

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS POR FALTA DE MOTIVACIÓN (Comentario a la STC 83/2001, de 26 de marzo)

Por

MARÍA JOSÉ ALONSO MAS

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ALCANCE DEL DEBER DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN QUE NO SE HALLA REGLADA LA RELACIÓN ENTRE EL CONTENIDO Y LOS HECHOS QUE LOS FUNDAMENTAN.—3. LOS EFECTOS *EX NUNC* O *EX TUNC* DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DICTADAS EN SUSTITUCIÓN DE OTRAS ANULADAS: A) *Planteamiento*. B) *Supuestos en que el acto dictado en sustitución de otro anulado tiene el mismo contenido que éste*. C) *Supuestos en que el acto al que se pretende otorgar efecto retroactivo tiene un contenido distinto del que tenía el acto anulado*. D) *La incidencia del carácter favorable o desfavorable del efecto retroactivo de los actos dictados en sustitución de otros anulados*.—4. LA RETROACCIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO EN CASO DE ANULACIÓN O DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN POR SENTENCIA. 5. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: A) *Consideraciones generales*. B) *La proyección del derecho a la ejecución de los fallos judiciales en la STC 83/01*.—6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La STC 83/2001, de 26 de marzo, ha desestimado un recurso de amparo presentado contra los autos del TSJ de Cataluña de 22 de junio de 1998 y de 1 de octubre de dicho año, este último confirmatorio del anterior. Dichos autos, a su vez, habían desestimado el incidente de ejecución promovido contra una sentencia del citado Tribunal de 20 de noviembre de 1997 (A. 2490).

Los hechos del caso eran los siguientes: una funcionaria de la Generalidad catalana pasó a ocupar en dicha Administración un puesto de trabajo por cargo de funciones. Se trata de una figura prevista en la legislación catalana de función pública y que es similar a la comisión de servicios; figura que entonces se regulaba en los artículos 45 y siguientes del Decreto catalán 65/87 y hoy en el Decreto catalán 123/97, artículo 106. Por tanto, nos encontramos ante el desempeño temporal de un puesto de trabajo del que no era titular la referida funcionaria.

Tras haber desempeñado dicho puesto durante unos dos años y medio (desde abril de 1992 hasta noviembre de 1994), dicha señora fue cesada y el puesto de trabajo pasó a ser ocupado por otra persona. Al no hallarse motivado dicho cese, la perjudicada presentó un recurso contencioso-ad-

ministrativo, que fue estimado por la STSJ de Cataluña de 20-11-97, a que antes hemos hecho referencia. La sentencia entendió que el cese debería haberse motivado.

A la vista de la sentencia, el Consejero competente procedió, el 23 de diciembre del mismo año 1997, a dictar una nueva resolución motivada en la que de nuevo se cesaba a la afectada. Pero la motivación esgrimida en la nueva resolución, en primer lugar, hacía referencia únicamente a la existencia de necesidades del servicio como consecuencia de un procedimiento de reasignación de funciones que afectaba al puesto litigioso, sin mayores especificaciones. Además, aludía a un estudio interno y a una Instrucción del Director General del Juego y Espectáculos de la Generalidad, del que dependía dicho puesto; sin embargo, tales informes y estudios no se incorporaron a la resolución, pese a lo que dispone el artículo 89.5 de la Ley 30/92 (1).

Además, la nueva resolución fue dictada sin haber dado audiencia a la recurrente; y no sólo eso, sino que además a la misma se confirmó efecto retroactivo al momento en que se había dictado la resolución anulada. De este modo, se privó a la recurrente incluso de la posibilidad de reclamar las diferencias salariales correspondientes a ese período.

Tales fueron las razones que le indujeron a presentar un incidente de ejecución. A su juicio, en primer lugar, la motivación de la nueva resolución era una motivación simplemente formal, que no superaba los mínimos exigibles en cuanto que de hecho no permitía conocer las verdaderas causas del cese; además de que, añadía, la motivación esgrimida no respondía a la realidad. En segundo lugar, entendía que el acatamiento de la sentencia habría exigido no simplemente dictar en su caso una nueva resolución que sustituyera a la anterior, sino también volver a tramitar el procedimiento al menos para efectuar el trámite de audiencia, que se había omitido al dictar la resolución anulada. Al respecto, la sentencia de 22-11-97 sí había recogido entre sus fundamentos jurídicos la omisión del trámite de audiencia; pero ello no fue el motivo directamente determinante del fallo, según la interpretación del mismo recogida en los autos impugnados. Por último, la recurrente aducía que el efecto retroactivo dado a la segunda resolución privaba de contenido al fallo estimatorio de la sentencia; de forma que solicitaba la restitución en sus derechos económicos y administrativos derivados de la anulación, es decir, la reposición en el puesto de trabajo y el abono de las cantidades dejadas de percibir.

El TSJ, sin embargo, desestimó el incidente de ejecución. Consideró, en primer lugar, que la nueva resolución sí estaba motivada. Pero, además, añadió que conceder a la recurrente el trámite de audiencia no derivaba explícitamente del fallo de la sentencia. Por último, en cuanto al efecto retroactivo de la resolución, los autos impugnados entendieron que ello resultaba factible, en cuanto que el vicio que la sentencia de 22-11-97 había apreciado era de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho.

(1) De hecho, en el voto particular formulado a la STC 83/01 se pone de manifiesto que la nueva resolución simplemente aludía a un estudio realizado en 1994, pero sin fecha concreta y sin que el mismo se incorporara al expediente.

La demanda de amparo se fundamentaba en la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente referida a la ejecución de las sentencias, en cuanto que de hecho la nueva resolución dejaba el fallo sin efectividad alguna debido a su carácter retroactivo; además de que de hecho la misma carecía de motivación real, por lo que sólo de un modo aparente se había dado cumplimiento a aquél. Así, la recurrente solicitaba la anulación de los autos impugnados y, asimismo, que se activara la ejecución de la sentencia a fin de obtener una nueva resolución motivada y con efecto no retroactivo y para obtener indemnización por las diferencias retributivas dejadas de percibir y la anulación de la provisión del puesto de trabajo realizada con posterioridad a su cese.

Las alegaciones del Ministerio Fiscal venían a decir, en resumidas cuentas, que la demanda carecía de contenido constitucional desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, ya que el fallo de la sentencia del TSJ se limitaba a anular el acto administrativo por defecto de motivación y, de hecho, a su juicio, la nueva resolución administrativa daba cumplimiento a dicho fallo en cuanto que sí se hallaba motivada. A ello había que añadir, según el Fiscal, que aquél no contenía referencia alguna a la omisión del trámite de audiencia. Por su parte, la Generalidad de Cataluña aducía la excepcionalidad, provisionalidad, urgencia y temporalidad que son características del encargo de funciones. Asimismo, alegaba que lo que pretendía la recurrente era en realidad obtener la retroacción del expediente para que se le diera trámite de audiencia, cuando ello no figuraba en el fallo.

Pasemos ahora a examinar los distintos problemas que se plantean en esta sentencia, y que son los siguientes: el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la ejecución de las sentencias; el alcance del deber de motivación de los actos administrativos cuando la relación entre su contenido y los hechos que los fundamentan no se halla reglada; el efecto *ex nunc* o *ex tunc* de las resoluciones administrativas dictadas en sustitución de actos anulados; y la retroacción del expediente administrativo en caso de anulación judicial de la resolución. Trataremos primero de estas tres últimas cuestiones.

2. EL ALCANCE DEL DEBER DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN QUE NO SE HALLA REGLADA LA RELACIÓN ENTRE EL CONTENIDO Y LOS HECHOS QUE LOS FUNDAMENTAN

La LPA de 1958 no incluyó en su artículo 43 el deber de motivar los actos con elementos discrecionales. A pesar de ello, la doctrina y, poco a poco, la jurisprudencia empezaron a entender que el deber de motivar, por lógica, debía extenderse a este tipo de actos, en la medida en que en ellos resulta necesario que los interesados puedan conocer los verdaderos motivos de la decisión (2). Justamente porque se trata de supuestos en que no

(2) Vid., por ejemplo, M. FERNANDO PABLO, *Discrecionalidad y prohibición de la arbitrariedad: la motivación de la concesión de licencia en suelo urbanizable no programado*, en

está reglada la relación entre los motivos de hecho y de derecho que fundamentan el acto administrativo y el contenido del mismo. La Ley 30/92, artículo 54.1.f), sí alude al deber de motivar los «actos discrecionales» (3).

Es más, parece que el deber de motivar debe tener un alcance mayor justamente cuanto menos reglada esté la relación entre la causa del acto y su contenido. FERNANDO PABLO (4) afirma acertadamente que, aun cuando la Ley 30/92 define la motivación como la sucinta expresión de los fundamentos de hecho y de derecho, ello resulta insuficiente, en la medida en que lo que importa es la exteriorización del *razonamiento* que conduce a la decisión. Y ello es lógico en cuanto que precisamente la motivación tiene por finalidad dar a conocer las razones que han inducido a la Administración a dictar un acto con un determinado contenido (5). Y, para ello, en los casos en que la relación entre el contenido y la causa no se halla reglada, será muchas veces necesario no sólo aludir a los hechos y a los fundamentos jurídicos, sino hacer explícito por qué se ha escogido una opción y no otra, o por qué un concepto jurídico indeterminado se ha interpretado en el caso concreto de un modo y no de otro (6). De hecho, la STSJ de Catalu-

«REALA», núm. 226, 1986, págs. 156-57; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 107; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, pág. 683.

Entre otras muchas, la STS de 29-11-85 (A. 5574) afirma que es exigencia jurisprudencial la motivación de actos «discrecionales».

(3) Resulta, desde luego, poco correcto hablar de actos discrecionales. Parece más lógico, a la vista de lo que ya decía la Exposición de Motivos de la LJCA de 1956, hablar de actos con elementos discrecionales. Aun así, incluso entiendo que, tratándose de resoluciones administrativas, el concepto tradicional de discrecionalidad como pluralidad de soluciones justas debería sustituirse por el concepto de margen cognoscitivo de apreciación —así, en mi trabajo *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 25 y ss.—. Por lo demás, considero absolutamente insuficiente la referencia que el artículo 54.1.f) efectúa a los actos con elementos discrecionales. Desde mi punto de vista, debería incluirse asimismo una referencia a las resoluciones que aplican conceptos jurídicos indeterminados. Justamente, porque lo importante no es ya la existencia o no de una supuesta facultad de elección, sino la necesidad de exteriorización del razonamiento en aquellos casos en que las normas puedan *a priori* interpretarse o aplicarse de modos distintos, como veremos.

(4) M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 31 y 153 y ss.

Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 127, por su parte, afirma acertadamente que «a mayor discrecionalidad corresponde mayor necesidad de motivación, porque el margen de ponderación de los intereses en presencia es más amplio. En unos casos, será suficiente la “sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho”, de la que habla el artículo 43.1 LPA, pero en otros no bastará con ello, la Administración tendrá que revelar con precisión cuáles han sido los motivos de su decisión e, incluso, a modo de rendición de cuentas, dar a conocer cuáles han sido los sumandos de esa operación cuyo resultado la ha llevado a sacrificar ciertos intereses en favor de otros».

Vid., asimismo, J. L. DE LA VALLINA VELARDE, *La motivación del acto administrativo*, ENAP, Madrid, 1964, pág. 25.

(5) Así, la STC 55/87, de 13-3, ha afirmado, aunque en relación con la motivación de la sentencia, «que la misma debe mostrar el esfuerzo del Tribunal por lograr una aplicación del Derecho libre de toda arbitrariedad... lo cual exige en algunos casos ir más allá de lo que es una simple y escueta calificación o encaje de los hechos... en una norma jurídica».

(6) Vid. mi trabajo *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. Afirma el deber de motivar en los supuestos de aplicación de con-

ña de 22-11-97 alude en su fundamento tercero a que, si la Administración decidía dictar una nueva resolución en sustitución de la anulada, debería hacerlo «con la suficiente motivación para permitir a la recurrente conocer los motivos de su cese».

De hecho, en el voto particular formulado a la STC 83/01 se afirma que:

«Si la sentencia del TSJ de Cataluña anuló, por falta de motivación, una resolución, la otra que la ejecutó debía exteriorizar las razones de hecho y de derecho por las que se ha dictado. *No se cumple el requisito con la exposición de cualquier tipo de razones. Han de argumentarse con hechos y datos de la realidad, que consten en el expediente: sólo de este modo puede enjuiciarse luego la razonabilidad de la medida y, eventualmente, controlarse el cumplimiento de la prohibición constitucional de la arbitrariedad* (art. 9.3 CE), *lo que es singularmente relevante en el caso de las potestades discrecionales*» (7).

Así, el voto particular concluye que los autos no habían controlado la veracidad y suficiencia de la motivación.

La Ley 30/92, artículo 54.2, introduce sin embargo, en cuanto al alcance de la motivación, una quiebra importante en relación con los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva. En este punto, dicho precepto se remite sin más a las normas reguladoras de la convocatoria, si bien exige que en todo caso los fundamentos de la decisión consten en el expediente.

Más significativa es, por su relación con el caso que nos ocupa, la regulación del alcance de la motivación en los supuestos de nombramiento y cese de funcionarios para puestos de libre designación. En efecto, en estos supuestos se exige simplemente que la decisión se motive fundamentándola en la competencia del órgano administrativo autor del acto; así lo dispone el artículo 58 del Real Decreto 364/95, de 10-3, en el ámbito de la Administración del Estado, en relación con los ceses. En cuanto a los nombramientos, el artículo 56.2 establece que deberá referenciarse el cumplimiento de los requisitos de la convocatoria y la competencia del órgano; y añade asimismo que deberá constar en el expediente como fundamentación la observancia del procedimiento debido. Ello resulta radicalmente

ceptos jurídicos indeterminados, entre otras, la STS de 20-4-89 (A. 2872). Vid., recientemente, R. BOCANEGRA SIERRA y A. HUERGO LORA, *Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar*, en «REDA», núm. 111, 2001, págs. 405 y ss.

(7) De hecho, en el voto particular se añade que los autos impugnados se extendieron en consideraciones marginales que no afectaban al problema nuclear; así, cuando el primero alude a que las facultades de autoorganización afectan «a todas las plazas» (*sic*) con independencia del sistema de provisión, o cuando el segundo consideró suficiente motivación la invocación genérica de la potestad de autoorganización en la medida en que la misma aconsejaba una reasignación de funciones.

insuficiente, en la medida en que no permite en modo alguno conocer los motivos reales de la decisión (8).

Por lo demás, parece que esta regulación se fundamenta en la pretendida relación de confianza política que inspiraría estos nombramientos y ceses (9). Este fundamento de la libre designación se ha puesto, sin embargo, en tela de juicio a raíz de la STC 235/00, de 5-10, resolutoria de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 10/93, de 21-4, que modificó la Ley 7/85 para introducir la posibilidad de la libre designación en ciertos puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación nacional. Esta sentencia seguramente está muy condicionada por las peculiaridades de estos funcionarios, pero en relación con la naturaleza y el fundamento de la libre designación parece pretender establecer una doctrina general cuando afirma que dicho sistema no se basa en realidad en la confianza política, sino profesional; de forma que nos encontraríamos ante un sistema que permitiría evaluar la aptitud o capacidad para ocupar determinados puestos de trabajo cuando el contenido de los mismos no permita atenerse a un baremo reglado.

Por lo demás, esta restricción al deber de motivación se circunscribe a los nombramientos y ceses de acuerdo con el sistema de libre designación. Entiendo que no cabe recurrir a la analogía en el caso que nos ocupa, es decir, el del cese de un funcionario que ocupa un puesto de trabajo me-

(8) Así, el fundamento jurídico tercero de la sentencia de 22-11-97 afirmaba: «La resolución que se impugna aduce como motivación que la Ley 13/89, de 9-11, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña, regula en su artículo 12 las atribuciones de cada Conseller. Ninguna otra motivación se pone de relieve en la resolución, de modo que este Tribunal *no puede conocer cuáles han sido las razones por las que se deja sin efecto el encargo de funciones, ni siquiera en los supuestos en que la Administración tiene potestades discrecionales queda eximida del deber de motivar sus resoluciones, pues sólo así los interesados podrán conocer los motivos o razones que han llevado a la Administración a proceder en un determinado sentido, y consiguientemente en caso de desconformidad de los interesados, sólo así los órganos de esta jurisdicción podrán revisar si la Administración ha actuado con sujeción a la legalidad...*». Argumentación impecable, si bien hay que matizar que en ocasiones las razones podrán conocerse a la vista del expediente, aun cuando el acto carezca de motivación formalmente incorporada al mismo.

En cambio, M. SÁNCHEZ MORÓN, *El control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1994, págs. 151-152, entiende que en el caso de los cargos de confianza es suficiente la referencia a la norma habilitante, ya que, a su juicio, la motivación debe ser adecuada a la naturaleza del acto.

Por otra parte, el mismo TC exige que la Administración alegue y pruebe una fundamentación suficiente y razonable de los ceses de funcionarios en puestos de libre designación cuando existen indicios de que el cese lesiona algún derecho fundamental, como la libertad sindical o la de libre expresión o el derecho de reunión. Es significativa en este sentido la STC 127/95, de 25-7, y, sobre todo, las SSTC 17/96, de 7-2; 202/97, de 25-11, y 29/00, de 31-1.

(9) Una crítica contundente al sistema de libre designación así concebido en L. MORELL OCAÑA, *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1994, esp. págs. 88 y ss. Puede verse también M. BACIGALUPO SAGESSE, *En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿Debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?*, en «REDA», núm. 107, 2000, págs. 407 y ss. El autor, *op. cit.*, pág. 420, entiende contrario a la Ley 30/92 el artículo 56 del Real Decreto 364/95, y considera, a mi juicio acertadamente, que el artículo 54.2 de dicha Ley, cuando exige que consten en el expediente los fundamentos de la decisión, se refiere a los fundamentos materiales y no sólo a los formales.

diante un mecanismo similar a la comisión de servicios; pensemos que no hay aquí atisbo alguno de esa supuesta relación basada en la confianza política. Y, en cuanto que acto restrictivo de intereses legítimos, y configurado de forma no reglada en la relación entre su causa y su contenido, sólo una ley, y además una ley estatal directamente aplicable en toda España, podría establecer semejante restricción —que por lo demás sería desacertada— en cuanto al alcance del deber de motivación.

Otra cosa muy diferente son las consecuencias del incumplimiento del deber de motivar, donde debe subsumirse el supuesto en que la motivación se revele como absolutamente insuficiente por contener simples alusiones genéricas a preceptos legales o situaciones de hecho absolutamente indeterminadas, o por venir referida a informes o documentos a los que no han tenido acceso los interesados, con independencia de que los mismos se hallen o no formalmente incorporados al texto de la resolución. Porque, en efecto, las consecuencias del incumplimiento del deber de motivar no pueden ser siempre las mismas (10). Si la relación entre la causa del acto y su contenido se halla perfectamente reglada, de forma que el órgano judicial pueda conocer los motivos del acto aun en ausencia de motivación formal, cuando el contenido del acto sea correcto en cuanto al fondo, la sentencia, a mi juicio, no debería anular el acto, sino confirmarlo y condenar en costas a la Administración porque, al haber incumplido su deber de motivar, ha provocado un pleito que de otro modo quizá no habría nacido. Estare-

(10) La recurrente parecía aducir en su demanda en el recurso contencioso-administrativo que la falta de motivación origina un vicio de nulidad de pleno derecho por falta absoluta de procedimiento. Esto no es cierto. La falta de motivación es un vicio formal que causa o bien una irregularidad no invalidante o bien la anulabilidad. Ahora bien, puede haber un caso en que la falta de motivación ocasione la nulidad absoluta, que es el de los procedimientos sancionadores. En estos supuestos puede entenderse que la falta de motivación ocasiona indefensión, que en este tipo de procedimientos es causa de nulidad absoluta, por cuanto el Tribunal Constitucional (entre otras muchas, STC 76/90, de 26-4) entiende que en estos procedimientos administrativos son aplicables, con ciertos matices, las garantías del artículo 24 CE. Esta interpretación iría además en la línea, propugnada por M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 160, que entiende la motivación del acto como garantía precontenciosa. Vid. asimismo mi trabajo *La solución justa...*, cit., pág. 642, y la STS de 21-9-93 (A. 6623).

Aun así, en estos casos la falta de motivación podrá en primer lugar no producir indefensión material alguna si la fundamentación del acto se deduce del expediente. Incluso podría entenderse que lo único que produce en estos casos la falta de motivación es la provocación de un pleito quizá inútil. Pero, aun así, no parece irrazonable que en los procedimientos sancionadores dicha omisión dé lugar a la nulidad absoluta. Lo contrario implicaría una relativización excesiva de las garantías formales en este ámbito.

En cualquier caso, la recurrente parecía asimismo conectar la nulidad absoluta por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento a la omisión del trámite de audiencia. En este punto la jurisprudencia es contradictoria. Claramente, si la omisión del trámite de audiencia provoca indefensión efectiva, el resultado será la nulidad absoluta cuando estemos ante un procedimiento sancionador. En los restantes casos, parece que la regla ha de ser la anulabilidad, si es que efectivamente se ha producido indefensión. Lo que pasa es que, en ocasiones, el procedimiento se limitará de hecho al trámite de audiencia, y en estos casos posiblemente su omisión dé lugar a la causa de nulidad absoluta del artículo 62.1.ª) de la Ley 30/92. Aun así, cuando, como es el caso, el procedimiento se inicia de oficio, lógicamente, el mismo tendrá otros trámites, como mínimo la comunicación al interesado de su incoación para que éste pueda efectuar las alegaciones y proponer las pruebas que estime pertinentes. Ignoro si en este caso la Administración autonómica procedió así.

mos, pues, ante una simple irregularidad no invalidante. Estimar en estos casos el recurso y anular el acto por falta de motivación sería tanto como otorgar al recurrente una victoria pírrica, ya que lo lógico será que en estos casos la Administración vuelva a dictar otro acto con el mismo contenido, esta vez motivado (11). Ello será tanto más frecuente en la medida en que viene incluso estimulado por los propios órganos judiciales, cuando en su fallo recogen la retroacción de actuaciones. Sobre esta concreta cuestión volveré más tarde.

En cambio, cuando la relación entre la causa del acto y su contenido no esté reglada, la regla general será que, en caso de falta de motivación, el acto deberá ser anulado. En efecto, en estos supuestos varios serán *a priori* los posibles contenidos del mismo, y varias serán también las posibles razones que lo amparen. Si en estos casos el acto no se anula por falta de motivación, el recurrente no tendrá manera de saber cuáles han sido las razones reales que han inducido a la Administración a dictar esa resolución y no otra distinta (12). El órgano judicial tampoco podrá saberlo, salvo que la fundamentación del acto se dedujera del expediente o de la contestación a la demanda (13), en cuyo caso el recurso debería desestimarse si el acto fuera conforme a Derecho en cuanto al fondo. Cuando no se puedan conocer las razones que indujeron a la Administración a dictar el acto, habrá que presumir que el mismo es arbitrario, aun cuando su contenido fuera conforme a Derecho, si el Ordenamiento hubiera permitido que en el caso concreto el acto tuviera un contenido distinto. Si la Administración no justifica por qué ha escogido esa solución y no otra, habrá que presumir que su elección careció de razón de ser, y de ahí que proceda la anulación del acto (14). Aunque, démonos cuenta, a efectos del fallo de la sentencia lo importante no será tanto la existencia de una motivación

(11) Vid. mi trabajo *La solución justa...*, cit., págs. 644 y ss.; asimismo, A. HUERGO LORA, *La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo*, núm. 145 de esta REVISTA, 1998, págs. 89 y ss., esp. págs. 107 y ss., donde alude a la posibilidad de condena en costas pese a la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

No cabe olvidar, por otra parte, que en el caso del procedimiento abreviado la indefensión provocada por la falta de motivación puede no ser corregida en el proceso, ya que la contestación a la demanda se produce en el acto de la vista.

(12) Vid. BOCANEGRA SIERRA y HUERGO LORA, *op. cit.*, pág. 411, donde señalan que la dispensa del deber de motivar en estos casos produce una suerte de *probatio diabolica* en relación con las posibles razones que hayan justificado el acto.

Otra solución hay que dar en los casos de reducción a cero de la discrecionalidad y, en general, en todos aquellos en que, aun no estando reglada la relación entre la causa y el contenido del acto, el órgano judicial tenga elementos de juicio suficientes para saber que en el caso concreto existe una única solución viable jurídicamente y cuál es ésta.

(13) Sobre las diferencias entre motivación y fundamentación, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 108 y ss. Puede verse asimismo mi trabajo *La solución justa...*, cit., págs. 264 y ss.

Para BOCANEGRA SIERRA y HUERGO LORA, *op. cit.*, pág. 424, si no sólo falta la motivación sino que además la fundamentación del acto no se deduce del expediente, no sólo se habrá lesionado la tutela judicial efectiva, sino que además se habrá impedido el control judicial del acto, quedando así además afectado el artículo 106.1 CE.

(14) Sobre la falta de motivación como presunción de arbitrariedad, vid. mi trabajo *La solución justa...*, cit., págs. 264 y ss.

formalmente incorporada al texto del acto como que la fundamentación del mismo pueda deducirse de la totalidad del expediente o de los motivos esgrimidos por la Administración a lo largo del proceso. Ello es así porque, a mi juicio, la falta de motivación, cuando la misma es necesaria, provoca que el acto se presuma arbitrario, pero la ausencia de motivación no se identifica sin más con la arbitrariedad.

Pues bien, el supuesto que nos ocupa indudablemente se debe encuadrar entre estos casos en que no se halla reglada la relación entre la causa del acto y su contenido. Y, por lo demás, la ausencia absoluta de referencias en el expediente de las posibles razones que indujeron a la Administración a dictar el acto impidió a la Sala conocer si dichas razones eran legítimas y, por tanto, si el contenido de la decisión adoptada se ajustaba o no en el caso concreto al Ordenamiento (15).

3. LOS EFECTOS *EX NUNC* O *EX TUNC* DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DICTADAS EN SUSTITUCIÓN DE OTRAS ANULADAS

A) *Planteamiento*

El artículo 57.3 de la Ley 30/92 permite excepcionalmente otorgar efecto retroactivo a los actos administrativos cuando los mismos se dicten en sustitución de otros actos anulados, y asimismo a los actos que produzcan efectos favorables a los interesados, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no perjudique los derechos o intereses legítimos de otras personas. Es decir, el precepto contempla dos supuestos distintos en que cabe otorgar efecto retroactivo a un acto administrativo. El primero de ellos, que es el que aquí nos interesa, es el caso en que una decisión administrativa se dicta en sustitución de otra anulada (16).

(15) De cualquier modo, en el caso que nos ocupa la regulación del Decreto catalán 65/87 establecía un plazo máximo de dos años para el encargo de funciones, plazo que se había cumplido en este supuesto. Sin embargo, la sentencia de instancia no hace alusión alguna a esta cuestión, como tampoco lo hizo, al parecer, el Conseller competente al dictar la nueva resolución «motivada». La nueva regulación se contiene en el artículo 106 del Decreto catalán 123/97, como hemos visto.

(16) J. M. BOQUERA OLIVER, *Derecho Administrativo*, 10.^a ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 503 —asimismo, en *Estudios sobre el acto administrativo*, 7.^a ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 409—, entiende que, en los casos de actos dictados en sustitución de otros anulados, puede dudarse de que se trate de un supuesto de retroactividad, ya que los efectos hacia el pasado del nuevo acto serán una consecuencia de la decisión administrativa o jurisdiccional por la que se anuló el anterior. Pero en realidad el autor se está refiriendo en concreto a los supuestos en que existe una condena a la Administración a dictar un nuevo acto en sustitución de otro, cosa que no ocurría en el caso que nos ocupa.

Sobre la retroactividad del acto administrativo, vid. J. L. DE LA VALLINA VELARDE, *La retroactividad del acto administrativo*, IEA, Madrid, 1964, esp. págs. 40 y ss.; más concretamente, págs. 51 y ss. En concreto, el caso que nos ocupa sería uno en que la retroactividad tendría como fundamento, desde el punto de vista de la Administración, remediar las consecuencias de un error anterior —en este caso, haber dictado un cese que después fue anulado—: vid. DE LA VALLINA, *op. cit.*, pág. 59.

En este supuesto, la Ley 30/92 no subordina expresamente la posibilidad de otorgar efecto retroactivo a la nueva resolución a ninguna condición. Es decir, permite que se confiera ese efecto a cualquier acto administrativo dictado en sustitución de un acto anulado. No diferencia expresamente entre los casos en que el acto ha sido anulado en vía administrativa de aquellos otros en que la anulación se ha producido en vía jurisdiccional. Sin embargo, a mi juicio, sí existen algunas condiciones para la retroactividad de los actos dictados en sustitución de otros desaparecidos; al respecto, entiendo que esa retroacción sólo será posible si en el período a que se extiende existían los presupuestos de hecho que habrían justificado que se dictara el acto correspondiente.

Sí es verdad, sin embargo, que la expresión que se utiliza es la de «actos anulados», y no la de actos declarados nulos. Podría pensarse, pues, que la Ley 30/92 ha querido distinguir entre ambos supuestos. Desde esta perspectiva, como se suele entender que la anulación tiene efectos *ex nunc*, cabría su sustitución con efecto retroactivo; a diferencia de lo que pasaría en los casos de nulidad de pleno derecho, a la que se anudan efectos *ex tunc*. La STC 106/99, de 14-6, parece, en efecto, partir de que cuando se habla de anulación el efecto es *ex nunc*, a diferencia del caso de los actos nulos de pleno derecho. A esta sentencia, sin embargo, se formuló por GARRIDO FALLA un voto particular según el cual no tiene sentido circunscribir el efecto *ex tunc* a los casos de nulidad absoluta.

Esa interpretación del artículo 57.3 parte de la base de que en la mente del legislador está, aunque no lo haya dicho, que la anulación tiene un efecto temporal distinto de la declaración de nulidad de pleno derecho. Si ello es así, parece que la intención del legislador sería limitar la posibilidad de dar efectos retroactivos a los actos dictados en sustitución de otros a los casos en que el efecto de la anulación fuera *ex nunc*. Dicho con otras palabras, en la mente del legislador no tendría mucho sentido borrar retroactivamente los efectos de un acto administrativo y después permitir que otro con su mismo contenido produzca efectos desde que aquél se dictó.

Pero no está nada claro que el artículo 57.3 se haya querido circunscribir al caso de los actos anulables. La expresión *anulación* resulta algo ambigua. Además, como veremos, empiezan a oírse voces que consideran que también la anulabilidad de los actos administrativos produce efectos *ex tunc*. Por otra parte, muchas veces el acto dictado en sustitución del anulado tendrá un contenido distinto de éste, por lo que la justificación antes apuntada no siempre tendrá sentido (17).

(17) Así, F. GARRIDO FALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, pág. 110, entienden que el artículo 57.3 es asimismo aplicable a los actos nulos de pleno derecho. Contra, J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 1079.

Por otra parte, J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 241, señala que la jurisprudencia del TS extiende la exigencia de retroactividad de los actos administrativos dictados en sustitución de otros tanto anulables como nulos de pleno derecho, concebida como un derecho del interesado, en todos los casos en que los efectos de la misma sean favorables.

En primer lugar, habría que precisar a qué lapso temporal se puede extender el efecto retroactivo a que alude el artículo 57.3 de la Ley 30/92 en estos casos. Las soluciones pueden ser: o bien el efecto retroactivo se produce desde la fecha en que se dictó el acto anulado —que es la solución a la que llegó la Administración autonómica en el caso que nos ocupa— o bien el efecto retroactivo se extiende desde la fecha de la anulación del acto hasta el momento en que se dicta el nuevo. En efecto, puede existir un período de tiempo desde el momento en que se anula el acto administrativo hasta el momento en que se dicta —si es que llega a dictarse— otro en sustitución del mismo. Ello ocurrirá casi siempre que la anulación se produzca en vía judicial, pero también podría darse en los casos de anulación del acto en vía administrativa. La Ley 30/92 parece permitir ambas interpretaciones. Es decir, sería el autor del acto dictado en sustitución del que ha desaparecido el que determinaría en cada caso el alcance temporal de la retroacción de efectos, salvo que ese alcance se dedujera de la sentencia.

Una tercera interpretación sería que el efecto retroactivo se extienda desde que se dictó el acto hasta su anulación. Ello tendría sentido en el caso de la anulabilidad si se entiende que la misma produce efectos no retroactivos, ya que permitiría en la práctica extender el efecto temporal de la anulabilidad hacia el pasado. Pero, a este respecto, entra en juego un nuevo factor, el del efecto favorable o desfavorable de la retroacción de los efectos del nuevo acto, cuestión a que me referiré más abajo.

A mi juicio, para discernir el alcance del artículo 57.3 de la Ley 30/92 habría que diferenciar asimismo entre los casos en que el acto dictado en sustitución de otro anulado o declarado nulo tiene el mismo contenido que éste de los supuestos en que ambos actos tienen un contenido distinto.

B) *Supuestos en que el acto dictado en sustitución de otro anulado tiene el mismo contenido que éste*

Esta circunstancia se podrá dar sólo, obviamente, en los casos en que el acto fue anulado o declarado nulo por vicio de forma o de competencia. Tal es el supuesto resuelto por la sentencia 83/01, donde la nueva resolución dictada en ejecución de sentencia tenía el mismo contenido que la resolución anulada.

En este caso, partiendo de que la anulación tenga efectos *ex nunc*, otorgar efecto retroactivo al acto dictado en sustitución del anulado y con su mismo contenido implicaría la producción de los efectos jurídicos del acto anulado a partir de su anulación. En efecto, desde el momento en que se dictó el primer acto hasta su anulación, ese acto habría producido efectos jurídicos; los mismos en principio desaparecerían en virtud de la anula-

También L. MARTÍN REBOLLO, «Disposiciones administrativas y actos administrativos», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, dir. J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 171, entiende que la expresión actos «anulados» del artículo 57.3 de la Ley 30/92 comprende tanto los nulos como los anulables.

ción, pero el artículo 57.3 de la Ley 30/92 permitiría la producción de efectos jurídicos desde la anulación del acto hasta su sustitución por el nuevo.

Esto, sin embargo, puede tropezar con dos obstáculos. El primer obstáculo radica en que podría cuestionarse que, en el ámbito de los actos administrativos, la anulación comporte siempre un efecto *ex nunc* y no *ex tunc*. En efecto, esta diferencia temporal de efectos jurídicos entre nulidad y anulabilidad ha empezado a ponerse en duda respecto de los actos administrativos por autores como BELADIEZ ROJO (18), para quien esa diferencia tajante entre nulidad y anulabilidad no tendría demasiado sentido. Así, a juicio de la autora citada, también la anulabilidad debería producir efecto retroactivo. De hecho, esa diferencia temporal de efectos jurídicos no resulta, directamente al menos, de la Ley 30/92. Si efectivamente se concluye que también el efecto de la anulación es *ex tunc*, otorgar efecto retroactivo al nuevo acto dictado en sustitución del anulado y con su mismo contenido implicaría la plena producción de efectos jurídicos de ese acto, a menos que se limitara el alcance temporal de la retroacción. Lo mismo habrá que decir en el caso de que el primer acto fuera nulo de pleno derecho, en cuanto que, como hemos visto, la doctrina mayoritaria entiende que el artículo 57.3 es también aplicable a este supuesto.

El segundo obstáculo a esa interpretación radicaría en lo que dispone el artículo 67 de la Ley 30/92. Este precepto permite subsanar los actos anulables —no los nulos de pleno derecho—, pero la subsanación producirá efectos *desde su fecha*. Es decir, en un caso en que se dicta un acto administrativo en sustitución de otro *anulado y con* su mismo contenido, ese nuevo acto no tendría, a mayor abundamiento, efectos retroactivos. No obstante, el obstáculo es aparente, ya que el mismo precepto añade que ello se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57.3 sobre la retroactividad de los actos administrativos (19).

Pero, sea cual fuere el alcance temporal de la retroacción de los efectos del acto dictado en sustitución del desaparecido con su mismo contenido, cuando la anulación se produce por sentencia, como el caso resuelto por la STC 83/01, dicha retroacción no tiene sentido. Porque, en estos supuestos, otorgar efecto retroactivo al acto dictado en sustitución del anulado y con el mismo contenido que éste *supone dejar vacío de contenido el efecto anulatorio de la sentencia*. Es decir, a través del nuevo acto administrativo, *la Administración infringe la reserva de jurisdicción, al privar de efectividad*

(18) M. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia del acto administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 63, donde afirma que la consecuencia lógica de toda contravención al Ordenamiento suficientemente grave como para provocar su invalidez debería ser siempre el alcance retroactivo de su ineficacia, sin perjuicio de los casos en que entre en juego el principio de conservación. Además, ¿qué culpa tienen los recurrentes del retraso en la tramitación del contencioso?

(19) DE LA VALLINA VELARDE, *La retroactividad...*, cit., pág. 69, circunscribe esa remisión efectuada al artículo 57.3 por el 67 a los casos en que el acto tenga efectos favorables al interesado y, además, no perjudique derechos o intereses legítimos de otras personas. En efecto, dada la regla general de irretroactividad del artículo 67, no tendría sentido interpretar que la misma se exceptúa en el caso de que el acto se dicte en sustitución de otro anulado, dada la finalidad de la subsanación.

real al fallo (20). En este caso, a mi juicio, se produce una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente relativa a la ejecución de sentencias, que exigiría una declaración de nulidad absoluta del nuevo acto por el órgano jurisdiccional, al amparo del artículo 103.4 de la Ley 29/98. En efecto, aun cuando se entienda que el efecto temporal de la anulabilidad no es retroactivo, desde el momento en que la misma se declara hasta el momento en que se dicta el nuevo acto con el mismo contenido que el anterior, en sustitución de éste, dicha declaración habrá producido sus efectos jurídicos. Si la misma se ha producido por sentencia, dicha sentencia deberá producir sus efectos desde su fecha hasta que se dicte el nuevo acto. Durante ese período, pues, con independencia de que el acto sea nulo o anulable y con independencia del efecto retroactivo o no que la anulación y la declaración de nulidad lleven consigo, la sentencia deberá producir su efecto anulatorio.

Si se parte del efecto *ex nunc* de la anulabilidad, en el caso que nos ocupa la anulación habría producido sus efectos desde la sentencia del TSJ hasta el mes siguiente, en que el Consejero competente dictó el nuevo acto en sustitución del anulado. El TSJ, y también el Tribunal Constitucional, deberían haberlo reconocido así. Al declararse a sí misma la resolución impugnada en el incidente de ejecución con efecto retroactivo, se dejó sin contenido el fallo de la sentencia. Bien es verdad que entre la misma y el nuevo acto sólo pasó un mes, por lo que los efectos económicos y administrativos habrían sido bien escasos para la recurrente. Pero no es esto lo que importa, sino el hecho de que la Administración autonómica privó totalmente de efectividad al fallo judicial. En suma, aun cuando se entendiera que la anulabilidad produce efectos *ex nunc*, deberían haberse reconocido los efectos económicos y administrativos de su declaración desde el momento de la sentencia hasta el momento en que se dictó la nueva resolución. A mayor abundamiento, desde luego, si se entiende que la anulabilidad tiene efecto retroactivo.

Por eso no tiene mucho sentido la alusión que el auto de 22-6-98, y también el TC, efectúan al hecho de que la recurrente no hubiera solicitado la suspensión del acto administrativo. A juicio de la Sala, al estar ante un acto anulable y no haberse solicitado la suspensión, dicho acto produjo sus efectos hasta el momento de la anulación. Es decir, el TSJ entiende que habría estado en la mano de la recurrente enervar a través de la petición de suspensión los efectos del acto impugnado hasta el momento de la sentencia. Pero nada dice la Sala sobre los efectos de la anulación desde la sentencia hasta que se dictó la nueva resolución.

Por lo demás, si efectivamente la anulación sólo produce efecto *ex nunc*, no habría sido necesario que el nuevo acto hiciera referencia alguna a su

(20) Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989, págs. 73 y ss., donde estudia asimismo el problema de las convalidaciones legislativas. Sobre esta última cuestión, entre otros, A. DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, *Las validaciones legislativas en el Derecho francés*, núm. 149 de esta REVISTA, 1999, págs. 457 y ss.; J. GARCÍA LUENGO, *La subsanación retroactiva de reglamentos nulos mediante la elevación del rango*, «REDA», núm. 111, 2001, págs. 439 y ss.

posible retroactividad. Simplemente, el acto anulado habría producido su natural efecto jurídico hasta la sentencia. Lo demás sobraba, salvo en lo relativo al período que media entre la anulación y la fecha del nuevo acto.

C) *Supuestos en que el acto al que se pretende otorgar efecto retroactivo tiene un contenido distinto del que tenía el acto anulado*

El segundo supuesto que debemos tener en cuenta es aquel en que el acto dictado en sustitución del anulado o declarado nulo tiene un contenido diferente a éste, sea cual fuere el vicio, de fondo o de forma, de que aquél adoleciera. Será muy frecuente que la anulación o declaración de nulidad y la sustitución se lleven a cabo de forma simultánea, al estimarse el recurso administrativo contra el acto. Más difícil será que esa simultaneidad se dé cuando la anulación o declaración de nulidad se produzca en vía judicial. Aun cuando en ciertos casos la sentencia puede condenar a dictar un acto con determinado contenido, o hacer ella misma en sus pronunciamientos la sustitución, en muchas ocasiones no ocurrirá así; incluso el desfase temporal se producirá en los supuestos en que la sentencia opte por el pronunciamiento de condena (21).

Lógicamente, nos interesa el supuesto en que sea la Administración la que dicte el nuevo acto en sustitución del anulado o declarado nulo (22). Habrá de nuevo que distinguir entre anulabilidad y declaración de nulidad de pleno derecho a la hora de plantear el posible efecto retroactivo del segundo acto y el alcance de esa retroactividad. También habrá que diferenciar si la retroacción de efectos produce efectos favorables o desfavorables a los interesados.

Haciendo de momento abstracción de esta segunda consideración, y partiendo de que la anulabilidad tenga efectos *ex nunc*, podría entenderse más congruente con dicho efecto que la retroactividad del nuevo acto se circunscriba al período que va desde dicha anulación hasta la fecha del mismo. De este modo se respetaría ese efecto *ex nunc* de la anulación, en cuanto que el nuevo acto tiene un contenido diferente del anulado; es decir, se mantendrían los efectos ya producidos por éste. No obstante, posiblemente el sentido del artículo 57.3 sea permitir que el efecto retroactivo vaya más allá. En este sentido, la interpretación que sustenta que el artículo 57.3 se refiere a actos anulables y no a actos nulos podría fundamentarse en que en éstos la declaración de nulidad ya ha producido su efecto retroactivo, por lo que no haría falta que lo tuviera el acto dictado en sustitución del afectado por esa declaración. Sin embargo, una cosa es borrar retroactivamente los efectos de un acto y otra diferente retrotraer los efectos de otro dictado en sustitución del mismo; ambos efectos pueden no ser coincidentes.

(21) Vid. mi trabajo *La solución justa...*, cit., págs. 608 y ss.

(22) Cuando sea la sentencia la que sustituye por sí misma el acto administrativo, habrá que estar a los términos del fallo. Incluso puede que, en el caso de sentencia por la que se condene a la Administración a dictar un nuevo acto, dicho fallo determine los efectos temporales concretos que deban darse al mismo.

Pero muchas veces la anulación y la sustitución serán simultáneas. En estos casos, la referencia al posible efecto retroactivo del acto dictado en sustitución del anulado sólo podría aludir al período que va desde que se dictó ese acto hasta el momento en que se anuló y sustituyó por otro distinto (23).

En el caso en que el primer acto hubiera sido declarado nulo de pleno derecho, el efecto de esa declaración de nulidad sería retroactivo al momento en que el acto se dictó. Si el acto dictado en sustitución del mismo y con distinto contenido es simultáneo a esa declaración de nulidad, habría que concluir, si se entendiera que el artículo 57.3 sólo alude a los actos anulables, que el nuevo acto sólo produce efectos *ex nunc*. En el período que va entre el acto declarado nulo y el nuevo no se habría producido ningún efecto jurídico. Esto, sin embargo, no tendría mucho sentido en ciertos casos, como pueden ser los supuestos de actos favorables declarados nulos y sustituidos por otro acto con un contenido asimismo favorable pero distinto —por ejemplo, reconocimiento de unas prestaciones económicas inferiores a las reconocidas en el acto declarado nulo—. No obstante, en estos supuestos el efecto retroactivo del nuevo acto se podría amparar en el segundo inciso del artículo 57.3, aunque en ese caso sería preciso que el nuevo acto no perjudicara los derechos e intereses legítimos de otras personas.

De cualquier modo, como hemos visto, no tiene mucha lógica la diferenciación entre actos nulos y anulables a efectos del artículo 57.3. Cuando los dos actos tengan distinto contenido, podría entenderse que el sentido del artículo 57.3 no es tanto impedir el efecto retroactivo del nuevo acto en los casos de nulidad absoluta del primero, sino permitir expresamente el efecto retroactivo en los casos en que el primer acto sea simplemente anulable —partiendo del efecto *ex nunc* de la anulabilidad—. Desde este punto de vista, no habría inconveniente en que también el acto dictado en sustitución del acto nulo tuviera efecto retroactivo (24).

Si se parte de que la anulación produce efectos asimismo *ex tunc*, ¿cuál sería la solución? En este caso, el acto anulado no habría producido ningún efecto jurídico, pero el artículo 57.3 permitiría conceder efecto retroactivo al acto dictado en sustitución del mismo. Ese efecto retroactivo podría extenderse, con las salvedades que haremos en relación con la agravación de actos desfavorables, al momento en que se dictó el acto anulado, o bien circunscribirse al período que media entre el momento en que se

(23) Tengamos en cuenta que, en estos casos, la Ley 30/92 no distingue entre actos favorables y desfavorables. No obstante, el efecto retroactivo puede ser criticable en los casos en que se trate de un acto desfavorable agravado como consecuencia del recurso presentado por un tercero.

(24) Como hemos visto, la Ley 30/92 no condiciona en estos casos la retroactividad a que el acto fuera favorable o desfavorable, aunque sobre esta cuestión tenemos que volver. Pero pensemos en un acto desfavorable que se declara nulo por vicio de forma. Si después se dicta un nuevo acto, asimismo desfavorable pero con un contenido agravado, en sustitución de aquél, no parece que sea posible otorgar a este nuevo acto efecto retroactivo en modo alguno. Si en estos casos el primer acto simplemente ha sido anulado y se entiende que la anulación produce efecto *ex nunc*, tampoco tiene lógica que el nuevo acto, asimismo desfavorable y agravado, tenga efecto retroactivo.

produjo la anulación y el momento en que se dicta el nuevo acto —si no hay coincidencia temporal entre ambos—.

D) *La incidencia del carácter favorable o desfavorable del efecto retroactivo de los actos dictados en sustitución de otros anulados*

Si bien es verdad que, como hemos visto, el artículo 57.3 de la Ley 30/92 no distingue en este supuesto entre actos favorables y desfavorables, la doctrina más autorizada (25) entiende que otorgar en estos casos retroactividad a los actos desfavorables podría ir contra el mandato del artículo 9.3 CE, a pesar de que el mismo alude únicamente a normas jurídicas y no a actos administrativos.

A mi juicio, se pueden efectuar una serie de combinaciones, según el primer acto haya desaparecido con efecto retroactivo o no retroactivo, y según el carácter favorable o desfavorable de dicho acto y del dictado en sustitución del mismo.

1) El primer supuesto sería aquel en que el primer acto fuera un acto de gravamen por el que se imponen obligaciones a su destinatario. Si el acto desaparece con efecto retroactivo y después se dicta un nuevo acto de gravamen en sustitución del mismo, este segundo acto no podrá tener efecto retroactivo, aunque el mismo tenga un contenido menos desfavorable que el anterior (por ejemplo, una sanción más leve que la antes im-

(25) Así, por ejemplo, J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 241. El autor, *op. cit.*, pág. 242, en todo caso, entiende que el límite de que el acto no lesione los derechos e intereses legítimos de otras personas no juega cuando se trata de actos dictados en sustitución de otros anulados o declarados nulos, ya que de lo contrario se frustraría la finalidad de la anulación o declaración de nulidad. GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, pág. 1080, consideran que aun en el caso de actos dictados en sustitución de otros anulados habría que ponderar, tratándose de actos favorables para su destinatario, si los mismos producen o no efectos desfavorables para terceros, al menos como regla orientativa.

También F. GARRIDO GALLA y J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 109 y ss., dudan de que, aun en el caso de actos dictados en sustitución de otros anulados, pueda conferirse eficacia retroactiva cuando ello comporte efectos desfavorables para el interesado. De hecho, estos autores distinguen entre los casos en que el nuevo acto, aun siendo desfavorable, produzca unas consecuencias jurídicas menos gravosas que el acto al que sustituye, y los supuestos en que el nuevo acto agrave aún más la situación jurídica del interesado respecto de la derivada del acto anulado. Así, consideran que en el primer caso sí sería posible conferir al nuevo acto efecto retroactivo, pero no en el segundo. Démonos cuenta de que estos autores no se plantean qué ocurre en casos como el que nos ocupa, donde el contenido de los dos actos era el mismo. De cualquier modo, a mi juicio, la cuestión no está tanto en el efecto favorable o desfavorable del nuevo acto como de su retroactividad. Véase el texto.

Por su parte, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 7.^a ed., Civitas, Madrid, 1995, pág. 562, afirman que en caso de actos dictados en sustitución de otros anulados, sean éstos anulables o nulos de pleno derecho, si la retroacción puede producir efectos desfavorables al interesado, habrá que efectuar en cada caso una adecuada ponderación de los intereses en juego, para verificar si dicha retroacción es o no posible.

puesta). Ello es así porque ese efecto retroactivo del nuevo acto sería siempre perjudicial para su destinatario.

En cambio, si el primer acto hubiera desaparecido sin efecto retroactivo, el segundo acto podría tener efecto retroactivo en el caso de que fuera menos gravoso que el primero, siempre que dicho efecto retroactivo se limitara al período de tiempo que media entre el momento en que se dictó el primer acto y el momento de su anulación, ya que de ese modo se produciría un efecto favorable para el destinatario del acto.

En caso de que los dos actos tengan el mismo contenido desfavorable, el segundo nunca podría tener efecto retroactivo de ninguna clase, ni siquiera cuando el primero haya desaparecido con efecto *ex nunc*. Ni siquiera en relación al período que media entre la anulación del primer acto y su sustitución por el segundo.

2) El segundo supuesto se daría cuando el primer acto era favorable a su destinatario. Si el mismo desaparece sin efecto retroactivo y en sustitución del mismo se dicta un nuevo acto, éste podrá tener efecto retroactivo cuando sea más favorable al interesado que el anterior. Si, por el contrario, el nuevo acto resulta menos favorable (por ejemplo, reconocimiento a favor del destinatario de una prestación económica de inferior cantidad a la señalada en el primer acto), el mismo podría tener efecto retroactivo únicamente desde el momento de la anulación del acto anterior, ya que, como los efectos anteriores de éste se mantienen, un efecto retroactivo más amplio perjudicaría al interesado.

Si el primer acto favorable al interesado desapareció con efecto retroactivo, el nuevo acto dictado en sustitución del mismo podría tener efecto retroactivo al momento en que se dictó el primer acto, siempre que le produzca un efecto favorable. Esto ocurrirá tanto si el nuevo acto es más favorable al destinatario que el acto anterior como si es menos favorable al mismo pero también le beneficia. Lo mismo ocurrirá si los dos actos favorables tienen el mismo contenido (26).

(26) La STS de 28-7-86 (A. 6902) versaba sobre un caso en que se habían anulado diversas licencias de autotaxi por vicio formal. Con posterioridad se otorgaron de nuevo las mismas licencias, con el mismo contenido y con carácter retroactivo al momento del otorgamiento de las anteriores. El TS afirma que es posible conferir efecto retroactivo a un acto dictado con el mismo contenido que otro anulado por vicios formales que era favorable a los interesados, pero añade que habrá que tener en cuenta todas las circunstancias, como la confianza de los interesados en la actuación de la Administración, la buena fe, la equidad y la posible existencia de terceros perjudicados.

Por su parte, también la STSJ de Andalucía, sede de Málaga, de 5-9-94 (A. 525) afirmó que en los casos de actos dictados en sustitución de otros anulados no debe efectuarse una interpretación rígida del artículo 57.3 de la Ley 30/92, sino que deben tenerse en cuenta consideraciones de buena fe y equidad. En suma, no pueden darse reglas generales; pensemos que en el caso de las licencias de autotaxi el acto fue anulado a instancias de terceros interesados en dicha anulación; sin embargo, el TS ponderó los distintos intereses protegibles y, teniendo en cuenta el principio de protección de la confianza, entendió posible que tales licencias fueran sustituidas retroactivamente. En este sentido, la STS de 13-12-90 (A. 9783) afirma que la retroactividad del artículo 57.3 no es automática, sobre todo si el acto produce efectos favorables para el interesado y efectos desfavorables para otras personas amparadas en otros actos. Vid. DE LA VALLINA VELARDE, *op. cit.*, pág. 61. En todo caso,

3) El tercer supuesto se dará cuando el primer acto, como pasaba en el supuesto resuelto por la STC 83/01, es un acto desfavorable cuyo contenido consiste en la privación de un bien o derecho del destinatario. Si el acto dictado en sustitución del mismo es menos desfavorable, habrá de nuevo que diferenciar entre los casos en que el acto anterior desapareció con efecto retroactivo o con efecto *ex nunc*. En el primer caso, no sería de ningún modo posible otorgar efecto retroactivo al nuevo acto, ya que ello siempre causaría un perjuicio al interesado. En el segundo caso, sí podría otorgarse efecto retroactivo al nuevo acto menos desfavorable, retroacción que se extenderá desde el momento en que se dictó el primer acto hasta el momento en que cesaron sus efectos.

Si, por el contrario, los dos actos, como pasaba en el caso que nos ocupa, tenían el mismo contenido, si el primero desapareció retroactivamente no sería posible conferir efecto retroactivo al segundo, y si no fue así, tampoco, porque los efectos del primer acto habrían dejado de producirse desde su anulación hasta que se dicte el que lo sustituya.

Por supuesto, todas las posibilidades de otorgamiento de efecto retroactivo a un acto administrativo que acabamos de examinar se hallan subordinadas a que los supuestos de hecho existieran en el momento al que se retrotraigan los efectos del nuevo acto, como hemos visto; aunque la Ley 30/92 no lo diga, se trata de una exigencia lógica.

La STC 106/99, de 16 de junio, antes citada, resuelve un recurso de amparo en relación con un incidente de ejecución de sentencia en el que se conferían al fallo efectos retroactivos que resultaban desfavorables para determinadas personas.

El caso resuelto por esta sentencia, que además parte de que la anulación tiene simplemente efecto *ex nunc*, tuvo su origen en un acuerdo municipal por el que se reconocía a los miembros de la Comisión de Gobierno el derecho a percibir asignaciones fijas. En este caso, el concejal recurrente había solicitado también la devolución de las cantidades percibidas, entre otras cosas. La sentencia estimó el recurso en cuanto a la disconformidad a Derecho del acuerdo y procedió a su anulación, y desestimó los restantes pedimentos de la demanda. El Ayuntamiento dictó un nuevo

este autor; además de aludir a los actos de doble efecto, entiende que en el caso de actos dictados en sustitución de otros anulados nos encontraríamos ante un supuesto de retroactividad por naturaleza; parece, pues, que el autor no diferencia aquí el efecto favorable o desfavorable del acto en cuestión. De cualquier forma, *op. cit.*, págs. 63 y ss., a continuación encuadra el caso en el epígrafe «retroactividad por respeto a la legalidad», y no en el epígrafe «retroactividad por naturaleza». En estos casos de anulación de actos, además, *op. cit.*, pág. 65, el autor diferencia entre retroactividad destructiva —restitución a la situación anterior al momento en que se dictó el acto anulado— y constructiva —sustitución del acto anulado—. Obviamente, el caso que nos ocupa se encuadraría en el segundo grupo. En todo caso, el autor se refiere aquí a los supuestos en que la sentencia obliga a la retroactividad, lo que, desde luego, no era el caso que comentamos.

La STS de 29-1-98 (A. 1694) afirma que si el efecto de la retroacción es favorable existe un verdadero derecho a la retroacción. Y la STS de 28-10-96 (A. 7549) afirma que el efecto retroactivo de un acto favorable dictado en sustitución de otro anulado sólo es viable si en la fecha de la retroacción se daban los supuestos de hecho necesarios.

acuerdo por el que, en ejecución de sentencia, se acordaba anular el acuerdo anterior, pero sin exigir a los afectados la devolución de las cantidades abonadas. El recurrente planteó incidente de ejecución, que tras diversos avatares procesales fue estimado. El Ayuntamiento presentó entonces recurso de amparo, al considerar que se había lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente relativa a la ejecución de las sentencias.

En este caso, el Tribunal Constitucional entendió que se habían alterado los términos del fallo porque en el mismo se desestimaban expresamente las restantes pretensiones del recurrente, incluida la de devolución de las cantidades indebidamente percibidas. Existen en todo caso ciertas diferencias con el supuesto resuelto por la STC 83/01 ya que, en primer lugar, en el incidente de ejecución *no se privaba de efecto al fallo, sino que se iba más allá del mismo*, y, en segundo lugar, del fallo podía deducirse la desestimación de la pretensión de condena a la devolución de esas cantidades (27).

Pensemos, en efecto, que en este caso negar efectos retroactivos al fallo no comportaba la eliminación de su efectividad, en cuanto que como el segundo acuerdo municipal se limitó a ejecutar la sentencia, privando de efectos al acto anulado por la Sala, a partir de ese momento los integrantes de la Comisión de Gobierno dejarían de percibir esas cantidades.

Pero, además, el caso era bien diferente del que nos ocupa, en la medida en que precisamente otorgar efecto retroactivo al fallo habría supuesto obligar a los concejales afectados a la devolución de esas cantidades; mientras que, en el caso resuelto por la STC 83/01, el efecto retroactivo del fallo habría sido favorable a la recurrente (28).

Por todas estas razones, no parece muy lógica la alusión que la STC 83/01 efectúa a la STC 106/99. Concretamente, la STC 83/01 transcribe en parte esa sentencia, en el punto en que la misma afirma que entre la anulación y el efecto *ex tunc* del fallo no hay una relación causal. Y ello porque, con independencia de que también en esa sentencia se aludiera al efecto *ex nunc* de la anulación, en este caso había una explícita petición del concejal recurrente de que se procediera a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas, y el fallo de la sentencia expresamente había desestimado tal pretensión; además de que en este caso el efecto retroactivo habría sido desfavorable para los directamente afectados por el acto.

(27) En este punto en todo caso discrepa el voto particular formulado por GARRIDO FALLA, para quien podía interpretarse que esa desestimación no abarcaba las consecuencias naturales de la anulación del acto. Téngase en cuenta que, para este voto particular, el efecto *ex tunc* no queda circunscrito a los casos de nulidad de pleno derecho. Sin embargo, posiblemente un pronunciamiento de este tenor por parte del Tribunal Constitucional habría en este caso supuesto una interpretación de la legalidad ordinaria ajena al recurso de amparo y, además, sustituir al juez de ejecución en la interpretación del fallo en un caso en que razonablemente cabían varias interpretaciones.

(28) No cabe olvidar, en todo caso, a la persona que había sido nombrada para el puesto que ésta venía ocupando. Aunque esta persona no habría tenido que devolver las diferencias retributivas en la medida en que de hecho había venido desempeñando durante un tiempo el puesto de trabajo, otorgar pleno efecto retroactivo al fallo podría haberla perjudicado a otros efectos, como la consolidación del grado personal.

4. LA RETROACCIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO EN CASO DE ANULACIÓN O DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN POR SENTENCIA

Como hemos visto, en el caso resuelto por la STC 83/01 el TSJ había anulado por falta de motivación el cese de la recurrente. En la fundamentación jurídica, asimismo, el TSJ había aludido a que la misma había sufrido indefensión porque en el expediente no se le había dado trámite de audiencia, pese a lo que dispone el artículo 84 de la Ley 30/92. El fallo estimó el recurso y anuló la resolución «en los términos del fundamento jurídico tercero».

La sentencia no contenía ningún pronunciamiento de condena a la Administración a dictar una nueva resolución. La recurrente no lo había pedido, como era lógico; a ella le interesaba únicamente la desaparición del acto que le perjudicaba. Es verdad que el fundamento tercero alude a la posibilidad de que la Administración dictara una nueva resolución administrativa debidamente motivada, pero sólo «en su caso», es decir, si la Administración lo estimaba conveniente.

El TSJ tampoco, pues, había ordenado a la Administración la retroacción del expediente para que se dictara una nueva resolución. La sentencia aprecia en el acto la existencia de dos defectos formales, uno en el procedimiento —omisión del trámite de audiencia— y otro en la resolución —falta de motivación—. En los autos impugnados en amparo se afirma que el fallo sólo recogió lo relativo a la falta de motivación.

La redacción del fallo así interpretada podía obedecer a varios motivos. Uno de ellos podría haber sido un simple «despiste». Otro podría ser que, al anularse el acto por falta de motivación, ya no sería necesario hacer asimismo alusión a la omisión del trámite de audiencia, ya que ambos conducen a la anulación del acto.

Si el fallo hubiera recogido expresamente la omisión del trámite de audiencia, el mismo eventualmente habría podido además provocar confusión. Esta confusión se produciría como consecuencia de la práctica judicial, criticada por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (29), de condenar a la Administración a retrotraer el expediente en caso de vicio de procedimiento, unida a la doctrina de la prioridad de los pronunciamientos anulatorios por vicios formales. No obstante, debe tenerse en cuenta que en el caso que nos ocupa también la falta de motivación es en realidad un vicio formal, aun cuando el mismo origine la presunción de arbitrariedad del acto y aun cuando el mismo se produzca en el acto mismo y no en el procedimiento.

En suma, si de algo debiera haber servido que el fallo sólo aludiera a la falta de motivación, vicio producido precisamente en el acto final y no en el procedimiento, sería para producir *la anulación de dicho acto final*.

(29) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La doctrina de los vicios de orden público en el contencioso-administrativo: orígenes y evolución*, núm. 55 de esta REVISTA, 1968, págs. 224 y 272; del mismo autor, *Los vicios de orden público y la teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo*, núm. 58 de esta REVISTA, 1969, págs. 51, 73 y 97 ss.

Y, producida la anulación del acto resolutorio, aun cuando ello sea por un vicio formal como es la ausencia de motivación, la consecuencia no puede ser la retroacción del expediente al momento justo anterior a aquel en que se dictó el acto. El fallo ninguna referencia hace a la retroacción del expediente (30) a dicho instante. El fallo se limita a anular la resolución por falta de motivación.

Los autos impugnados en el recurso de amparo entendieron que, como el fallo no recogía referencia alguna a la omisión del trámite de audiencia, era correcto que la Administración se hubiera limitado a dictar sin más una nueva resolución, prescindiendo de dicho trámite. Aunque, desde luego, los autos efectúan una interpretación «auténtica» del fallo, dicha interpretación, a mi juicio, no es desde luego la más ajustada a la LJCA ni a la lógica. El fallo, en efecto, como hemos visto, ningún pronunciamiento contiene acerca de que la Administración dictara una nueva resolución, ya que la recurrente no se lo había pedido. El fallo se limita a anular el acto. El efecto de esa anulación es la desaparición de la resolución impugnada, pero nada más. Si la Administración quería dictar un nuevo acto, debería haber reiniciado la tramitación del expediente, dando audiencia a la interesada. Ese trámite de audiencia era tanto más necesario en cuanto que, durante la tramitación del primer procedimiento, la misma no pudo en modo alguno conocer los motivos de la resolución impugnada. Sin embargo, curiosamente, el auto de 22 de junio de 1998 alude a la economía procesal para justificar la innecesariedad del trámite de audiencia. Cosa que, desde luego, no se entiende en modo alguno; la economía procesal puede fundamentar, porque así lo prevé el artículo 66 de la Ley 30/92, la conservación de actos y trámites en los supuestos de declaración administrativa de nulidad de actuaciones, pero en modo alguno la omisión de un trámite necesario para garantizar los derechos de defensa en el procedimiento administrativo y al que incluso alude el artículo 105 CE (31).

Por las razones apuntadas, el auto de 22-6-98 llevó a cabo una interpretación errónea del fallo, en la medida en que ese auto señaló:

«Sí conllevaba el fallo la necesidad de que la Administración volviera a examinar el expediente y, en caso de existir motivos para ello, procediera a cesar a la recurrente del encargo de funciones, pero con expresión de los motivos que legitimaran tal actuación».

(30) Pronunciamiento éste que, por lo demás, como denunciaba FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *loc. cit.*, hace más de treinta años, no se contenía en la LJCA de 1956, como tampoco se contiene ahora en el artículo 70 de la Ley 29/98.

(31) Es más, el auto añade que la recurrente habría podido atacar la legalidad y acierto de la nueva resolución efectuando las alegaciones y proponiendo las pruebas que estimara pertinentes. Lo que tampoco se entiende: precisamente, el problema estaba en que la Administración autonómica se limitó a dictar la nueva resolución. Y no vale el argumento de que la recurrente debía saber que la misma volvería a dictarse, ya que, por mucho que dijera el ATSJ de 22-6-98, del fallo no se desprendía el deber de la Generalidad de proceder a dictar un nuevo acto; y, además, aunque así fuera, se habría debido comunicar a la recurrente que se estaba tramitando el nuevo procedimiento.

En efecto, no es cierto que de la sentencia se dedujera el deber de que la Administración reexaminara el expediente, sino que la misma aludió únicamente al caso hipotético en que la Generalidad catalana quisiera hacerlo. La sentencia habría estado bien ejecutada si simplemente se hubiera repuesto a la recurrente en el puesto de trabajo que desempeñaba, con todas sus consecuencias.

Lo que es evidente es que la Administración autonómica no estaba en lo cierto cuando decía que la recurrente, en el incidente de ejecución, pretendía obtener la retroacción del expediente al momento anterior al trámite de audiencia. Esto no es verdad. La recurrente quería que el acto se anulara y que, en consecuencia, se le restituyera en el desempeño del puesto de trabajo litigioso. Ningún interés tenía —más bien al contrario— en que se dictara, con audiencia o sin ella, una nueva resolución que sustituyera al acto anulado. Pero si la Administración quiso dictarla, lo lógico habría sido volver a tramitar el expediente.

La Administración autonómica procedió en este supuesto como si se tratara de un caso de subsanación de los defectos de un acto administrativo (32). Pero no era el caso. El acto fue efectivamente anulado por un órgano judicial; órgano judicial que, además, había apreciado la omisión del trámite de audiencia en la fundamentación jurídica de su sentencia.

Desde este punto de vista, es al menos dudoso que la solución dada en los autos impugnados pasara el canon de razonabilidad. Lógicamente, pues, en este punto la corrección de la STC 83/01 dependerá del alcance del control de amparo sobre los autos recaídos en incidentes de ejecución de sentencias, por lo que debemos remitirnos al punto siguiente.

Pero es que, además, si nosotros leemos el fundamento jurídico tercero de la sentencia de 22-11-97, veremos que el mismo también se refiere a la omisión del trámite de audiencia. En efecto, dicho fundamento, al que se remite el fallo, tras aducir la ausencia de motivación, añade:

«Es asimismo significativo que en el expediente administrativo no se dio audiencia a la interesada, de modo que no pudo conocer cuáles fueron los motivos del cese ni antes ni después de la resolución, produciéndole evidente indefensión, lo que nos lleva a estimar el recurso por infracción del artículo 54.1.a) en relación con el artículo 63.2 de la Ley 30/92, de 26-11, con la consiguiente anulación del acto recurrido, a fin de que la Administración, en su caso, dicte una nueva resolución con la suficiente motivación para permitir a la recurrente conocer los motivos de su cese».

Es decir, el fundamento tercero sí alude a la omisión del trámite de audiencia. Lo que pasa es que lo hace de modo incidental, ya que cuando alude al motivo de la estimación del recurso se refiere únicamente al artículo

(32) Sobre esta cuestión, recientemente puede verse G. DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 166 y ss.

54.1.a) de la Ley 30/92, y no a su artículo 84. Lo que puede ser debido a un despiste o bien simplemente a que la Sala entendió suficiente esa primera referencia, como antes hemos visto.

5. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

A) *Consideraciones generales*

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a que el fallo se cumpla, dada la relación entre el artículo 24.1 y el 118 CE. Así lo afirman, por poner algunos ejemplos recientes, la STC 144/00, de 29-5, y también las SSTC 202/98, de 14-10; 240/98, de 15-12; 108/99, de 14-6; 110/99, de la misma fecha, y 170/99, de 27-9. El problema radica en cuáles son los límites de la jurisdicción de amparo en estos supuestos, que vienen dados por la exclusividad jurisdiccional en la ejecución de sentencias a que alude el artículo 117.3 CE.

Cuando el Tribunal Constitucional examina los recursos de amparo, tiene en cuenta si se ha lesionado el contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales invocados, y también su contenido legalmente declarado cuando el derecho es de configuración legal, con ciertos límites. Cuando el derecho invocado es la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional tiene en cuenta, en los casos en que se trata de vicios de procedimiento, la existencia o no de indefensión efectiva, lo que resulta lógico. Cuando el Tribunal Constitucional empezó a entender comprendida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva la reacción contra sentencias mal fundamentadas, dicho Tribunal, lógicamente, afirmó que su jurisdicción en este punto se hallaba limitada. Dicha limitación viene dada porque el amparo no es una supercasación y porque el Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial (33). Si el TC efectuara un control a fondo de la corrección jurídica de la sentencia, estaría invadiendo funciones judiciales. Así se desprende del artículo 123 CE, que señala que el Tribunal Supremo es el órgano judicial superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en relación con las garantías constitucionales. De ahí que la jurisdicción de amparo deba en estos casos limitarse a verificar si la sentencia carece de fundamentación, es decir, si la misma es arbitraria (34).

(33) Problemas importantes han suscitado algunas sentencias del Tribunal Constitucional que anulan sentencias judiciales por apreciación arbitraria de la prueba. Fue en su día especialmente polémica la STC 7/94, de 17-1, sobre la prueba biológica de paternidad.

(34) Vid., sobre el concepto de arbitrariedad, entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Arbitrariedad...*, cit., en su totalidad. Vid. asimismo mi trabajo *La solución justa...*, cit., págs. 253 y ss.

Sobre el específico tema del recurso de amparo contra sentencias cuya motivación es arbitraria, P. GONZÁLEZ SALINAS, *La motivación arbitraria de las sentencias*, «REDA», núm. 82, 1994, págs. 279 y ss.

En el caso del recurso de amparo contra autos dictados en ejecución de sentencias, nos encontramos con ciertas peculiaridades. La primera de las peculiaridades es que existe un referente adicional, la sentencia misma, que puede servir de parámetro al Tribunal Constitucional. La segunda peculiaridad consiste en que el auto lleva a cabo una especie de interpretación auténtica de aquélla; de ahí que parece lógico respetar una cierta «deferencia» a la efectuada por el órgano judicial. Por supuesto, esta interpretación «auténtica» sólo existirá cuando el órgano jurisdiccional que ha dictado la sentencia sea el mismo que tenga la potestad para ejecutarla.

Además, no debe perderse de vista la existencia de un referente normativo que, si bien no va dirigido al Tribunal Constitucional, sí puede ser tenido en cuenta por éste a la hora de delimitar en estos casos los contornos de su jurisdicción. Me refiero a los preceptos de las leyes procesales que regulan las resoluciones recurribles en casación. Entre ellas se encuentran los autos dictados en ejecución de sentencia cuando resuelvan cuestiones no decididas en la misma, ni directa ni indirectamente, o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta, como señala el artículo 87.1.c) de la ley 29/98.

El Tribunal Constitucional ya había tenido oportunidad, antes de su sentencia 83/01, de concretar el alcance de la jurisdicción de amparo frente a autos dictados en ejecución de sentencias. En su doctrina señala que, a estos efectos, debe tenerse en cuenta que si bien lo que se tiene que ejecutar es el fallo, dicho fallo debe interpretarse en el contexto del conjunto de la sentencia, es decir, a la vista de su fundamentación jurídica. Ello cobra especial relevancia en el caso que nos ocupa, donde, como hemos visto, el fallo anulaba el acto impugnado por falta de motivación, cuando en la fundamentación jurídica se aludía también a la omisión del trámite de audiencia (35).

La STC 240/98, de 15-12, afirma que «el alcance de las posibilidades de control, por parte de este Tribunal, del cumplimiento de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado no es ilimitado». Y la STC 83/01, que estamos comentando, señala asimismo que

«la interpretación del sentido del fallo de las resoluciones judiciales es una función estrictamente jurisdiccional, que,

(35) Por lo demás, se suscitaba otra cuestión en relación con la interpretación del fallo. El mismo, como hemos visto, se limitaba a anular el acto impugnado. En el incidente de ejecución, la recurrente pedía también su pleno restablecimiento en sus derechos económicos y administrativos. El auto de 22-6-98 afirmó que reconocer tales derechos iría más allá del fallo, sin perjuicio de que la recurrente ejercitara esos derechos de la forma oportuna —es decir, acudiendo a la vía administrativa—. Pues bien, en la medida en que la Sala interpreta que la anulación tiene efectos *ex nunc*, la solución dada en este punto por el auto es plausible por lo que respecta al período comprendido entre el cese y la sentencia. Otra cosa es lo referente a los efectos económicos y administrativos de la anulación del cese a partir de la misma, ya que, indudablemente, aun cuando el fallo fue sólo anulatorio, en esa anulación iba implícita la reposición de la recurrente en la situación jurídica correspondiente.

como tal, corresponde en exclusiva a los órganos judiciales. Por esta razón el control que este Tribunal puede ejercer sobre el modo en que los jueces y tribunales ejercen esta potestad se limita a comprobar si estas decisiones se adoptan de forma razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se ejecuta. De ahí que sólo en los casos en los que estas decisiones sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables... o incurran en error patente, podrán considerarse lesivas del derecho que consagra el artículo 24.1 CE» (36).

La sentencia añade así que

«en el recurso de amparo, por tanto, no puede debatirse de nuevo sobre el contenido de la sentencia que se ejecuta ni sobre la interpretación y consecuencias de su fallo, pues es ésta una tarea de exclusiva competencia de los órganos jurisdiccionales. Nuestro control es sólo de tipo negativo y se ciñe al examen de la razonabilidad de la interpretación que los titulares de la potestad de ejecución realicen en el marco de la legalidad ordinaria. Se trata, por consiguiente, de garantizar que, en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, los Jueces y Tribunales no lleven a cabo interpretaciones de los fallos que, por alterarlos o apartarse de ellos, incurran en arbitrariedad, incongruencia, irrazonabilidad o error».

Para ello, la sentencia, siguiendo la doctrina ya sentada en la STC 240/98, afirma que no sólo debe tenerse en cuenta, como es lógico, la literalidad del fallo, sino que el fallo debe interpretarse de acuerdo con la fundamentación jurídica de la sentencia y con las pretensiones del recurrente, es decir, dentro de su propio contexto. Así, la STC 240/98 señala que

«la función jurisdiccional de decir el Derecho, presupuesto necesario de la ejecución, no permite una consideración aislada de cada uno de dichos momentos y actos procesales, sino que requiere una valoración unitaria o global, pues ésta es la que permite extraer, con mayor grado de certeza, el genuino alcance y significación de las determinaciones del órgano jurisdiccional y de los efectos jurídicos, de naturaleza formal o material, que deben producir aquéllas».

El control de amparo debe así en estos casos eliminar las resoluciones judiciales incurtidas en arbitrariedad. Debemos plantear si todo apartamiento o alteración del fallo incurre en ese defecto. Indudablemente, la respuesta es positiva; pero el Tribunal Constitucional parte de la base de que son

(36) La sentencia cita en este sentido las SSTC 87/96, de 21-5; 163/98, de 14-7; 202/98, de 14-10; 240/98, de 15-12, y 106/99, de 14-6.

los órganos judiciales los en principio llamados a interpretar el sentido del fallo. Con este planteamiento, en realidad no toda alteración o apartamiento del fallo dará lugar a la estimación del amparo, sino sólo los que el Tribunal Constitucional aprecie como tales por implicar una interpretación insostenible y carente de fundamento (es decir, arbitraria) de aquél.

B) *La proyección del derecho a la ejecución de los fallos judiciales en la STC 83/01*

La cuestión radica en si, dentro de ese concepto de interpretación arbitraria del fallo, deben comprenderse todas aquellas que de hecho lo dejen sin ningún tipo de efectividad, vacío de sentido y de contenido, como es el caso resuelto por la STC 83/01. En suma, las sentencias sirven para algo, y si se dicta un fallo en un determinado sentido será para que el mismo produzca efectos jurídicos. El Tribunal Constitucional, sin embargo, no aprecia la existencia de arbitrariedad en los autos impugnados. La razón es la siguiente: de hecho, los mismos tenían una cierta fundamentación jurídica que, aunque sea discutible, no resultaba extravagante ni caprichosa. No había, pues, correspondencia con el concepto de arbitrariedad acuñado en el Diccionario de la RAE ni en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

A esta conclusión se podría llegar a la vista del fallo interpretado a la luz de la fundamentación jurídica de la sentencia. La interpretación realizada por los autos impugnados, desde luego, era discutible, pero podía sostenerse desde esa perspectiva. Otra cosa, sin embargo, puede decirse si el fallo se interpreta asimismo en relación a las pretensiones de la recurrente. Me refiero en concreto a la cuestión de la retroacción de actuaciones sin haber dado a la misma trámite de audiencia. Como hemos visto, lo que la recurrente pretendía, sin más, era la anulación del acto. Esto era lo que realmente respondía a su interés, y lo que el fallo de la sentencia recogió. El fallo de la sentencia no recoge pronunciamiento alguno de retroacción de actuaciones, entre otras cosas porque esto no se lo había pedido la recurrente, en cuanto que a ésta no le interesaba que se dictara una nueva resolución. Y, además, como hemos visto, tanto la recurrente como la sentencia —en su fundamento tercero— recogen la omisión del trámite de audiencia como vicio invalidante de la resolución administrativa impugnada, como también se pone de relieve en el voto particular formulado a la sentencia. En este punto, pues, a mi juicio, dudosamente se puede decir que la interpretación del fallo se ajustara a las pretensiones de la recurrente (37).

Desde esta perspectiva, a mi juicio, no acaba de entenderse el fundamento jurídico quinto de la STC 83/01, que, entre otras cosas, afirma:

(37) En cuanto a la fundamentación jurídica de la sentencia y su relación con el fallo, ya hemos visto que el fundamento tercero, aunque aludía a la omisión del trámite de audiencia, no lo considera como el motivo directamente determinante del fallo anulatorio.

«El hecho de considerar, como hizo la Sala, que el trámite de audiencia no derivaba del fallo y que la motivación era suficiente implica en buena medida efectuar consideraciones de legalidad ordinaria en las que no puede este Tribunal entrar, dado que no es juez de la ejecución, sino garante de que en ella se respete una mínima coherencia con el fallo...» (38).

En efecto, la cuestión nada tenía que ver con la legalidad ordinaria, sino que se trataba de si esa interpretación del fallo era o no coherente con el mismo. En cuanto a la suficiencia o no de la motivación, esto sí parece en principio una cuestión de legalidad ordinaria, pero indudablemente adquiere trascendencia constitucional, en casos como éste, cuando dicha motivación es tan etérea que se revela como puramente formal, de modo que la misma no sirve en absoluto a la función que debe cumplir, y que no es otra que dar a conocer a los afectados las razones que fundamentaban el acto administrativo. El voto particular formulado a la sentencia 83/01 se decanta precisamente en este sentido.

A este respecto, la sentencia, en su fundamento jurídico sexto, señala:

«Del mismo modo, tampoco es ilógico ni irrazonable entender adecuadamente motivado el acto de cese acordado en ejecución de la sentencia, pues la resolución que lo decretó puso de manifiesto las razones que condujeron a la Administración a revocar la situación de encargo de funciones. Y ello, al margen de cualquier juicio de legalidad ordinaria que es ajeno a esta jurisdicción constitucional, pues

(38) La sentencia añade: «No es arbitrario entender, en efecto, que el motivo de anulación acogido fue sólo la falta de motivación ... y no la omisión del trámite de audiencia, que, como hemos visto, era una alegación impugnatoria independiente y que, sin embargo, no tuvo reflejo en el fallo». Es verdad que del fundamento tercero de la sentencia parece desprenderse, como hemos visto, que el motivo determinante de la estimación del recurso fue la falta de motivación, y no la omisión del trámite de audiencia. Pero, en realidad, lo primero condujo a la anulación del acto administrativo, y no a la retroacción de actuaciones, que la recurrente no había pedido (por lógica) ni el fallo le otorgó. Pero, además, con independencia de cuál fuera el motivo impugnatorio por el que se estimó el recurso, la pretensión era única, que el acto se declarara contrario al Ordenamiento y se procediera a su anulación.

Entender, por otra parte, como hace la sentencia, que «no es irrazonable pensar que la referencia a la omisión del trámite de audiencia y a la indefensión quedaban de alguna manera subsumidas en la falta de motivación» supone aceptar una supuesta confusión, en los autos impugnados, de dos instituciones que tienen una finalidad diferente: una, garantía dentro del procedimiento administrativo, y otra, garantía precontenciosa una vez ese procedimiento ha finalizado. No obstante, aquí sí se podría pensar que estamos ante una cuestión de interpretación de la legalidad ordinaria. En todo caso, en el voto particular formulado a la STC 83/01 se afirma que en ningún momento podía pensarse que una motivación tan genérica e insuficiente pudiera «subsanan» la omisión del trámite de audiencia.

Por otra parte, el TC añade que como la recurrente vinculaba la omisión del trámite de audiencia a un vicio de nulidad, y la sentencia sólo apreció un vicio de anulabilidad, tampoco era irrazonable interpretar que la alegación referente al trámite de audiencia había sido rechazada. Esto no es cierto. El fundamento tercero de la sentencia de 22-11-97 alude claramente al vicio consistente en la omisión del trámite de audiencia, aun cuando no lo considere determinante del fallo. Otra cosa es que se rechace implícitamente que esa omisión comporte la nulidad radical.

“este razonamiento —con independencia de su corrección desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, cuestión sobre la que no nos corresponde pronunciarnos— no puede ser considerado a simple vista y sin mayor esfuerzo intelectual y argumental (STC 214/99, de 29-11, FJ 4) como manifiestamente irrazonable” (STC 144/00, de 29-5, FJ 6)».

Pues bien, que sean los Tribunales ordinarios quienes, en su función de interpretación de la legalidad, determinen cuál es el alcance necesario de la motivación de un acto administrativo parece indiscutible. Pero cuando estamos precisamente ante un fallo judicial anulatorio de un acto por falta de motivación, y se procede a la reproducción del mismo acto con una motivación puramente formal o ficticia, que no cumple su función como tal motivación, entonces se pone en tela de juicio el derecho a la ejecución del fallo. Porque una mera alusión genérica a un informe al que no tuvo acceso la interesada o a las necesidades del servicio, sin concretar en qué consistían estas últimas, simplemente no se puede considerar como motivación. Dicho en otros términos, si el control de fondo de las sentencias a través del recurso de amparo por el Tribunal Constitucional sólo puede abarcar aquellas que son absurdas, incongruentes o arbitrarias, la interpretación que los autos impugnados efectuaron de la sentencia de 22-11-97 claramente se podía calificar de ese modo. Esos autos redujeron al absurdo el sentido del fallo, por lo que a la falta de motivación respecta. A primera vista, y sin necesidad de mayor esfuerzo argumental, parafraseando la sentencia 83/01, el nuevo cese lo transgredió frontalmente.

Así, en el voto particular se señala con acierto que las genéricas invocaciones a la potestad de autoorganización no sirven como motivación ni, por supuesto, son suficientes para servir de fundamento material a un acto administrativo.

Ahora bien, aun aceptando que la interpretación del fallo realizada por los autos impugnados no fuera arbitraria, podemos preguntarnos si además la misma era racional y razonable. Creo que no hay correspondencia exacta entre estos dos conceptos, ni entre éstos y el de arbitrariedad (39). A mi juicio, aunque existan razones para que los autos entendieran bien ejecutada la sentencia, estas razones eran, dadas las circunstancias del caso, absolutamente insuficientes, habida cuenta que su aplicación al supuesto de hecho provocó de hecho la privación de efectividad al fallo. El Tribunal Constitucional no debe, desde luego, fiscalizar el ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo con el canon de razonabilidad, tal como yo interpreto este último al menos, pero sí debe rechazar las decisiones que, aun teniendo cierta fundamentación, ésta adolezca de radical y manifiesta insuficiencia en el caso concreto (40).

(39) Vid. mi trabajo *La solución justa...*, cit., págs. 37 y ss.

(40) En todo caso, creo que existen razones para sostener un concepto de arbitrariedad más amplio que el que habitualmente se sustenta, de forma que dicha noción debería abarcar asimismo los casos en que la fundamentación de un acto sea insuficiente (vid. mi trabajo citado, pág. 258).

De hecho, el fundamento jurídico octavo de la STC 83/01 afirma que la interpretación del fallo seguida por los autos impugnados no produjo privar al mismo de su efectividad, en la medida en que la Administración autonómica dio a conocer a la recurrente los motivos de su cese en la nueva resolución. Puede que esto signifique que, para el Tribunal Constitucional, será *per se* insostenible toda interpretación de los fallos judiciales que los deje vacíos de contenido; y de ahí que se esfuerce en argumentar que ello no ocurrió así en el caso concreto. Sin embargo, como hemos visto, la simple alusión genérica e inconcreta a las necesidades del servicio no resulta en absoluto suficiente para conocer las razones del cese, que es la función de la motivación (41).

Pensemos que otras sentencias del Tribunal Constitucional citadas por la que nos ocupa resolvían supuestos bien distintos. Tal es el caso, por ejemplo, de la STC 144/00. Esta sentencia, si bien asimismo desestimó el recurso de amparo, trataba de un caso bien diferente, en la medida en que se apreció que el interés de la recurrente quedaba plenamente satisfecho con la forma de ejecutarse el fallo, cosa que ni por asomo ocurre en el supuesto de la STC 83/01 (42). Y, en el caso de la STC 202/98, no se dejó tampoco sin contenido la resolución judicial; simplemente, el demandado y condenado en vía judicial laboral discrepaba de la interpretación del fallo realizada por los autos impugnados, interpretación en la que el TC no aprecia error patente.

En la STC 240/98, tan reiteradamente citada por la que nos ocupa, el TC acaba estimando el recurso de amparo, al entender que la imputación

(41) La sentencia, en todo caso, y como hemos visto, también hace hincapié en que la recurrente en ningún momento solicitó la suspensión del acto impugnado. Asimismo, añade que tampoco solicitó el restablecimiento de su situación económica y profesional en caso de estimarse el recurso, ni la eliminación de las consecuencias del acto impugnado. Esto último no es cierto. La recurrente solicitaba la declaración de nulidad absoluta de dicho acto y ello llevaba, lógicamente, consigo la eliminación de las consecuencias de éste.

Entiende así el TC, partiendo de estas premisas, que en realidad la recurrente estaba denunciando que los autos de ejecución incurrieran en incongruencia omisiva, cuando esto, ciertamente, corresponde a la fase de declaración, no a la de ejecución (en el mismo sentido, STC 119/88). A pesar de ello, no parece que lo denunciado por aquélla fuera equiparable al vicio de incongruencia omisiva, porque lo que alegaba la recurrente es que el fallo había quedado sin contenido, lo que es distinto.

Por último, la sentencia alude también a la posibilidad de solicitar en este caso la responsabilidad patrimonial de la Administración. Pero aunque ésta pueda ser una solución, no es la más lógica, habida cuenta de lo que dispone el artículo 103.4 LJCA.

(42) En efecto, la STC 144/00 resuelve un recurso de amparo presentado contra un auto de ejecución de una sentencia estimatoria de un recurso contra una convocatoria de una plaza de Profesor Titular de Universidad. La sentencia había declarado nulo el acto impugnado y los posteriores, y condenó a la Administración a efectuar una nueva convocatoria. La Universidad procedió a esto último, pero no cesó a quien había obtenido la plaza en la convocatoria anterior, entre otras cosas porque esta persona había pasado a depender de otra Universidad. El TC entiende que el interés de la recurrente quedaba satisfecho con la celebración de la nueva convocatoria, y que si la misma había exigido la anulación de la anterior se debía a que, en aquel momento, no existía otra vía de hacer valer esa pretensión; además de que había de tenerse en cuenta que el codemandado ya no prestaba servicios en esa Universidad.

En todo caso, podría cuestionarse la afirmación de que la recurrente no tenía interés en el cese del codemandado a efectos, por ejemplo, de antigüedad en el Cuerpo.

al complemento de productividad percibido por el recurrente de las indemnizaciones por servicios realizados fuera de su jornada contravenía frontalmente los términos del fallo; dicho con otras palabras, la desestimación del amparo habría dejado sin contenido al mismo (43). También es estimatoria la STC 163/98, en un caso donde asimismo los autos impugnados habían dejado el fallo sin efectividad real. En esta ocasión, el TC señala que la remisión que dichos autos efectuaban a un eventual proceso declarativo ulterior era insuficiente, ya que la parte tiene derecho a la ejecución de las sentencias (44). Ello contrasta abiertamente con la referencia que la STC 83/01 efectúa a la posibilidad de que la demandante en amparo solicitara la responsabilidad patrimonial de la Administración. Y la STC 110/99, también estimatoria, aprecia que el auto de ejecución se había extralimitado respecto de lo que permitía expresamente la Ley de Procedimiento Laboral; en el caso de la STC 106/99, la estimación del amparo se dio por extralimitación respecto del alcance del fallo.

También la STC 170/99 estima el recurso de amparo por entender que el fallo había quedado vacío de contenido (45). Mucho más interesante para nosotros es la STC 167/87, de 28-10, también recaída en relación con una ejecución de sentencia referente a la provisión de puestos de trabajo de funcionarios públicos. En este caso, la Administración procedió a nombrar al recurrente para el puesto elegido por éste en primer lugar en los términos de la sentencia de instancia —jefe de la Oficina de Turismo en San Francisco—, pero previamente le advirtió que, en caso de optar por el mismo, la Oficina sería suprimida y el recurrente enviado a Ginebra o Bruselas. Al poco tiempo se creó un nuevo puesto de trabajo que prácticamente absorbía las funciones del recurrente y, a los seis meses de la toma de posesión, la Oficina fue suprimida y el recurrente reenviado a Madrid. El

(43) Como afirmaba en este caso el Ministerio Fiscal, la interpretación de los autos impugnados no comportaba incremento alguno en las retribuciones, sino sólo una reordenación de éstas.

(44) Se trataba de un caso de condena de futuro en un proceso laboral de reclamación de diferencias salariales. El TC señala que la necesidad de efectuar operaciones materiales de liquidación no debe implicar dejar inejecutada la sentencia de condena.

(45) En este caso, se trataba de un proceso laboral en relación con un contrato de alta dirección una de cuyas cláusulas había incumplido la empresa, y referida a la financiación de un préstamo para la compra de vivienda. La cláusula se formulaba con un contenido alternativo, pero el incumplimiento de la empresa obligó al trabajador a cancelar el préstamo. La empresa entonces se acogió a la opción de pago del crédito a la entidad bancaria y no al pago directo de una cantidad al recurrente; al haber sido el préstamo cancelado, esa opción, aceptada por el juez de ejecución, suponía una burla al pronunciamiento estimatorio de la sentencia.

Más problemática puede ser la STC 87/96, asimismo referente a un proceso laboral. En este caso, las afectadas habían obtenido una sentencia estimatoria contra un acuerdo empresarial de modificación de su jornada laboral. Solicitada la ejecución provisional, ésta les fue concedida, pero la empresa volvió a modificarles la jornada al amparo del artículo 41.3 ET. El amparo finalmente es desestimado, pero hay que tener en cuenta, en primer lugar, que dicha modificación posterior fue anulada por una nueva sentencia y, en segundo lugar, que el órgano judicial apreció que el fallo se había cumplido debidamente porque en el ínterin se había producido una modificación legislativa en la que pretendió basarse la nueva decisión empresarial; parece, pues, que en este caso nos encontrábamos en principio con una interpretación de la legalidad ordinaria ajena al recurso de amparo.

órgano judicial competente dio por bien ejecutada la sentencia, ya que de hecho se había nombrado al recurrente para el puesto de trabajo y éste lo desempeñó durante cierto tiempo. Pues bien, aunque la Administración también en este caso alegaba sus genéricas potestades de autoorganización y, asimismo, que las situaciones funcionariales no pueden quedar congeladas por los fallos judiciales, finalmente el recurso de amparo fue estimado. Aunque en este caso había una desviación de poder clarísima, que no se aprecia a simple vista en el caso que nos ocupa, también aquí la Administración genéricamente invoca sus potestades de autoorganización para privar de efectos prácticos a un fallo judicial. Y eso que en este caso, al menos, el recurrente había disfrutado de su puesto de trabajo durante seis meses.

En suma, ninguna de las sentencias citadas por la que es objeto de este comentario, sea su sentido estimatorio o desestimatorio, permite de hecho que un fallo judicial quede privado de sentido.

6. CONCLUSIONES

En un caso como el que nos ocupa hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la Administración posee un amplio margen de apreciación para proceder al cese en un puesto de trabajo ocupado de forma provisional. Esto ocurre tanto en la legislación catalana de función pública como en el Real Decreto 364/95, de 10-3, cuando regula la comisión de servicios de los funcionarios estatales. Significa esto que seguramente habría habido motivos para entender el cese como bien fundamentado en cuanto al fondo.

Pero precisamente se ha dicho que la motivación es la servidumbre de la discrecionalidad administrativa (46). Cuando mayor es el margen de apreciación de la Administración, más necesario se hace el cumplimiento correcto del deber de motivar. Si simplemente nos hubiéramos encontrado con un acto restrictivo de derechos o intereses legítimos, pero reglado en la relación entre sus motivos y su contenido por la normativa aplicable, el caso habría sido bien diferente; en este supuesto, incluso entiendo que el TSJ podría haber desestimado el recurso si hubiera podido conocer los verdaderos motivos de la decisión y ésta hubiera sido correcta en cuanto al fondo.

Por el contrario, ante decisiones administrativas donde existe un amplio margen de apreciación, no puede ser suficiente para confirmar el acto administrativo el juicio hipotético que pueda formularse por la Sala sobre los posibles motivos que lo habrían podido fundamentar, precisamente porque esos motivos pueden ser muchos y muy variados. De esto era consciente el TSJ de Cataluña y, por eso, procedió a anular el acto administrativo impugnado. Pero la Sala no tuvo en cuenta que, en estos supuestos precisamente, la motivación nunca puede ser puramente formal, ya que ello

(46) Así, R. DE VICENTE DOMINGO, *Las alteraciones del planeamiento urbanístico. El control judicial de la ordenación del suelo*, La Ley, Madrid, 1994, pág. 219.

impide conocer los verdaderos motivos de la decisión. Desde este punto de vista, como señala el voto particular formulado a la sentencia 83/01, la nueva resolución no se hallaba correctamente motivada, por lo que la sentencia del TSJ estaba mal ejecutada y, en tal sentido, debería haberse estimado tanto el incidente de ejecución como el recurso de amparo.

Por lo que respecta al efecto retroactivo conferido a la decisión adoptada por la Generalidad de Cataluña en el incidente de ejecución, parece que en principio se trata de una materia ajena al contenido del recurso de amparo por lesión de la tutela judicial efectiva. En efecto, dado que el amparo no es una casación, el TC no puede verificar la absoluta corrección material de las resoluciones judiciales con base en el artículo 24.1 CE. Y, ciertamente, los autos impugnados en este punto aportaban una fundamentación que, se comparta o no se comparta, no es descabellada desde el punto de vista jurídico. Pero también es verdad que, de hecho, la interpretación efectuada por los autos convirtió la estimación de la demanda contra el acto administrativo impugnado en una victoria pírrica, y el contenido del fallo en agua de borrajas.

A ello se puede añadir lo siguiente: es verdad que el artículo 24.1 CE no permite al TC verificar la corrección material de una sentencia salvo que su fundamentación se revele manifiestamente arbitraria o absurda. Pero habría que plantearse si esta limitación en el control de amparo por lesión de la tutela judicial efectiva es aplicable tal cual a los casos en que lo que se impugna es un auto de ejecución de una sentencia previa. Porque en este supuesto existe un nuevo referente aportado por el órgano jurisdiccional. El problema es que, en este caso, el fallo de la sentencia no precisó adecuadamente su alcance, por lo que el TC se consideró obligado a respetar la interpretación que del mismo efectuó la Sala que había emitido dicho fallo, a pesar de que, como hemos visto, a mi juicio, la misma no superaba el test de racionalidad.

Por último, en relación en general con el efecto retroactivo de los actos dictados en sustitución de otros convendría modificar la Ley 30/92, a fin de precisar las diferencias entre los casos en que el nuevo acto tiene el mismo contenido que el que desapareció o bien un contenido distinto, así como entre los casos en que la retroacción es favorable o desfavorable para el interesado.