

BOLETÍN DIGITAL CONTENCIOSO

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos



Número 32

Septiembre 2022

EVOLUCION JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS CONTRATOS O RELACIONES
LABORALES DE DURACIÓN DETERMINADA EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO
MARÍA LUISA PÉREZ BORRAT.

EL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVA DESDE LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS
HUMANOS

GUILLERMO PERAL FONTOVA

IMPUGNACIÓN DE LAS LIQUIDACIONES DEL IMPUESTO DE PLUSVALÍA TRAS LA
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 182/2021, DE 26 DE OCTUBRE.

FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS

PROPUESTA PARA UNA SOLUCIÓN DEFINITIVA DE LA RENOVACIÓN DEL CONSEJO
GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

RAMÓN SASTRE LEGIDO.

www.ajfv.es

Comité Editorial

Coordinador:

Manuel J. Domingo Zaballos

Francisco Pleite Guadamillas

José Pérez Gómez

Manuel Alcover Povo



ISSN: 2605-2076

EVOLUCION JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS CONTRATOS O RELACIONES LABORALES DE DURACIÓN DETERMINADA EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO

JURISPRUDENTIAL EVOLUTION ON CONTRACTS OR EMPLOYMENT RELATIONSHIPS FOR A DETERMINED TERM IN THE FIELD OF PUBLIC EMPLOYMENT

MARÍA LUISA PÉREZ BORRAT.

Magistrada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal
Superior de Justicia de Cataluña

I. Introducción

La problemática que se examina guarda relación con la Directiva 1999/70 CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, por la que se aprueba el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el contrato de duración determinada y su incidencia en las relaciones jurídicas temporales existentes en el ordenamiento jurídico nacional y en la jurisprudencia del TS.

I. Introduction

The problem being examined is related to Directive 1999/70 CE, of the Council, of June 28, 1999, which approves the Framework Agreement of the CES, UNICE and CEEP on fixed-term contracts and their impact on existing temporary legal relationships in the national legal system and in the jurisprudence of the Supreme Court.

II. Cuestiones generales

Conviene advertir la doble finalidad del Acuerdo Marco: “a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación” y “b) establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”, en la medida en que “los contratos de trabajo de duración indefinida son la forma más común de relación laboral” y “contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento”.

Por el contrario, los contratos temporales han sido frecuentemente “fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores” (STJUE, de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19, § 26, ECLI:EU:C:2021:439)

En relación con el principio de no discriminación, el TJUE y el TS han venido aproximando el régimen jurídico del funcionario interino al del funcionario de carrera, reservando las diferencias en las condiciones de trabajo a cuestiones relacionadas con la estabilidad o el derecho al cargo.

Recientemente, la STS 540/2022, de 5 de mayo, ECLI:ES:TS:2022:1688, deniega que el tiempo de servicios prestados como funcionario interino se tome en consideración para el reconocimiento del grado personal.

Las SSTS 1452/2021, de 10 de diciembre, ECLI:ES:TS:2021:4737 y 200/2022, de 17 de febrero, ECLI:ES:TS:2022:607, equiparan a los funcionarios interinos en lo relativo a aquellos aspectos de la relación de servicio que forman parte de las “condiciones de trabajo”, incluidos los derechos inherentes a la llamada “carrera horizontal”, rechazando el resto de

pretensiones actuadas en el proceso.

La litigiosidad actual, sin desvincularse totalmente de la cláusula 4ª, afecta mayoritariamente al alcance e interpretación de la cláusula 5ª una vez es pacífico que la Directiva se aplica por igual al sector privado que al público, en este último caso, a los funcionarios interinos y al personal estatutario. Así se recogen la STS núm. 1450/2021, de 10 de diciembre, FJ 5, ECLI:ES:TS:2021:4673, al afirmar que dicha aplicación es absolutamente clara “a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

Ahora bien, el TJUE ha matizado que los Estados miembros pueden aplicar diferentes medidas disuasorias en las relaciones sujetas al Derecho laboral y en las sujetas al Derecho administrativo laboral y funcional, siempre que existan en el sector público medidas equivalentes e igualmente efectivas para prevenir y sancionar el abuso.

La Directiva es de aplicación a los trabajadores vinculados al empleador por sucesivos contratos de duración determinada que se encuentren en “situación comparable a la de los trabajadores con contratos de duración indefinida”. La falta de regulación en el ordenamiento jurídico interno ha propiciado una gran conflictividad y disparidad de criterios entre los órganos jurisdiccionales, muchos de los cuales han sentido la necesidad de acudir a la cuestión prejudicial.

Por suerte, la reforma del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo permite que las cuestiones del “personal” temporal accedan al Tribunal Supremo, en aquellos casos en que el Alto Tribunal aprecie la existencia de un interés casacional objetivo, asegurando sin duda la uniformidad en la interpretación y aplicación de la Directiva.

Por último, la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, como ya sucediera con el Real Decreto Ley 14/2021, de 6 de julio, ahora derogado con excepción de la su D.F. segunda, lejos de despejar la situación, puede abrir nuevos frentes en relación con los principios de igualdad, mérito y capacidad que exige el art. 23.2 de la CE para acceder a la función pública.

III. La cláusula 5ª: Medidas destinadas a prevenir, evitar y sancionar el abuso en la contratación temporal

La utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo por los empleadores constituye una infracción del Derecho de la Unión y es presupuesto necesario para aplicar alguna de las medidas previstas en la misma u otra u otras medidas equivalentes que garantice la protección efectiva de los trabajadores con contrato de duración determinada, con el objeto de sancionar dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.

Recordemos que la cláusula 5 impone a los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, la obligación de introducir “de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, *“una o varias de las siguientes medidas”*”:

“a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;

b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;

c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales”.

Del mismo modo, los Estados miembros, *“previa consulta a los interlocutores sociales, determinarán,*

cuando sea necesario, en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán “sucesivos”; b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido”.

IV. Las sucesivas relaciones de trabajo, a efectos de la cláusula 5ª

Para aplicar esta cláusula es necesario, en principio, que se hayan concertado sucesivos contratos de trabajo porque la Directiva no se aplica a la celebración de un primer o único contrato o relación laboral de duración determinada (STJUE de 23 de abril de 2009, Sala Tercera, asunto C-378/07, Angelidaki, §107, ECLI: EU:C:2009:250).

El TJUE ha mantenido este presupuesto con el fin de preservar la diversidad de las normativas nacionales en esta materia, pero recuerda que *“el margen de apreciación así atribuido a los Estados miembros no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco [sentencia de 11 de febrero de 2021 (TJCE 2021, 30) , M. V. y otros (Sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público), C-760/18, EU:C:2021:113, apartado 41 y jurisprudencia citada]”* (STJUE de 3 de junio de 2021, §30, ya citada).

Ahora bien, esta misma STJUE de 3 de junio de 2021, señala que, aunque corresponde al órgano nacional comprobar qué contratos pueden, efectivamente, calificarse de «sucesivos», en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, *“la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada», que figura en ella, incluye también la prórroga automática de los contratos de trabajo de duración*

determinada de los trabajadores del sector público, como el contrato de interinidad controvertido en el litigio principal, pese a no haberse respetado la forma escrita, prevista, en principio, para la celebración de contratos sucesivos” (§ 40).

El Pleno de la Sala de lo Social ha aplicado la doctrina matizando que *“La sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 (C-677/16) avala que el contrato de interinidad pueda durar más de tres años, siendo los tribunales españoles quienes deben valorar si una duración injustificadamente larga puede determinar la conversión en fijo del contrato temporal. Lo realmente determinante de la existencia de una conducta fraudulenta que hubiese de provocar la conversión del contrato temporal en indefinido no es, solo no es, solo, que su duración resulte “inusualmente” larga; sino que la duración del contrato sea “injustificada” por carecer de soporte legal a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una duración temporal del contrato que no se acomode a lo que resulta habitual puede ser perfectamente legal y estar plenamente fundamentada; sin embargo, cuando esa duración carece de soporte por ser injustificada tendrá como consecuencia que el contrato no pueda ser considerado temporal”* (STS 649/2021, de 28 de junio, FJ 4, ECLI:ES:TS:2021:2454).

En consecuencia, una única contratación temporal que se prorroga en el tiempo y cuya prolongación no está justificada por razones objetivas podrá ser calificada de abusiva cuando, conforme al ordenamiento jurídico interno, debiera haber sido incluida en una Oferta Pública de Empleo, o si, una vez incluida queda desierta y se produce una novación de la relación temporal.

V. La necesidad de que existan medidas legales equivalentes para evitar la situación de abuso

Las SSTs 1425/2018 y 1426/2018, ambas de 26 de septiembre, ECLI:ES:TS:2018:3250 y ECLI:ES:TS:2018:3251, respectivamente, inician una jurisprudencia sobre esta cuestión que se mantiene en la actualidad. En el seno de aquel proceso, el Tribunal Superior del País Vasco había planteado sendas cuestiones prejudiciales que fueron resueltas acumuladamente por la STJUE de 14 de septiembre de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15 (TJCE 2016\110).

El TS resolvió que, cuando se produjera una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada, era indispensable poder aplicar alguna medida que presentase garantías efectivas y equivalentes de protección de los trabajadores, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. No obstante, descartó la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido no fijo, medida prevista en el ámbito social, porque tal transformación no viene impuesta a los Estados miembros en la cláusula 5 del Acuerdo marco. Recuerda que la jurisprudencia del TJUE admite que no sean aplicables las mismas medidas al sector público y al sector privado, siempre que en el sector público se cuente con alguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada.

En definitiva, se descarta aplicar de forma analógica la jurisprudencia del orden social, porque es una

medida que no viene impuesta por la Directiva ni por la doctrina del TJUE.

Ante la constatación del abuso resuelve que las consecuencias jurídicas concretas derivadas de la situación de abuso apreciada en el caso de autos deben ser, así y a juicio de este Tribunal Supremo, las siguientes “[L]a relación de empleo como personal estatutario temporal de carácter eventual de la Sra. Almudena no finalizó el día 1 de octubre de 2012, sino que subsiste y continúa, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria de Euskadi cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 9.3, último párrafo, de la Ley 55/2003, de 16 diciembre, Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud” y ha de ser así “porque tal consecuencia es la única que, amén de ser proporcionada al propio actuar de la Administración, es igualmente lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco” (FJ 15).

Por otra parte, una consecuencia que consistiera “sólo en el reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber causado el abuso, no sería lo bastante disuasoria como para garantizar esa plena eficacia, por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización” (FJ 15).

Impone a la Administración otra obligación, que el estudio cuya realización dispone el último inciso del art. 9.3 de la Ley 55/1003, valore, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones desempeñadas por la parte recurrente, si procedía o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión, entre ellas, caso de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la

misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se diera alguno de los supuestos previstos en ese art. 9.3, identificando cuál es, justificando su presencia, e “impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas” (FJ 15).

Finalmente, no descarta que pudiera procederse al reconocimiento de un derecho indemnizatorio, si bien tal reconocimiento dependería de las circunstancias singulares del caso, debiendo resolverse en el mismo proceso en que se declare la existencia de la situación de abuso, cuando concurren las circunstancias que exige el Tribunal, que se remite a las acciones indemnizatorias de los daños o perjuicios como sustitutivas de la pretensión estimada en el caso de autos, distinta de la que lleva consigo la subsistencia y continuidad de la relación de empleo, descartando, como hizo la sentencia de instancia, reconocer o declarar un derecho indemnizatorio de futuro, en el momento del cese, que entiende improcedente.

VII. Imposibilidad de reconocer la condición de personal estatutario fijo

Es el supuesto examinado en la STS 1452/2021, idéntico a otros coetáneos o posteriores, la STS estimó que se había producido una situación abusiva y así lo declara el Tribunal Supremo que “no alberga ninguna duda de que el mantenimiento desde el año 2003 de una relación estatutaria de servicio como personal eventual, en el sentido de la legislación sobre el empleo público en la Administración sanitaria, constituye una situación objetivamente abusiva a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco” (STS 1452/2021 de 10 de diciembre, FJ 6, ECLI:ES:TS:2021:4737).

En este proceso, la recurrente cuestionó también que la doctrina de las SSTS 1425 y 1426/2018 no era conforme con la del TJUE. El TS mantiene su

doctrina alegando que las consecuencias jurídicas de la situación de abuso eran “*el derecho a la subsistencia de la relación de empleo -con los correspondientes derechos profesionales y económicos- hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por el art. 10.1 del Estatuto Básico del Empleado Público y el derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración con arreglo a las normas generales de ésta*” (FJ 6).

Por otra parte, recuerda que en el Derecho interno no existe una medida como la que se solicitaba de conversión de contratado temporal en fijo y que el TJUE acepta que la Directiva no impone dicha medida equivalente, aunque considera necesario que se establezca una medida equivalente.

En consecuencia, resuelve que el mantenimiento de la relación de empleo es una medida equivalente suficientemente disuasoria y eficaz para luchar contra el abuso.

Debe significarse que en el proceso se articulaban otras dos pretensiones, que se amparaban en la cláusula 4ª. El TS señala que, a diferencia de la cláusula 5, la cláusula 4ª es precisa e incondicional y declara un derecho a favor de las personas: el derecho a no ser discriminado en las condiciones de trabajo por el mero hecho de que la relación de servicio sea de carácter no fijo. Se trata de un derecho subjetivo de contornos claramente definidos y, por tanto, susceptible de aplicación sin necesidad de ulterior desarrollo normativo. Por consiguiente, en alguna de las pretensiones formuladas concurrían todas las condiciones exigidas por una constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para reconocer eficacia directa a una directiva de la Unión Europea, como es la cláusula 4 del Acuerdo Marco.

Distingue entre las “condiciones de trabajo” que no admiten trato diferente, caso de las retribuciones, el régimen de Seguridad Social, las vacaciones, los permisos y las posibilidades de formación profesional, así como el reconocimiento de la antigüedad si se adquiere la condición de funcionario de carrera y todo lo atinente a la denominada “carrera horizontal” regulada en el art. 17 del Estatuto Básico del Empleado Público (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015), con cita de las SSTs 1592/2018, de 7 de noviembre, ECLI:ES:TS:2018:3744; 1308/2021, de 3 de noviembre, ECLI:ES:TS:2021:4034 y 1334/2021, de 15 de noviembre, ECLI:ES:TS:2021:4315 y las que no forman parte de las “condiciones de trabajo”, incluyendo como tales aquellos derechos del empleado público que están indisolublemente ligados a la condición de funcionario público; condición de funcionario público que, por imperativo de los arts. 23 y 103 de la Constitución, presupone haber superado un proceso selectivo basado en los principios de mérito y capacidad. Esta característica no concurría -al menos, no necesariamente- en quienes trabajan para la Administración en virtud de una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo (eventual e interino). En estos casos, el TS sostiene que la diferente relación estatutaria es una razón objetiva para considerar que la diferencia de tratamiento entre los funcionarios de carrera y los demás empleados públicos está justificada, incluyendo en esta categoría la llamada “promoción interna de los funcionarios de carrera” regulada en el art. 18 del Estatuto Básico del Empleado Público, que no corresponde a quienes están ligados a la Administración por una relación estatutaria de servicio de carácter no fijo.

1. El derecho a la indemnización. Acreditado el abuso en la contratación temporal, la acción indemnizatoria no es automática y solo podrá

reconocerse por la vía de la responsabilidad patrimonial si no se ha actuado en el mismo proceso cuando concurren los presupuestos de dicha acción

Conviene citar las SSTs siguientes:

(1) La STS 1401/2021, de 30 de noviembre, (ECLI:ES:TS:2021:4532) estimó en parte el recurso de casación, aunque mantiene que no puede reconocerse una situación de empleo indefinida, por no estar previsto en el régimen jurídico funcional o estatutario.

“En primer lugar, cuando se comprueba que la Administración ha hecho nombramientos no justificados de personal interino -o, más en general, de duración determinada- la respuesta no puede ser aplicar criterios de la legislación laboral. Es perfectamente sabido que la relación estatutaria de servicio se rige por el Derecho Administrativo y consiste, entre otras cosas, en la aceptación por el empleado de una serie de reglas que conforman un “estatuto” en gran medida heterónomo. En este sentido, no hay ninguna identidad de razón con la legislación laboral, por lo que carece de fundamento que los tribunales la apliquen en este ámbito, ni siquiera como fuente de inspiración.

En segundo lugar, dado que no puede ser el cese ajustado a Derecho lo que ocasione un daño susceptible de indemnización, ésta sólo tendría fundamento si mientras duró la situación de interinidad y como consecuencia de la misma se produjo una lesión física o moral, una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar. Pero esto -tal como esta Sala ya tuvo ocasión de explicar en las sentencias de 26 de septiembre de 2018, citadas en el auto de admisión de este recurso de casación- pasa por presentar una reclamación por daños efectivos

e identificados con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y, por supuesto, acreditar tales daños; algo que ni siquiera se ha intentado en este caso. En otras palabras, el mero hecho de haber sido personal interino durante un tiempo más o menos largo, incluso si ha habido nombramientos sucesivos no justificados por la Administración, no implica automáticamente que haya habido un daño. La recurrida no hace indicación alguna sobre el perjuicio o la lesión que le habría ocasionado la mera circunstancia de haber sido interina” (FJ 7).

Reconoce que la remisión a la responsabilidad patrimonial de la Administración no ha sido la solución escogida por la Ley 20/2021, que, en determinadas circunstancias reconoce una compensación económica semejante a la que reconoce el Derecho laboral, reconocimiento que no tiene efecto retroactivo.

(2) La STS núm. 148/2022, de 8 de febrero, (ECLI:ES:TS:2022:482) revisó en casación la Sentencia 569/2019, de 15 julio de 2019, (ECLI:ES:TSJAS:2019:2679), dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que había desestimado el recurso de apelación confirmando la Sentencia de instancia y la legalidad de la resolución administrativa impugnada.

A la vista del estudio elaborado, se concluyó en que la contratación temporal respondía a una necesidad permanente. Se procedió a la creación de la correspondiente plaza vacante en la plantilla orgánica del Servicio de Salud, en aplicación del art. 9.3 último párrafo de la Ley 55/2003 y a suscribir el correspondiente nombramiento de interinidad. La Administración no desvirtuó que se estuviera ante una necesidad permanente.

Reiterando la misma doctrina que la anterior, resuelve que:

“A la vista de lo expuesto, la respuesta a las cuestiones de interés casacional objetivo debe ser la siguiente: la utilización por la Administración sanitaria de personal de refuerzo y de personal interino para realizar una misma función y en un mismo centro, mediante nombramientos sucesivos y sin interrupción significativa de la continuidad en la relación de servicio, constituye objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada; máxime cuando dicha situación se prolonga durante un período dilatado de tiempo. La calificación de la situación como objetivamente abusiva sólo puede excluirse si la Administración muestra que dicha utilización del empleo público de duración determinada no estaba encaminada, en el caso concreto, a satisfacer una necesidad permanente.

Dicho esto, el mero hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva, en los términos que se acaban de señalar, no implica automáticamente que quien se halló en ella haya sufrido un daño efectivo e identificado. De aquí que no quepa reconocerle un derecho a indemnización por esa sola circunstancia; algo que el ordenamiento jurídico español y, más en concreto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no permite» (FJ 4). (3) La misma doctrina la encontramos en la STS 1511/2021, de 16 diciembre, (ECLI:ES:TS:2021:4693), que estima en parte el recurso de casación y declara que *“la situación de la demandante como personal de refuerzo y como personal interino constituyó objetivamente un abuso del empleo público de duración determinada”*.

(4) O en las SSTS 1449/2021, de 10 diciembre, (ECLI:ES:TS:2021:4670); 1450/2021, de 10 de diciembre, (ECLI:ES:TS:2021:4673) y 1567/2021, de 22 de diciembre, (ECLI:ES:TS:2021:4812).

VIII. Las listas de interinos no son una medida equivalente para prevenir y sancionar los abusos en la contratación temporal

Las recientes SSTS 572/2022, de 13 de mayo, (ECLI:ES:TS:2022:1915) y 572/2022, de 12 de mayo, (ECLI:ES:TS:2022:1913) resuelven los recursos de casación interpuestos por la Comunidad Autónoma de La Rioja contra sendas Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de La Rioja, 252/2019, de 4 de septiembre, (ECLI:ES:TSJLR:2019:450) y 191/2019, de 14 de julio, (ECLI:ES:TSJLR:2020:285), respectivamente, que desestimaron dos recursos de apelación interpuestos contra dos sentencias de dos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Logroño en las que se habían anulado las dos Resoluciones de la Consejería de Educación, Formación y Empleo impugnadas y se había declarado que la relación con la administración educativa de la CAR, *“subsiste y se mantendrá en tanto en cuanto se provea la plaza por los cauces legales o se amortice la misma de conformidad con lo dispuesto”* en el primer caso, o que *“la relación de empleo de la actora con la Comunidad Autónoma subsiste y continuará -con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella “hasta que se provea o amortice la misma por las cauces legalmente previstos...”*, en el segundo.

El Tribunal Supremo rechaza el argumento de la Administración de que la Orden que regulaba las listas de profesores interinos fuera una medida equivalente para prevenir y sancionar los abusos en la contratación temporal y reconoce que la concatenación de nombramientos sin haber convocado procesos selectivos comportaba una utilización de las relaciones de empleo temporal para atender a necesidades permanentes.

Ambas SSTs desestiman los recursos de casación confirmando las Sentencias de instancia que declararon que la relación funcional de los allí recurrentes con la administración educativa de la Comunidad Autónoma de La Rioja, subsistían y se mantendrían en tanto en cuanto no se provea la plaza por los cauces legales o se amortice la misma.

IX. Las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona ha planteado dos cuestiones prejudiciales. Una, mediante Auto de 6 de mayo de 2022, (ECLI:ES:JCA:2022:95A) y otra mediante Auto de 12 de mayo de 2022, (ECLI:ES:JCA:2022:96) que ha tenido gran repercusión en los interesados y los operadores jurídicos.

Por su mayor extensión se examinará el Auto de 6 de mayo de los corrientes. Debe tenerse en cuenta que, según se desprende del Auto, la pretensión que articulan las dos demandantes no guarda relación con los procesos de estabilización de la Ley 20/2021. El proceso no se enmarca en la convocatoria o resultado de un proceso de estabilización, ya que las diversas pretensiones formuladas persiguen la transformación de la relación temporal en indefinida o en el reconocimiento de un derecho a permanecer en el puesto de trabajo y que, en su caso, se abone una indemnización como compensación al abuso sufrido. Lo mismo sucede en el Auto de 12 de mayo de 2022. En el recurso la actora pidió que se declarara trabajadora indefinida no fija o, subsidiariamente, que se adoptase cualquier medida que implique el mantenimiento de su puesto de trabajo.

En ambos casos se cuestiona que la doctrina del Tribunal Supremo pueda ser calificada como una medida eficaz y equivalente para prevenir y sancionar el abuso.

En las SSTs 1425/2018 y 1426/2018, de 26 de septiembre de 2018, se resuelve que ante una situación de contratación temporal abusiva debe aplicarse alguna medida eficaz y para prevenir y sancionar el abuso.

El TS examinando la doctrina del TJUE y llega a la conclusión de que la cláusula 5ª no impone a los Estados miembros una obligación general de convertir en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada (STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/19), pero sí la de que el ordenamiento nacional cuente con alguna medida equivalente que pueda disuadir y sancionar el abuso en la contratación temporal.

Como la normativa nacional aplicable al sector público no prevé la conversión de la relación temporal en indefinida, pasa a examinar si la normativa nacional que regula la contratación temporal en el EBEP y en el Estatuto Marco, contiene alguna medida equivalente. Llega a la conclusión de que, acreditada la situación abusiva en la contratación, lo procedente es declarar que la relación temporal subsiste y se mantiene mientras no se elabore el estudio exigido por la Ley (último inciso del art. 9.3 del EM y art. 70 del EBEP). Frente a lo que se afirma en los Autos, los efectos de los pronunciamientos del Tribunal Supremo sí tienen repercusión económica para las Administraciones, pues, al anularse el cese por no ser conforme a Derecho, deberán hacer frente al abono de las cantidades que el contratado temporal dejó de percibir desde la fecha del cese hasta que se reincorpore a la plaza que ocupaba temporalmente, regularizando su

situación a efectos de cotizaciones sociales, etc. Este es un efecto propio de la anulación o declaración de nulidad de los actos administrativos que reconocen una situación jurídica individualizada. Adviértase que la Ley 20/2021, que introduce una Disposición Adicional Decimoséptima al EBEP, apartado 3, establece que *“todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho”*.

Luego, cabe considerar que en nuestro ordenamiento interno existe una medida equivalente dirigida a sancionar y disuadir el abuso en la contratación.

Corroborar lo anterior, la STJUE, de 13 de enero de 2022, § 85 asunto C-282/19, que acepta la medida de conversión de la relación de temporal a indefinida *“si se demuestra que la normativa nacional controvertida en el litigio principal no existe ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos”*, doctrina que reitera la STJUE, de 7 de abril de 2022, § 62, asunto C-236/20.

El TS es categórico al afirmar que nuestro derecho interno *“nunca, y ahora tampoco, ha contemplado la adquisición de personal funcionario/estatutario sino es a través de la superación de un proceso selectivo”* que garantice los principios de igualdad, mérito, capacidad y concurrencia competitiva (STS. 1534/2021, de 20 diciembre, FJ 9, ECLI:ES:TS:2021:4824)

Del mismo modo, el TJUE en su Sentencia de 3 de junio de 2021 ya citada, § 79 y 80, reitera que *«la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco no es incondicional ni suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional»*

y que *“...una disposición del Derecho de la Unión de esta índole, carente de efecto directo, no puede invocarse como tal en un litigio sometido al Derecho de la Unión con el fin de excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria (sentencias de 19 de marzo de 2020 (TJCE 2020, 17) , Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219, apartado 119 y jurisprudencia citada)”*.

Sin perjuicio de lo que pueda resolver el TJUE, la doctrina del Tribunal Supremo actual rechaza que el ordenamiento jurídico interno no cuente con una medida eficaz y equivalente para prevenir y sancionar el abuso en un sector determinado, como es el sector público.

El Auto del Juzgado acepta que existe *“una medida sancionadora en el sector privado, consistente en la transformación de la relación abusiva en una relación definitiva o fija por el mero hecho de que el trabajador temporal preste servicios para el mismo empresario durante más de 24 meses, en un periodo de 30 meses”* (FJ 5 del Auto planteando cuestión prejudicial), pero olvida que la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha configurado para el sector público la categoría del trabajador indefinido “no fijo”, porque para adquirir la fijeza, también en el orden social debe superarse un proceso selectivo, al ser aplicable el art. 23.2 de la CE a los contratos de trabajo en el sector público.

Así pues, el Tribunal Supremo ha considerado que las medidas aplicadas en sus Sentencias de 26 de septiembre de 2018 son medidas efectivas y equivalentes con el fin de sancionar debidamente dicho abuso y borrar las consecuencias de la violación del Derecho de la Unión, porque no está prevista como medida obligatoria en la Directiva la conversión

de la relación temporal en una relación indefinida y estable similar a la que tienen los funcionarios de carrera sin perjuicio de que las autoridades los Estados miembros, también las judiciales, adopten las medidas equivalentes que sirvan para prevenir y sancionar el abuso en la contratación temporal.

Por lo tanto, será el TJUE quien aprecie, en su caso, en la cuestión prejudicial planteada o en cualquier otro asunto del que conozca, si la medida equivalente adoptada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 26 de septiembre de 2018 y otras posteriores, es una medida efectiva equivalente para evitar y sancionar la utilización abusiva de contratos de duración determinada, apreciación que caso de ser afirmativa haría caer las dos premisas sobre las que se sustentan muchos de los aspectos de la cuestión prejudicial: (i) que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva que sancione los abusos constatados en el sector público y (ii) que la única medida efectiva para ello es la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contrato de duración indefinida.

Porque solo “*en caso de que el órgano jurisdiccional remitente constatase que no existe, en la legislación nacional controvertida en el litigio, ninguna medida efectiva destinada a evitar y sancionar los abusos que pudiesen observarse en relación con los empleados del sector público, esta situación sería tal que socavaría al objetivo y efecto útil de la cláusula 5 del Acuerdo Marco*” (STJUE de 4 de julio de 2006, § 103 y 104 , asunto C-212/04, y de 25 de octubre de 2018, § 66, asunto C-331/17), lo que no parece suceder en este caso a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

EL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DESDE LA PERSPECTIVA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

THE OBLIGATION TO SUMMON ALL INTERESTED PARTIES TO JUDICIAL PROCEEDINGS IN THE ADMINISTRATIVE COURTS FROM THE PERSPECTIVE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Guillermo Peral Fontova

Magistrado titular Juzgado Contencioso-Administrativo Número I de
Tarragona

I. Introducción

II. Posición del Tribunal Supremo

III. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

IV. Conclusión

Resumen:

La figura del litisconsorcio pasivo necesario en la jurisdicción contencioso-administrativa no está clara en la actual legislación, con la figura del emplazamiento como clave de este proceso, y el Tribunal Supremo ha mantenido una interpretación restrictiva de la misma. Esta interpretación puede colisionar con el derecho a un juicio justo reconocido en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como se desprende de algunas sentencias de condena a España por esta causa. Se propone revisar este concepto para garantizar el acceso efectivo de todos los interesados a los procesos contencioso-administrativos.

Abstract:

The obligation to summon all interested parties to the judicial proceedings in the case of administrative courts is not clear in current law, with the notice of proceedings being the essential way to fulfill this duty, and the Supreme Court has limited the reach of this obligation. This opinion may collide with the right to a fair trial as enshrined in article 6 of the European Convention on Human Rights, as can be surmised from some judgments that have found a violation of this article by Spain. It is proposed that this obligation is revised in order to guarantee the effective access of all interested parties to administrative judicial proceedings.

Palabras clave: Litisconsorcio pasivo necesario; contencioso-administrativo; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; juicio justo; emplazamiento.

Keywords: Obligation to summon parties; administrative judicial proceedings; European Court of Human Rights; fair trial; notice of proceedings

I.Introducción

El litisconsorcio pasivo necesario es una figura procesal civil contemplada en el art. 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone: “2. Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”. Procesalmente, se halla regulada en el art. 420 de la misma Ley, previendo su resolución en la audiencia previa como excepción.

La Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no contiene ninguna norma procesal de regulación del litisconsorcio pasivo necesario, aunque sí dispone en su art. 21 lo siguiente en cuanto a los demandados en el proceso: “1. Se considera parte demandada:

a) Las Administraciones públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 1.3 contra cuya actividad se dirija el recurso.

b) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.

c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren.”

Por lo tanto, la ley prevé la existencia de codemandados adicionales a la Administración. Dejando de lado el caso particular del apartado c), referido a las aseguradoras y que ha sido objeto de tratamiento por numerosos autores en relación con la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, resulta de interés la previsión del apartado b) referida a personas o entidades, pues es ésta la que conduce,

en su caso, a la regulación del litisconsorcio en la Ley 29/1998. En concreto, la norma prevé la participación como demandados de cuantos sean titulares de derechos o intereses legítimos que se puedan ver afectados por la estimación del recurso. Así, no cualquier resultado procesal da lugar a la posibilidad de traer a terceros (entendiendo por tales personas o entidades diferentes de la Administración actuante) como demandados, sino que debe hacerse una previsión de futuro: de ser estimada la demanda, ¿quedarían afectados los derechos o intereses legítimos de los que son titulares? De ser afirmativa la respuesta, su intervención en el procedimiento como demandados es posible. Pero esto, en puridad, no es un litisconsorcio legalmente imperativo, pues no obstante el tenor de la Ley (“se considera parte demandada”) lo cierto es que, al igual que sucede en el ámbito civil, la intervención en el proceso contencioso-administrativo no está concebida como una obligación, sino como una carga. La falta de intervención producirá los perjuicios a los que haya lugar en Derecho, particularmente en relación a la afectación de los derechos e intereses legítimos antes mencionados, pero no se impone ni a los terceros ni, para el caso, a la propia Administración demandada.

Así, lo verdaderamente relevante no es tanto la efectiva intervención de los terceros en el procedimiento contencioso-administrativo, como tampoco lo es en el caso del procedimiento civil, sino que lo relevante es la efectiva notificación de la existencia del procedimiento. En el caso civil, ello se hace mediante demanda dirigida a los que debieron ser demandados conjuntamente, conforme al art. 420 antes citado. En el ámbito contencioso-administrativo, al no existir esta excepción procesal ni cauce alguno, la notificación de la pendencia del proceso se realiza mediante otra institución: el emplazamiento en el trámite de remisión del expediente administrativo,

en los términos previstos en el art. 49 de la Ley 29/1998, que en su primer apartado establece que “1. La resolución por la que se acuerde remitir el expediente se notificará en los cinco días siguientes a su adopción, a cuantos aparezcan como interesados en él, emplazándoles para que puedan personarse como demandados en el plazo de nueve días. La notificación se practicará con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule el procedimiento administrativo común”. Los emplazamientos no dependen ni del demandante ni, en este momento, del Tribunal: es la Administración demandada la que, por orden del Letrado de la Administración de Justicia y bajo su control, debe emplazar para comparecer como demandados a quienes aparezcan como interesados en el expediente. Expresamente dispone la norma en el apartado tercer que el Letrado de la Administración de Justicia ordenará emplazar a los interesados identificables para asegurar su defensa, lo que ya nos da una idea de que la correcta realización de los emplazamientos resulta crucial para el derecho a la tutela judicial efectiva.

La Ley, sin embargo, ni señala qué debe entenderse como interesados, ni tampoco establece ningún cauce específico para hacer valer la incorrecta práctica de los emplazamientos, a pesar de que, como se ha dicho, el derecho de defensa resulta implicado en esta labor procesal; de hecho, se ha negado la propia existencia de la institución del litisconsorcio pasivo necesario, y por lo tanto la posibilidad de alegarlo. La tradicional Sentencia del Tribunal Constitucional que se ha alegado en ocasiones incluso por el Tribunal Supremo como fundamento de la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario en el ámbito contencioso-administrativo (la STC 44/1986, de 17 de abril, ROJ STC 44/1986, ECLI:ES:TC:1986:44) constituye, a mi juicio, una insuficiente justificación para esta conclusión, pues su limitado alcance sobre

esta cuestión es para señalar que en el ámbito de los procesos públicos la relación procesal se ha de formar correctamente de oficio por el Tribunal, en sus propias palabras: “En cuanto a la excepción de litis consorcio pasivo necesario hay que decir que en todos los procesos en que se deciden derechos o intereses de naturaleza pública corresponde al juzgador y no a las partes convocar al pleito a todos los que puedan resultar afectados por la Sentencia. Así ocurre, por ejemplo, en los procesos regulados por la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, en los que, con arreglo al art. 28.1 b) se considera parte demandada, con independencia de la voluntad del recurrente o demandante, a las personas a cuyo favor deriven derechos del acto recurrido; o intervinientes como coadyuvantes del demandado o de la Administración - art. 30.1 y 2 de la LJ- a cualquier persona que tuviere interés directo en el mantenimiento o anulación del acto que motiva el proceso. No hace falta decir que en los procesos constitucionales regulados por la LOTC, dada la naturaleza constitucional de los litigios, ocurre necesariamente lo mismo. Compete al Tribunal y no a las partes, cuidar que en los diferentes procesos estén presentes las personas físicas o jurídicas, como dice el art. 81.1 de la LOTC, cuyo interés les legitime para comparecer”.

II: Posición del Tribunal Supremo

Nuestro Tribunal Supremo, en relación con el litisconsorcio pasivo necesario, y la necesidad de llamar al proceso a estos interesados, considera que no existe tal necesidad, sino que los terceros pueden, simplemente, comparecer si les conviene: así, la Sentencia número 4915/2021 de 22 de noviembre de 2021, ROJ: STS 4915/2021, ECLI:ES:TS:2021:4915, Fundamento Jurídico Cuarto, resuelve la excepción procesal del siguiente modo: “Centrado el debate, conforme a lo antes concluido, con relación a

la legitimación pasiva o al litisconsorcio pasivo necesario, el reparo procesal que se denuncia por la defensa de la Administración no puede ser admitido.

En efecto, sabido es que el proceso contencioso tiene, en cuanto su contenido, un doble objeto que se delimitan por el demandante de manera gradual y sucesiva; de una parte, una concreta actividad administrativa, que se delimita en el escrito de interposición (artículo 45 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa); de otra, unas determinadas pretensiones necesariamente vinculadas a esa actividad administrativa, que se delimitan en la demanda o, en su caso, en la contestación (artículo 56 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Pues bien, esa peculiar configuración del proceso contencioso incide en la relación jurídica procesal que con el mismo se constituye, de tal forma que si es necesaria la vinculación entre actividad administrativa y pretensiones, y la actividad administrativa, que debe haberse provocado o concurrir con anterioridad al proceso, condiciona la relación jurídica procesal, esta solo podrá constituirse entre la Administración, cuya actuación constituye el objeto del proceso, y a la que deben estar vinculadas las pretensiones, esto es, la misma Administración autora de dicha actividad; que es a la que debe imputarse la pretensión.

Si ello es así, indudablemente que la relación procesal no puede afectar ni a otra Administración ni a pretensiones no vinculadas a la concreta actividad impugnada. Y así, demandada, en nuestro proceso, solo puede ser la Administración " contra cuya actividad se dirige el recurso" que es a quien considera como " parte demandada" el artículo 21 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ese esquema tiene reflejo en la propia Ley procesal que cuando se refiere a las causas de inadmisibilidad por cuestiones subjetivas en el artículo 69-b), tan solo se hace referencia a la falta de legitimación de quien hubiera interpuesto el recurso; no por la omisión del llamamiento de terceros que debieran, preceptivamente, intervenir en el mismo (la Administración autora del acto se entiende emplazada por la preceptiva reclamación del expediente, de conformidad con lo previsto en el artículo 50 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Y ello sin perjuicio de que el mismo artículo 21 antes mencionado confiera derecho a intervenir en el proceso, como demandados, pero a instancia propia, aquellos a quienes pudieran verse afectados en su derechos o intereses con la estimación de las pretensiones; porque en dicho supuesto, al margen de no exigir una preceptiva intervención, en modo alguno condiciona la válida constitución de la relación procesal, que es donde ha de suscitarse ahora el debate.”

III. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por el contrario, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre procedimientos administrativos y la necesidad de llamar a los mismos a terceros interesados en su resultado. Esta necesidad se impone a los Tribunales internos como parte de su deber de garantizar los derechos contenidos en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que, recordemos, establece: “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil [...]”. Es especialmente significativa la Sentencia del Tribunal

Europeo de Derechos Humanos de 10 de enero de 2017 del caso Aparicio Navarro Reverter y García San Miguel y Orueta c. España, número 39433/11, ECLI:CE:ECHR:2017:0110JUD003943311 (URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170345>) que merece un análisis con su propio texto. Cabe advertir que el original se halla en francés, y a pesar de que existe una traducción del Ministerio de Justicia, en este artículo se van a traducir los extractos directamente por el autor, lo que se señala a efectos de posibles discrepancias en la literalidad.

El caso contenido en la Sentencia es familiar en los Juzgados y Tribunales contencioso-administrativos: Un vecino de unos apartamentos denuncia infracciones urbanísticas relacionadas con los mismos, impugnando la actuación municipal. El Ayuntamiento únicamente emplaza al titular de la licencia de obras, el promotor de las viviendas. Los recurrentes son los propietarios de una de las viviendas, y así figuran desde antes del inicio del procedimiento en el Registro de la Propiedad. Tras una primera instancia y una apelación, se ordena la demolición de los inmuebles, y los recurrentes son informados de la decisión ya en fase ejecutiva. Se rechazan los incidentes de nulidad, al entender el Tribunal Superior de Justicia que no aparecía su identidad en el expediente, y el recurso de amparo que plantean.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que tal forma de proceder constituye una violación del art. 6§1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tras recordar el derecho que tiene toda persona a que su causa sea oída por un tribunal, llega a la conclusión de que existían datos para identificar a los recurrentes y que, por ello, debía haberseles informado de la pendencia del procedimiento. Así, en el párrafo 34 de la decisión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que “la efectividad

del derecho de acceso [a un tribunal] exige que el individuo goce de una posibilidad clara y concreta de cuestionar un acto que constituya una injerencia en sus derechos (Díaz Ochoa c. España, no 423/03, § 41, 22 junio 2006)”. En este caso, el Tribunal sostiene que los recurrentes podían ser fácilmente identificados y que correspondía a las autoridades hacerlo; así, en el párrafo 40 señala: “[...] El Tribunal considera que, en el caso, la identidad de los recurrentes era accesible y que existía suficiente información en el procedimiento para permitir a la Administración y a los tribunales identificar a los interesados [...] La interpretación [del Tribunal Superior] en cuanto a la justificación de la falta de notificación a los recurrentes ha sido muy restrictiva y contraria a la propia esencia del derecho de los recurrentes a un tribunal [...]”.

El Tribunal también se esfuerza en distinguir el caso de la relevante Sentencia de 15 de octubre de 2002 de en el caso Cañete de Goñi c. España, no 55782/00, ECLI:CE:ECHR:2002:1015JUD005578200, (URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60684>), en la que sostuvo que la falta de notificación de un procedimiento pendiente a quien resultaba interesado en el mismo no vulneraba el artículo 6 del Convenio siempre y cuando dicha persona tuviera conocimiento extraprocesal de la existencia del pleito y hubiera adoptado una posición pasiva, no procurando comparecer ante el Tribunal en el momento en que tuvo tal conocimiento. Los párrafos 41 y 42 destacan que no existían indicios de que los recurrentes tuvieran conocimiento del concreto procedimiento que se estaba dilucidando. Con estos datos, el Tribunal llega a la conclusión de que ha existido una vulneración del derecho de acceso a un tribunal, dentro del art. 6§1 del Convenio, y otorga una indemnización por ello.

En aplicación de esta Sentencia, precisamente, se ha dictado por el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos la reciente decisión de 14 de junio de 2022 en el caso Cruz García c. España, 43604/18, ECLI:CE:ECHR:2022:0614JUD004360418 (URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-217699>), que reitera las consideraciones efectuadas anteriormente; precisamente por ello, al no innovar lo que ya se había declarado, el Tribunal opta por el formado de decisión de Comité de tres jueces, en lugar de elevar el asunto a la Sala.

Usando esta misma línea de razonamiento, pero en relación con contratos administrativos, puede pronunciarse el Tribunal en los próximos meses o años, teniendo en cuenta los tiempos que se manejan en este tipo de procedimientos. El caso admitido es Marina Aucanada c. España, número 7567/19, y concierne a un pleito de contratación entre dos Administraciones, siendo el recurrente el adjudicatario, y el contrato finalmente resulta anulado sin que fuera llamado al procedimiento. Si finalmente el Tribunal decide aplicar el criterio anterior, nos hallaríamos ante una extensión notable de los términos de la obligación de llamar al procedimiento a los interesados.

IV: Conclusión

La conclusión que puede obtenerse de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es que el respeto al derecho de acceso al tribunal contenido en la Convención implica replantear los términos en los que se encuentra reconocido jurisprudencialmente el instituto del litisconsorcio pasivo necesario, aproximándonos a la jurisdicción civil en cuanto a permitir su alegación e impedir la continuación del procedimiento hasta tanto se solventa el llamamiento a los interesados, con la relevante salvedad de que, como ya señaló el Tribunal Constitucional en 1986, la configuración del proceso contencioso-administrativo corresponde no a las partes sino al órgano judicial y es de interés público. Debe

tenerse presente que el contenido del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es semejante en este punto a nuestro art. 24 de la Constitución, por lo que la incorrecta configuración de la relación jurídico-procesal por falta de llamamiento de quien ostenta un interés legítimo es causa de indefensión, y consiguientemente de nulidad de actuaciones. No otra conclusión puede obtenerse de la obligación que nos viene impuesta por la jurisprudencia europea a los órganos judiciales. Así, en el propio interés de las partes por evitar el resultado de retroacción que implica la nulidad, y en la tutela de los derechos de los interesados, ha de sostenerse que por parte de los órganos judiciales se han de vigilar los correctos y completos emplazamientos por parte de la Administración, particularmente en los procedimientos en los que la existencia de terceros interesados es muy probable (como son los urbanísticos, de contratación o de personal), y abandonarse la idea de que la relación jurídico-procesal contencioso-administrativa está correctamente constituida con el sólo llamamiento de la Administración autora del acto sin perjuicio del derecho a comparecer de otras personas. Antes bien, la jurisprudencia europea exige un mínimo esfuerzo de proactividad en la averiguación y emplazamiento de todos los que resulten interesados en lo que se dilucida en la causa, con las importantes consecuencias de vulneración de derechos fundamentales de no proceder de este modo.

IMPUGNACIÓN DE LAS LIQUIDACIONES DEL IMPUESTO DE PLUSVALÍA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 182/2021, DE 26 DE OCTUBRE.

FRANCISCO PLEITE GUADAMILLAS

Magistrado juzgado contencioso administrativo número 3 de Madrid
Doctor en derecho.

RESUMEN:

La sentencia 182/2021, de 26 de octubre declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4 TRLHL relativos al impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, dará lugar a una numerosa litigiosidad y a la necesidad de abordar cuestiones muy complejas y controvertidas. La cuestión principal gira sobre la equiparación de los efectos de las resoluciones provisionales y definitivas notificadas al dictado de la sentencia con los efectos de cosa juzgada. Este alcance de la sentencia puede crear situaciones discriminatorias entre los contribuyentes y afectar al derecho a la tutela judicial efectiva. El contribuyente del impuesto de plusvalía va viendo cómo se van cerrando las puertas para reclamar.

PALABARAS CLAVE:

Liquidación, plusvalía, capacidad económica, nulidad, tutela judicial e impuesto

Impugnación de las liquidaciones del impuesto de plusvalía tras la sentencia del Tribunal Constitucional 182/2021, de 26 de octubre.

El Tribunal Constitucional en la STC 182/2021, de 26 de octubre, ECLI:ES:TC:2021:182 declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4 TRLHL relativos al impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, señalando que supone su expulsión del ordenamiento jurídico, dejando un vacío normativo sobre la determinación de la base imponible que impide la liquidación, comprobación, recaudación y revisión de este tributo local y, por tanto, su exigibilidad.

El TC concluye en la citada sentencia que: *“En consecuencia, el mantenimiento del actual sistema objetivo y obligatorio de determinación de la base imponible, por ser ajeno a la realidad del mercado inmobiliario y de la crisis económica y, por tanto, estar al margen de la capacidad económica gravada por el impuesto y demostrada por el contribuyente, vulnera el principio de capacidad económica como criterio de imposición (art. 31.1 CE)”*.

Lo destacado de la sentencia no es que la tercera declaración de inconstitucionalidad sobre un mismo impuesto, sino que definitivamente pone fin a las declaraciones parciales previas dictadas, que desde la primera sentencia dictada en 2017 sobre este tributo han provocado una enorme litigiosidad y que, por otra parte, no parece que termine aquí.

En la sentencia se indica en el apartado sexto lo siguiente:

“b) Por otra parte, no pueden considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la presente sentencia aquellas obligaciones tributarias devengadas por este impuesto que, a la fecha de dictarse la misma, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme. A estos exclusivos efectos, tendrán también la consideración de situaciones consolidadas (i) las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia y (ii) las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada ex art. 120.3 LGT a dicha fecha”.

Respecto al primer punto que señala que no se pueden revisar obligaciones tributarias devengadas

que hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme, se corresponde con lo que venía manifestando el TC en otros supuestos similares y en relación a la cosa juzgada es conforme con la LOTC.

El artículo 40.1 de la LOTC dispone que:

“1. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”.

Respecto a las resoluciones administrativas firmes el Tribunal Constitucional declaró en la STC 45/1989, de 20 de febrero, (ECLI:ES:TC:1989:45) que *“la segunda de las mencionadas precisiones es la de que entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquellas decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes”* (FJ 11), argumento que ha reiterado en ocasiones posteriores (por

todas en la STC 146/1994 , de 12 de mayo, (ECLI:ES:TC:1994:146) FJ 8 y en la STC 84/2008, de 21 de julio, ECLI:ES:TC:2008:84) FJ 4).

En la primera sentencia sobre la plusvalía, STC 59/2017, de 11 de mayo de 2017, ECLI:ES:TC:2017:59 del Pleno del Tribunal Constitucional declaró que los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4, todos ellos del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, son inconstitucionales y nulos, pero únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor, el Tribunal Constitucional guardó silencio sobre los efectos de la declaración de nulidad respecto a las liquidaciones practicadas.

El Tribunal Supremo en la sentencia 435/2020 de 18 May. 2020, Rec. 1665/2019, ECLI:ES:TS:2020:973 fija la doctrina sobre los efectos de la citada sentencia del TC sobre la plusvalía con relación a la devolución de los ingresos indebidos procedentes de una resolución firme y concluye que:

“a) En el ámbito del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, la solicitud de devolución de ingresos indebidos derivados de liquidaciones firmes como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 59/2017, de 11 de mayo, debe efectuarse por los cauces establecidos en el Capítulo II del Título V de la Ley General Tributaria.

b) La declaración de inconstitucionalidad de los artículos 107.1 y 107.2 a) del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales” en la medida en que (pueden) someter a tributación situaciones

inexpresivas de capacidad económica” no determina que las liquidaciones firmes del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana giradas con anterioridad y que hayan ganado firmeza en vía administrativa incurran en el supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 217.1.a) de la vigente Ley General Tributaria, pues aquellos actos tributarios no han lesionado derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, toda vez que el artículo 31.1 de la Constitución (capacidad económica) -único que ha sido tenido en cuenta por el juez a quo para estimar el recurso y que ha provocado el debate procesal en esta casación- no es un derecho fundamental de esa naturaleza”.

Por lo tanto, tras la declaración de inconstitucionalidad derivada de la STC 59/2017 el TS cierra la puerta a la revisión de las liquidaciones firmes motivadas en el artículo 217 a) de la Ley General Tributaria. Descartada la nulidad de pleno derecho.

Sin embargo, hay que traer a colación lo manifestado por el Tribunal Supremo en el fundamento de derecho segundo de la sentencia 1016/2020 de 16 Jul. 2020, Rec. 810/2019 ECLI:ES:TS:2020:2724 en la que reflexiona sobre el sistema de recursos interno que:

“El núcleo casacional, a nuestro juicio, tal como ha sido debatido en el proceso, desborda ampliamente los cauces del auto de admisión, porque reclama una reflexión sobre las razones que abocan, desde la perspectiva de la aplicación de la legislación interna para dar cumplimiento al derecho de la Unión, a acudir únicamente a ese remedio subsidiario y excepcional del artículo 217 LGT; y si la necesidad de llegar a tal último,

angosto y precario asidero no surge, acaso, de una concepción extrema y rigurosa -y un tanto automática- que se otorga en nuestro derecho al denominado acto firme y consentido, consumado por el sólo hecho de no recurrir, sin mayores aditamentos ni indagaciones, los actos de la Administración en los plazos fugaces y fatales ofrecidos para su obligatoria impugnación. No debe olvidarse, en esta reflexión, que si el recurso o reclamación es omitido, se trata del incumplimiento de un trámite que la ley impone en beneficio exclusivo, como privilegio, de la propia Administración concernida, ejemplo de las denominadas potestades reduplicativas, cuyo fin último es proteger a la Administración como organización.

Ello, como señalamos, se produce, además, de una forma mecánica, sin detenerse en las causas determinantes de ese pretendido consentimiento que, en cualquier disciplina jurídica, exigiría para otorgarle eficacia una evaluación mínima acerca del conocimiento y voluntad inequívoca de no recurrir un acto, a conciencia, y sobre la base de una situación de apariencia de legitimidad que luego puede cambiar por razón de nulidades ulteriores, como aquí sucede”.

En la citada sentencia fija la siguiente doctrina: *“Si bien la doctrina del TJUE contenida en la sentencia de 3 de septiembre de 2014, asunto Comisión/España (C-127/12) no constituye, por sí misma, motivo suficiente para declarar la nulidad de cualesquiera actos, sí obliga, incluso en presencia de actos firmes, a considerar la petición sin que haya de invocarse para ello una causa de nulidad de pleno derecho, única posibilidad de satisfacer el principio de efectividad”.*

Es necesario cuestionarse si la firmeza administrativa no debe ser obstáculo cuando una ley nacional contravenga el derecho de la Unión, tampoco debería de serlo para la revisión de los actos administrativos que devienen nulos por declarar el Tribunal Constitucional la nulidad de una ley.

En la segunda sentencia sobre el impuesto de plusvalía, STC 126/2019, de 31 de octubre de 2019, ECLI:ES:TC:2019:126, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la regulación del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana en aquellos casos en los que la cuota a satisfacer supere el incremento patrimonial realmente obtenido por el contribuyente y señaló sobre los efectos:

“Ha de añadirse una precisión sobre el alcance concreto del fallo. Por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y al igual que hemos hecho en otras ocasiones (por todas, SSTC 22/2015 de 16 de febrero, FJ 5, y 73/2017, de 8 de junio, FJ 6), únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma, y no haber recaído todavía en ellas una resolución administrativa o judicial firme”.

Es decir, se mantiene el carácter irrevisable de las obligaciones tributarias devengadas que hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme.

Sin embargo, en la tercera sentencia, la STC 182/2021, de 26 de octubre de 2021,

ECLI:ES:TC:2021:182, el TC da un salto y considera igualmente situaciones consolidadas las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse la sentencia y las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada ex art. 120.3 LGT a dicha fecha. Es en este apartado donde se plantean dudas sobre su aplicación y el Tribunal Constitucional se aparta del criterio adoptado en asuntos precedentes como se ha expuesto anteriormente.

En primer término, el TC en la STC 182/2021, de 26 de octubre de 2021 ECLI:ES:TC:2021:182 retrotrae sus efectos a la fecha de dictarse la sentencia, mientras que en la STC 126/2019, de 31 de octubre de 2019 se fijaban en la fecha de publicación, lo que va a generar controversia sobre la compatibilidad con la propia LOTC, que en su artículo 38 dispone que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». El TC al fijar los efectos del fallo al dictado de la sentencia e impedir la impugnación de liquidaciones tributarias en plazo se convierte en legislador y otorga efectos retroactivos a una sentencia que restringe derechos, lo que, además de afectar al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, puede entrar en colisión directa con el artículo 9.3 de la Carta Magna que prohíbe “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. Es indudable que se va a plantear una numerosa litigiosidad sobre la legalidad de las liquidaciones impugnadas después del dictado de la sentencia y antes de su publicación, y que exigirá, en su caso, un pronunciamiento del Tribunal Supremo.

En la STC 182/2021, de 26 de octubre de 2021 ECLI:ES:TC:2021:182 se equipara las liquidaciones provisionales a las liquidaciones definitivas, lo que no deja de ser una limitación carente de justificación del derecho del contribuyente a formular alegaciones a la liquidación provisional. A la liquidación provisional le seguirá una definitiva, lo que obligara al Ayuntamiento a dictar una resolución liquidando un impuesto a sabiendas que es nulo de pleno derecho por contravenir injustificadamente el principio de capacidad económica como criterio de la imposición (art. 31.1 CE), y a los contribuyentes a pagar un impuesto, conociendo de antemano la sentencia del TC que expulsa del ordenamiento jurídico los artículos en los que se establece la fórmula de cálculo del impuesto. Ello no deja de ser contradictorio con los principios constitucionales de seguridad jurídica y de legalidad.

Sigamos con las posibles situaciones que se pueden plantear. Las liquidaciones definitivas que se encuentren en plazo de impugnación al dictado de la sentencia, es decir, que no han devenido firmes, tampoco podrían ser objeto de impugnación invocando los fundamentos de la sentencia. Se desconoce el motivo del cambio del criterio adoptado por el que no se puedan revisar liquidaciones que no han devenido firme, el TC no lo expresa en su sentencia. En todo caso no se puede argumentar que sea por razones económicas. Quizás, precisamente por seguridad jurídica, por garantizar el principio de igualdad en el sostenimiento a las cargas públicas, por el derecho a la tutela judicial efectiva, por sometimiento de la Administración al impero de la ley se deberían revisar. En efecto, los que recurrieron la liquidación si podrán invocar

la sentencia del TC 182/2021 ante un órgano económico-administrativo o jurisdiccional, pero los que estando en plazo y no la hubieran impugnado según el TC no podrán alegarla por considerarse una situación consolidada.

Se esta privando a los contribuyentes del ejercicio de un derecho que esta reconocido en las leyes y a otros. Mediante la equiparación efectuada entre liquidación definitiva y firme por el TC se ve afectado el derecho a la tutela judicial efectiva. Una cosa es declarar inconstitucional la fórmula de cálculo de un impuesto y otra muy diferente es no poder recurrir el acto de la Administración que realiza el cálculo de ese impuesto invocando la sentencia, cuando las leyes reconocen a los ciudadanos la posibilidad de controlar a la Administración e impugnar la liquidación.

En todo caso, hay que observar que los ayuntamientos no podrán girar liquidaciones definitivas sobre hechos imposables producidos anteriores al dictado de la sentencia, pues la sentencia del TC expulsa del ordenamiento jurídico los artículos que regulan el método de cálculo del impuesto. De este modo, la consecuencia es que aquellos contribuyentes a los que si se giró la liquidación no podrán impugnarla alegando la sentencia del TC, mientras que si no se notificó la liquidación la Administración ya no podría realizarla con posterioridad a su dictado y los contribuyentes no soportarán el pago del impuesto, lo que producirá una situación desigual ante un mismo hecho.

Se planteará si después de la sentencia del TC 182/21 procedería desestimar un recurso contra una liquidación definitiva argumentando que se vulnera el principio de capacidad económica,

difícil argumentación de fondo cabe utilizar para denegar la misma cuando se ha expulsado del ordenamiento jurídico los preceptos que la definen, solo cabría oponer la criticable objeción formal de la sentencia del TC que equipara las resoluciones definitivas a las firmes y a la cosa juzgada en cuanto que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva.

Nos debemos plantear las consecuencias que tendría si una ley, en este caso tributaria, impidiera recurrir los actos que dicten las Administraciones. Pensaríamos que se vulneraría uno de los principios esenciales del estado de derecho como es el control de la Administración y el derecho a la tutela judicial efectiva garantizados en el artículo 24 de la Constitución española, 47 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

PROPUESTA PARA UNA SOLUCIÓN DEFINITIVA DE LA RENOVACIÓN DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

RAMÓN SASTRE LEGIDO.

Magistrado. Especialista en el orden contencioso-administrativo.
Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Castilla y León
(sede Valladolid).

SUMARIO:

I Planteamiento de la situación. II. El Consejo General del Poder Judicial. III, Propuesta que se formula.

RESUMEN:

El presente trabajo pretende establecer una propuesta de solución definitiva ante la falta de renovación del actual Consejo General del Poder Judicial, que ha sobrepasado con creces, y no por primera vez, la duración de su mandato de cinco años. La propuesta que se formula se hace dentro del actual marco constitucional y comporta que los doce vocales de procedencia judicial sean elegidos por ellos, reservado al Congreso de los Diputados la propuesta de “cuatro” de los vocales y al Senado la de otros “cuatro”, elegidos en ambos casos como dispone el artículo 122.3 de la Constitución. Esta propuesta no puede considerarse corporativa y responde al criterio defendido por la Unión Europea y por el Consejo de Europa. Con ella se conseguirá la renovación en plazo de una institución tan importante como es el Consejo General del Poder Judicial, lo que contribuirá al fortalecimiento de la democracia en España.

PALABRAS CLAVE:

Propuesta de nombramiento de vocales del Consejo General del Poder Judicial; renovación del Consejo General del Poder judicial; independencia judicial.

1.- Planteamiento de la situación

Uno de los problemas que se plantean en el funcionamiento de la democracia en España se refiere a la renovación de las instituciones establecidas en la Constitución (CE), pues no siempre se cumplen los plazos previstos para las correspondientes renovaciones.

Hace unos meses se procedió al nombramiento de cuatro magistrados del Tribunal Constitucional, de los doce miembros que componen el Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo en sustitución de los anteriores cuyo periodo de mandato se había terminado, pero sigue sin renovarse el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), lo que debe hacerse “cada cinco años” en su totalidad desde la fecha de su constitución como dispone el artículo 568 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), en virtud de la modificación operada por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio. Este periodo de “cinco años” de los miembros del Consejo General del Poder Judicial también se contempla en el artículo 122.3 CE que dispone: *“El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres*

*quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión”*¹.

Como los actuales vocales del CGPJ fueron nombrados por Real Decreto de 29 de noviembre de 2013 y su Presidente por Real Decreto de 10 de diciembre de ese año, es claro que en la actualidad el citado periodo de “cinco años” terminó en 2018. La finalización del periodo del mandato no determina el cese de sus miembros y no se contempla en la CE, tampoco en la LOPJ de 1985 hasta la reciente reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, que el CGPJ quede “en funciones” con sus competencias fuertemente limitadas. En el artículo 570.2 LOPJ, en la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2013, se señala que si las Cámaras no han efectuado la designación de vocales en el plazo previsto el Consejo saliente “continuará en funciones” hasta la toma de posesión del nuevo, estableciendo como única limitación que, hasta entonces, no podrá procederse a la elección del nuevo Presidente del Consejo General del Poder Judicial.

La reforma llevada a cabo por la citada Ley Orgánica 4/2021 establece para el CGPJ “en funciones” nuevas e importantes limitaciones como son, entre otras, la de no poder proponer nombramientos

¹ Incluso cuando se escriben estas líneas está pendiente la renovación de otros cuatro magistrados del Tribunal Constitucional, los dos a propuesta del Gobierno y otros dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

de Presidentes de las Audiencias, de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, de los Presidentes de Sala y los Magistrados del Tribunal Supremo. No es mi propósito profundizar ahora en esta discutible reforma de 2021. Solo quiero resaltar que limita gravemente las funciones del CGPJ por no haberse renovado, cuando la causa de esta no renovación no le es imputable, pues deriva de la falta de acuerdo de los grupos parlamentarios mayoritarios para elegir en la regulación actual a los 20 vocales, que se atribuyen 10 el Congreso de los Diputados y 10 el Senado, aunque, como veremos, no siempre fue así².

De las importantes limitaciones que se establecen para el CGPJ “en funciones” quiero resaltar la imposibilidad de hacer las propuestas de nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo, pues repercute gravemente en su funcionamiento y con ello en la buena marcha de la Administración de Justicia, ya que el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, como dispone el artículo 123.1 CE, y es evidente que es en el Tribunal Supremo donde se producen más vacantes por jubilación de sus miembros, que son por lo general dentro de la carrera judicial los de más edad. Sobre esa Ley Orgánica 4/2021

2 Cuando se escriben estas líneas se está tramitando una proposición de reforma de la Ley Orgánica 4/2021 para permitir al Consejo General del Poder Judicial hacer la propuesta de nombramiento de dos magistrados del Tribunal Constitucional, tema que tampoco es objeto de este trabajo.

se pronunciará el Tribunal Constitucional, que ha admitido a trámite los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra ella, y sería deseable que ese pronunciamiento no se demorara dada su trascendencia.

No es la primera vez que se incumple el mandato legal de la renovación de los miembros del CGPJ en su totalidad “cada cinco años”. Por ello, el objeto de este trabajo es establecer una propuesta que contenga una solución definitiva, dentro del actual marco constitucional, para la renovación del CGPJ en dicho plazo, lo que redundaría en beneficio de la democracia española dadas las importantes funciones que tiene encomendadas.

2.- El Consejo General del Poder Judicial

El CGPJ no es un órgano del poder judicial. Éste se atribuye a los jueces y magistrados, que son quienes ejercen la potestad jurisdiccional resolviendo los conflictos que se articulan en el proceso. Esto han de hacerlo aplicando la ley, a la que “únicamente” están sometidos como dice el artículo 117.1 CE, sin interferencia alguna, ni de otros poderes del Estado ni de cualquier entidad o grupo social, ni tampoco de los otros órganos judiciales. Por eso dice bien el artículo 13 LOPJ que “Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados”. Este aspecto de la “independencia” es la esencia del poder judicial y es garantía del Estado de Derecho.

EL CGPJ se configura en la CE como “órgano de gobierno” del poder judicial.

El constituyente no quiso que la gestión del régimen de nombramientos, ascensos, inspección y disciplina de los jueces y magistrados se encomendara a un órgano del poder ejecutivo, como podría serlo el Ministerio de Justicia, sino a un órgano específico y autónomo. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia 108/1986, de 29 de julio, *“las funciones que obligadamente ha de asumir el Consejo son aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los Tribunales: de un lado, el posible favorecimiento de algunos jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones. La finalidad del Consejo es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado”*.

Se siguió, así, en la CE con el establecimiento del CGPJ el modelo que estaba previsto en la Constitución Italiana de 1947 que contempla un “Consejo Superior de la Magistratura” como órgano autónomo e independiente de cualquier otro poder y al que corresponde decidir los destinos y traslados, ascensos y medidas disciplinarias en relación con los magistrados.

El CGPJ se configura en la CE como órgano de gobierno del poder judicial en garantía de la independencia de éste con una composición mixta. Está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá y por veinte miembros nombrados por el Rey, siendo “doce” de ellos “entre”

Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales en los términos que establezca la ley orgánica; “cuatro” a propuesta del Congreso de los Diputados, y “cuatro” a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión, como establece el artículo 122.3 CE al que antes se ha hecho referencia.

Es cierto que en ese precepto no se dice que los “doce” miembros de procedencia judicial, que han de ser nombrados entre jueces y magistrados, tengan que ser elegidos “por ellos”, pues, dado que han de serlo “de todas las categorías judiciales”, se remite a lo que establezca la ley orgánica. Pero también lo es que la elección de esos “doce miembros” por los propios jueces y magistrados responde al espíritu y finalidad de la CE al crear ese órgano, pues en mi opinión es claro que no se atribuía el nombramiento de esos “doce” miembros a los órganos del parlamento, ya que, aquí sí, ese artículo 122.3 CE dispone que el Congreso de los Diputados propone a “cuatro” y el Senado a otros “cuatro”, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros entre abogados y otros juristas de reconocida competencia, como se ha dicho.

Que el espíritu y finalidad de la CE era que los “doce miembros” del CGPJ de procedencia judicial fueran elegidos por ellos se puso de manifiesto en la Ley Orgánica 1/1980, de 16 de enero, que reguló el primer

CGPJ y así lo estableció. Se disponía, así, que los vocales de procedencia judicial “serán elegidos” por todos los jueces y magistrados que se encuentren en servicio activo y que la elección “se llevará a cabo mediante voto personal, igual, directo y secreto”, siendo la circunscripción única para todo el territorio nacional. De esos miembros de procedencia judicial integraban el Consejo tres Magistrados del Tribunal Supremo, seis Magistrados y tres Jueces. No está de más añadir que nadie consideró inconstitucional esa Ley Orgánica.

Esa regulación del CGPJ se modificó con la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, que dispuso que todos los Vocales serán propuestos por el Congreso de los Diputados y por el Senado, indicándose que cada Cámara elegiría, por mayoría de tres quintos de sus miembros, cuatro Vocales entre abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años en el ejercicio de su profesión, procediendo para ello según lo previsto en su respectivo Reglamento, y, además, cada una de las Cámaras propondría, igualmente por mayoría de tres quintos de sus miembros, otros seis Vocales elegidos entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales que se hallen en servicio activo.

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre esa elección que atribuía ahora al Parlamento la propuesta de los 20 vocales del CGPJ, 10 a propuesta del Congreso de los Diputados y 10 a propuesta del Senado, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en la antes

citada STC 108/1985. En esta sentencia se admitió que los 20 miembros del CGPJ – aparte de su Presidente, elegido luego por ellos- fueran elegidos todos ellos por el Parlamento, puesto que la CE no dice que los 12 miembros “entre” jueces y magistrados de todas las categorías fueran elegidos “por ellos”, pero ya advirtió que con la elección de todos ellos por vía parlamentaria “*se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyan los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos*”. Y esto es lo que, opinan muchos, ha sucedido. Aún más, en esa sentencia –que muchas veces se cita por los partidarios de la elección parlamentaria de “todos” los vocales del CGPJ- también se dice, y no está de más recordarlo, que –aunque no se considere bastante para declarar su invalidez- la “existencia y aún la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, *parece aconsejar su sustitución*”.

El sistema de elección de los vocales del CGPJ establecido en la Ley Orgánica 1/1985 ha sido modificado posteriormente para permitir la participación de las asociaciones judiciales y de los propios miembros de la carrera judicial, pero se ha mantenido siempre la elección parlamentaria de los 20

vocales, también de los “doce” miembros de procedencia judicial. Sin embargo, esto no ha evitado lo que algunos han considerado que la elección de los 20 vocales haya respondido a un reparto de cuotas de los grupos parlamentarios mayoritarios, y tampoco que la renovación del CGPJ se haya efectuado al margen de los plazos previstos. En este aspecto debe destacarse que ni en el Congreso de los Diputados ni en el Senado se hacen entrevistas a los candidatos propuestos por las asociaciones judiciales y por los miembros de la carrera judicial que cuentan con los avales requeridos para examinar su idoneidad, pues únicamente se realiza la votación por las Cámaras cuando los candidatos cuentan con los apoyos parlamentarios suficientes para ser propuestos como vocales, esto es, cuando tienen el apoyo de los “tres quintos” de cada Cámara. Esto se produce cuando los grupos parlamentarios –tal vez sería mejor decir cuando los partidos políticos mayoritarios en las Cámaras- se han puesto de acuerdo en los correspondiente nombramientos. Incluso en algunas ocasiones se ha llegado a hacer público que el Gobierno y el principal partido de la oposición habían llegado al acuerdo sobre quién debía ser el Presidente del CGPJ antes incluso de la constitución de éste, obviando la competencia exclusiva de sus Vocales, que, en la primera sesión constitutiva, deben proceder a la elección de su Presidente.

3.- Propuesta que se formula

En esta situación de falta de renovación del CGPJ en el plazo establecido creo que

es el momento de hacer una propuesta que, dentro del actual marco constitucional, la evite.

Considero, de entrada, que cuando se produce una distorsión en el funcionamiento de una institución constitucional como es el CGPJ el camino a seguir es volver al espíritu y a los principios que la propia CE contiene. En este supuesto creo que la senda que ha de seguirse es que los “doce miembros” del CGPJ de procedencia judicial sean elegidos por los propios jueces y magistrados. Así se hizo en el primer CGPJ y nadie dudó de su constitucionalidad. Esta propuesta, que no es novedosa, es la que mejor se ajusta al espíritu y finalidad prevista para esta institución en la CE en aras a garantizar la independencia del poder judicial. Además, permite evitar el bloqueo de su renovación. En este aspecto debe señalarse que al ser los jueces y magistrados los que elegirían a los citados “doce” miembros de procedencia judicial lo harían siempre en el plazo previsto, una vez cumplidos los “cinco años” de su mandato. Ningún interés tendrían los jueces y magistrados que han de participar en esa elección en dilatarla. Así sucede con las elecciones en las que participan en las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia que se efectúan siempre en el plazo correspondiente. De esta forma el CGPJ, aunque en hipótesis el Congreso y el Senado no hicieran las correspondientes propuestas de los “cuatro” miembros que cada una de esas Cámaras tienen que hacer como dice expresamente el citado artículo 122.3 CE en el plazo previsto –lo que sería más improbable,

dada la elección producida de los otros doce miembros-, ya estaría compuesto con la mayoría absoluta de sus miembros con la elección de los citados “doce” miembros de procedencia judicial.

Además, esta propuesta viene avalada por la Unión Europea y por el Consejo de Europa de los que España forma parte. Así, en el informe sobre el Estado de Derecho de 2021 referido a España, la Comisión Europea hace referencia, en relación con la falta de renovación del CGPJ, a la “puesta en marcha de un sistema de elección de los jueces miembros por parte de sus homólogos”, y se remite a lo señalado en las normas del Consejo de Europa. En la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 17 de noviembre de 2010, después de indicar que la independencia del poder judicial “no es un privilegio para los jueces, sino una garantía de respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales”, que es inherente al Estado de Derecho e indispensable para el funcionamiento del sistema judicial, se señala en su capítulo IV, referido a los Consejos del Poder Judicial, que *“No menos de la mitad de los miembros de estos consejos deben ser jueces elegidos por sus pares de todos los niveles del poder judicial y con respeto al pluralismo dentro del poder judicial”*. Esto es, precisamente, lo que resulta de lo dispuesto en el artículo 122.3 CE.

No me parece aceptable la crítica que a veces se hace acerca del “corporativismo” que supondría volver a la elección de los “doce miembros” de procedencia judicial del CGPJ por los propios jueces y magistrados. De la misma forma que no se considera “corporativa” la previsión del artículo 71.2 CE que exige para la inculpación o procesamiento de los Diputados y Senadores la “previa” autorización de la Cámara respectiva, pues se entiende que está establecida con el fin de garantizar la inmunidad parlamentaria, tampoco debe considerarse “corporativa” la elección que se propone de los “doce miembros de procedencia judicial” por los propios jueces y magistrados porque resulta de lo previsto en el artículo 122.3 CE como se ha reiterado para la constitución del CGPJ, que se configura en garantía de la independencia del poder judicial que, como se ha dicho, no es un privilegio para los jueces, ya que está prevista a favor de los derechos y libertades de los ciudadanos. Además, es el criterio defendido por la Unión Europea y por el Consejo de Europa –también en los numerosos informes elaborados para España por el Grupo de Estados en contra de la Corrupción (GRECO)- para la composición de los Consejos del Poder Judicial y difícilmente puede considerarse que hacen propuestas “corporativas” cuando propugnan que “al menos de la mitad de los miembros de estos consejos deben ser jueces elegidos por sus pares”, en garantía del Estado de Derecho, que es lo que aquí se defiende y que sabiamente ya había establecido la CE de 1978.

Con la propuesta que aquí se hace se conseguiría la renovación en el plazo establecido de una institución tan importante como es el CGPJ, lo que contribuirá al fortalecimiento de la democracia en España.