

La extensión subjetiva de las sentencias estimatorias del recurso de amparo

María José Alonso Mas
Doctora en Derecho
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ALCANCE SUBJETIVO DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL. A) *La declaración de nulidad del acto lesivo del derecho fundamental.* B) *El reconocimiento del derecho fundamental lesionado, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.* C) *El restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad, con la adopción, en su caso, de medidas para su conservación.* a) La posición del Tribunal Constitucional. b) La jurisprudencia contencioso-administrativa dictada bajo la vigencia de la Ley de 1956. c) La extensión subjetiva de las sentencias que reconocen una situación jurídica individualizada en la nueva LJCA.—III. LA REVISIÓN DE OFICIO COMO VÍA DE PROTECCIÓN DE LOS TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES LESIONADOS CUANDO OTRAS PERSONAS EN LA MISMA SITUACIÓN HAN SIDO AMPARADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. A) *La revisión de oficio de actos ya declarados nulos por el TC.* B) *La naturaleza de la revisión de oficio como acción de nulidad en sentido estricto.* C) *Los efectos del dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico emitidos fuera de plazo en la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho.*—IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La conocida STC 67/89, de 18-4, declaró la nulidad de unas bases de oposiciones que establecían lo que se denomina habitualmente el sistema de mochila, es decir, la posibilidad de que los interinos y contratados administrativos acumularan los puntos obtenidos por servicios prestados a la Administración a fin de superar los ejercicios de una oposición que, de otro

modo, habrían suspendido¹. El TC, con todo acierto, entiende que constituye una discriminación y es contrario a los principios de capacidad y mérito exigir un distinto nivel de conocimientos según se hayan o no prestado esos servicios previos².

Con anterioridad a dicha sentencia, el Ayuntamiento de Valencia había convocado varias plazas de auxiliares administrativos. En la base tercera de la convocatoria, se recogió el sistema de mochila. Contra dichas bases se interpuso un recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por la extinta Audiencia Territorial en sentencia de 21-10-86. La STS de 12-9-87 (A.6606), sin embargo, revocó esta sentencia y confirmó las citadas bases.

Celebrados los ejercicios, algunas personas que los habían aprobado no fueron nombradas funcionarios, al ser aventajadas por interinos que consiguieron superar estas oposiciones gracias a los puntos que llevaban en la mochila. Contra las resoluciones correspondientes se presentó recurso con-

¹ Un comentario a la misma en J.M. ALEGRE ÁVILA, «La función pública y los interinos y contratados (la STC 67/89, de 18-4). Una reflexión sobre los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad», en *REALA*, núm.243, 1989, págs. 663 y ss.; E.GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública», en *RAP*, núm.121, 1990, págs. 247 y ss.

² Desgraciadamente, la STC 185/94, de 20-7, y otras varias que siguen su doctrina —a las que se han formulado votos particulares por Gabaldón López, cuyo parecer suscribimos— han establecido algo diferente para el caso de los profesores no universitarios, ya que la Disposición Transitoria tercera de la LOGSE señala que, durante las tres primeras convocatorias siguientes a su entrada en vigor, se podrá aplicar un sistema de valoración ponderada y preferente de méritos y conocimientos. Para el TC, dada la configuración legal del derecho de acceso a la función pública, esto significa que es legítimo que para superar los ejercicios de la fase de oposición puedan computarse los cursos de formación realizados. Aparentemente, ello no supone exigir un menor nivel de conocimientos a quienes hubieran prestado servicios previos, sino sólo a los que tienen una formación complementaria por haber asistido a cursos de formación. Pero a éstos, en la práctica, difícilmente pueden acceder los que no son interinos.

Por otra parte, y con independencia de esta última observación, me parece lamentable que el TC, que en otras ocasiones había declarado la contradicción entre la mochila y el art.23 CE, ahora diga lo contrario con base en la configuración legal del derecho de acceso a la función pública. Configuración legal no significa desconstitucionalización. Por supuesto, es mucho más cómodo para el TC razonar sobre lo dispuesto en la ley, mucho más concreta, que sobre los genéricos y vagos preceptos constitucionales. Pero su misión es precisamente salvaguardar estos últimos. Que el TC se ampare, en esta como en tantas otras ocasiones, en la configuración legal del derecho a la igualdad de acceso a la función pública de acuerdo con los principios de capacidad y mérito ocasiona, por otra parte, gran inseguridad jurídica, ya que los ciudadanos en este punto ya no saben a qué atenerse.

Además, esa remisión a la configuración legal del derecho de acceso a la función pública complicaba los efectos del art.62.1.a) de la Ley 30/92, en su redacción anterior a la Ley 4/99, de 13-1. En efecto, CHINCHILLA MARÍN, C., «Nulidad y anulabilidad», en *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, dir. LEGUINA VILLA, J., y SÁNCHEZ MORÁN, M., Tecnos, Madrid, 1993, págs. 196-197, criticaba la anterior redacción del precepto en la medida en que restringía los casos de nulidad absoluta a las infracciones del contenido esencial de los derechos susceptibles de amparo, entre otras cosas por cuanto las sentencias de amparo declaran la nulidad de pleno derecho de los actos lesivos de derechos fundamentales, sin distinguir entre su contenido esencial y su configuración legal. Pues bien, si la mochila infringe sólo la configuración legal del derecho del art. 23 en sistemas distintos al de la LOGSE, ¿deberán las Salas de lo contencioso, o la propia Administración en vía de revisión de oficio, declarar la nulidad o proceder a la anulación de las bases en las que se establezca este sistema? Tras la Ley 4/99, no cabe la revisión de oficio de los actos anulables; pero, con el nuevo art. 62.1 a), hay que entender que estamos ante un caso de nulidad de pleno derecho. En todo caso, según BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia del acto administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp.63 ss., la distinción entre nulidad y anulabilidad del acto administrativo es relativa.

tencioso-administrativo, que fue desestimado por sentencia del TSJ de 29-9-92, al entender la Sala que existía cosa juzgada.

Interpuesto recurso de amparo, el TC lo estimó en su sentencia 93/95, de 19-6. De conformidad con el art.55 de su Ley orgánica, dicha sentencia declaró el derecho de los recurrentes a ser nombrados funcionarios y además declaró la nulidad de los nombramientos de quienes habían superado los ejercicios gracias a los puntos obtenidos por servicios previos. Sin embargo, y en virtud del principio de conservación de los actos administrativos, consideró procedente acotar los efectos de la nulidad; de modo que la misma no se extendería a los *nombramientos* de quienes habrían aprobado todos los ejercicios sin necesidad de esos puntos adicionales. Esto último ya se había hecho en la sentencia 67/89.

La sentencia 93/95 fue objeto de un incidente de nulidad de actuaciones promovido por el Ayuntamiento y por los que habían sido nombrados gracias a la mochila, incidente que fue finalmente desestimado por ATC 3/96, de 15-1³.

Mientras se tramitaba dicho incidente, aquellos que, habiendo aprobado todos los ejercicios, no recurrieron en amparo, solicitaron ser nombrados funcionarios de carrera y que se les adjudicaran las plazas que supuestamente habían quedado vacantes como consecuencia de la declaración de

³ La razón por la que se planteaba dicho incidente consistía en que la Sala de Valencia no había emplazado ante el TC a estas personas, que no pudieron ser oídas en el recurso de amparo. El TC desestimó el incidente, con base en dos razones fundamentales. La primera de ellas es que no se había producido indefensión material, que exige el art. 238.3 LOPJ. Esto es así porque, como resalta el auto que comentamos, ya la STC 67/89 había establecido una clara doctrina sobre la cuestión; de modo que ni lo más mínimo se habría alterado el fallo de haber sido oídos quienes plantearon el incidente.

La otra razón aducida por el TC es su falta de jurisdicción para conocer de un incidente de nulidad de actuaciones una vez ha recaído sentencia, como se desprende del art. 240.2 LOPE —*vid.* no obstante el art. 240.3, añadido por la LO 5/97, de 4-12, y redactado por la LO 13/99, de 4-5—. Sin embargo, a mayor abundamiento, el Tribunal, para reforzar esta declaración de falta de jurisdicción, afirma que el amparo *había sido agotado a través del restablecimiento del derecho fundamental lesionado a los recurrentes*, y añade que la sentencia había sido ejecutada a satisfacción de éstos. Con esto, parece avalar la opinión del letrado consistorial, que había solicitado la nulidad de la sentencia con base en el argumento de la indefensión o subsidiariamente una declaración de que la misma quedaba ejecutada simplemente con el nombramiento de los recurrentes en amparo como funcionarios de carrera. Es decir, el TC *olvida* que en la sentencia de amparo asimismo se había declarado la nulidad de los nombramientos de quienes aprobaron con los puntos que llevaban en la mochila. No obstante, el auto deja abierta la vía del incidente de ejecución, aunque sólo para los que fueron demandantes de amparo.

Realmente, el Tribunal se podría haber ahorrado esa declaración relativa al agotamiento de los efectos del amparo, que sólo induce a error y confusión. Pero, en todo caso, a mi juicio, una cosa queda bien clara: la sentencia sí declara la nulidad y el TC no puede modificar su fallo ni siquiera a través de un auto de aclaración; por tanto, ni mucho menos mediante un incidente de nulidad para el que él mismo reconoce que carece de jurisdicción.

Por último, para desestimar el incidente de nulidad de actuaciones, el TC se basa asimismo en la doctrina sentada en su sentencia 56/85, de 29-4. En la misma, se viene a decir que quien no ha sido emplazado personalmente, y no obstante conoce el proceso y no se persona en el mismo colocándose en una situación de indefensión, no puede después alegar esta última. El TC entiende que los que se habían beneficiado del sistema de la mochila presumiblemente conocían la tramitación del proceso de amparo a través de los servicios jurídicos del Ayuntamiento. Lo que quizá sea mucho suponer, al menos para quienes eventualmente se hallaran en una situación distinta del servicio activo, o en comisión de servicios en otra Administración, o en situación de incapacidad laboral.

nulidad de los nombramientos de quienes habían aprobado gracias a los puntos que llevaban en la mochila. Es decir, entendieron que debía extenderse a ellos el fallo de la sentencia 93/95.

El Ayuntamiento, el día 10-11-95, acordó ejecutar dicho fallo por lo que respecta al nombramiento como funcionarios de los recurrentes en amparo, y les adjudicó unas plazas que en aquel momento estaban vacantes. Sin embargo, por lo que respecta a la efectividad de la declaración de nulidad de los nombramientos como funcionarios de carrera de los aprobados gracias a la mochila, y asimismo en relación con los nombramientos de los que no fueron parte en el recurso de amparo, y que habían quedado sin plaza pese a haber aprobado los ejercicios, se dejó la ejecución pendiente de lo que resolviera el TC sobre el incidente de nulidad de actuaciones.

Contra dicho acuerdo se interpuso recurso contencioso-administrativo por uno de los afectados. Por lo que respecta a la posibilidad de utilización del incidente de ejecución de sentencia, con base en el art. 92 LOTC, el ATC 3/96, de 15-1, declaró que en dicho incidente sólo se hallan legitimadas las partes demandantes de amparo.

Los opositores que no habían sido partes en el recurso de amparo, y que pretendían la extensión de los efectos de la sentencia 93/95, instaron del Ayuntamiento de Valencia la revisión de oficio de aquellos acuerdos ya declarados nulos por el TC. Sin embargo, el Consejo de Estado, en su dictamen de 31-10-96, ha entendido que no procede la revisión de oficio de algo que ya no existe en el mundo del Derecho. Pero, antes de la emisión de ese dictamen, pasaron los tres meses de plazo para resolver la solicitud, por lo que a instancia de los promotores de la revisión se expidió, de acuerdo con el art. 102.4⁴ de la Ley 30/92, en su redacción entonces vigente, certificación de acto presunto desestimatorio, contra el que estas personas han promovido, a su vez, recurso contencioso-administrativo.

Ha sido preciso efectuar este extenso relato de los hechos debido a la complejidad de los mismos. Pero no sólo son complejos los hechos, sino también la problemática jurídica de fondo. Aquí se entremezclan cuestiones tales como el alcance subjetivo de las sentencias estimatorias del recurso de amparo constitucional, la naturaleza, requisitos y límites de la revisión de oficio o los efectos de la declaración de nulidad de pleno derecho efectuada por una sentencia de amparo. También existen otras cuestiones entremezcladas, como la del plazo para emitir al dictamen en los procedimientos de revisión de oficio. Incluso subyace el complicado tema del plazo para recurrir los actos nulos de pleno derecho.

Por último, cabría plantear asimismo la incidencia que en este supuesto puede tener la nueva Ley 29/98, de 13-7, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, cuyos arts. 110 y 111 establecen la posibilidad de exten-

⁴ La Ley 4/99, de 13-1, ha suprimido la certificación de acto presunto como requisito de eficacia de dichos actos, aunque el nuevo art. 43.5 prevé la posibilidad de solicitar una certificación que servirá como un medio de prueba más de la producción de los efectos del silencio administrativo.

der a terceras personas los efectos de las sentencias que reconocen una situación jurídica individualizada, en materia tributaria y en materia de personal.

II. EL ALCANCE SUBJETIVO DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

El art. 55.1 de la LOTC establece que la sentencia estimatoria del recurso de amparo contendrá varios pronunciamientos. El primero de ellos es el de la nulidad de los actos lesivos del derecho fundamental de que se trate; pero se subraya que el TC podrá determinar la extensión de los efectos de la misma. En segundo lugar, el reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado. En tercer lugar, el restablecimiento del recurrente en la plena integridad de su derecho o libertad, con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

Lógicamente, hay que plantear el alcance subjetivo de cada uno de estos pronunciamientos. No debemos *a priori* partir de que dicho alcance es el mismo en todos los casos, sino estudiarlos por separado. No obstante, quizá sea conveniente efectuar una serie de consideraciones previas.

La primera de ellas es que la LOTC, en sus arts. 42 a 44, establece una serie de plazos en los que se debe presentar el recurso de amparo. Dicho en otros términos, si bien es cierto que parte de la doctrina se inclina por entender que los actos nulos de pleno derecho se pueden recurrir en cualquier momento, con base sobre todo en el art. 102 de la Ley 30/92, parece que la LOTC entiende lo contrario⁵.

Quizá la diferencia entre la regulación del plazo en el caso de la revisión de oficio y el plazo para recurrir en amparo se deba precisamente al distinto alcance de una y de otro. El amparo busca esencialmente la protección y restablecimiento del derecho o la libertad lesionados. Es un recurso pues de naturaleza esencialmente subjetiva, en el sentido de que lo que se busca es amparar la situación jurídica de los recurrentes de acuerdo con sus pretensiones, aunque el TC también declare la nulidad del acto lesivo del derecho fundamental. La revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho, por el contrario, atiende únicamente, según el dictamen del Consejo de Estado de 31-10-96, a la posibilidad de declarar esa nulidad. Aun cuando los derechos fundamentales y las libertades públicas no son renunciables, no parece ilógico establecer plazos preclusivos para presentar recursos dirigidos a su restablecimiento. Por el contrario, cuando se trata de eliminar del mundo jurídico actos nulos de pleno derecho, el legislador, con

⁵ La STS de 19-9-86 señala que la nulidad de pleno derecho está sujeta a plazos para recurrir, ya que en otro caso no tendría sentido la existencia de un plazo para interponer el recurso de amparo.

el límite del art. 106 de la Ley 30/1992, ha primado la legalidad sobre la seguridad jurídica. No obstante, más adelante veremos si es correcto sostener en todos los casos, y concretamente en el que nos ocupa, una concepción tan restrictiva de los límites de la revisión de oficio.

En consonancia con la existencia de esos plazos preclusivos para recurrir en amparo, la LOTC, en su art. 47, prevé únicamente la figura del co-demandado y la del coadyuvante del demandado, mas no la del coadyuvante del demandante. Ello también ocurre en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, de acuerdo con la jurisprudencia⁶. Dicho en otros términos, si en el proceso de amparo y en el contencioso-administrativo no existe la figura del coadyuvante del demandante, ello se debe sencillamente a que se entiende que esa persona no recurrió en su momento, por lo que ya no puede hacerlo. La Ley 29/1998, de 13-7, ha eliminado la figura del coadyuvante, con lo que se corrobora lo que acabamos de decir, sin perjuicio de la posibilidad prevista en los arts. 110 y 111 de la misma.

A) *La declaración de nulidad del acto lesivo del derecho fundamental*

En principio, el amparo es un recurso que tiene carácter subjetivo. Es decir, está pensado esencialmente para proteger los derechos fundamentales de los recurrentes y restablecerlos en su integridad. Sin embargo, resulta lógico que el TC, además, declare la nulidad del acto lesivo del derecho fundamental, como establece el art. 55 LOTC.

En relación con el alcance de esta nulidad, se plantean dos problemas. Uno de ellos es el de la extensión subjetiva de dicha declaración. El otro es el de la posible modulación de las consecuencias de la nulidad por la propia sentencia, ya que el art. 55 permite que el TC acote, en su caso, los efectos de la misma.

En cuanto a la primera cuestión, a mi juicio está clara. GARRIDO FALLA⁷ señalaba, en relación con la jurisprudencia recaída bajo la vigencia de la Ley de lo contencioso de 1894, que el hecho de que esa norma sólo se refiriera al recurso de plena jurisdicción, siendo el de anulación una creación jurisprudencial, había conducido a la paradoja de que algunas sentencias declaraban nulo el acto sólo en relación con los recurrentes. El autor citado, con todo acierto, sostenía ya entonces que esta postura carece de sentido. Si un acto es nulo, lo es para todo el mundo. Otra cosa es la posible declaración de nulidad de actuaciones en caso de que los favorecidos por el acto declarado nulo no hayan sido oídos en el proceso, o la posibilidad de casación de una sentencia dictada por una Sala de lo contencioso en el mismo caso, siempre que se haya producido indefensión efectiva y material; en cuyo caso se dictará una nueva sentencia, esta vez con pleno respeto a los derechos de

⁶ SSTS de 14-10-91 (A.7539) y de 26-11-91 (A.9650), entre otras.

⁷ F. GARRIDO FALLA, «El recurso subjetivo de anulación», en *RAP*, núm. 8, 1952, págs. 177 y ss.

defensa, en la que se declarará o no la nulidad del acto en cuestión⁸. Pero no cabe partir la nulidad y decir que un acto es nulo para unos y no para otros. La nulidad es objetiva.

En relación a la posible modulación de los efectos de la nulidad en la propia sentencia, la STC 45/89, de 20-2, que declaró inconstitucional la acumulación de rentas familiares en el IRPF, sostuvo que la eficacia de las sentencias constitucionales, cuando las mismas declaran la nulidad, es como regla general retroactiva, que es lo propio de la nulidad, y sólo si el mismo TC modula sus efectos se producirá la prospectividad⁹. Concretamente, en la misma se afirma que las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad tienen como límite a su eficacia retroactiva la cosa juzgada —de acuerdo con el art. 161.1a) CE y 40 LOTC—, pero también los actos firmes por no haber sido impugnados a tiempo, en la medida en que, de no entenderse así, quedarían en mejor situación los que no recurrieron que aquellos que obtuvieron una sentencia desestimatoria. En todo caso, en esta sentencia pesaron también otras consideraciones, como el grave quebranto al Tesoro público que se habría producido de no ponerse en este caso límites a la retroactividad, o incluso la configuración unitaria de la legislación entonces vigente del impuesto sobre la renta, que de aplicarse parcialmente habría conducido, de acuerdo con el TC, a resultados injustos.

En el caso que nos ocupa, la retroactividad inherente a la declaración de nulidad provocaría, en puridad, la necesidad de reelaborar la lista de los aspirantes aprobados. Esto requiere una aclaración adicional. En efecto, el fallo constitucional declara la nulidad de las resoluciones de la alcaldía por las que se procedía a nombrar funcionarios de carrera a una serie de personas. No se extiende de modo explícito a la declaración de nulidad de las bases. Sin embargo, lo cierto es que, frente a la alegación de que esas bases no habían sido recurridas en su momento —salvo por una persona que, como se recordará, luego no fue parte en el recurso de amparo—, el TC declara que, en caso de lesión de derechos fundamentales *por las propias bases* de la convocatoria, no cabe esgrimir la excepción de acto consentido e impedir así el enjuiciamiento de los actos de aplicación de aquéllas¹⁰. En suma, el fallo no declara expresamente la nulidad de la base —porque la misma no se había impugnado, entre otras cosas—, pero a la misma se le imputa la lesión del derecho fundamental y por tanto la nulidad es también predicable de ella.

⁸ Art. 238.3 LOPJ y art. 95 LJCA.

⁹ En sentencia, que se dictó a consecuencia de la denominada autocuestión de inconstitucionalidad, ha sido comentada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales», en REDA, núm. 61, 1989, págs. 5 y ss. Vid. asimismo BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia...*, cit., págs. 341 y ss., quien afirma que en caso de inconstitucionalidad la regla general ha de ser la retroactividad.

Sobre el carácter retroactivo de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo, vid. J.M^a. BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, 7^a ed., Civitas, Madrid, 1993, págs. 123 y ss.; del mismo autor, *Derecho Administrativo*, 10^a ed., Civitas, Madrid, 1996, págs. 375 y ss.

¹⁰ Con ello, el TC relativiza en buena medida el alcance de un importante obstáculo a la tutela judicial provocado por la distinción entre reglamento y acto administrativo general.

Si efectivamente las bases son nulas en la medida en que establecían la mochila, y si la nulidad es retroactiva —salvo que el TC diga lo contrario en algún concreto—, obviamente esa nulidad debe comportar la desaparición de sus efectos del mundo jurídico. Por tanto, procedería no sólo la nulidad de los nombramientos —lo que se dice expresamente en el fallo—, sino además proceder al nombramiento de quienes habían aprobado los ejercicios y no fueron nombrados por haber sido superados por los favorecidos por la mochila. No obstante, a esta posición podría objetarse la firmeza de los actos en que se excluyó del nombramiento a quienes no fueron parte en el recurso de amparo, siguiendo la doctrina de la STC 45/89.

Por supuesto, el fallo podría tener otra lectura. Podría entenderse que el TC no declara la nulidad de las bases, no sólo por cuanto no se le había pedido, sino también por entender que, de declararse la misma, con todo lo que comporta, el amparo se estaría otorgando también a quienes no fueron parte en el recurso. Ello conecta con el siguiente problema que tenemos que tratar; pero, no obstante, me parece que esta lectura de la sentencia es forzada. Entre otras cosas, porque esa limitación subjetiva del alcance del fallo podría haberse establecido expresamente por el TC con base en la firmeza de los actos por los que se denegó el nombramiento de quienes no fueron parte en el recurso de amparo, en caso de que aquél hubiera declarado asimismo la nulidad de las bases. La única razón por la que no menciona esta última fue, simplemente, que no se le había pedido.

En todo caso, el TC sí hace uso de su potestad de modulación de los efectos de la nulidad. Así, afirma que la misma no se extiende a los nombramientos de aquellas personas que habrían superado todos los ejercicios sin necesidad de mochila. Esto no es sino una consecuencia del principio de conservación de los actos administrativos, pero es muy conveniente que el TC haya efectuado semejante declaración¹¹. Notemos, no obstante, que la declaración de conservación se extiende a los nombramientos efectuados. No se dice que deban conservarse las calificaciones obtenidas por todos los que aprobaron los ejercicios sin mochila. Pero la razón es la apuntada hace un momento: lo que se recurrió en amparo fueron los nombramientos, no las bases. Por tanto, lo que había que conservar era precisamente algunos de esos nombramientos, sin necesidad de hacer referencia a los trámites anteriores.

B) *El reconocimiento del derecho fundamental lesionado, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado*

Esto último no plantea problemas en el caso que nos ocupa. El único problema es el de la extensión subjetiva de esta declaración. Pero a ello nos referiremos en el apartado siguiente.

¹¹ Siguiendo a BELADIEZ, op.cit., págs. 289 y ss., cabe entender que estamos ante la conservación, y no ante la economía procesal, ya que se trata de unas bases nulas sólo en parte, y de la conservación de los actos subsiguientes no afectados por esa nulidad parcial de las bases.

C) *El restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad, con la adopción, en su caso, de medidas para su conservación*

a) La posición del Tribunal Constitucional

En este punto, la LOTC, a diferencia de lo que ocurre con el pronunciamiento referente al reconocimiento del derecho o la libertad lesionado, acota de modo explícito el fallo a los recurrentes. Ello se debe al carácter esencialmente subjetivo del recurso de amparo constitucional, al menos por lo que respecta a este pronunciamiento de plena jurisdicción, que es el esencial dentro de este recurso.

Es decir, como antes he señalado, si existen unos plazos preclusivos para recurrir en amparo, y no se recurre, la jurisdicción constitucional queda agotada respecto de esas personas que no recurrieron.

Esta es la opinión de que se hace eco el ATC de 15-1-96. En efecto, el art. 92 LOTC permite presentar incidentes de ejecución, pero el TC entiende que los mismos sólo pueden plantearse por quienes han sido parte en el recurso de amparo. Esto es, sobre la base del carácter subjetivo de este recurso, considera que el amparo se agota con el restablecimiento de los recurrentes en la integridad de su derecho fundamental, sin que por lo tanto el Tribunal pueda extender su ejecución a los no recurrentes.

b) La jurisprudencia contencioso-administrativa dictaba bajo la vigencia de la Ley de 1956

La jurisprudencia contencioso-administrativa mantiene al respecto una posición parcialmente distinta, y más progresiva. En efecto, como resalta TOLEDO JÁUDENES¹² el art. 86.2 de la LJCA de 1956, entonces vigente, que establecía que la sentencia estimatoria de la nulidad tendría efectos también en relación con quienes no fueron parte en el recurso, se interpretó por el ATS de 29-11-85 de un modo muy progresivo; de manera que, frente a las tradicionales consecuencias del carácter revisor del orden contencioso-administrativo, entendió posible que en ejecución de sentencia se instara por quienes no fueron parte en el recurso la extensión de los efectos de aquélla, incluso en la medida en que la misma declarara situaciones jurídicas individualizadas¹³.

¹² J. TOLEDO JÁUDENES, «Extensión "ultra partem" de la eficacia de la sentencia administrativa en trámite de ejecución», en *RAP*, núm. 109, 1986, págs. 247 y ss. Puede asimismo verse J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1995, págs. 1086 y ss.

¹³ Sobre este auto, *vid.* P. GONZÁLEZ SALINAS, «La eficacia jurídica de la sentencia», en *REDA*, núm. 46, 1985, págs. 257 y ss. En sentido contrario, STS de 1-6-87 (A.3980), que sigue a la de 29-6-81 (A.2805).

En efecto, resalta el autor citado —y esto tiene una importancia esencial para resolver, en el caso que nos ocupa, qué procedía hacer con los que, debiendo haber sido nombrados, no recurrieron en amparo— que desde un primer momento la jurisprudencia del TS tuvo claro que la declaración por sentencia de una situación jurídica individualizada debía favorecer asimismo, por el principio de igualdad, a quienes no fueron parte en el recurso. Sin embargo, añade que durante mucho tiempo se entendió que, para ello, había que acudir a un nuevo proceso contencioso-administrativo. La ventaja que proporciona el ATS de 29-11-85 es que afirma la posibilidad de que ese reconocimiento se efectúe en ejecución de sentencia.

En efecto, del art. 86.2 LJCA de 1956 se desprendían varios problemas. El primero de ellos es el de si el mismo se aplicaba sólo a los pronunciamientos anulatorios o si también era aplicable a los de plena jurisdicción. El precepto se refería explícitamente sólo a los primeros; pero, si se circunscribía a los mismos, o bien sería inocuo —porque la nulidad siempre es *erga omnes*— o bien inconstitucional por posibilitar la indefensión de quienes no fueron parte en el recurso. Por tanto, parece evidente que también debía referirse a los pronunciamientos en los que se declaran situaciones jurídicas individualizadas. La STC 111/92, de 14-9, afirma que esta cuestión era de mera legalidad ordinaria, al entenderse que la extensión subjetiva de los efectos de una sentencia no es inconstitucional si no se vulneran derechos fundamentales¹⁴.

El segundo es el relativo a si esos efectos *erga omnes* debían producirse en ejecución de sentencia o si resultaba necesario instar un nuevo recurso contencioso-administrativo. Ya hemos visto cuál es la postura del ATS de 29-11-85.

También sabemos que el ATC 3/96, de 15-1, sostiene una posición no tan avanzada en relación con el recurso de amparo. Démonos cuenta, sin embargo, de que no niega la posibilidad de extensión de los efectos del amparo a terceras personas; sólo afirma *obiter dictum* que le falta jurisdicción para amparar a los no recurrentes en ejecución de sentencia, ya que los mismos no se hallan legitimados para plantear el incidente. Dicho de otro modo, procedimentalmente el cauce para hacer valer esas situaciones jurídicas no es el incidente de ejecución de la sentencia de amparo, pero el TC no cierra —no puede hacerlo, ya que no entra dentro de los límites de su jurisdicción— la posibilidad de que quienes no recurrieron a tiempo puedan acudir a otras instancias para ser tratados del mismo modo que quienes obtuvieron el amparo.

¿Podría el TC haber efectuado otra interpretación del art. 92 de su Ley orgánica? En la misma, no existe ningún precepto semejante al art. 86.2 de la derogada LJCA. Ésta, además, no se declaraba de aplicación supletoria. No obstante, pensemos que este artículo se refería expresamente sólo a la

¹⁴ En todo caso, esta sentencia estimó el recurso de amparo interpuesto contra diversos autos que extendían los efectos de una sentencia, ya que se había presentado contra la misma un recurso de apelación en interés de la ley, recurso que perdía su razón de ser al extenderse a gran número de personas los efectos de aquélla.

extensión de los efectos de la nulidad, y sin embargo la jurisprudencia ha extendido su ámbito a los pronunciamientos en que se reconocen situaciones jurídicas individualizadas¹⁵; y pensemos además que los pronunciamientos de plena jurisdicción en la LJCA están pensados precisamente para restablecer situaciones jurídicas individualizadas, al igual que el pronunciamiento de plena jurisdicción en vía de amparo. Incluso parece que la extensión de la protección a terceros de los derechos fundamentales tiene un fundamento si cabe mayor que la de cualesquiera otros derechos o intereses legítimos. No obstante, esta razón fundamental es de índole material, no procesal, que es la perspectiva desde la que el TC dicta ese auto.

En todo caso, es cierto que, en relación con el art. 86.2 LJCA, existían dos posiciones. Una de ellas es la que acabamos de comentar; es decir, la que afirmaba que, bien por vía del incidente de ejecución de sentencia, bien a través de un nuevo proceso administrativo, cabía la posibilidad de extensión a terceros de los efectos del fallo en el que se reconocen derechos¹⁶. La segunda, aparentemente más restrictiva, defendía que no era viable dicha extensión, ya que el art. 86.2 se refería a las sentencias anulatorias.

En realidad, a mi juicio, no existe contradicción entre ambas corrientes. Si examinamos sentencias de uno y otro grupo, podemos concluir que las primeras se refieren a supuestos en que no se ha producido la excepción de acto consentido, dado que el proceso anterior tuvo su causa en la denegación por la Administración de una petición efectuada por quienes recurrieron en el primer proceso pero no por quienes pretenden la extensión de los efectos de la sentencia. Por el contrario, en el caso de las segundas se trataba de un acto administrativo anulado por sentencia y que afectaba directamente tanto a quienes recurrieron como a quienes no lo hicieron, respecto de los cuales por lo tanto podría entenderse que se ha producido la excepción de acto consentido¹⁷.

¹⁵ A.B. GÓMEZ DÍAZ, «La eficacia de las sentencias contencioso-administrativas: entre la dogmática y la ingeniería judicial», en *RAP*, n.º 144, 1997, págs. 268 ss., señala que el dogma de la no extensión subjetiva de los efectos de las sentencias estimatorias de situaciones jurídicas individualizadas tiene ciertas queiebras, debidas en primer lugar a que determinados fallos anulatorios llevan implícita y automáticamente consigo el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, y en segundo lugar al juego del principio de igualdad. Así, concluye que no hay razones para la regla de la no extensión subjetiva de los efectos de estos fallos, como no sea la propia comodidad de la Administración.

¹⁶ *Vid.* por ejemplo STS de 28-3-87 (A.1600), referente a la solicitud de reconocimiento de cierto nivel retributivo de unos funcionarios. En este caso no se había procedido por la vía de ejecución de sentencias. En el mismo sentido, SSTS de 22-6-87 (A.4216) y de 23-6-84 (A.4264).

La de 2-3-87 (A.1520) también tiene el mismo sentido, pero añade que su pronunciamiento se basa no sólo en el principio de igualdad, sino también en el de unidad de doctrina. De aquí se deduce algo que se clarifica en la STS de 23-2-87 (A.608): en estos casos no se está aplicando en realidad el art. 86.2 LJCA de 1956 —ya que no se actúa en ejecución de sentencias—, sino el *stare decisis*. La STS de 26-6-89 (A.5958) señala que, cuando se aplica este precepto en caso de anulación de una norma, no se trata en realidad de un pronunciamiento de eficacia extendida, sino de un pronunciamiento general.

¹⁷ La STS de 20-11-95 (A.8340) afirma que lo dispuesto en el art. 86.2 LJCA de 1956 no obstaba a lo que establecía el art. 120 LPA de 1958. Y la de 31-5-88 (A.4012) señala que las sentencias contencioso-administrativas sólo vinculan *erga omnes* cuando se trata de la nulidad de reglamentos. La de 10-12-92 (A.9753) afirma que no procede la devolución de ingresos indebidos al amparo de la declaración de nuli-

En efecto, respecto de quienes no fueron parte en el proceso no podría en ningún caso alegarse la excepción de acto consentido si lo reconocido por sentencia hubiera sido una situación jurídica cuyo reconocimiento se solicitó por otras personas a la Administración y no se obtuvo por éstas.

El auto del TS de 29-11-85 venía referido a un supuesto incardinable en el primer caso; concretamente, se trataba del reconocimiento de trienios a ciertos funcionarios. En cambio, en principio el supuesto que nos ocupa podría entenderse incardinable en el segundo grupo. El Ayuntamiento había dictado un acto por el que se nombraba funcionarios a determinadas personas y se dejaba de nombrar a otras, algunas de las cuales recurrieron y otras no. Por eso, parece lógico que respecto de estas personas se intentara la revisión de oficio o el incidente de ejecución ante el TC antes que el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo municipal de 10-11-95, por el que se había denegado, hasta tanto resolviera el TC el incidente de nulidad de actuaciones, la solicitud de nombramiento de esas personas que no recurrieron en amparo. Dicho acuerdo, en efecto, se podría quizás entender confirmatorio de los recurridos ante el TC.

La cuestión radica, sin embargo, en si en este peculiar supuesto es admisible la excepción de acto consentido o la del acto confirmatorio de otro que ya lo está. En efecto, ya hemos visto que el TC, en el caso de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley, considera que la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad no se extiende a los actos sobre los que se ha producido la cosa juzgada —como afirma el art. 161.1 a) CE—, pero tampoco a aquellos que devinieron firmes por no haber sido recurridos en tiempo y forma; en la medida en que, en caso contrario, quedaría en mejor posición aquel que adoptó una actitud pasiva y no recurrió que

dad de pleno derecho de un precepto reglamentario, ya que los pronunciamientos de plena jurisdicción que anulan un acto por ser nulo el reglamento en que se apoya sólo tienen efectos entre las partes, por imperativo del derogado art. 120 de la LPA.

El ATS de 31-7-91 (A.6518) afirma, con base en el art. 40 a) LJCA de 1956 —art. 28 de la Ley 29/98—, que es improcedente reconocer situaciones jurídicas individualizadas en ejecución de sentencia a quienes no fueron parte en el recurso, ya que no presentaron el contencioso-administrativo a pesar de haber sido parte en el expediente. En todo caso, hay que hacer notar que la sentencia cuya extensión se pretendía no había reconocido derecho alguno. Además, este auto afirma que el ATS de 29-11-85 había solventado un caso diferente por cuanto en el mismo se podía obtener por vía de ejecución forzosa la plena efectividad de lo pretendido; y añade que siempre cabría dirigirse de nuevo a la Administración y provocar así un nuevo contencioso. No se niega pues la posibilidad de extensión de los efectos de la sentencia a través de un nuevo proceso, aunque ello se contradice con la alusión al art. 40 a).

GÓMEZ DÍAZ, «La eficacia de las sentencias...», cit., págs. 270 ss., comenta una sentencia de 29-2-96 (A.1824), en la que se rectifica de modo expreso la doctrina del auto que comentamos en el texto. La sentencia se basa en las menores garantías del trámite de ejecución de sentencias respecto del proceso completo, además de en lo que disponía el art. 86.2 de la Ley de 27-12-56. Esta sentencia cita en apoyo de su doctrina las SSTs de 12-11-91 (A.8809), 4-3-94 (A.2007) y 4-3-95 (A.2099). Las dos primeras, sin embargo, se limitan a reconocer la extensión *erga omnes* de los fallos anulatorios; la última de ellas, tras señalar que dicha extensión, cuando se trata de actos y no de reglamentos, habrá de examinarse caso por caso, para determinar si efectivamente existía identidad, añade *obiter dictum*, que ello es así aun cuando no sea posible cuando se trate de situaciones jurídicas individualizadas.

En todo caso, *vid.* A.E. DE ASÍS ROIG, «La conservación de actos no firmes dictados en ejecución de una disposición general declarada nula», en *REDA*, núm. 59, 1988, pág. 467 y ss.

aquel otro que recurrió y obtuvo sentencia desfavorable fundamentada en una ley finalmente declarada inconstitucional¹⁸. Por otra parte, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹⁹ entienden que, respecto de los actos nulos de pleno derecho, no cabe esgrimir la excepción de acto consentido ni la del acto confirmatorio.

Debe al respecto tenerse en cuenta que en este caso estamos ante un recurso de amparo, y no ante un recurso de inconstitucionalidad²⁰. Esto tiene dos consecuencias importantes. La primera de ellas es que el recurso se refiere a la infracción de derechos fundamentales, que gozan de una posición preferente en el Ordenamiento. Esta posición preferente, a mi juicio, debe permitir modular los efectos del acto consentido. Pensemos que el TC afirma, en sus sentencias 93/95, de 19-6, y 193/87, de 19-12, que no es de aplicación la doctrina del acto consentido en relación con las bases de unas oposiciones en aquellos supuestos en que la infracción del derecho fundamental es imputable a las mismas bases²¹. En todo caso, esta opinión es matizable, en la medida en que la STC 45/89, que como sabemos moduló los efectos retroactivos de la inconstitucionalidad de una ley, traía su causa de una previa sentencia estimatoria de un recurso de amparo, en la que se había afirmado que la aplicación de la entonces vigente Ley del IRPF daba lugar en ciertos casos a una infracción del art. 14 CE. Pero no deben perderse de vista la circunstancias particulares de esta sentencia, a que antes me he referido.

La segunda consecuencia es la siguiente: aun si no se aceptara lo que acabamos de decir, este caso es distinto al de la declaración de inconstitucionalidad de una ley y los efectos de la misma sobre actos ya firmes. En el supuesto que nos ocupa, en efecto, el TC declara la nulidad de unos actos de nombramiento. Éstos no son sino una pluralidad de actos singulares; no constituyen un acto general del que deriven otros ya firmes. Estos actos singulares se hallan conectados con otros, los que denegaron el nombramiento de quienes aprobaron los ejercicios pero quedaron fuera por no beneficiarse de la acumulación en la fase de oposición de puntos obtenidos por servicios previos. Los actos de nombramiento y los de no nombramiento se hallan todos al mismo nivel. En suma, si en el caso de la declaración de inconstitucionalidad

¹⁸ Puede verse, en sentido parecido, la jurisprudencia recaída en torno al antiguo art. 120 LPA, como por ejemplo la STS de 8-11-89 (A.1990) o la de 7-7-92 (A.6202). De la primera se desprende que los reglamentos que incurren en vicio de forma no son nulos, sino anulables, salvo que ese vicio de forma sea determinante de la nulidad radical. En este sentido, BOQUERA OLIVER, *Estudios...*, cit., págs. 155 y ss.; del mismo autor, *Derecho...*, cit., págs. 388 y ss.

¹⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 586, quienes añaden, en el volumen primero de su obra (7ª ed., Civitas, Madrid, 1995, págs. 12 y ss.) que la excepción de acto consentido y la del acto confirmatorio no se pueden aplicar mientras no hayan transcurrido los plazos de prescripción del derecho.

²⁰ Para BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia...*, cit., pág. 344, la sentencia de amparo siempre tiene eficacia retroactiva, salvo que el TC module esa retroactividad.

²¹ La STS de 22-7-86 (A.5548) afirma que la falta de impugnación dentro de plazo no puede perjudicar un derecho material de vida larga —se trataba de una concesión administrativa—. El caso de los funcionarios es análogo al de esta sentencia; además de que concurría una causa de nulidad absoluta.

de las leyes el asunto se puede resolver en términos de retroactividad o prospectividad, el supuesto que nos ocupa quizá se pueda entender en otros distintos, ya que los nombramientos y los no nombramientos fueron simultáneos, y además éstos no eran actos de ejecución de aquéllos, sino que la ligazón entre unos y otros era mucho más estrecha. En efecto, el vínculo entre ellos venía dado por la limitación de plazas convocadas. Si algunas de esas plazas quedan vacantes a consecuencia de la declaración de nulidad de los nombramientos, la consecuencia lógica no puede ser otra que proceder al nombramiento de quienes quedaron excluidos a consecuencia de la limitación de plazas²². A mayor abundamiento, si se tiene en cuenta la posición preferente de los derechos fundamentales²³.

En suma, en este caso estamos, me parece, ante un supuesto parecido al del art. 64.1 de la Ley 30/92, que afirma que la nulidad de un acto no lleva consigo la de los subsiguientes en el procedimiento que sean independientes del primero. Interpretado *a contrario sensu*, esto significa que los actos subsiguientes que dependan del mismo son también nulos²⁴. Creo

²² De la STS de 21-1-92 (A.741) parece desprenderse, aunque *obiter dictum*, que si de un acto anulable derivan otros firmes éstos deben mantenerse, pero no cuando ese acto fuera declarado nulo de pleno derecho. Éste es el caso que nos ocupa.

No sabemos bien si es que la sentencia sigue la tesis de BOQUERA OLIVER, *Estudios...*, cit., págs. 163 y ss. —*vid.*, asimismo, tras la derogación del art. 120 LPA, su obra *Derecho...*, cit., págs. 390 y ss., donde mantiene la misma postura—, para quien lo dispuesto en el art. 120 de la LPA dependía de si el reglamento era nulo o anulable, o si más bien lo que ocurre es que la sentencia entiende que frente a la nulidad de pleno derecho no cabe aducir la excepción de acto consentido. Sin embargo, que un acto sea nulo de pleno derecho no significa que lo sean también necesariamente los que derivan de él, salvo quizá si se da el supuesto de falta de potestad por ausencia de norma habilitante, que BELADIEZ, *op. cit.*, pág. 330, cataloga como caso de nulidad absoluta.

Esta autora, por otra parte, entiende que ambos grados de invalidez no se diferencian por sus efectos *ex tunc* o *ex nunc* —*op. cit.*, pág. 322—, ya que toda invalidez, a su juicio, debe entenderse retroactiva —*op. cit.*, págs. 63 y ss.—. La STS de 26-6-89 (A.5958) dice que en relación con el art. 120 de la antigua LPA no cabía distinguir entre nulidad absoluta o relativa, ya que a su juicio la nulidad del reglamento siempre es *ex tunc*.

En la actualidad, el art. 73 de la Ley 29/98 dispone que las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara sus efectos generales, salvo el caso de que la anulación del precepto suponga la exclusión o reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente. El art. 102.4 de la Ley 30/92, en su redacción dada por la Ley 4/99, de 13-1, recoge el contenido del antiguo art. 120 LPA en el caso de revisión de oficio de disposiciones generales; pero el art. 107.3 establece que contra las disposiciones generales no cabe recurso administrativo propiamente dicho.

²³ Incluso podríamos preguntarnos, en última instancia, si el acuerdo de 10-11-95 es confirmatorio de los anulados por el TC. Y ello, en la medida en que la STS de 22-10-91 (A.8293) y otras muchas —como la de 8-7-88 (A.5614)— afirman que dicha excepción requiere identidad de sujetos, fundamento y pretensiones —*vid.* asimismo BELADIEZ, *Validez y eficacia...*, cit., pág. 277—. Si se tiene en cuenta que cuando se dictaron los acuerdos municipales después impugnados en amparo no existía todavía ningún pronunciamiento del TC sobre la mochila, podría entenderse que los mismos no pudieron tener en cuenta un fundamento que ya estaba claro cuando se dictó el de 10-11-95 —y la desestimación presunta de la revisión de oficio—. Tengamos en cuenta que, además, lo que se pide en el primer caso es la ejecución total de una sentencia del TC, y en el segundo la revisión de oficio de los nombramientos.

Sobre los requisitos del acto confirmatorio, puede verse también J.L. VILLAR PALASÍ, «La doctrina del acto confirmatorio», en *RAP*, núm. 8, 1952, págs. 11 y ss., esp. págs. 62 y ss.

²⁴ STS de 24-2-89 (A.1294).

que esto mismo se puede aplicar a dos actos que son simultáneos, pero interdependientes, como ocurre en el caso que nos ocupa. Aún más, si las bases son nulas podemos entender que estamos ante el supuesto del art. 64.1 de la Ley 30/92, y no ante el del derogado art. 120 de la Ley de procedimiento de 1958²⁵, si se parte de la consideración de que las bases son actos administrativos generales no reglamentarios²⁶.

Por otra parte, para BELADIEZ²⁷, siguiendo a GÓMEZ-FERRER MORANT²⁸, el art. 120 de la Ley de procedimiento de 1958 —que regulaba un caso análogo al de los actos dictados al amparo de leyes inconstitucionales— debía interpretarse en el sentido de que, si otra norma confería cobertura al acto amparado en el reglamento declarado nulo, dicho acto era válido; en caso contrario debía entenderse nulo de pleno derecho por falta de potestad y ser revisado de oficio²⁹. Si esto es así, cabría entender revisable de oficio, no ya los nombramientos de quienes se beneficiaron del sistema de mochila —en la medida en que tales nombramientos fueron declarados nulos por el TC—, sino más bien *los actos en que se procedió a no nombrar* a los terceros que no instaron el recurso de amparo. Planteada así la revisión de oficio, no parece haber obstáculo en la sustitución de estos actos de no nombramiento por otros de nombramiento. Que el Consejo de Estado no haya interpretado de este modo —como veremos— la solicitud de revisión de oficio me parece una postura en exceso formalista.

De hecho, la propia STC 45/89, de 20-2, no cierra la posibilidad de revisión de oficio. La STS de 7-7-92(A.6202), que sigue su doctrina, afirma

²⁵ BELADIEZ, *Validez y eficacia...*, cit., págs. 289 y ss., entiende que el art. 64.1 tiene como presupuesto de hecho un acto parcialmente nulo del que derivan otros, algunos de los cuales estarán afectados por la nulidad y otros no. Si la autora tiene razón, éste es justamente el caso que nos ocupa: unas bases nulas sólo en la medida en que establecían el sistema de mochila, de las que se derivan nombramientos nulos y otros que son válidos, al no haber influido sobre ellos dicho sistema.

²⁶ Puede verse, sobre esta noción de acto administrativo general no reglamentario, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», en *RAP*, núm. 29, 1959, pág. 164; asimismo, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Actos administrativos generales y reglamentos», en *RAP*; núm. 40, 1963, págs. 225 y ss. En sentido contrario, véase BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, cit., págs. 65 y ss.

²⁷ *Validez y eficacia...*, cit., pág. 325.

²⁸ R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia», en *REDA*, núm. 14, 1977, págs. 387 y ss.

²⁹ En este punto, no obstante, la autora se aparta de GÓMEZ-FERRER, loc. cit., para quien dicho acto puede ser nulo o anulable, según los casos, cuando le falta la cobertura de una norma.

Por su parte, M.^o R. ESPEJO MEANA, «Nulidad del reglamento: efectos jurídico-materiales de la sentencia sobre los actos dictados en su aplicación. Comentario a la sentencia de la Sala tercera, Sección segunda, del Tribunal Supremo, de 21-7-91 (A.5594)», en *Revista andaluza de Administración pública*, núm. 12, 1992, pág. 137, entendía, antes de la Ley 30/92, que debía reinterpretarse el hoy derogado art. 120 de la Ley de procedimiento de 1958 en el sentido de que que, una vez publicada la sentencia declarativa de la nulidad del reglamento, se reabrían los plazos para recurrir los actos que tenían en el mismo su norma de cobertura, ya que de otro modo los actos anulables que no fueran manifiestamente ilegales, así como los dictados más de cuatro años atrás, habrían quedado sin posibilidad alguna de impugnación, al no poderse revisar de oficio.

A.E. DE ASÍS ROIG, «La conservación de los actos dictados al amparo de una disposición declarada nula», en *REDA*, núm. 59, 1988, pág. 468, entendía que el art. 120 no era directamente aplicable, sin más, en sede judicial, dado que el juez no se halla vinculado a las mismas ataduras que la Administración, y dada la superación de la consideración del proceso administrativo como una segunda instancia.

expresamente esta posibilidad. En todo caso, las mismas se refieren a los actos dictados al amparo de leyes o reglamentos declarados nulos, lo que no ocurre exactamente en el caso que nos ocupa.

Podemos incluso añadir que esta última sentencia, tras afirmar que lo dispuesto en el art. 86.2 debía entenderse sin perjuicio de que se diera acto consentido, añade que la eficacia de las sentencias respecto a terceros debe supeditarse a esto último *salvo que se precise quiénes son las personas afectadas por la misma además de las partes*. En nuestro caso, estaba muy claro quiénes eran esas personas, aunque la declaración de la sentencia no deja de ser un tanto enigmática³⁰.

De alguna sentencia del Tribunal Supremo parece desprenderse algo distinto de lo que aquí mantenemos. Me refiero concretamente a la de 21-5-87(A.3420). Se había concedido un crédito extraordinario para proceder a la ejecución de una sentencia de 13-10-78 (A.3109), que reconocía a ciertas personas la condición de administrativos y no de auxiliares. Se impugnó el acto para que se incluyera en dicho crédito lo necesario para integrar también en la categoría de administrativos a los recurrentes, que no habían sido partes en el pleito resuelto por dicha sentencia. Sin embargo, el recurso se desestima porque en la STS de 13-10-78 no se hacía referencia a quienes lo interpusieron.

Esta previa sentencia había estimado el recurso contra una orden de clasificación de los recurrentes como auxiliares del IRYDA, al entender que les correspondía la categoría de administrativos. Sin embargo, como este recurso no se estimó por lesión de derechos fundamentales sino por otros motivos, podría tener cierta lógica la aplicación a este caso de la doctrina del acto consentido. Si hay derechos fundamentales implicados, parece que la respuesta ha de ser diferente. Además, si bien aparentemente esta sentencia es más restrictiva que otras, hay que tener en cuenta en primer lugar que, si se entiende que la orden de clasificación no es un reglamento, contra la misma no cabrá el recurso indirecto y sí la excepción de acto consentido, con los matices antes señalados³¹. Por otra parte, la sentencia de 21-5-87 añade que

³⁰ De hecho, la sentencia afirma que el art. 86.2 comprendería normalmente supuestos muy concretos y generalmente desfavorables, como la anulación de una convocatoria. Debe tenerse en cuenta lo antes dicho sobre la nulidad de actuaciones procesales por indefensión material y efectiva. En nuestro caso, de cualquier manera, la extensión de los efectos de la sentencia producía un resultado favorable a los terceros.

³¹ Es difícil determinar, en el ámbito organizativo, cuándo nos encontramos o no ante un reglamento. En este caso, no se mencionaba nominalmente a los funcionarios pertenecientes a los cuerpos que se iban a integrar en otros. Sin embargo, si se entiende, con L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Actos administrativos generales y reglamentos», en *RAP*, núm. 40, 1963, págs. 225 y ss., que hay una diferencia entre el reglamento y el acto administrativo general, y que esa diferencia radica en que sólo el reglamento innova el ordenamiento, introduciendo elementos nuevos, otra cosa podría decirse, ya que esta Orden difícilmente se puede decir que innovara nada. Ahora bien, el autor citado añade que, en caso de duda, debe aplicarse el criterio de la consuntividad. En aplicación del mismo, se podría entender que no estamos ante un acto permanente, sino consuntivo, ya que una vez ejecutada esa Orden la misma perdería su razón de ser para posteriores supuestos. En todo caso, esto es así precisamente porque su ámbito personal de aplicación era limitado.

De cualquier modo, en materia de personal la jurisprudencia suele sustentar una noción muy amplia de reglamento: véase por ejemplo la STS de 22-10-65 (A.4801). Por su parte, la de 14-5-91(A.6692) se re-

no se había probado que los acuerdos anulados por la de 13-10-78 afectaran a los hoy recurrentes. Esto significa que, quizá, si tales acuerdos se hubieran referido a los mismos, la Sala habría aplicado el art. 86.2 de la derogada, sin hacer alusión a la excepción de acto consentido.

c) La extensión subjetiva de las sentencias que reconocen una situación jurídica individualizada en la nueva LJCA

La Ley 29/98, de 13-7, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, ha modificado sustancialmente la cuestión referente a la posibilidad de extender, en vía de ejecución de sentencia, los efectos de una sentencia que reconoce una determinada situación jurídica individualizada. En efecto, el art. 72.3 establece que «la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes»; pero añade que *dichos efectos se podrán extender a terceras personas, en los términos de los arts. 110 y 111*. El primero de estos preceptos establece que, en materia tributaria y de personal, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas podrá extenderse a otras, *en ejecución de sentencia*, cuando concurra una serie de circunstancias. Dichas circunstancias son: identidad de situaciones jurídicas, competencia territorial del Tribunal, y que el solicitante solicite de la Administración la extensión de dicho efecto en el plazo de un año³².

La solicitud se dirige a la Administración demandante; si pasan tres meses sin haberse notificado la contestación, se entiende desestimada. En tal caso, así como en los supuestos de desestimación expresa, los interesados

fería a una resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública en la que integraba en los Cuerpos generales administrativo, auxiliar y subalterno de la Administración del Estado a funcionarios pertenecientes a plazas no escalafonadas. La sentencia afirmó que el Real Decreto donde se establecía qué plazas podrían integrarse constituía una disposición de carácter general, por lo que cabía el recurso indirecto contra la misma. Se basó el Tribunal Supremo en que «a pesar de que en el Real Decreto se contiene la relación concreta de las plazas cuyos titulares debían ser integrados, también lo componen otras normas sobre las actuaciones a realizar por la Administración, que le dan un contenido normativo que excede de aquella relación y además porque en todo caso fue aquella la que le dio un tratamiento reglamentario, puesto que a diferencia de los actos administrativos con destinatario múltiple no se indicaron los recursos que procederían contra el mismo...».

Esta sentencia tuvo la loable finalidad de no vedar el recurso indirecto contra reglamentos. Sin embargo, no creemos que tal Real Decreto tuviera carácter general, ya que se refería nominalmente a las plazas integrables. Lo que ocurre es que no agotaba sus efectos en sí mismo, en la medida en que hacía falta una resolución que lo hiciera efectivo según los funcionarios que las ocupaban reunieran o no los requisitos suficientes. En todo caso, decir que esto otorgaba al Decreto en cuestión carácter permanente y no consuntivo resulta exagerado. Más bien habría que tender a interpretar analógicamente el art. 39 LJCA de 1956 —*vid.* en la actualidad art. 26 de la Ley 29/98— cuando trata del recurso indirecto contra reglamentos, para extenderlo a todos los actos que no agoten sus efectos en sí mismos, si se considera que el rasgo que identifica al reglamento es la generalidad.

³² Dicho plazo cuenta desde la última notificación de la sentencia a quienes fueron parte en el proceso; si está pendiente un recurso de casación en interés de la ley o un recurso de revisión, el plazo contará desde la última notificación de la resolución que le ponga fin.

se dirigirán al Juez o Tribunal competente para la ejecución en el plazo de dos meses.

El incidente se desestimará cuando exista cosa juzgada, o cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule sea contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o a la de los Tribunales Superiores de Justicia dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina regulado en el art. 99. Si se halla pendiente un recurso de casación en interés de la ley o un recurso de revisión, se suspenderá el incidente hasta la resolución del recurso³³.

Esta regulación se refiere exclusivamente a las materias de personal y tributarias, que constituyen un elevado porcentaje de los recursos contencioso-administrativos. A pesar de sus limitaciones, lo cierto es que la misma clarifica la situación anterior, sobre todo porque ahora el límite ya no parece ser el acto consentido, sino más bien la cosa juzgada.

Es más, de las SSTC 10/98, de 13-1, cuya doctrina se sigue por otras muchas, como la 167/98, de 21-7, se deduce que, en casos como el que nos ocupa, difícilmente puede hablarse de acto consentido. En efecto, en la primera de estas sentencias se estima un recurso de amparo interpuesto por una persona que no había superado uno de los ejercicios en las pruebas de acceso al Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia debido a un error en la calificación, consistente en que el Tribunal no se ajustó a las bases. Dicho error había sido corregido en relación con quienes presentaron reclamación contra los resultados provisionales; pero la subsanación del error no se extendió a quienes no reclamaron. Estas personas presentaron recurso contencioso-administrativo contra la denegación de dicha extensión, y posteriormente recurso de amparo.

El TC afirma, para fundamentar la estimación de este recurso, que concurrieron en este caso dos ilegalidades: la primera, esto es el error en la calificación, fue consentida por los recurrentes en amparo, pero no la segunda, consistente en haber dado un trato desigual a quienes reclamaron y a quienes no reclamaron en su momento, a pesar de la solicitud de los después demandantes de amparo de que se les extendiera el efecto de la corrección del error.

Por tanto, en estas sentencias se afirma el deber de la Administración de proceder a extender subjetivamente los efectos de una resolución administrativa que estima, en este caso, una reclamación contra una calificación errónea.

En materias distintas de las mencionadas en el art. 110 LJCA, lo lógico sería recurrir a la revisión de oficio. El problema se plantea porque, en primer lugar, y como veremos, el Consejo de Estado ha entendido esta última como una acción de nulidad en sentido estricto. En segundo lugar, y esto es más grave, el art. 103 de la Ley 30/92 se ha modificado por la Ley 4/99, de forma que se ha eliminado la posibilidad de revisión de oficio de los actos

³³ El art. 111 se refiere a los casos en que se ha suspendido la tramitación de uno o varios recursos al amparo del art. 37; en cuyo caso, una vez dictada sentencia en los que se han tramitado preferentemente, se podrá solicitar la extensión de los efectos de la misma.

anulables, para los que ya sólo quedará la vía del recurso de lesividad. Con ello, se puede producir una importante laguna en estos casos.

En todo caso, a la vista de la STC 10/98 y las restantes que siguen su doctrina, cabría entender quizá que la Ley 29/98 se ha quedado corta, ya que es evidente que la sentencia no restringe de modo expreso dicha doctrina a las materias de personal, sino que contiene una doctrina general. Si dicha doctrina se establece en relación con la extensión de los efectos de un acto administrativo, con mayor motivo parece que habría que aplicarla en los supuestos en que se pretende la extensión de los efectos de una sentencia.

III. LA REVISIÓN DE OFICIO COMO VÍA DE PROTECCIÓN DE LOS TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES LESIONADOS CUANDO OTRAS PERSONAS EN LA MISMA SITUACIÓN HAN SIDO AMPARADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) *La revisión de oficio de actos ya declarados nulos por el TC*

Cerrada la vía del incidente de ejecución de sentencia, algunos de los que no fueron parte en el proceso de amparo instaron del Ayuntamiento la revisión de oficio del nombramiento de quienes habían obtenido la condición de funcionarios de carrera gracias al sistema de mochila, nombramiento que ya había sido declarado nulo por el TC. También solicitaban ser nombrados funcionarios de carrera.

El Consejo de Estado, sin embargo, afirmó en el dictamen de 31-10-96, como hemos visto, que no procedía la revisión de oficio. En efecto, en primer lugar, para el Consejo de Estado, lo que es nulo por haber sido declarado como tal por el TC ha sido expulsado del mundo del Derecho, por lo que la revisión de oficio resulta inócua.

A primera vista, parece que el Consejo de Estado parte en este punto de una premisa falsa: la de que el Ayuntamiento de Valencia había ya procedido a la ejecución de la sentencia constitucional; en otros términos, parece partir de la base de que el Ayuntamiento había dejado de hecho sin efecto los nombramientos de los beneficiados por el sistema de mochila.

No obstante, al respecto es conveniente efectuar una precisión previa: las sentencias de nulidad son meramente declarativas; en tal sentido, no son susceptibles de ejecución en sentido propio³⁴. Es decir, la declaración de nulidad produce efectos desde que se declara por sí misma.

³⁴ En este sentido, J. MONTERO AROCA, y M. ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional, I*, Bosch, Barcelona, 1991, págs. 480 y ss. En todo caso, L. LAVILLA ALSINA, «La revisión de oficio de los actos administrativos», en *RAP*, núm. 34, 1961, págs. 69 y ss., consideraba, bajo la vigencia de la LPA de 1958, que debía distinguirse entre anulación —o declaración de nulidad— y revocación, entendiéndose por esta última la puesta en práctica de la decisión anulatoria o de la declaración de nulidad. En este sentido, señalaba que, si bien a su juicio el dictamen del Consejo de Estado era enteramente vinculante, de modo que que-

Es evidente pues, desde este punto de vista, que una vez dictada la sentencia 93/95, de 19-6, la ocupación de las plazas por esas personas deviene ilegítima; son simplemente funcionarios de hecho. El acto de nombramiento es nulo desde que lo dijo el TC; el Ayuntamiento no tiene por qué revisar de oficio un acto que ya no existe. Esto es lo que viene a decir el Consejo de Estado. El problema es cómo obligar al Ayuntamiento a eliminar esa situación de puro hecho, una vez cerrada la vía constitucional y la revisión de oficio. Lo único que se me ocurre es la vía penal, que no tiene muchos visos de prosperar.

Conviene efectuar una última observación: en casos como éste no es procedente aducir el art. 106 de la Ley 30/92 como límite a la revisión de oficio³⁵. Y ello, por una razón muy sencilla: esos límites constituyen una vía de protección de las personas que puedan resultar perjudicadas por la declaración de nulidad, y sólo en tal sentido constituyen un límite a la revisión de oficio. Pero, en el caso que nos ocupa, no vale alegar estos límites, ya que los nombramientos de los beneficiados por el sistema de mochila fueron en su momento recurridos y declarados nulos por el TC.

B) *La naturaleza de la revisión de oficio como acción de nulidad en sentido estricto*

La segunda afirmación importante que efectúa el dictamen de 31-10-96 es que la vía de la revisión de oficio sólo sirve para declarar nulos o para anular actos administrativos, y no para hacer declaraciones de otro tipo. Así, el Consejo de Estado niega que por esta vía pueda el Ayuntamiento efectuar declaraciones de derechos en favor de los promotores de la revisión; concretamente, del derecho a ser nombrados funcionarios de carrera.

Es decir, la revisión de oficio se ajusta al más puro esquema del carácter revisor: es una simple acción de nulidad, sin que a través de la misma pueda lograrse otro tipo de pronunciamientos distintos.

Esto tiene una repercusión importante, por la razón siguiente. En efecto, a mi juicio la principal razón que esgrimen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ³⁶ a favor de la inexistencia de plazo para recurrir los actos nulos de pleno derecho es el tenor literal del art. 102 de la Ley

daba en sus manos la anulación o declaración de nulidad, no obstante la efectividad de esta declaración era competencia de la Administración. Se basaba para ello, por analogía, en lo dispuesto en los arts. 105 ss. LJCA de 1956 en relación con la posibilidad de inexecutar los fallos judiciales o de suspender su efectividad. Tras la Constitución, estos preceptos deben ser reinterpretados, como es de sobra conocido. *Vid.* en la actualidad los arts. 103 ss. de la Ley 29/98.

³⁵ Sobre el principio de confianza legítima como posible límite de la revisión de oficio, véase R. GARCÍA MACHO, «Contenido y límites del principio de confianza legítima: estudio sistemático de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en *REDA*, núm. 56, 1987, págs. 557 y ss.

³⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 7ª ed., Civitas, Madrid, 1995, págs. 592 y ss.

30/92. La cuestión es si cabe más clara después de esta última, por cuanto se han disipado definitivamente las dudas sobre la naturaleza de la revisión de oficio efectuada a instancia de parte, al menos la de los actos nulos³⁷. La Ley 4/99, de 13-1, de modificación de la Ley 30/92 recoge, sólo para los actos nulos, la revisión de oficio iniciada tanto de oficio como a instancia de parte; si bien cabe la inadmisión motivada de la solicitud, aun antes de solicitarse el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico correspondiente, cuando la misma no se base en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho, o cuando carezca manifiestamente de fundamento o se hubieran desestimado otras solicitudes sustancialmente iguales³⁸.

Pero la revisión de oficio de los actos nulos efectuada a instancia de parte, aun siendo un recurso administrativo en el sentido de que es una acción de nulidad, no puede ir más allá de esto último, de acuerdo con el Consejo de Estado³⁹. Según esto, podría entenderse que el reconocimiento y resta-

³⁷ A mi juicio, el carácter de acción de nulidad, que ya fue afirmado por J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos (Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho Público)*, IEA, Madrid, 1972, págs. 392 y ss., y también, para los actos nulos de pleno derecho, por L. LAVILLA ALSINA, «La revisión de oficio de los actos administrativos», en *RAP*, n.º 34, 1961, págs. 82 y ss.—*vid. asimismo*, entre otras, la STS de 12-12-78—, se extendía, antes de la Ley 4/99, no sólo a los supuestos de nulidad de pleno derecho, sino también a los actos anulables gravemente contrarios a las normas legales o reglamentarias. En efecto, R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «La revisión de oficio», en *La nueva Ley de régimen jurídico...*, cit., págs. 299 y ss., entendía, a la vista de la redacción de los arts. 102 y siguientes anterior a dicha Ley, que la revisión de oficio efectuada a instancia de parte sólo constituía un verdadero recurso administrativo en el caso de nulidad de pleno derecho, ya que en este caso junto con el interés de los particulares resulta afectado el orden público—identifica los casos de nulidad de pleno derecho con las infracciones al orden público T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Orden público y nulidad de pleno derecho», en *RAP*, n.º 59, 1969, págs. 71 y ss.—. Por su parte, J.M.º BOQUERA OLIVER, «La revisión de oficio de las concesiones y licencias urbanísticas», en *REALA*, n.º 258, 1993, págs. 239 y ss., señala que del art. 118 de la Ley 30/92 asimismo se desprende el carácter de recurso administrativo de la revisión de oficio de los actos nulos, ya que el citado precepto señala que la posibilidad de utilizar el recurso administrativo de revisión no obsta al *derecho* de los interesados a que su petición se tramite y se resuelva de acuerdo con el art. 102.

Las razones por las que opino que también la revisión de los actos anulables—suprimida por la Ley 4/99—constitua un verdadero recurso administrativo son bien simples, pero creo que también bien claras: la primera de ellas es que la Administración tiene obligación de resolver en todo caso, salvo en los supuestos a que se refiere el art. 42 de la Ley 30/92. La segunda es que, si hubo quien antes de esta ley entendía la revisión de oficio como una petición graciable, tras la misma la naturaleza jurídica de las peticiones amparadas en el art. 29 CE ha variado, en la medida en que el art. 43.2 se refiere al ejercicio del derecho de petición como supuesto en que se produce silencio desestimatorio, si bien parece que éste vuelve a ser una ficción legal. Es decir, la Ley 30/92 ha modificado la Ley 92/60, de 22-12, zanjando de modo definitivo una polémica: ahora el deber de la Administración en estos casos no es sólo acusar recibo, sino también resolver. La tercera razón, en consonancia con las anteriores, es que el art. 103.6, en su redacción anterior a la Ley 4/99, hacía referencia a la expedición del certificado de acto presunto—suprimida asimismo por la Ley 4/99—en caso de revisión de oficio de los actos anulables; de modo que se disipaba toda duda que pudiera existir sobre la obligación de resolver de la Administración en estos casos.

³⁸ La alusión a la falta de fundamento de la solicitud es excesivamente imprecisa y puede desnaturalizar el derecho de los interesados a que su petición se tramite y resuelva; y por tanto la misma naturaleza de recurso administrativo de la revisión de oficio.

³⁹ Según SANTAMARÍA, op. cit., pág. 394, la acción de nulidad se halla sometida a plazo si se lleva a cabo por la vía de los recursos administrativos y contencioso-administrativos, a diferencia de lo que ocurre en el caso de que se verifique por la de la revisión de oficio. Esta tesis se ha seguido por innumerables sentencias del Tribunal Supremo, como la de 25-3-92 (A.3391), la de 19-9-86 (A.5967), la de 30-6-95 (A.5972) o la de 28-11-85 (A.8558). Por el contrario, la de 5-5-80 parece decir que los recursos contencioso-administrativos presentados fuera de plazo contra actos nulos de pleno derecho son admisibles.

blecimiento de situaciones jurídicas individualizadas lesionadas por actos nulos no se podría efectuar en cualquier tiempo, sino dentro de los plazos preclusivos que establece el Ordenamiento jurídico.

No obstante, esta posición, que es coherente con el rechazo jurisprudencial de la figura del coadyuvante del demandante y la existencia de plazos para interponer el recurso de amparo, no lo es tanto con el hecho de que, en ocasiones, de un pronunciamiento de nulidad derivan de modo directo e inmediato situaciones jurídicas individualizadas, como ocurre en el caso que nos ocupa ⁴⁰.

Es asimismo de hacer notar que esta estricta concepción de la revisión de oficio como acción de nulidad de índole objetiva, sin que pueda en modo alguno ser vehículo de declaraciones de derechos, no se compadece bien con los efectos de la nulidad radical, ya que de la eficacia retroactiva de esta declaración pueden derivar asimismo declaraciones de derechos, como hemos visto. En este sentido se manifiesta PARADA VÁZQUEZ ⁴¹, quien al respecto señala que, de conformidad con los arts. 1303 ss. del Código Civil, de la declaración de nulidad derivan unos efectos, que son consecuencia de aquélla. Sin embargo, frente a esta posición siempre se podría oponer la doctrina de la STC 45/89 en relación con los actos que ya son firmes; recordemos que la nueva redacción del art. 102.4 de la Ley 30/92 establece en relación con la revisión de oficio de las disposiciones generales lo que disponía el art. 120 de la LPA.

De cualquier manera, ya hemos visto que, en el caso que nos ocupa, el TC no había declarado la nulidad de las bases, lo que no se le había pedido, sino de los nombramientos; de modo que propiamente el problema no es de retroactividad. Ahora bien, de la nulidad de aquéllos se deriva asimismo la nulidad de la exclusión de quienes se hallaban en la misma situación que los recurrentes en amparo, debido a la conexión lógica entre nombramientos y exclusiones.

⁴⁰ Por otra parte, el art. 105 de la Ley 30/92 —que ha recibido una nueva redacción por la Ley 4/99— establece la posibilidad de que la Administración revoque por sí misma sus actos desfavorables y los de gravamen siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes. Siendo así, parece que la revisión de oficio se erige en un límite a las facultades revocatorias de la Administración por razones de seguridad jurídica en relación con las situaciones favorables a los particulares creadas por actos administrativos. Desde este punto de vista, no es muy coherente esa limitación de las facultades administrativas en la revisión de oficio a que se refiere el dictamen que nos ocupa.

En todo caso, BOQUERA OLIVER, *Estudios...*, cit., págs. 446 y ss. —*vid.* también *Derecho Administrativo...*, cit., págs. 512 y ss. — considera que la revocación es contradictoria con la presunción de legalidad del acto administrativo; es decir, la misma es una creación legal y no una facultad general derivada de la lógica jurídica y limitada por la revisión de oficio; según esto, nunca debería entenderse como una regla general. De cualquier manera, la postura contraria a la aquí sostenida podría basarse en lo dispuesto en el art. 102.4 de la Ley 30/92, que admite la posibilidad de que la decisión estimatoria de la revisión de oficio reconozca, en su caso, las indemnizaciones procedentes.

⁴¹ J.R. PARADA VÁZQUEZ, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 345 y ss.

C) *Los efectos del dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico emitidos fuera de plazo en la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho*

Se plantea el problema de qué ocurre en los casos en que el dictamen se emite fuera de plazo, cuando dicho dictamen es favorable a la revisión y el acto es nulo de pleno derecho. En el caso que nos ocupa, no se ha producido este problema, ya que el dictamen fue desfavorable. Pero no está de más que nos planteemos esta cuestión.

El art. 102.5 de la Ley 30/92, en su redacción dada por la Ley 4/99, establece que, cuando el procedimiento se haya iniciado de oficio y pasen tres meses, se producirá la caducidad⁴²; mientras que, si la revisión de oficio se ha iniciado a instancia de parte, la resolución se entenderá desestimatoria. El precepto debe ponerse en relación con el nuevo art. 43.3. Según éste, el silencio positivo es un verdadero acto administrativo, pero el negativo no impide a la Administración dictar una resolución expresa y debidamente fundada, sea estimatoria o desestimatoria; lo que significa que dicho silencio negativo vuelve a ser, como lo era bajo la vigencia de la LPA, una mera ficción legal. Ello debe ponerse en relación con la supresión de la certificación del acto presunto como requisito de la eficacia del mismo, efectuada también por la Ley 4/99.

De acuerdo con el art. 128 del Real Decreto 1674/80, de 18-7, el plazo de emisión de dictámenes por el Consejo de Estado, salvo que la ley en cada caso diga lo contrario, es de dos meses; a menos que el dictamen se solicite con carácter urgente, en cuyo supuesto el plazo es de quince días según el art. 19 LOCE, y ello a su vez salvo que el Gobierno o su Presidente hayan señalado otro inferior. No es así de aplicación el art. 83 de la Ley 30/92, que establece con carácter general un plazo de diez días para evacuar informe, ya que el precepto se refiere a cualesquiera informes en cualesquiera procedimientos y emanados de cualquier órgano; de modo que el Reglamento del Consejo de Estado es *lex specialis* frente a dicho precepto.

Es evidente, no obstante, que el plazo de dos meses resulta excesivo frente al plazo para resolver en los procedimientos de revisión de oficio. Si el plazo para evacuar el dictamen, salvo urgencia, es de dos meses, que además empiezan a contar desde que la solicitud tuvo entrada en el Registro del Consejo de Estado, el tiempo restante es simplemente insuficiente para tramitar el resto del procedimiento. Solamente el período de prueba tiene un plazo mínimo de diez días, de acuerdo con el art. 80 de la Ley 30/92, si bien es cierto que en estos expedientes será difícil que tenga que abrirse dicho período. El trámite de audiencia tiene asimismo un plazo mínimo de diez días. Después habrá que dictar la propuesta de resolución.

⁴² Vid. asimismo el nuevo art. 44.2 de la Ley 30/92.

El art. 83.3 de la Ley 30/92 establece que, cuando se trate de informes preceptivos que sean determinantes para la resolución, podrá interrumpirse el plazo de los trámites sucesivos. A mi juicio, en el caso que nos ocupa debería haberse procedido así, y se habrían ahorrado problemas en el caso de que el Consejo de Estado hubiera emitido dictamen favorable a la revisión ⁴³. Pero el problema es que el precepto configura esta interrupción de los plazos como facultativa. Quizá el mismo deba reinterpretarse y haya que entender que, cuando el dictamen deba ser favorable, esa interrupción es obligatoria ⁴⁴.

En todo caso, el art. 83.3 no solventa todos los problemas, ya que se refiere a los dictámenes emitidos fuera de plazo; de modo que, si el dictamen se evacuara justo a los dos meses desde la entrada en el registro, no cabría utilizar esa posibilidad, pero el problema lo seguiríamos teniendo —sobre todo, habida cuenta que el plazo de dos meses es para *evacuar* el informe; desde que se evacúa hasta que llega al órgano que tramita el procedimiento puede pasar tiempo—.

De cualquier forma, el art. 42.5 c) de la Ley 30/92, en su redacción dada por la Ley 4/99, establece que, cuando se deban solicitar informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, podrá suspenderse el plazo para resolver durante el tiempo que medie entre la solicitud del dictamen y su recepción, debiendo comunicarse ambas al interesado, sin que dicha suspensión pueda en ningún caso exceder de tres meses. Este precepto es, a mi juicio, enteramente aplicable a la revisión de oficio, aun cuando el art.102.5 no lo mencione expresamente ⁴⁵.

⁴³ Téngase en cuenta que, en el supuesto que analizamos, era de aplicación el régimen de la certificación de acto presunto establecido en el art. 44 de la Ley 30/92, en su redacción anterior a la Ley 4/99. Este régimen comportaba que sólo desde el momento de la certificación, o pasado el plazo de veinte días desde la solicitud de su expedición sin que la misma se hubiera producido, el acto presunto producía todos sus efectos. Hasta ese momento, la Administración podía resolver expresamente en sentido desfavorable, incluso cuando el acto presunto tuviera en principio efectos estimatorios. Dicho régimen podía generar problemas en la revisión de oficio, cuando el dictamen emitido fuera de plazo, y una vez expedida la certificación, fuera contrario al sentido de la desestimación presunta.

En tal caso, entiendo que habría sido viable la revocación del acto desestimatorio de la revisión de oficio si con ello no se perjudicaran derechos de nadie, de conformidad con el art. 105 de la Ley 30/92. Pero posiblemente éste sea un caso de laboratorio. Otra posibilidad habría sido incoar de oficio la revisión de oficio del acto revisor; dicha solución técnicamente no es inviable pero sí resulta un tanto absurda.

En menor medida, se podían plantear asimismo problemas en la revisión de oficio de los actos anulables, aun cuando el dictamen no debiera ser favorable en estos casos de modo necesario. Y ello, porque si con posterioridad a la expedición de la certificación de acto presunto desestimatorio se hubiera emitido el dictamen favorable, ¿cómo motivar ese acto presunto desestimatorio que se apartara del dictamen, motivación a que la Administración viene obligada de acuerdo con el art. 54 de la Ley 30/92? Ya hemos visto, no obstante, que la Ley 4/99 ha suprimido la revisión de oficio de los actos anulables.

⁴⁴ Dicha interrupción afectará a la resolución, ya que el dictamen del Consejo de Estado es el último trámite del procedimiento, como es sabido.

En todo caso, en aras de la economía procedimental habría que entender el precepto en el sentido de que el plazo no se interrumpe, sino que se suspende.

⁴⁵ Nótese en todo caso que la suspensión del plazo es meramente facultativa.

Otra posibilidad sería solicitar todos estos dictámenes con el carácter de urgentes. Pero ello no siempre será razonable, ya que puede haber expedientes de revisión de oficio muy complejos; y además no son

La cuestión que nos ocupa conecta, por otra parte, con el alcance de la vinculación al dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo correspondiente de la Comunidad Autónoma. Los dictámenes favorables vinculan en aquello que ha sido objeto del dictamen, pero no en lo demás; de modo que no se produce una entera traslación de la potestad de resolver al órgano consultivo⁴⁶.

En efecto, puede que el dictamen sea favorable a la revisión y que, sin embargo, el órgano administrativo declare legítimamente que no procede la misma, aun tratándose de un caso de nulidad de pleno derecho. Sería el supuesto en que el Consejo de Estado ha declarado que el acto es nulo pero no se ha pronunciado sobre la posible aplicación de los límites de la revisión de oficio, si el órgano que debe resolver el expediente aprecia la concurrencia de estos límites. En cambio, si el Consejo de Estado —o el Consejo consultivo— se pronuncia sobre esta última cuestión y sigue estando a favor de la revisión, no parece que quepa que el órgano administrativo dicte una resolución denegatoria⁴⁷.

IV. CONCLUSIÓN

En este complicado asunto, creo que quien lleva todas las de ganar es la única persona que recurrió en vía contencioso-administrativa la resolución municipal de 10-11-95. En ésta, como se recordará, se acordó ejecutar parcialmente la sentencia 93/95, de 19-6, en la medida en que se dejó pendiente de resolución tanto la efectividad fáctica de la declaración de nulidad de los nombramientos de quienes habían aprobado gracias a los puntos que llevaban en la mochila como el nombramiento de quienes no habían interpuesto el recurso de amparo. A esta persona la Sala de lo contencioso del TSJ de la Comunidad valenciana posiblemente —me atrevo a predecir— le de la razón, por aplicación del principio de igualdad y de la doctrina que, sobre la base de este principio, entiende extensibles a terceros las situaciones jurídicas favorables reconocidas a otros en idéntica situación por sentencia firme. Como ya he dicho antes, creo que en este caso no se podrá esgrimir la excepción del acto confirmatorio de otro consentido, ya que lo consentido por esta persona fue el acuerdo municipal por el que se nombraban ciertos funcionarios, y el adoptado el día 10-11-95 tiene una causa distinta —aunque el contenido sea parcialmente el mismo—, ya que lo que éste decide es sim-

infrecuentes. La puesta en funcionamiento de los órganos consultivos autonómicos puede aliviar en parte el problema, al repartirse más el trabajo, pero no creo que llague a solucionarlo del todo.

⁴⁶ BOQUERA OLIVER, *Estudios...*, cit., págs. 213 y ss., entiende que un dictamen vinculante origina un acto complejo, y que un dictamen favorable configura la causa del acto administrativo. Puede verse asimismo su obra *Derecho...*, cit., págs. 415 y ss.

⁴⁷ Para LAVILLA ALSINA, «La revisión de oficio...», cit., págs. 78 y ss., la Administración no puede denegar la revisión de oficio cuando el dictamen del Consejo de Estado ha sido favorable.

plemente ejecutar una sentencia de modo parcial⁴⁸. Además, como hemos visto, la STC 10/98 señala, en un caso parecido, que no hay acto consentido en la medida en que la diferencia de trato injustificada constituye una ilegalidad nueva y diferente.

El art. 110 de la Ley 29/98 afirma que un requisito necesario para la extensión subjetiva de los efectos de las sentencias es que el Tribunal sea competente por razón del territorio, pero *a fortiori* parece que también debe serlo por razón de la materia. En nuestro caso, el competente para el amparo era el TC, que a su vez declaró que a las personas en esta situación les faltaba legitimación para plantear el incidente a que se refiere el art. 92 LOTC. Sin embargo, el art. 110 contempla la vía del incidente de ejecución de sentencia como medio para hacer valer estas pretensiones; de modo que lógicamente el Tribunal que conozca de dicho incidente debe ser el competente para la ejecución de la sentencia. Es decir, si la extensión de los efectos de la sentencia se solicita a través de un nuevo proceso administrativo, este límite no existe.

Respecto de quienes han impugnado la desestimación presunta de la solicitud de revisión de oficio, el problema que se les va a plantear es que, según el Consejo de Estado, la revisión de oficio no es una vía de reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas. Es cierto que desde hace muchos años la jurisprudencia viene declarando que el carácter revisor no es obstáculo para que se dicten sentencias de fondo en relación con actos que no entraron en el mismo⁴⁹. Pero si la Sala entiende, al igual que ha hecho el Consejo de Estado, que la revisión de oficio no es vía adecuada para el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, congruentemente desestimaré la pretensión de anulación de la denegación de la revisión de oficio. Los nombramientos de los amparados en la mochila son nulos, inaturalmente!, pero eso ya lo dijo el TC. No obstante, ya he dicho lo que opino sobre ese restrictivo alcance de la revisión de oficio en el caso que nos ocupa⁵⁰.

⁴⁸ La STS de 4-12-81 (A.4837) ni tan siquiera se plantea la posible concurrencia de la excepción de acto confirmatorio en un supuesto en que lo ocurrido era un decreto por el que se ejecutaba una sentencia que a su vez había anulado un decreto anterior. Los concurrentes no habían sido parte en el primer pleito; la Administración, en ejecución de sentencia, decidió extender los efectos de la misma a dichos recurrentes, pero sólo en parte, motivo por el cual se presentó recurso contra el segundo acto. Pero hay que tener en cuenta, en todo caso, que el contenido del acto en principio anulado y el del dictado en ejecución de sentencia eran distintos; además, se trataba de actos de carácter reglamentario.

⁴⁹ Vid. A. CANO MATA, «Declaración de inadmisibilidad en vía administrativa y revisión jurisdiccional de la cuestión de fondo», en *RAP*, núm. 88, 1979, págs. 255 y ss.; sobre la postura anterior, M.F. CLAVERO ARÉVALO, «El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de actos en los que la Administración no entró en el fondo del asunto», en *RAP*, núm. 42, 1963, págs. 217 y ss.

⁵⁰ En trámite de corrección de pruebas he tenido conocimiento de que el TSJ de la Comunidad Valenciana ha dictado sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación presunta de la revisión de oficio. La sentencia se basa en el mismo argumento que el Consejo de Estado, a lo que añade que existen otros intereses en juego que deben preservarse. Pero estos últimos no son sino los de las personas cuyos nombramientos fueron declarados nulos por el TC.

En justicia material, todas esas personas que fueron ajenas al amparo pero que se hallan por lo demás en la misma situación que los beneficiados por el mismo tienen todo el derecho del mundo a ser nombrados funcionarios de carrera. No digamos ahora que podrían haber recurrido y no lo hicieron. Aun en el supuesto de que en su momento hubieran acudido a un abogado, debe tenerse en cuenta que las resoluciones que finalmente fueron anuladas por el TC son anteriores a la sentencia 67/89, de 18-4. No existía pues en aquel momento un soporte fiable para sus pretensiones, aparte de la lógica jurídica.

En todo caso, en el supuesto de que la Sala de lo contencioso estimara el recurso contra el acuerdo de 10-11-95 y desestimara el interpuesto contra la resolución presunta de la revisión de oficio, aún quedaría a quienes incoaron este procedimiento una última posibilidad: la de acudir al art. 110 de la LJCA, solicitando en ejecución de sentencia la extensión subjetiva de los efectos que les fueran favorables⁵¹. En efecto, en dicho precepto el acto consentido no constituye límite alguno, sino que lo es la cosa juzgada. Y, además, ya hemos visto la interpretación que del acto consentido efectúa la STC 10/98 y las que siguen su doctrina.

⁵¹ Véase la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 29/98.

