «auctoritas- potestas» en el Derecho romano y moderno», en *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 1997, pp. 190 y ss.
- DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, M. L., «Historia y fundamentos de la extensión de efectos de sentencias firmes como figura procesal autónoma», *Estudios de Deusto*, 2019, pp. 235-261.
- DUGUIT, L., *La Separación de Poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, Madrid, 1996.
- *Manual de Derecho Constitucional: Teoría General del Estado, el Derecho y el Estado, las libertades públicas*, Granada, 2005.
- *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, Granada, 2007.
- DURANT, W. Y A., «Rousseau y la Revolución. Historia de la civilización en Francia, Inglaterra y Alemania desde 1756 y en el periodo de Europa desde 1715 hasta 1789», Argentina, 1967.
- DUVERGER, M., *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, Barcelona, 1980.
- ESCUADERO HERRERA, M.^a C., *Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en el contencioso-administrativo y sus soluciones*, Madrid, 2005.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., «Poder, Potestad y Función Jurisdiccional en la Actualidad», en GÓMEZ DÉGANO, J. L. (Coord.): *El Poder Judicial*, Madrid, 1986, pp. 135-146.
- FERNÁNDEZ ALMAGRO, M., *Historia Política de la España Contemporánea 1868/1885*, Madrid, 1968.
- FERNÁNDEZ-CARNICERO, C. J., «Parlamento y Poder Judicial. Acotaciones a la escena política de la Revolución Francesa 1789-1791», en García Valdés, C. (Coord.): *Jornadas sobre el poder judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, 1990, pp. 178-179.
- FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M.^a T., *La ejecución de sentencias en sus propios términos y el cumplimiento por equivalente*, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por las Administraciones de las sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción contenciosa-administrativa», *RAP*, 1974, pp. 151-178.
- «De nuevo sobre la ejecución de sentencias contenciosa- administrativas», *RAP*, 1977, pp. 263-275.
- *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, 1991.
- «Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor», *REDA*, 1991, pp. 511-532.
- «De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario», *REDA*, 1991, pp. 577-612.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?», *REDA*, 1991, pp. 381-401.
- *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, 1994.
- «Sobre los límites constitucionales al poder discrecional», *RAP*, 2012, pp. 141-170.
- «La discrecionalidad técnica. Un viejo fantasma que se desvanece», *RAP*, 2015, pp. 211-227.
- FERNÁNDEZ-RÍOS, M. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. C., *Valoración de puestos de trabajo. Fundamento, métodos, y ejercicios*, Madrid, 1997.
- FONT I LLOVET, T., *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativa. Aspectos constitucionales*, Madrid, 1985.
- «La extensión a terceros de sentencias en vía de ejecución», *Justicia Administrativa*, 1999, p. 179 y ss.
- GAMERO CASADO, E., «Apunte sobre la mediación como técnica para la resolución de conflictos en el empleo público», *RAP*, 2006, pp. 339-378.
- *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Granada, 2015.
- «Iniciativas de mediación intrajudicial en el contencioso-administrativo», *REDA*, 2019, pp. 191-214.
- (Dir.), (2020), *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Valencia, 2020.
- GAMERO CASADO, E. y ROYO RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (Coord.), *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las administraciones públicas*, Sevilla, 2006.
- GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, Madrid, 2016.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G., «El fracaso en España de un modelo francés de Consejo de Estado», *Documentación Administrativa*, 1996, pp. 89-136.
- GARCÍA CALVO, R., *La justicia en crisis. Reflexiones estructurales y soluciones concretas*, Madrid, 1994.
- GARCÍA CÍVICO, J., *La tensión entre el mérito y la igualdad: el mérito como factor de exclusión*. Tesis Doctoral, Valencia, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *RAP*, 1962, pp. 159-208.
- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981.
- *Reflexiones sobre la Ley, los principios generales del Derecho*, Madrid, 1984.
- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985.
- «Los postulados constitucionales de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas», *Documentación Administrativa*, 1987, pp. 7-16.
- *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1992.
- *Democracia, jueces y Control de la administración*, Madrid, 1995.
- *Democracia, jueces y Control de la Administración*, Madrid, 1996.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Comentario a la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998», *REDA*, 1998, núm. 100.
- *La Lengua de los derechos, La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa (1995)*, Madrid, 2005.
- *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Madrid, 2005.
- «La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa, Su adquisición definitiva de un estatus de jurisdicción plena y efectiva», *RAP*, 2009, pp. 167-183
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, 1977.
- *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, 1981.
- GARCÍA-TREVIJANO FORTE, A., *A Pure Theory of Democracy*, University Press Of America, 2009.
- *Teoría Pura de la República Constitucional*, Madrid, 2011.
- *Teoría Pura de la Democracia*, Madrid, 2013.
- GARRIDO FALLA, F., «La Administración y la Ley», *RAP*, 1951, pp. 125-141.
- GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; GARBERÍ LLOBREGAT, J. y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Derecho Procesal Administrativo*, Valencia, 1992.
- GOERLICH PESET, J. M. (COORD), *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales*, Valladolid, 2010.
- GÓMEZ PUENTE, M., «Ejecución de sentencias. Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», *REDA*, 1998, p. 767-768.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., «Comentarios a la jurisdicción contencioso-administrativa, artículos 103-112», *Revista Jurídica de Navarra*, 1978, núm. 5.
- «Consideraciones sobre el contencioso francés», *RAP*, 1954, pp. 11-90.
- *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1984.
- «Evolución de la Legislación Contencioso-Administrativa», *RAP*, 1999, pp. 209-238.
- *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998 de 13 de julio)*, Navarra, 2011.
- GUERRA, V. S., «Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad», *Revista de Derecho Privado*, Colombia, 2011, pp. 59-86.
- HAMILTON, A., MADISON, J. Y JAY, J., *El Federalista*, México, 2001.
- HAURIUO, M. (1933): *Précis de droit administratif et de droit public*, France, 1933.
- HARRINGTON, J., *La República de Océana*, México, 1987.
- HOBSON, C., *The Great Chief Justice: John Marshall and the Rule of Law*, University Press of Kansas, 1996.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., «Control jurisdiccional de los nombramientos discrecionales del CGPJ: algunos extravíos argumentales en la Sala 3.^a del TS», en García de Enterría, E. y Alonso García, R. (Coord.): *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial: liber amicorum, Tomás-Ramón Fernández*, Madrid, 2012.
- IPHERING, R. V., *El fin del Derecho*, Madrid, 1911.

- JAUME, L., «Tocqueville et le problème du pouvoir exécutif en 1848», *Revue française de science politique*, 1991, núm. 6.
- JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, México, 2004.
- JUNG, C. G., *Obra completas: La dinámica de lo inconsciente*, Madrid, 2011.
- KELSEN, H., *De la esencia y el valor de la Democracia*, Madrid, 1929.
- *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1995.
- *Teoría Pura del Derecho*, Trota, Madrid, 2011.
- «La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2011, núm. 15.
- KRAUSE, S. R., *Two Concepts of Liberty in Montesquieu, Perspectives on Political Science*, Providence, 2005.
- LACAMBRA Y LECAZ, L., «El Estado de Derecho», *RAP*, 1951, pp. 13-34.
- LEROUX DE BELAUNDE, C., «Jurisdicción judicial y Jurisdicción administrativa en Francia», *Revista de Derecho «Themis»*, 1985, pp. 47-51.
- LEFEBVRE, G., *La Revolución Francesa y El Imperio (1787-1815)*, Mexico, 1960.
- MORNET, D., «Les origines intellectuelles de la Révolution (Book Review)», *Annales Historiques de la Révolution Française*, 1934, vol. 11.
- LEGUINA VILLA, J., «Jurisprudencia Constitucional sobre el artículo 106.1 CE», *RAP*, 2008, pp. 232-233.
- LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno civil*, Madrid, 2006.
- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1976.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., «Ejecución de sentencias. Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998», *REDA*, 1998, p. 783.
- LÓPEZ GIL, J. M., *Avances en la ejecución de sentencias contra la Administración*, Madrid, 2004.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., *El sistema español de ejecución de sentencias condenatorias de la Administración*, en *La Justicia Administrativa en el Derecho comparado*, Madrid, 1993.
- MACAREL, M. L. A., *Elementos del Derecho Público y Político*, Madrid, 1843.
- MARQUÉS DE LAS MARISMAS, «La Institución del Consejo de Estado en la actualidad», *RAP*, 1950, pp. 11-38.
- MARTINEZ-VARES GARCÍA, S., *Eficacia, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Madrid, 1994.
- MARTÍN CONTRERAS, L., «La ejecución y las costas en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Actualidad Administrativa*, 2000, pp. 1085 y ss.
- MARTÍN DELGADO, I., *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado*, Madrid, 2006.
- MARTÍN REBOLLO, L., «La Administración en la Constitución (Arts. 103 a 107)», *Revista de Derecho Político*, 1992, pp. 51-82.

- MARSHALL, J., *Papers of John Marshall (Papers of John Marshall: Correspondence, Papers & Selected Judicial Opinions)*, The University of North Carolina Press, 1975.
- MERINO AMAND, F., *Ética para la función pública, De la indiferencia al reconocimiento*, Perú, 2017.
- MINA APAT, M. C., «Tocqueville, el Antiguo Régimen y los fueros», *Revista de Historia Gerónimo Urtaiz*, 1998, pp. 5-13.
- GARCÍA COSTA, F. M., «Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad», *Documentación Administrativa*, 2011, n.º 289.
- MODERNE FRANK, D. F., «Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Francia», *La Revue Administrative*, 1999, n.º 52.
- MOREU CARBONELL, E., «Las Relaciones de Puestos de Trabajo en el proceso de reforma de las Administraciones Públicas», *RAP*, 1997, pp. 396-402.
- MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*, Valencia, 2000.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las Leyes*, Madrid, 2012.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., «La ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo (Regulación en la Ley 29/1998, de 13 de julio)», *Revista de Poder Judicial*, 1999, p. 330.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I, La Formación de las Instituciones Públicas y su sometimiento al Derecho*, Madrid, 2011.
- NEGRO, D., *Gobierno y Estado*, Madrid, 2002.
- *La Historias de las Formas de Estado*, Madrid, 2010.
- *La Ley de Hierro de las Oligarquías*, Madrid, 2015.
- NIETO GARCÍA, A., «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», *RAP*, 1962, pp. 75-125.
- «Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España», *RAP*, 1966, pp. 27-50.
- *La organización del desgobierno*, Madrid, 1984.
- «La Administración de Justicia y el Poder Judicial», *RAP*, 2007, pp. 31-47.
- NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, Merida, 1974.
- NUÑEZ GARCÍA, A., «Potencia, Poder y Lugar, una reflexión acerca de la libertad y el espacio político en G. Deleuze y Spinoza», *Thémata, Revista de Filosofía*, 2016, pp. 179-194.
- OCINA COVES, F., «*La Revolución Americana contra la Revolución Francesa. Un argumento del Burkianismo contra el Kantismo*», en BELLO, E. (Coord): *Filosofía y Revolución*, Murcia, 1991, pp. 157-192.
- OGAYAR Y AYLLÓN, T., *Creación Judicial del Derecho*, Madrid, 1975.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Equiparación y abuso en el empleo público temporal, la soluciones en la jurisprudencia europea y española», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2019, pp. 11-38.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. I., «La ejecución de sentencias: justicia administrativa», *REDA*, 1999, p. 499.

■ LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS...

- PAINET, T., *Derechos del Hombre, Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke a la Revolución Francesa*, Madrid, 1984.
- PAREJO ALFONSO, L., «La Constitución y las Leyes Preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida. (A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el tema)», *RAP*, 1981, pp. 201-223.
- *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, 1993.
- PALOMAR OLMEDA, A., «Provisión de puestos de trabajo y movilidad» en Sánchez Morón (Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleo Público*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 481.
- PECES-BARBA, G.; *La Constitución Española de 1978, Un estudio de Derecho y Política*, Valencia, 1981
- PEDRAJAS MORENO, A. (Dir.), *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*, Valladolid, 2000.
- PÉREZ-BEDMA, M.^a de Sande, *Empleo y prestación de servicios en la administración pública*, Valladolid, 2006.
- PEÑA MOLINA, M., «La funcionarización de laborales indefinidos no fijos de plantilla, Una posible solución en el ámbito local», *Revista General de Derecho Administrativo* (IUSTEL), 2015, pp. 62 y ss.
- *El Estado de Partidos. Un acontecimiento histórico de un hecho presente*, Sevilla, 2016.
- «La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 y la estabilización del empleo público temporal. Soluciones para el sector local», *Revista General de Derecho Administrativo*, 2018, pp. 124 y ss.
- «Sucesión de empresas en la Administración Local: estatuto jurídico del subrogado», *El Consultor de los Ayuntamientos*, Wolters Kluwer, 2018, pp. 90 y ss.
- «La ósmosis del empleo público temporal en el ámbito local. Del indefinido no fijo al funcionario interino», en ORTEGA BURGOS, E. (Dir.): *Actualidad Administrativa 2019*, Valencia, 2019, pp. 245-271.
- «Del indefinido no fijo al fijo de plantilla, Nuevos aires para nuevos tiempos», *Cuadernos de Derecho Local* (QDL), 2019, pp. 189-198.
- «Prontuario sobre la nueva D. T. 10.^a EBEP. La consolidación del empleo temporal de larga duración», *Blog esPúblico*, 2020.
- PERA VALAGUER, F., «La ejecución de sentencias contencioso-administrativas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Documentación Administrativa*, 1987, p. 124.
- PÉREZ ANDRÉS, A. A., *Los efectos de las sentencias contenciosas- administrativas*, Navarra, 2000.
- PÉREZ DEL BLANCO, G., *La ejecución forzosa de sentencias en el orden contencioso-administrativo*, León, 2003.
- PETIT, E., *Tratado elemental de Derecho Romano*, México, 2007.

- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Jurisprudencia Constitucional sobre la posición de los Tribunales y de la Administración en la ejecución de sentencias contencioso-administrativa», *Documentación Administrativa*, 1987, pp. 157-162.
- REINALDO VANOSS, I. J., *Teoría constitucional*, Buenos Aires, 1975
- REINHARD, M., *Tocqueville, Historien de la Révolution, Annales Historiques de la Révolution Française*, Paris, 1960.
- REQUERO IBÁÑEZ, J. L., «La Ejecución de sentencias en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa», *Cuaderno de Derecho Local (QDL)*, 2005, p. 36.
- RIVERO ORTEGA, R., «¿Acaso existe discrecionalidad técnica? En virtud de la STS de 19 de julio de 2010», en García de Enterría, E. y Alonso García, R. (Coord.): *Administración y Justicia, Liber Amicorum Tomás- Ramón Fernández*, 2012, pp. 2063 y ss.
- RODRÍGUEZ BETANCOR, A., «La evolución histórico-normativa de la ejecución de sentencias contenciosas-administrativas (1845-1956)», *Documentación Administrativa*, 1987, pp. 200-227.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L., «Explicación Histórica del Derecho Administrativo», en Cienfuegos Salgado, D. y López Olvera, M. A. (Coord), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*, Mexico, 2005, pp. 293-315.
- ROJO TORRECILLA, E., «Extinción de la relación de trabajo en el empleo público interino. El impacto de la jurisprudencia del TJUE (2016-2020)», *Estudios de Relaciones Laborales*, CEMICAL, 2020.
- ROSENDE VILLAR, C., *La eficacia frente a terceros de las Sentencias Contencioso-Administrativas*, Navarra, 2002.
- ROQUETA BUJ, R. (2019): *La contratación temporal en las Administraciones Públicas*, INAP, Madrid.
- ROUSSEAU, J. J., *El Contrato social*, Madrid, 2004.
- RUBIO LLORENTE, F., «Juez y Ley desde el punto de vista del Principio de Igualdad» en García Valdés, C., (Coord.): *Jornadas sobre el poder judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, 1990, p. 96.
- RUÍZ OJEDA, A. L., *La ejecución de créditos pecuniarios contra entes públicos. La responsabilidad contractual de la administración y el embargo de dinero público*, Madrid, 1993.
- RUSSELL, B., *Historia de la Filosofía Occidental*, Barcelona, 2010.
- QUINET, E., *La Révolution*, Paris, 1865.
- SAÉNZ, A., *La Nave y las Tempestades (tomo IX), La Revolución Francesa/Tercera Parte, Cuatro pensadores contrarrevolucionarios*, Buenos Aires, 2008.
- SÁINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, F. C., «El Poder Judicial en la Constitución», en Gomez-Dégano, J. L. (Coord.): *El Poder Judicial*, Madrid, 1983, pp. 2985 y ss.
- SÁINZ MORENO, F., «La inamovilidad judicial», *REDA*, 1976, p. 65.
- *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976.

- SALA FRANCO, T. y ALTES TÁRRAGA, A., «La contratación laboral en la Administración Local», *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, 2008, p. 68.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, 1993, Madrid.
- *Derecho Administrativo*, Madrid, 2011.
- «La consagración del funcionario interino indefinido», *RAP*, 2019, pp. 223-238.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, C., *El Poder Constituyente*, Buenos Aires, 1957.
- SANTALLANA, G., *La vida de la razón o fases del progreso humano*, Madrid, 1905.
- SCHMITT, C.; KELSEN, H., *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, 2009.
- SERRANO GIRADO, E., «Justicia Administrativa», *RAP*, 1951, p. 143.
- SIYES, E., *¿Qué es el tercer estado?*, Madrid, 2008.
- SIMARD, A., «Tocqueville, Dicey et le «problème» du droit administratif» *The Tocqueville Review/La Revue Tocqueville*, 2017.
- SMEND, R. y KELSEN, H., *La controversia Smend/Kelsen sobre la integración en la Constitución y el Estado durante la República de Weimar: Constitución y Derecho constitucional versus El Estado como integración*, Madrid, 2019.
- SOBOUL, A., *La Revolución Francesa*, Barcelona, 1981.
- *Compendio de la Historia de la Revolución Francesa*, Madrid, 2003.
- TAYLOR MILNE, A., *The Correspondence of Jeremy Bentham, Volume 4. October 1788 to 1793*, London, 2017.
- TOCQUEVILLE, A., *El Antiguo Régimen y la Revolución, Clásicos del Pensamiento Económico Social*, Madrid, 2010.
- *La Democracia en América*, Madrid, 2010.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., «De la Administración de Justicia al Poder Judicial» en García Valdés, C., (Coord.): *Jornadas sobre el poder judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, pp. 14 y ss.
- TOLEDO JÁUDENES, J., «Extensión ultra partem de la eficacia de la sentencia administrativa en trámite de ejecución», *RAP*, 1986, pp. 247-254.
- TORNOS MAS, J., «Ejecución de sentencias. Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 1998», *REDA*, 1998, p. 718.
- «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa de 1998», *REDA*, 1998, p. 717.
- UREÑA SALCEDO, J. A., «El principio de servicio objetivo a los intereses generales y su control por los tribunales», *Documentación Administrativa*, 1986, pp. 57-80
- VALLET DE GOYTISOLO, J., «El Derecho Romano como Derecho Común de la Cristiandad», *Verbo: Revista de formación cívica y de acción cultural, según el derecho natural y cristiano*, Madrid, 1973, pp. 118 y ss.
- VALLEN, R., «El Consejo de Estado Francés en el Antiguo Régimen», *Revista de Diálogo de Saberes*, 2006.

- VÁZQUEZ SELLES, S., «Nulidad de actos y disposiciones contrarias a las sentencias y que tratan de eludir su cumplimiento: el nuevo control incidental de la Ley 29/1998», *La Ley*, 2000, pp. 1733-1734.
- VEGA ENGABO, J., *La idea de ciencia en el Derecho. Una crítica histórico- gnoseológica a partir de la idea de ciencia normativa*, Oviedo, 2000.
- VICENTE DOMINGO, R., *El puesto de trabajo en el derecho a la función pública*, Valencia, 1997.
- VILELA PASCUAL, M.^a L., *Potestades administrativas y jurisdiccionales en la ejecución de sentencias urbanísticas*, La Coruña, 2017.
- VILLABELLA ARMENGOL, C. M., «La investigación científica jurídica, Sus particularidades», *Revista del Instituto de Ciencia Jurídicas de Puebla A. C.*, 2009, p. 13.
- VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones y propuestas sobre empleo público local: problemas actuales de Derecho Administrativo*, Madrid, 2011.
- VILLORIA MENDIETA, M., «Gestión y Planificación estratégica de recursos humanos en la Administración Pública, Cuadernos de Gobierno y Administración», *Cuadernos de Gobierno y Administración*, 2000, pp. 165-192.
- VILLORIA MENDIETA, M. y DEL PINO MATUTE, E., *Dirección y Gestión de Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*, Madrid, 2009.
- VON BAYME, H. K., *La clase política en el Estado de Partidos*, Madrid, 1995.
- WAGNER SOSA, F. y QUINTANA LÓPEZ, T., «La ejecución de sentencias contencioso-administrativa», *Documentación Administrativa*, 1987, pp. 18-25
- WARREN, C., *The Supreme Court in the United State History*, Boston, 1926.
- WEBER, M., *Economía y Sociedad*, Madrid, 2002.

Marcos Peña Molina

Licenciado en Derecho (especialidad Derecho Privado) por la Universidad de Sevilla (1999). Letrado-Jefe en la Administración Local (2014). Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad Pablo Olavide de Sevilla. Máster en Asesoría y Práctica Jurídica por el Instituto de Ciencias del Derecho y la Empresa (ICIDE). Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad Loyola de Sevilla.

Marcos Peña posee formación universitaria completa en Ciencias Políticas y Gestión Pública por la Universidad Internacional de la Rioja (2009-2012), con expediente académico de sobresaliente y ha ejercido en las Administraciones Públicas las siguientes plazas mediante el sistema selectivo de oposición: Secretario-Interventor en la Administración Local (2013-2014), Letrado/Asesor de la Entidad Pública de Gestión de Programas Culturales de la Junta de Andalucía (2007-2009), Técnico Superior de Administración General de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía (2006-2008), Técnico Superior de Administración General de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía(2004-2006).

Es vocal directivo de la Asociación de Letrados de las Entidades Locales, docente, ponente y formador habitual en materia de gestión pública directiva, empleo público, contratación pública y urbanismo en distintas instituciones como el Instituto Andaluz de Administración Pública o la Cámara de Cuentas de Andalucía, así como en otras entidades privadas o de Derecho Público.

Es autor y co-autor de múltiples publicaciones que abarcan diversas temáticas entre las que destaca: Manual para el asesoramiento, representación y defensa de las Entidades Locales (1ª Ed. Wolters Kluwer); Manual Actualidad Administrativa 2019 (1ª Ed. Tirant lo Blanch).

Actualmente, se halla en excedencia y ejerce como abogado/consejero en el despacho Montero-Aramburu Abogados..

La ejecución de sentencias es una de las fases procesales más importantes de cualquier proceso judicial. Tanto es así que –como se explica en esta obra– sin ella no habría potestad jurisdiccional sino únicamente función de judicación. Sin embargo, los problemas de ejecución de sentencias en el orden contencioso-administrativo no solo han venido de la mano de las conocidas resistencias de las administraciones públicas a cumplir las que les fueran adversas sino, y en lo que a función pública se refiere, a una legislación que delimita una realidad jurídica que en más de las veces no encaja con lo definido y juzgado por la decisión judicial. En estos casos, y frente a la creencia ordinaria, no se trata solo de traer al instituto de la inejecutabilidad del fallo, sino de estudiar los caminos por donde el cumplimiento de la sentencia es posible sin hacer saltar por los aires las categorías jurídicas propias de la función pública, particularmente, del empleo público. Esta obra, por tanto, aparte de su aportación doctrinal, razonamiento crítico y dogmática jurídica, pretende traer coherencia práctica y lógica hermenéutica para hacer casar la decisión judicial con la previa decisión legal, en el contexto de una organización pública que, en principio, parece abocada, si no a la inejecutabilidad de la sentencia, sí desde luego a vulnerar las normas y preceptos legales a costa de cumplir con el mandamiento judicial impuesto.