LOS ÁNGULOS MUERTOS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA[1]

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ
Universidad Complutense de Madrid

Cómo citar/Citation
Fernández, Tomás Ramón (2026).
Los ángulos muertos de la justicia administrativa.
Revista de Administración Pública, 230, 145-168.
doi:https://doi.org/10.18042/cepc/rap.230.05

Resumen

Incluye un estudio de los ángulos muertos de la justicia administrativa, es decir, de aquellos lugares a los que la justicia no consigue llegar, y de su necesaria y urgente eliminación poniendo como ejemplo tres casos concretos especialmente relevantes: el del coronel Pérez de los Cobos, el de la magistrada Alonso Saura y el del fiscal Esteban Rincón.

Palabras clave

Ángulos muertos; justicia administrativa.

[1] Este trabajo ha sido elaborado expresamente para el Libro jubilar del Profesor Edorta Cobreros Mendazona.

Abstract

A study of the dead angles of the judicial review, that is, the planes the Courts canot cover and its necessary and urgent elimination with three relevants cases: the Colonel Pérez de los Cobos, the Judge Alonso Saura and the Attorney Esteban Rincón.

Keywords

Dead angles; judicial review.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL ESCANDALOSO CASO DEL CORONEL PÉREZ DE LOS COBOS. III. EL CASO DE LA MAGISTRADA PILAR ALONSO SAURA. IV. EL CASO DEL AFORTUNADO FISCAL EDUARDO ESTEBAN RINCÓN. V. LOS ÁNGULOS MUERTOS A LOS QUE LA JUSTICIA NO CONSIGUE LLEGAR Y SU NECESARIA Y URGENTE ELIMINACIÓN: 1. La retroacción de las actuaciones, un pronunciamiento que la ley no autoriza y que carece de toda justificación. 2. La repetición del acto anulado por sentencia firme: ¿incidente de ejecución o interposición de un nuevo recurso? 3. El argumento tópico de la imposibilidad de que los jueces sustituyan a la Administración.

I. INTRODUCCIÓN

El año pasado, concretamente el 6 de mayo de 2025, la editorial Lefebvre publicó un volumen colectivo, coordinado por Manuel Aragón, con el título *Los ángulos muertos del Estado de Derecho*, cuyo objetivo declarado era señalar «las posibles deficiencias o ángulos muertos de su funcionamiento con el fin de intentar subsanarlos», según se indicaba en las palabras de presentación del citado profesor[2].

Me he tomado la libertad de utilizar ese mismo título, pero en una acepción más restringida, más ajustada, sin embargo, en mi opinión, al sentido militar originario de la expresión, para poner el foco en aquellos espacios, en aquellos ámbitos, a los que, por una razón u otra, la jurisdicción contencioso-administrativa no llega, es decir, no consigue su misión de hacer justicia, en ese, ciertamente difícil, ámbito de las relaciones entre gobernantes y gobernados.

Ese era el terreno propio de los actos políticos, que la benemérita Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 redujo de forma notable y que

la Ley vigente de 13 de julio de 1998 ha concluido por eliminar prácticamente[3]. La casi total eliminación de esta vieja figura no ha terminado, ni mucho menos, con las inmunidades del poder, que se resiste a ceder, siguiendo su naturaleza, ante el derecho, a pesar de la categórica prohibición de arbitrariedad que formula enérgicamente el art. 9.3 de la Constitución.

Cuando el poder se muestra en toda su crudeza los ángulos muertos del sistema, esto es, aquellos espacios a los que la justicia no llega y en los que el poder, en consecuencia, reina, se hacen más visibles y terminan con la ingenua ilusión de que eso era cosa del pasado. Cuando eso ocurre, los viejos mitos, que creíamos haber arrinconado en el desván de los recuerdos, se agigantan y vuelven a alzarse ante nosotros para cerrarnos el paso de nuevo, para impedirnos el acceso a esa justicia efectiva y plena a la que, según proclama el art. 24 de la Constitución, todos tenemos derecho. El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa reaparece así y con él toda la carga tópica que arrastra, incluida, muy en primer término, la abusiva comprensión de la prohibición dirigida a los tribunales de sustituir a la Administración y las dificultades tradicionales de ejecutar las sentencias que van más allá de la mera anulación de los actos administrativos e, incluso, de las meramente anulatorias, que se quedan sencillamente en nada cuando el acto anulado se reproduce dejando inerme al litigante vencedor.

La ominosa advertencia de Hauriou vuelve así a primer plano y un siglo después de pronunciada nos encontramos otra vez, cuando menos lo esperábamos, con que se hace un proceso a un cadáver, que, además, en muchos casos resucita.

¿Exagero? En absoluto, como pondrán de manifiesto los casos que voy a recordar, todos ellos bien recientes, lo que sin duda facilitará la comprensión del problema de fondo que plantean.

II. EL ESCANDALOSO CASO DEL CORONEL PÉREZ DE LOS COBOS

El primero de ellos y el más escandaloso sin duda es el del coronel Pérez de los Cobos, al que por el grave pecado de cumplir rigurosamente la ley el ministro del Interior, que fue un día juez aunque, al parecer, se ha olvidado de ello totalmente, cesó primero en su cargo de jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid y, con la colaboración de la ministra de Defensa, dada la doble dependencia del Instituto armado, le negó repetidamente después el ascenso a general con inusual saña porque, a pesar de las seis sentencias del Tribunal Supremo que le han dado la razón, ha seguido negándole el ascenso hasta su pase a la reserva, situación en la que su merecido ascenso será ya imposible.

El viacrucis del coronel Pérez de los Cobos comenzó, como he dicho, con su cese en el cargo de jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid

[3] Véase Eduardo García de Enterría y Tomás R. Fernández (2024), *Curso de Derecho Administrativo,* vol. I, 21ª ed., Madrid: Civitas (págs. 646 y ss.).

acordado por el secretario de Seguridad del Estado el 24 de mayo de 2020 y ratificado en alzada por el ministro del Interior «por pérdida de confianza por no informar del desarrollo de las investigaciones y actuaciones de la Guardia Civil en el marco operativo y de Policía Judicial con fines de conocimiento». El coronel cesado recurrió su cese y obtuvo una sentencia favorable del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 8, que fue, sin embargo, revocada en apelación por la Audiencia Nacional, lo que le obligó a recurrir en casación al Tribunal Supremo, cuya Sala 3.ª dictó sentencia el 29 de marzo de 2023 (ponente: J. L. Requero), estimando finalmente su recurso y anulando en consecuencia su cese en la Jefatura de la Comandancia.

Es obvio que el coronel recurrente no podía dar la información que las autoridades del Ministerio del Interior le requirieron porque actuaba en calidad de policía judicial y la magistrada que dirigía la instrucción le había ordenado absoluta reserva sobre esas investigaciones, que importaban mucho, sin duda, al ministro del Interior y a su equipo porque implicaban, entre otros, al delegado del Gobierno de Madrid. Como no les informó en estricto cumplimiento de la ley, acordaron su cese inmediato sin más explicaciones, so pretexto de que el cargo que ostentaba era de libre designación.

Pues bien, la sentencia rechaza este planteamiento, expresión típica y tópica del «porque sí» o «porque yo lo digo» característico de la arbitrariedad que la Constitución prohíbe y con un razonamiento extraordinariamente riguroso distingue, primero, entre la libre designación para cargos eventuales y la cobertura de puestos de libre designación entre funcionarios de carrera. En el primer caso basta —dice— la mera confianza personal; en el segundo, la confianza que se requiere es la que resulta de un juicio de idoneidad del candidato, esto es, de su capacidad para hacer frente a las responsabilidades propias del cargo, una confianza profesional, por lo tanto.

De ahí deduce con acierto el juzgador que en un caso como este no basta con una motivación meramente formal del cese, sino que es exigible que «esa motivación no sea vaga, imprecisa o rituaria, a base de expresiones opacas, estandarizadas, sino que dé razón de por qué la confianza profesional que motivó el nombramiento ha decaído y por qué ya no se reúnen las condiciones para desempeñar un destino atendiendo a sus requerimientos».

> En ese juicio de idoneidad sobrevenida para el desempeño del puesto por pérdida de confianza habrá —dice la Sentencia— un núcleo de libre apreciación que no corresponde al juez sustituir… pero esto no quita para plantearse si son ciertos los hechos en que se fundamenta la pérdida sobrevenida de la idoneidad», lo que la lleva a concluir que «la causa invocada es ajena a una inidoneidad sobrevenida para el cargo, como lo prueba que la iniciativa de cese no procediera de los mandos y no responda a una valoración negativa de la profesionalidad e idoneidad del recurrente.

El coronel Pérez de los Cobos recuperó la Jefatura de la Comandancia de Madrid, pero la suya fue lamentablemente una victoria pírrica porque su atrevi-

miento terminó costándole, ni más ni menos, que el acceso al generalato, que se le ha negado desde entonces reiteradamente contra toda razón. Así lo reconocieron tres sentencias del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2023 (ponentes: L. M.ª Díez Picazo, A. J. Fonseca Herrero y J. L. Requero), que estimaron los recursos por él interpuestos contra tres reales decretos que nombraron generales a otros tantos coroneles que habían sido calificados por detrás de él, gracias a un cambio introducido *ad hoc* en el procedimiento y a la omisión en este del informe de la directora general de la Guardia Civil previo a la elevación de la propuesta a la ministra de Defensa.

Las tres sentencias citadas, todas ellas deliberadas en la misma sesión y por ello idénticas, anularon los reales decretos impugnados y ordenaron retrotraer las actuaciones al momento anterior a la emisión del informe omitido «para que se actúe conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho sexto, 4 de esta Sentencia», esto es, para que:

> […] el Director General de la Guardia Civil, conforme al artículo 67.2 de la LRPGC (Ley 29/2014, de 29 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil), emita su «propio informe» en el que valore la evaluación realizada por el Consejo Superior de la Guardia Civil sobre la idoneidad de quienes vayan a ascender, el orden de prelación y el procedimiento seguido, y a su vez para que el Ministerio de Defensa, oído el Ministerio del Interior, sea quien haga una propuesta de ascenso al Consejo de Ministros en la que valore la prelación e idoneidad para el desempeño del destino vacante de General de Brigada en las que se concretó el ascenso impugnado en cuanto a los evaluados y, en especial, respecto del demandante.

Las sentencias citadas dejaron, pues, absolutamente claro qué era lo que el Ministerio del Interior tenía que hacer para reconstruir con arreglo a derecho los expedientes anulados, pero este no lo hizo y como, según parece, las autoridades del mismo piensan que el poder es, justamente, para eso, es decir, para imponer por encima de todo su propia voluntad, otros tres reales decretos, dictados —dice— en cumplimiento de las referidas sentencias, volvieron a reproducir los nombramientos anulados.

Los tres fueron impugnados por el coronel Pérez de los Cobos, que en los correspondientes recursos solicitó no solo la anulación de los nombramientos acordados por los reales decretos del Gobierno, sino también que se le promoviera a él al empleo de general de brigada del Cuerpo de la Guardia Civil «por existir vacante» en el mismo.

La primera de dichas pretensiones fue acogida por tres sentencias de 2 y 8 de julio de 2024 (las tres iguales, ya que los recursos fueron deliberados conjuntamente, según indican), tras constatar que:

> […] la Administración ha vuelto a incurrir en los mismos defectos que apreciaron en su actuación nuestras Sentencias… de 25 de septiembre. Es decir, no ha

> explicado debidamente por qué se modificó el procedimiento seguido por el Consejo Superior de la Guardia Civil y no ha justificado de manera coherente la preferencia que manifiesta por el Coronel ascendido sobre el recurrente (fundamento de derecho cuarto).

Hubo, en efecto, tanto en la primera tanda de nombramientos como en esta segunda, un cambio en el procedimiento, cuya razón nunca fue explicada, a pesar de que, a resultas del mismo, el coronel Pérez de los Cobos, que había sido clasificado en primer lugar con anterioridad a ese cambio, pasó a ocupar el tercer lugar. «Hemos de entender no justificada —dice la sentencia— la clasificación operada» porque:

> […] no es irrelevante ser el primero en la clasificación o no serlo. Es cierto, insiste en ello el Abogado del Estado y no lo niega el recurrente, que el orden de los evaluados establecido por el Consejo Superior de la Guardia Civil no vincula al Director General de la Guardia Civil, que puede separarse de él, como también podría hacerlo la Ministra de Defensa. No obstante, es igualmente cierto que, de aceptar el orden salido del Consejo Superior, podría ser suficiente motivación esa simple circunstancia. En cambio, si en vez de proponer al Coronel que la encabeza decide separarse de ese orden y optar por un Coronel que no sea el primero, deberá ofrecer una motivación específica que justifique ese apartamiento

> […] En definitiva, el informe del Director General ni satisface en estos extremos las exigencias de la Sentencia 1179/2023, ni aporta una justificación válida de la actuación conducente a la postergación en la clasificación del Coronel recurrente. No es una mera irregularidad de carácter no invalidante, como dice en sus conclusiones el Abogado del Estado, sino un defecto esencial en cuanto priva al recurrente de la posición preferente que sin la motivación habría conservado.

El razonamiento, irreprochable, conduce a la invalidación de todo lo actuado, por lo que la Sala entiende que «no procede entrar en el debate» sobre los méritos de uno y otro. Rechaza, por lo demás, la Sala el alegato de desviación de poder también esgrimido por el recurrente, que relaciona su desplazamiento «con su cese como Jefe de la Comandancia de Madrid» y «se considera víctima de un castigo», porque estima, sin entrar realmente a examinarlo, que «no se han ejercido potestades para fines distintos de aquellos para los que fueron concedidas a la Administración. Simplemente se han ejercitado de manera ilegal por las razones antes expuestas».

La sentencia estima el recurso en lo que respecta a la anulación del real decreto impugnado, pero, dice que la estimación:

> […] ha de ser parcial y no plena porque no podemos reconocer al recurrente el derecho a ser nombrado General de Brigada del Cuerpo de la Guardia Civil…

porque efectivamente no está a nuestro alcance determinar el contenido de los actos discrecionales que ha de dictar la Administración, ya que el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción nos lo impide.

Después de tan largo viacrucis y de obtener siete sentencias favorables del más Alto Tribunal del país, el coronel Pérez de los Cobos acabó su brillante carrera sin ascender a general, ya que, como él mismo advirtió en el recurso resuelto por la sentencia que acabamos de examinar, el 13 de diciembre de 2024 pasaría a la reserva al cumplir la edad de sesenta y un años, situación en la que ya no es posible el ascenso.

Pagó, pues, muy caro el coronel Pérez de los Cobos cumplir con su deber, porque quien tiene el poder no lo tolera cuando ese cumplimiento va contra sus intereses. La Jurisdicción Contencioso-Administrativa no parece tener remedio, en estos casos, según el propio Tribunal Supremo, para impedir la injusticia ni para corregirla.

¿No lo tiene realmente? ¿Tenemos que aceptar con resignación la consumación de una injustica tan flagrante? ¿Hace imposible el art. 71.2 de la Ley de la Jurisdicción otorgar en casos como este una tutela judicial efectiva y plena, como exige el art. 24 de la Constitución? O, por el contrario, ¿cabe encontrar a ese precepto legal, fruto de un dogmatismo antiguo, una interpretación conforme con el derecho fundamental que el art. 24 de la Norma Fundamental nos reconoce a todos «*sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*», es decir, incondicionalmente?

Yo me resisto a aceptar una respuesta negativa.

III. EL CASO DE LA MAGISTRADA PILAR ALONSO SAURA

El caso de la magistrada Pilar Alonso Saura es muy similar al anterior. En efecto, la señora Alonso Saura, magistrada de la Audiencia Provincial de Murcia, optó a la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, cuya provisión había sido convocada por acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 14 de octubre de 2014. A esa plaza presentó también su candidatura don Miguel A. Pascual del Riquelme, titular del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Murcia y un tercero, que se retiró posteriormente.

La plaza fue otorgada finalmente al señor Pascual del Riquelme por acuerdo de 29 de enero de 2015, que fue adoptado por 12 votos frente a 7, formulándose un voto particular por seis vocales de la minoría a favor de la señora Alonso Saura por entender que la decisión adoptada constituía un supuesto claro de desviación de poder y un caso manifiesto de discriminación por razón de sexo.

Interpuesto recurso contra dicho acuerdo por la señora Alonso Saura ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, dicha sala dictó sentencia el 10 de mayo de 2016,

siendo ponente don Mariano de Oro-Pulido, estimando parcialmente el recurso y anulando el nombramiento impugnado, acordando además «la retroacción de las actuaciones administrativas en el expediente de su razón a fin de que se resuelva por el órgano competente sobre la adjudicación de la plaza *en los términos indicados en la fundamentación jurídica* de esta sentencia».

La sentencia fue adoptada por 23 votos a favor y 10 en contra. De esos 23 votos a favor dos postularon la estimación total del recurso, como más adelante se precisará.

Dados los términos del fallo, es imprescindible precisar aquí la fundamentación jurídica de la sentencia, a la que el Consejo General del Poder Judicial quedó formalmente obligado a atenerse.

En el fundamento de derecho 5.º la Sala hace un análisis minucioso de los méritos alegados por cada uno de los candidatos, que concluye así:

> A tenor de este repaso, resulta fácil colegir que en los parámetros de valoración objetivos que la propia convocatoria contempla (coherentes, insistimos con el reglamento 1/2010) hay, al menos, una igualdad sustancial de méritos de ambos aspirantes, que se rompe en varios de ellos a favor de la recurrente de forma incluso notoria. Así, en cuanto respecta a la antigüedad escalafonal, el tiempo de desempeño profesional en órganos judiciales colegiados y la experiencia judicial en materia civil, aspectos en los que la diferencia a favor de la recurrente es, como decimos, notoria y evidente.
>
> […] Retengamos, pues, la conclusión inicial de que desde el punto de vista de los méritos susceptibles de mayor objetivación, la ahora demandante se sitúa en una posición de ventaja sobre el otro aspirante y ahora codemandado.

El fundamento de derecho 6.º añade que:

> […] desde esta perspectiva que acabamos de anotar, la elogiosa valoración de los méritos del codemandado que contiene el Acuerdo de nombramiento ahora impugnado se presenta visiblemente endeble para sustentar la decisión finalmente adoptada,

ya que:

> […] realmente el único dato verdaderamente relevante (de los que se exponen en la resolución plenaria impugnada) que pudiera resultar predicable específicamente del designado y no de la actora es el concerniente a la valoración del llamado «proyecto de actuación», que, vista ésta, ha merecido a la mayoría del Pleno del CGPJ una valoración máxima favorable.
>
> Sin embargo, *por mucho que se resalte y respete el tan anotado margen de apreciación del órgano de selección en este concreto punto tal dato, por sí solo, no tiene el peso que se le quiere atribuir*,

Porque:

> […] si ese dato resultase susceptible de sostener sin más, por sí solo y al margen de los demás, el sentido de la decisión, *realmente holgaría analizar los restantes criterios de valoración*. Bastaría con requerir a los potenciales aspirantes la aportación de un proyecto de actuación y luego convocarles a una entrevista para su exposición y discusión, sin necesidad de valorar cualesquiera otras cuestiones.

Dicho esto, concluye afirmando que:

> […] cuando, como aquí ha acaecido, el peso de la decisión se hace recaer en las consideraciones y criterios más puramente subjetivos, en detrimento de los parámetros objetivados que la misma convocatoria perfiló, *eso puede y debe ser explicado cumplidamente a fin de despejar cualquier sospecha de posible arbitrariedad o desviación de poder en un ámbito como éste en el que incluso las apariencias son importantes cuando lo que está en juego es la confianza ciudadana en la recta adjudicación de los altos cargos judiciales*.

Como dijo muy bien la Sentencia de la Sala 3.ª en Pleno de 7 de febrero de 2011 (rec. 343/2009), que la que aquí se analiza cita:

> […] sólo así podrá mantenerse esa confianza social en la Administración de Justicia que es tan transcendente para la eficacia de nuestro sistema constitucional, pues sólo un control y justificación rigurosos de la profesionalidad puede evitar el grave riesgo de que la ciudadanía pueda llegar a creer que lo que no ha sido explicado es porque resulta inexplicable.

El fundamento de derecho 7.º se ocupa por último de:

> […] un factor que sobreabunda en la necesidad de motivación, sobre el que la resolución impugnada prácticamente pasa de largo, que es el que impone la obligada toma en consideración del principio de preferencia de las mujeres a la hora de adjudicación de las vacantes cuando éstas se hallan en un escenario de igualdad sustancial de méritos respecto de los aspirantes varones,

afirmando al respecto que, dadas las circunstancias expuestas, la adjudicación de la plaza a favor de candidato varón,

> […] exige que se explique cumplidamente, caso por caso, las razones por las que se prescinde de esta regla… en detrimento de la aspirante que presenta un perfil profesional parangonable; y eso, una vez más, falta por completo en el caso examinado.

La sentencia llegó así a la conclusión en su fundamento de derecho 8.º de que procede estimar el recurso en el sentido de anular el acuerdo impugnado y ordenar la retroacción de actuaciones:

> […] a fin de que se dicte nueva resolución debidamente motivada con observancia y respeto de las pautas que hemos explicado en los fundamentos de derecho 6º y 7º anteriores, en los que, resumidamente, se expresa que en un supuesto como el actual en que la valoración de los elementos objetivos de la recurrente se impone tan claramente sobre los del candidato designado, se revela como exigencia insoslayable un plus de motivación en el acuerdo de nombramiento que justifique debidamente la significativa relevancia concedida al resto de los requisitos enunciados en el acuerdo de convocatoria.

Al decidir así el recurso, la sala fue plenamente consciente de que esa justicia a medias podía dar lugar «a la misma decisión, aunque con otro ropaje», que fue lo que impulsó a los magistrados Sieira Míguez y Rodríguez Zapata a formular un voto particular postulando la estimación plena y no meramente parcial del recurso.

Es notable en este sentido la larga cita que la sala hace en el propio fundamento de derecho 8.º de la Sentencia de 4 de febrero de 2011 (rec. 588/2009), que afirma que se debe:

> […] procurar dar la máxima respuesta posible para que la controversia quede zanjada sin conformarnos (insistimos, en la medida de lo posible y procedente, en función de las características del litigio y la propia conducta procesal de las partes) con un mero pronunciamiento formal, que revierta en una simple reposición de actuaciones que dé lugar a la misma decisión, aunque con otro ropaje y que al fin y a la postre desemboque en una repetición del mismo litigio entre los mismos contendientes y con arribada a la misma resolución de fondo.

Y lo es igualmente el recordatorio de que «la jurisprudencia ha hecho uso de la técnica de la denominada reducción a cero de la discrecionalidad en referencia a aquellos casos en que se concluye que no existan en realidad diversas opciones libremente utilizables por el órgano administrativo que decidió, sino que sólo había una decisión única», aunque finalmente la sentencia optó por la estimación parcial por entender que el acuerdo impugnado no había explicado suficientemente las razones determinantes de su decisión, lo que, como era de temer, terminó mal, con un fracaso de la justicia, como vamos a ver a continuación.

El asunto volvió, pues, a las manos del Consejo General del Poder Judicial, que, sin pérdida de tiempo, dictó, ¡tan solo quince días después!, el 26 de mayo de 2016, un nuevo acuerdo repitiendo el nombramiento del señor Pascual del Riquelme y afirmando con indisimulada soberbia que «goza por mandato legal de una amplia discrecionalidad a la hora de priorizar aquellos méritos y capacidades que considere más relevantes y transcendentes para el desempeño de la concreta plaza a cubrir en cada caso y momento» y que lo que entiende que:

> […] en ningún caso debe aceptar es que donde el legislador no limite la discrecionalidad o donde no se autolimite el propio Consejo pueda un tercer órgano, el que sea, arrogarse funciones constitucionales que le son ajenas privando de ellas al

órgano constitucional que las tiene atribuidas, degradándolo hasta hacer irreconocible su función, que no sería distinguible de la de un simple órgano administrativo.

Con este expresivo introito no hace falta decir que el nuevo acuerdo del Consejo no se limitó a aportar la motivación que la sentencia del Tribunal Supremo había echado en falta, ni respetó tampoco la valoración de los méritos de los candidatos realizada por esta, sino que la rectificó sustituyéndola por su propia valoración para volver a nombrar al señor Pascual del Riquelme.

Recurrido este segundo acuerdo del Consejo por la señora Alonso Saura, la Sala 3.ª del Tribunal Supremo cedió y con fecha 27 de junio de 2017 dictó sentencia desestimando el recurso por 17 votos a favor y 15 en contra[4].

Cuando el poder se empeña y juega a fondo sus cartas siempre termina ganando, aunque sea por la mínima, como ocurrió en este caso.

IV. EL CASO DEL AFORTUNADO FISCAL EDUARDO ESTEBAN RINCÓN

El tercero de los casos que quiero presentar aquí pasará a la historia por su desenlace, ciertamente feliz para el fiscal Esteban Rincón, pero demoledor para el derecho público español, que había discurrido por una senda continuada de progreso desde los años cincuenta del siglo pasado hasta esta última legislatura.

Por si alguno no entiende qué es lo que quiero decir cuando aludo al progreso y subrayo que este empezó en pleno franquismo, precisaré que el progreso al que me refiero es el de las técnicas de racionalización del ejercicio del poder que efectivamente se pusieron en marcha en aquellos años y que contribuyeron a hacer más vivible la dictadura hasta que llegó la hora de la restauración democrática y de la Constitución de 1978, bajo cuyo imperio nunca hubiéramos pensado que pudiera producirse un retroceso y, mucho menos, de la mano del «supremo intérprete» de la Norma Fundamental. Pero vayamos por partes, sin adelantar los acontecimientos.

---

[4] La sentencia fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, que por Auto de 14 de noviembre de 2018 lo inadmitió a trámite por la *manifiesta* inexistencia de las vulneraciones denunciadas. Subrayo el adjetivo «manifiesta» porque resulta difícil de aceptar que lo fuera cuando al Tribunal le costó ciento siete folios, ni más ni menos, llegar a esa conclusión, de la que discreparon, además, tres magistrados, que formularon otros tantos votos particulares.

Agotada sin éxito la vía judicial española, la señora Alonso Saura formuló recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que lo admitió, aunque terminó desestimándolo por sentencia de 8 de junio de 2023, de la que discrepó curiosamente el juez *ad hoc* español, que fue en este caso don Luis Jimena Quesada, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, que firmó un voto particular ejemplarmente fundado en el que sostuvo la procedencia de la estimación del recurso.

Durante el periodo de tiempo en el que doña M.ª Dolores Delgado ocupó el cargo de fiscal general del Estado promovió esta trece nombramientos de la máxima categoría de la Carrera Fiscal, once de los cuales recayeron en miembros de la Unión Progresista de Fiscales, asociación muy minoritaria a la que pertenece la señora Delgado, que apenas agrupa a un 7 por ciento de la Carrera.

El nombramiento número catorce de la serie lo fue para cubrir la plaza de «Fiscal de Sala-Primera, Fiscalía de Sala de menores de la Fiscalía General del Estado», que fue convocada por Real Orden de 27 de enero de 2021. A esa convocatoria presentaron su candidatura don José M. de la Rosa Cortina, que ya tenía la categoría de Fiscal de Sala, y el señor Esteban Rincón, que pertenecía entonces a la segunda categoría de la Carrera. Fue este último, sin embargo, el nombrado finalmente para ocupar la plaza convocada por Real Decreto 212/2021, de 30 de marzo.

Contra este decreto interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos el señor De la Rosa Cortina y la Asociación de Fiscales, muy mayoritaria en la Carrera Fiscal, que fueron estimados por las Sentencias de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo 452 y 453/2022, de 19 de abril, por entender que «dada la enorme diferencia entre ambos candidatos en cuanto a méritos en lo específicamente atinente al Derecho de Menores, la preferencia otorgada al Sr. Esteban Rincón adolecía de falta de motivación».

Las sentencias en cuestión anularon el nombramiento acordado por el real decreto impugnado y, como en los casos anteriores, ordenaron la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la propuesta «con la indicación de que ésta debía estar adecuadamente motivada con respecto al perfil y las características de la plaza a cubrir».

Como ya hemos visto al examinar los casos del coronel Pérez de los Cobos y de la magistrada Pilar Alonso Saura, las sentencias anulatorias y sus bienintencionadas aunque ingenuas advertencias sobre la necesidad de motivar adecuadamente los nombramientos se convirtieron en papel mojado y sirvieron solo para que la fiscal general del Estado se viniera arriba, como suele decirse, y volviera a proponer a su correligionario el fiscal Esteban Rincón, formulando esta vez una propuesta de ¡veintidós folios!, en la que comenzaba desvalorizando la especialización en menores exigida por la propia denominación de la plaza convocada, que, en su opinión, solo sería exigible para ejercer como fiscal ante la jurisdicción de menores y que iría perdiendo relevancia para las plazas que no exigen actuación forense ante órganos jurisdiccionales concretos hasta prácticamente desaparecer en el régimen de nombramiento de Fiscal de Sala coordinador de esta materia.

Esta nueva propuesta fue aceptada por el Real Decreto 417/ 2022, de 31 de mayo, que nombró de nuevo al señor Esteban Rincón y que fue recurrido también por el señor De la Rosa Cortina y por la Asociación de Fiscales, denunciando la falta de motivación sustancial y la arbitrariedad de este segundo nombramiento, ya que el designado no había demostrado mérito ni experiencia alguna en Derecho de Menores.

La Sala 3.ª del Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de julio de 2023, de la que fue ponente don Luis M.ª Díez Picazo, volvió a anular este segundo nombramiento con una argumentación absolutamente irreprochable, que es imprescindible reproducir aquí.

Comienza subrayando en su fundamento jurídico 7.º que el objeto de la convocatoria no fue una plaza genérica de Fiscal de Sala, sino una plaza «con un perfil determinado, como era la Fiscalía de Sala de Menores» y precisa a continuación:

> […] que si se hubiera tratado de decidir sólo sobre la promoción a la máxima categoría de la Carrera Fiscal, las razones dadas por la propuesta de la Fiscal General del Estado de 5 de mayo de 2022 hubieran constituido una motivación atendible, justificada y suficiente,

pero

> […] que la cuestión aquí suscitada no es si la Fiscal General del Estado ha motivado adecuadamente que el Sr. Esteban Rincón puede ser promovido a la categoría de Fiscal de Sala, ni siquiera si lo merecería más que el Sr. de la Rosa Cortina si éste último no lo fuese ya. Lo que aquí se debate es otra cosa, a saber: si a la hora de adjudicar una concreta plaza con un perfil determinado, como es la Fiscalía de Sala de Menores, cabe preferir a un candidato sin ninguna experiencia teórica, ni práctica en la materia sobre otro que ha acreditado ser un verdadero especialista en la misma; y si ello, además puede razonablemente motivarse sobre la base de argumentos que eluden explícitamente dar peso y relevancia a la preparación específica en Derecho de Menores, señalando que lo verdaderamente decisivo son otras consideraciones (experiencia en la jefatura, práctica de Derecho Constitucional, sintonía con la orientación de política criminal de la Fiscal General del Estado, etc.).

Así planteada la cuestión, la sentencia no duda en afirmar:

> La respuesta debe ser negativa. Cuando lo que se trata de decidir es quien resulta más idóneo para cubrir una plaza que tiene un perfil bien identificado, no cabe infravalorar, cuando no obviar, los méritos relativos a dicho perfil.

Poner todo el énfasis en otras consideraciones «no es atendible, porque elude el núcleo de la cuestión».

Se puede aceptar, «a costa de un esforzado ejercicio de formalismo que el Real Decreto 417/2022 tiene una motivación»:

> […] pero lo que no resulta en absoluto convincente es que se trate de una motivación mínimamente adecuada a lo que se trata de justificar. La mejor prueba es que los argumentos de la Fiscal General del Estado habrían podido ser igualmente utilizados para cualesquiera otros perfiles de fiscalías especializadas (tráfico de drogas, delitos informáticos, tráfico, etc.). En este sentido, como aduce el recu-

> rrente, falta una motivación «sustancial», que despeje la sospecha de que detrás del acto administrativo impugnado hay algo más que puro arbitrio.

Como remate de su argumentación, la sentencia cita la opinión de «un insigne Magistrado y antiguo Presidente del Tribunal Supremo» (no dice su nombre, pero se refiere al señor Delgado Barrio, el mejor magistrado de lo Contencioso-Administrativo que hemos tenido) para el que:

> la motivación no puede ser concebida como «un simple ejercicio literario» y ello porque «el control judicial no se detiene en el aspecto meramente formal de la exigencia de motivación, sino que ha de concluirse que una decisión es arbitraria cuando, aunque la Administración alegue razones, éstas no resultan adecuadas para justificar la decisión adoptada».

Esta impecable sentencia, que tuvo incluso la delicadeza de dejar a un lado el alegato de desviación de poder también esgrimido por el señor De la Rosa Cortina, no sin razón dados los antecedentes, ha sido revocada inopinadamente por el Tribunal Conde Pumpido en una sentencia de 15 de enero de 2026 que estimó el recurso de amparo interpuesto por el señor Esteban Rincón por el increíble argumento de que advertir el déficit de motivación de un nombramiento discrecional viola el derecho fundamental del favorecido por ese nombramiento injustificado al acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, como si el perjudicado por esa decisión no tuviera el mismo derecho a no ser preterido caprichosamente. El recuerdo de Orwell es inevitable.

No voy a detenerme, sin embargo, en analizar esta penosa sentencia constitucional porque me desviaría de lo que hoy es mi propósito. Lo he hecho, además, ya en otro lugar, por lo que basta remitirme a él[5].

V. LOS ÁNGULOS MUERTOS A LOS QUE LA JUSTICIA NO CONSIGUE LLEGAR Y SU NECESARIA Y URGENTE ELIMINACIÓN

He relatado con algún detalle los casos del coronel Pérez de los Cobos, de la magistrada Alonso Saura y del fiscal Esteban Rincón porque muestran con absoluta claridad algunos de los ángulos muertos que impiden hoy el acceso a una justicia, efectiva y plena, como la Constitución quiere que recibamos todos y también a qué se deben en concreto, paso previo inexcusable si se quiere eliminarlos. El primero de ellos es ese tipo de pronunciamiento tan antiguo y tan extendido todavía que añade a la declaración de nulidad del acto recurrido la orden de retrotraer las actuaciones a un momento anterior a aquel en el que

[5] Véase Tomás R. Fernández, (2026), «El Tribunal CONDE PUMPIDO y el control de la arbitrariedad del poder», *Revista de Derecho Constitucional,* 136.

se cometió la infracción determinante de la nulidad; el segundo, muy antiguo también, es el que resulta de la repetición del acto anulado que suele derivar del anterior y el tercero hace referencia a un prejuicio dogmático, tan antiguo como la propia jurisdicción, que postula la prohibición de que los jueces sustituyan a la Administración.

Los voy a examinar por este orden a continuación.

1. LA RETROACCIÓN DE LAS ACTUACIONES, UN PRONUNCIAMIENTO QUE LA LEY NO AUTORIZA Y QUE CARECE DE TODA JUSTIFICACIÓN

En la primera edición del *Curso de Derecho Administrativo* que mi maestro y yo comenzamos a publicar en 1974, hace, pues, más de medio siglo[6], denunciamos enérgicamente el vicio, que lo es y grave, en que con absoluta frecuencia incurrían las sentencias de los tribunales de esta jurisdicción cuando detectaban la existencia de una infracción del procedimiento administrativo del que el acto recurrido venía a ser resultado, vicio consistente en declarar la nulidad de las actuaciones y ordenar la retroacción del expediente al momento en el que la infracción fue cometida para que se emitiera el informe que se había echado en falta, se diera audiencia a algún interesado a quien no se había tenido en cuenta, se motivara adecuadamente la decisión adoptada o cualquier otra cosa semejante.

Dijimos entonces que ese tipo de pronunciamientos no estaba previsto en la Ley de la Jurisdicción de 1956, entonces vigente, cuyo art. 81 no contemplaba otros fallos que los de inadmisibilidad o los de estimación o desestimación del recurso. El art. 84.a) precisaba, por su parte, que «cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo: a) Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará, total o parcialmente, el acto o la disposición recurridos», sin añadir nada, absolutamente nada, a lo que podría o debería hacer después la Administración autora del acto, a la que, desde luego, no ordenaba, ni mucho menos, que repitiera la suerte y volviera a dictar un nuevo acto mejor fundado en sustitución del anterior.

Medio siglo después seguimos igual que entonces, a pesar de que la ley vigente, de 13 de julio de 1998, sigue diciendo lo mismo en su art. 71.1.a). Lo único que ha cambiado, quizás, es que las sentencias ya no declaran la nulidad de las actuaciones, sino solo la nulidad del acto impugnado, a la que, eso sí, siguen añadiendo la coletilla de la retroacción de las actuaciones. Sirva de ejemplo la parte dispositiva de la sentencia, muy meritoria por lo demás por su análisis del fondo del asunto, dictada por el Pleno de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo el 10 de mayo de 2016, la primera de las dictadas en el caso de la magistrada Alonso Saura. Dice así:

---

6 Véase Eduardo García de Enterría y Tomás R. Fernández (1971), *Curso de Derecho Administrativo,* vol. I, Civitas-Revista de Occidente (págs. 462 y 463).

1º. Anulamos dicho Acuerdo.
2º. Retrotraemos las actuaciones administrativas en el expediente de su razón a fin de que se resuelva por el órgano competente sobre la adjudicación de la plaza mediante resolución debidamente motivada en los términos indicados en la fundamentación jurídica de esta sentencia.
3º. Desestimamos en lo demás el presente recurso contencioso-administrativo.
4º. No hacemos condena en costas.

En los tres asuntos en estudio se contiene idéntico pronunciamiento y en los tres ha dado idéntico resultado, ya que en los tres el órgano competente (el Consejo de Ministros y el Consejo General del Poder Judicial) ha vuelto a repetir el acto inicialmente anulado.

Tal es el arraigo de esta errónea práctica que en algunos casos incurre en ella también el propio recurrente al solicitar expresamente en su escrito de demanda no solo la anulación del acto recurrido, sino también que «acuerde retrotraer las actuaciones al momento anterior al informe… a fin de que lo emita en debida forma y lo eleve…»[7].

Pues bien, a pesar de llevar medio siglo recalcándolo sin éxito tengo que volver a insistir:

> La ley de la jurisdicción no autoriza en absoluto este tipo de pronunciamientos, que son, por lo tanto, radicalmente inadmisibles. Son, además, odiosos porque otorgan a la Administración un privilegio descomunal al darle la oportunidad de repetir la operación y de hacer bien lo que inicialmente hizo mal, cosa que no se permite al ciudadano que litiga contra ella, al que por esa misma regla de tres la sentencia que advirtiera que la demanda por él formulada no estaba bien fundada debería darle la oportunidad de volver a redactarla, retrotrayendo lo actuado en el curso del proceso al momento en el que se le dio traslado del expediente con ese fin.

La orden de retrotraer las actuaciones al momento en el que el vicio o defecto apreciado se produjo es un privilegio carente de toda justificación material que rompe descaradamente la igualdad entre las partes que debe reinar en todo proceso.

Si la Administración comete un error en la tramitación del asunto o dicta una decisión insuficiente o inadecuadamente motivada y carente por ello de justificación, es ella exclusivamente quien debe cargar con el error cometido. El tribunal que conoce del asunto debe limitarse a constatar su existencia y a declarar la nulidad pura y simple del acto impugnado con las consecuencias a que haya lugar si se han ejercitado también pretensiones de plena jurisdicción. Ordenar la retroacción de las actuaciones, tal y como suele hacerse, es una invitación a repetir

[7] Así ocurrió, en efecto, tanto en el asunto Pérez de los Cobos como en el del fiscal Esteban Rincón, según el relato de antecedentes de las sentencias citadas en el texto.

el contenido de la decisión primera, que es lo que, como ha podido comprobarse, se produce siempre, lo que hace inútil el proceso y la justicia, en perjuicio del ciudadano, que tiene que afrontar los gastos duplicados que todo proceso conlleva para nada.

El art. 24 de la Constitución condena este resultado y la conducta de la que deriva.

2. LA REPETICIÓN DEL ACTO ANULADO POR SENTENCIA FIRME: ¿INCIDENTE DE EJECUCIÓN O INTERPOSICIÓN DE UN NUEVO RECURSO?

El segundo de los ángulos muertos de la jurisdicción contencioso-administrativa consiste en la repetición del acto anulado por sentencia firme. Es un vicio antiguo, que sigue sin tener un remedio claro. A él se refirió un magistrado del Tribunal Supremo, don José Fernández Hernando en un excelente trabajo publicado en los estudios dedicados al profesor Jordana de Pozas sobre *El incumplimiento de la sentencia administrativa, sus formas y su tratamiento jurisprudencial*[8].

Sistematizaba en él el señor Fernández Hernando las formas indirectas de incumplimiento de las sentencias en tres modalidades: la inactividad morosa, la tergiversación de los términos de la ejecutoria y la reproducción del acto anulado o la emisión de otro incompatible con la efectividad de la sentencia de que se trate.

Como diez años después de la publicación de aquel trabajo el problema seguía teniendo plena actualidad yo pensé que sería conveniente insistir sobre ello y publiqué en el número 73 de la *Revista de Administración Pública* un trabajo titulado «Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las Sentencias de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa» en el que me hacía eco de lo ocurrido con la Sentencia de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1968[9].

Esta sentencia había declarado nula una orden del Ministerio de Agricultura de 12 de julio de 1967 que había aprobado unas normas para el personal del Servicio Nacional de Cereales infringiendo flagrantemente la disposición transitoria cuarta de la Ley de Entidades Estatales Autónomas que había ordenado taxativamente que hasta que se promulgara el Estatuto General del Personal de los Organismos Autónomos previsto en el art. 82 de dicha ley los funcionarios de

8 Véase José Fernández Hernando (1961), «El incumplimiento de la sentencia administrativa, sus formas y su tratamiento jurisprudencial», en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, tomo III, vol. I (págs. 209 y ss.).

9 Véase Tomás R. Fernández (1974), «Algunas reflexiones sobre las formas indirectas de incumplimiento por la Administración de las Sentencias de los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública,* 73 (págs. 151-177).

dichos organismos habían de continuar rigiéndose por las normas existentes antes de la entrada en vigor de dicha ley.

Pues bien, el Ministerio de Agricultura pretendió primero eludir la ejecución de la sentencia alegando para ello la supuesta concurrencia de causas determinantes de la imposibilidad legal o material de ejecutarla al amparo de lo dispuesto en el art. 107 de la ley de la jurisdicción de 1956 entonces vigente, intento que fue frenado por la Sala sentenciadora mediante auto de 12 de mayo de 1969.

El Ministerio de Agricultura optó entonces por demorar la ejecución, lo que le permitió prolongar ocho meses más la aplicación de la orden anulada en su día por la sentencia pendiente de ejecución. Ante esta actitud el Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos Agrícolas, que era el recurrente, se dirigió a la Sala solicitando que se requiriera personalmente al director del Servicio Nacional de Cereales para que, bajo las intimaciones legales procedentes, adoptara las medidas necesarias para dar el debido cumplimiento a la sentencia.

Ante el cariz que estaban tomando los acontecimientos la Administración optó por reproducir las normas anuladas, dándolas esta vez un rango superior, el de decreto, aunque también insuficiente, dado que la prohibición de dictarlas venía impuesta por una ley.

¿Qué hacer entonces? La interposición de un nuevo recurso no parecía ser la solución, ya que existía una cierta jurisprudencia, que el señor Fernández Hernando citaba puntualmente en su trabajo citado anteriormente, que consideraba que lo procedente era promover un incidente de ejecución. A eso se atuvo la Corporación recurrente, pero su solicitud en ese sentido fue rechazada por la Sala afirmando, mediante auto de 28 de octubre de 1969:

> […] que la fiscalización jurisdiccional de las diligencias administrativas practicadas en la ejecución del fallo… no permite a la jurisdicción revisora declarar formalmente nulas aquellas disposiciones generales que no fueron impugnadas en el proceso de cuya ejecución se trata, debiendo limitarse a resolver las discrepancias que surjan… *pero sin extenderse a anular por sí ni menos a ordenar a una autoridad administrativa inferior que adopte la medida de estimar nulo un Decreto dimanante del órgano administrativo superior*, dictado con posterioridad a la Orden anulada por la Sentencia.

El Ministerio de Agricultura se salió de este modo con la suya. La Corporación recurrente interpuso un nuevo recurso contencioso-administrativo contra el Decreto de 24 de julio de 1969, pero el recurso quedó sin objeto, ya que por Decreto de 23 de julio de 1971 se aprobó, ¡por fin!, el Estatuto del Personal de los Organismos Autónomos.

Medio siglo después estamos ante el mismo dilema: si se reproduce el acto anulado, ¿qué es lo que hay que hacer, recurrirlo o promover un incidente de ejecución?

La nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de julio de 1998 ha querido resolver el dilema estableciendo en el apdo. 4 de su art. 103 que «*serán*

nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, *que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento*» con lo que el apartado siguiente añade que «el órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, *salvo que careciese de competencia para ello* conforme a lo dispuesto en esta Ley».

La solución legal es clara: si se reproduce el acto anulado, lo procedente es ponerlo en conocimiento del órgano judicial encargado de la ejecución, que anulará el acto en cuestión por el procedimiento de los incidentes. Hay, sin embargo, dos peros que reducen a la nada el precepto: el inciso que limita esa respuesta a los casos en que el órgano judicial tenga competencia para declarar la nulidad solicitada, cosa que no ocurrirá en muchos casos, ya que la competencia para la ejecución de las sentencias corresponde al órgano judicial inferior cuando la sentencia anulatoria se haya dictado en apelación o casación y, sobre todo, el desafortunadísimo inciso final del art. 103.4, que limita la declaración de nulidad a los actos «*que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento*», que son sencillamente todos los que se adoptan en estos casos, ya que cuando se tiene pendiente ni más ni menos que la ejecución de una sentencia firme no hay inadvertencia posible.

En otra ocasión me he referido a este asunto, por lo que no voy a insistir de nuevo aquí. Me limitaré a recordar que en el asunto del fiscal Esteban Rincón la Asociación de Fiscales promovió sin resultado un incidente de ejecución con la finalidad de conseguir la anulación del segundo nombramiento que siguió a la sentencia del Tribunal Supremo que anuló el primero por falta de motivación por entender que se trataba de un intento de eludir las consecuencias de dicha sentencia. El incidente fue desestimado, sin embargo, mediante auto de 20 de septiembre de 2022, que rechazó que existiera una deliberada intención de incumplir la ejecutoria. Una ingenuidad indisculpable.

3. EL ARGUMENTO TÓPICO DE LA IMPOSIBILIDAD DE QUE LOS JUECES SUSTITUYAN A LA ADMINISTRACIÓN

El tercero y último de los ángulos muertos que me he propuesto denunciar es el tópico de la imposibilidad de que los jueces sustituyan a la Administración, al que el art. 71.2 de la vigente ley jurisdiccional ha dado estatus legal cuando dice que «los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulasen *ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados…*».

La primera parte del precepto citado corrige expresamente el art. 85 de la ley jurisdiccional precedente, que, como se recordará, no solo permitía, sino que exigía que los fallos que dictasen las Salas de lo Contencioso-Administrativo en materia de ordenanzas fiscales expresaran («*deberán* expresar concretamente») la

forma en la que hubiesen de quedar redactados los preceptos impugnados en el caso de que anulasen el acto objeto del recurso.

La segunda parte fue introducida en el curso de la tramitación de la ley y es un fruto, negativo, de la intensa polémica que tuvo lugar entre los administrativistas a lo largo de la última década del siglo pasado a propósito del control de la arbitrariedad de la Administración[10].

Pues bien, a esa expresa prohibición dirigida a los tribunales de la jurisdicción de determinar el contenido discrecional de los actos anulados apelan las Sentencias V, VI y VII del asunto del coronel Perez de los Cobos, de 2 y 8 de julio de 2024, para rechazar la pretensión de este de ser nombrado general de brigada de la Guardia Civil.

Dichas sentencias dicen así en su fundamento de derecho cuarto, apdo. D:

> La estimación del recurso contencioso-administrativo es la consecuencia de cuanto venimos diciendo. Ahora bien, ha de ser parcial y no plena pues no podemos reconocer al recurrente el derecho a ser nombrado General de Brigada del Cuerpo de la Guardia Civil. Y ello, no porque, como dice la contestación a la demanda, sería la primera vez que sucediera. No lo hacemos porque, efectivamente, no está a nuestro alcance determinar el contenido de los actos discrecionales que ha de dictar la Administración, *ya que el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción nos lo impide*.

¿Tan tajante es la prohibición? Y, en todo caso, repito, ¿cómo se compadece el art. 71.2 de la ley jurisdiccional con el art. 24 de la Constitución que nos reconoce a todos con carácter de fundamental, ni más ni menos, el derecho a una tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión?

Al tema me he referido ya varias veces en el curso de aquella polémica que mantuve con algunos compañeros, por lo que no repetiré ahora los argumentos que entonces expuse[11]. Diré solamente que el art. 71.2, *in fine*, de la ley de la jurisdicción no puede ser tomado como lo hacen las sentencias que acabo de citar, es decir, como una prohibición absoluta y sin matices de ningún tipo.

No se puede tomar así porque las circunstancias de cada caso pueden ser muy diferentes. La propia ley habilitante del poder discrecional puede ofrecer en cada caso un margen de apreciación mayor o menor. Puede aportar criterios o pautas de valoración o no hacerlo. Los concursantes que optan a una plaza o a un contrato pueden ser dos solamente o pueden ser más. La Ley de Contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017, justamente preocupada por asegurar

---

[10] Véase Tomás R. Fernández (2011), «El artículo 103.4 LJ no les gusta a los Jueces», en Ángel Sánchez Blanco, Miguel Ángel Domínguez-Berrueta de Juan y José Luis Rivero Ysern (coords.), *El nuevo Derecho Administrativo: libro homenaje al profesor Enrique Rivero Ysern*, Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica (págs. 139-146).

[11] Sobre esa polémica véase Tomás R. Fernández (2008), *De la arbitrariedad de la Administración*, 5ª edición, Madrid: Civitas (págs. 91 y ss. y 160 y ss.).

la transparencia de las decisiones y por apartar cualquier sombra de arbitrariedad, dedica un buen número de artículos a la adjudicación de los contratos y se preocupa, incluso, de clasificar las proposiciones presentadas por orden decreciente atendiendo a los criterios de adjudicación señalados en el pliego (art. 150), lo que convierte en automática la eventual sustitución del adjudicatario por quien le sigue en puntuación.

Sin llegar a esos extremos es perfectamente posible que el juez o tribunal que ha de resolver un asunto de este tipo pueda —y deba— anular la adjudicación realizada por la Administración y declarar, además, el derecho del recurrente a ser él el adjudicatario del contrato, como muestra con claridad meridiana la ejemplar sentencia de 11 de junio de 1991 (ponente: Javier Delgado Barrio), cuya argumentación, en su sencillez, no tiene réplica posible: «en igualdad de» alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes «para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución», de lo que deriva —sigue diciendo— «que la decisión ajustada a Derecho era la de adjudicar el contrato a la hoy apelante y así lo ha declarado esta Sala, que, *en virtud del principio de la efectividad de la tutela judicial —artículo 24 de la Constitución— puede sustituir a la Administración en sus pronunciamientos cuando existe ya base en los autos*».

Este es exactamente el *quid* del problema. La jurisdicción contencioso-administrativa no es una jurisdicción revisora. No ha sido instituida para establecer garantía de los derechos e intereses de los administrados, pero con menos grado de intensidad que cuando esos derechos e intereses están bajo la tutela de otras jurisdicciones. Conserva la terminología de recurso contencioso-administrativo porque es la tradicional, pero el proceso contencioso-administrativo no es una segunda instancia, ni una casación, sino una primera instancia jurisdiccional, cuyo objeto específico no es el acto administrativo, sino las pretensiones que se deduzcan en relación con el mismo. Hace ya setenta años que dejó esto muy claro la exposición de motivos de la benemérita ley de la jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, que conviene leer y releer de vez en cuando para no dejarse arrastrar por los tópicos derivados de su peculiar historia.

Nuestro proceso contencioso-administrativo no tiene ya nada que ver con el que se instaló en 1845 siguiendo el modelo del *excés de pouvoir*, que entonces pugnaba por abrirse camino en el marco hostil del principio revolucionario de separación de las autoridades administrativas y judiciales, que es en último término de donde arrancan el tan traído y llevado carácter revisor y la prohibición de que los jueces sustituyan a la Administración. Anular el acto administrativo puede pasar, pero más allá no cabe ir. Esta es una jurisdicción especial, distinta a las demás, dada la excepcionalidad de su origen.

Esto se ha acabado ya. Por si alguna duda quedara al respecto, la Constitución de 1978 ha terminado con ella cuando afirma en su art. 24 el derecho fundamental de todos a una tutela judicial *efectiva*, derecho que es igual en inten-

sidad «en todo tipo de procesos» (art. 117) y, por lo tanto, también en el proceso contencioso-administrativo.

Es, pues, obligación de los tribunales otorgar esa tutela efectiva, no una tutela a medias, que de hecho se termina convirtiendo, como ya hemos visto, en una indefensión pura y simple contra la expresa prohibición que el art. 24 de la Norma Fundamental contiene. Frente a él no puede prevalecer ni el texto literal del art. 71.2 de la ley jurisdiccional vigente, ni ninguna interpretación del mismo que, directa o indirectamente, contribuya a menguar la efectividad de la tutela que la Constitución garantiza.

Los tribunales de la jurisdicción están, pues, obligados a llegar hasta el final y a sustituir, incluso, a la Administración siempre que materialmente puedan hacerlo porque «*existe ya base en los autos*». Si esto es así, pueden —y deben— adjudicar el contrato al autor de la proposición más ventajosa económicamente, como dijo de forma ejemplar la sentencia citada anteriormente de 11 de junio de 1991. Pueden y deben también «señalar la nueva calificación si las líneas de planeamiento conducen a una solución que se impone ya por razones de coherencia —así las sentencias de 22 de septiembre y 15 de diciembre de 1986—. Así lo reclama el principio de efectividad de la tutela judicial —art. 24.1 de la Constitución— que quedaría claramente burlado si los tribunales, *contando con datos suficientes*, no resolvieran todo lo necesario en relación con las cuestiones planteadas en el proceso» (sentencia de 15 de marzo de 1993).

El Tribunal Constitucional así lo ha dicho también en su sentencia de 29 de abril de 1993: «una decisión judicial que condena a la Administración a hacer algo o que sustituye con un criterio nuevo el criterio inicialmente utilizado por la Administración en el acto objeto del recurso no es una injerencia en el ámbito de la actuación de la Administración, sino una medida idónea para no frustrar la efectividad de la Sentencia»[12].

No hay, pues, nada más que decir.

[12] Véase el comentario de esta importante sentencia de Eduardo García de Enterría (1993), «Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas) y "jurisdicción plenaria" de los Tribunales contencioso-administrativos no limitada al efecto revisor de actos previos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 79 (págs. 475-490).