



Justicia
Justicia

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrativa
Administrativa

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Administrativa

CONSEJO ASESOR

Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. **Javier Barnés Vázquez** PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA. **Antonio Embid Irujo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA. **Germán Fernández Farreres** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. **Javier García Roca** CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE VALLADOLID. **Francisco López Menudo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA. **Ángel Menéndez Rexach** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. **Luis Ortega Álvarez** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. **Manuel Rebollo Puig** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA. **Joaquín Tornos Mas** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

SECRETARÍA TÉCNICA

Margarita Beladiez Rojo

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

© LEX NOVA 1999

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A.
	General Solchaga, 48 47008 Valladolid
TELÉFONO	983 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	atn.cliente@lexnova.es
IMPRESIÓN	Mateu Cromo
ISSN	1139-4951
DEPÓSITO LEGAL	VA. 777/1998

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo por escrito del titular del Copyright. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación.

Sumario:

- [5] Responsabilidad patrimonial de la Administración y unidad jurisdiccional**
JESÚS LEGUINA VILLA
- [15] Recursos contra reglamentos y cuestión de ilegalidad**
MANUEL REBOLLO PUIG
- [45] La inactividad de la administración en la LJCA de 1998**
ALEJANDRO NIETO
- [67] El principio de congruencia en el orden jurisdiccional contencioso-Administrativo. Jurisprudencia y cambios tras la LJCA de 1998**
SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
- [79] Medidas de agilización del procedimiento ordinario**
RAFAEL ENTRENA CUESTA
- [99] Procedimiento abreviado regulado en el artículo 78 LJCA**
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
- [110] La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo**
ALFONSO PÉREZ MORENO
- [125] El sistema de recursos establecido en la Ley 29/98, de la LJCA, respecto de las sentencias dictadas por los TTSJ en cuya fundamentación sea determinante el derecho de las ccaa**
IGNACIO LÓPEZ CARCAMO
- [155] La ejecución de sentencias**
LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
- [167] La extensión a terceros de los efectos de la sentencia en vía de ejecución**
IGNACIO LÓPEZ CARCAMO
- [185] La regulación de las medidas cautelares en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa**
CARMEN CHINCHILLA MARÍN
- [207] La adopción de medidas cautelares con carácter urgente LJCA**
JOSÉ MANUEL SALA ARQUER

Responsabilidad patrimonial de la Administración y unidad jurisdiccional

JESÚS LEGUINA VILLACatedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Alcalá

Sumario:

I. La indeseable pluralidad de jurisdicciones. II. La unidad jurisdiccional en la nueva LJCA. III. La unidad jurisdiccional en la reforma de la LOPJ.

I. LA INDESEABLE PLURALIDAD DE JURISDICCIONES

La instauración en el año 1954 de un innovador sistema de responsabilidad extracontractual directa y objetiva de la Administración por los daños que a los particulares cause el funcionamiento de los servicios públicos fue acompañada de la correspondiente atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa de la competencia para conocer de las pretensiones de indemnización que tales daños susciten (arts. 128 LEF y 141 REF). El art. 3.b) de la LJCA de 1956 confirmó esta unidad jurisdiccional con una sencilla fórmula: la jurisdicción contencioso-administrativa sería competente para conocer de todas “las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Pero la voluntad de unificar las acciones de resarcimiento administrativo en el orden contencioso duraría apenas un año. El art. 41 LRJAE de 1957 dispuso, en efecto, que la jurisdicción ordinaria (civil) sería competente para conocer de las acciones de resarcimiento frente a la Administración del Estado cuando los daños hubieren sido causados en el ámbito de las “relaciones de Derecho privado”. La ruptura de la unidad jurisdiccional sólo afectaba, en rigor, a la Administración del Estado, pero la jurisdicción civil no tuvo demasiados reparos en extenderla también a la Administración Local y a la Administración Institucional, al tiempo que ampliaba el ámbito objetivo de esas enigmáticas “relaciones (extracontractuales) de Derecho privado” para afirmar su propia competencia en relación con supuestos de daños inequívocamente administrativos

que, paralelamente, la jurisdicción contencioso-administrativa incluía con toda normalidad en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos. Los casos de concurrencia de responsabilidades entre la Administración y terceros causantes materiales del daño (particulares, funcionarios o concesionarios), no atribuidos explícitamente al orden contencioso-administrativo por los textos legales arriba citados, contribuyeron a afianzar la competencia de los tribunales civiles y a consumir así la ruptura de la deseable unidad jurisdiccional. Los argumentos para sostener la citada competencia son conocidos: la solidaridad entre los sujetos —públicos y privados— responsables de los daños producidos, el juego de la cláusula residual de competencia en favor de la jurisdicción civil en caso de laguna (art. 9.2 LOPJ) que dota de fuerza atractiva o supletoria a este orden jurisdiccional, el respeto debido a la continencia de la causa que evite pronunciamientos judiciales contradictorios o, en su caso, enriquecimientos injustos, y, en último término, razones de equidad que ahorren al perjudicado el peregrinar de una a otra jurisdicción, que en muchos casos, dada la larga duración de los pleitos, se traduce en dilaciones injustificadas e insoportables para las víctimas y, por tanto, en verdaderas denegaciones de justicia¹.

La jurisdicción social, por su parte, ha venido entendiendo, aunque no siempre, que le correspondía conocer de las reclamaciones de indemnización por los daños producidos como consecuencia de la defectuosa prestación de la asistencia sanitaria en Entidades Gestoras de la Seguridad Social, siempre que el perjudicado fuera beneficiario de la acción protectora del sistema de Seguridad Social². Aunque no puede haber duda de que en estos casos los daños producidos con ocasión de la asistencia sanitaria constituyen también un supuesto típico de “funcionamiento de los servicios públicos”, subsumible dentro de la cláusula general del art. 106.2 de la Constitución, los órganos jurisdiccionales del orden social han preferido considerarlos en muchas ocasiones como “materia de seguridad social” cuya competencia les corresponde en virtud de lo dispuesto en los arts. 9.5 LOPJ y 2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral; todo ello sin tomar en consideración o haciendo caso omiso del régimen unitario de responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas que se contiene en el Título X de la Ley 30/1992 y en la Disposición Adicional Primera del Reglamento de 1993 que lo desarrolla.

(1) Vid. R. BERCOVITZ, “Comentario a la STS, Sala 1ª, de 22 de noviembre de 1985”, en CCJC núm. 10, 1986, páginas 3187 y siguientes; y del mismo autor, “Comentario a la STS, Sala 1ª, 2 de febrero de 1987”, en CCJC, núm. 13, 1987”, páginas 4351 y siguientes; M. URIARTE RICOTE, “El conflicto de competencia planteado por la Administración al juez civil o social como mecanismo unificador (hacia la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) en materia de responsabilidad administrativa”, en RAP, núm. 143, 1993.

(2) Cfr. E. DESDENTADO DAROCA, “La determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones de indemnización por daños causados en la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, RAP núm. 136, 1995; B. NOGUERA DE LA MUELA, “La unidad jurisdiccional y la reclamación de indemnización por prestación defectuosa de asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, REDA, núm. 88, 1995; F. IRURZUN MONTORO, “La jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En especial, el caso de los servicios públicos sanitarios”, REDA, núm. 87, 1995; V. CONDE MARTÍN DE HIJAS, “Indemnización por asistencia sanitaria defectuosa: orden jurisdiccional competente”, *Actualidad Laboral*, núm. 44, 1994; A. de PALMA, “El lamentable peregrinaje jurisdiccional entre el orden social y el contencioso-administrativo en materia de reclamaciones de indemnización por daños derivados de la deficiente atención sanitaria de la Seguridad Social”, REDA, núm. 89, 1996; J.F. MESTRE DELGADO, “Crónica sobre la jurisprudencia reciente del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción”, RAP, núm. 138, 1995, singularmente las páginas 343 a 351; J. GUERRERO ZAPLANA, “La jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad por defectuosa asistencia sanitaria en el marco de la Seguridad Social”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 267, de 31 de octubre de 1996; M. URIARTE RICOTE, “Comentario a la STS, 1ª, de 31 de octubre de 1995. Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal del servicio público; incompetencia de jurisdicción”, *Cuadernos Civitas Jurisprudencia Civil*, abril-agosto 1996, páginas 497-510.

II. LA UNIDAD JURISDICCIONAL EN LA NUEVA LJCA

El art. 2.e) de la nueva LJCA debe ponerse en conexión con la importante modificación introducida en el art. 9.4 LOPJ. La aplicación conjunta de ambos preceptos legales viene a poner fin a una situación de diversidad jurisdiccional cada vez más alejada de exigencias mínimas de igualdad y de seguridad jurídica, dadas las importantes diferencias de criterio existentes en cada orden jurisprudencial acerca de las normas que han de aplicarse a los daños y a las indemnizaciones administrativas, una situación, en suma, en la que el azar ha venido siendo un factor inseparable de las reclamaciones de resarcimiento, tanto para las víctimas como para la propia Administración.

No puede extrañar por ello que la unidad jurisdiccional para conocer de todas las pretensiones de resarcimiento administrativo haya sido unánimemente reclamada desde todos los sectores de la doctrina jurídica³, ni tampoco que se haya tratado de justificar tal aspiración como una exigencia derivada del art. 24.1 de la Constitución que consagra el derecho de obtener tutela judicial efectiva sin peregrinajes insoportables o sentencias contradictorias. La tutela judicial efectiva obliga a dar un tratamiento jurídico unitario al conflicto que enfrenta a las víctimas de los daños administrativos con todos sus eventuales responsables y exige por ello que se pueda demandar a todos ellos ante un único orden jurisdiccional, con independencia de que finalmente resulten o no condenados a reparar tales daños. R. BERCOVITZ ha insistido especialmente en esta idea subyacente en el principio de seguridad jurídica y en el derecho fundamental a la tutela judicial: “La posibilidad de reclamar a todos ante una única jurisdicción sólo es útil al fin perseguido si se refiere a los hipotéticos responsables, sin perjuicio de que luego lo resulten o no. Es algo obvio. De lo contrario volveríamos a colocar a la víctima en una duda difícil de resolver y carente de sentido desde el punto de vista de su protección”⁴. Por su parte, el Tribunal Constitucional, aun respetando la interpretación que cada orden jurisdiccional hace de las normas reguladoras de su propia competencia material, no ha dejado de advertir que “a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas reso-

**QUEDAN FUERA DEL ORDEN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
LAS RECLAMACIONES
PRESENTADAS DIRECTAMENTE
FRENTE A COMPAÑÍAS
ASEGURADORAS DE RIESGOS
ADMINISTRATIVOS**

(3) En la doctrina administrativa, merecen recordarse los pioneros trabajos de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, “Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción”, RAP, núm. 42, 1963, y “Unidad de jurisdicción para la Administración Pública”, RAP, núm. 49, 1966. Puede verse un detenido examen de las opiniones favorables, sea al orden civil sea al orden contencioso-administrativo, en la reciente y excelente monografía de Eduardo GAMERO CASADO, *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Editorial Aranzadi, Pamplona 1997, in toto.

(4) Comentario a la STS, 1ª, 2 febrero 1987, cit. pág. 4369.

luciones judiciales en virtud de la cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, **o que una misma persona fue su autor o no lo fue**. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9.3 de la CE. Pero en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24.1 de la CE, pues **no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios**” (STC 62/1984, de 21 de mayo, FJ 5°).

El art. 2.e) LJCA, que reproduce literalmente en este punto el texto del Proyecto de Ley de 1995, unifica explícitamente la competencia jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo para conocer de todas las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración, sin distinguir entre daños producidos por la actividad pública, típica o institucional de ésta y daños administrativos causados en el marco de las relaciones jurídico-privadas, prohibiendo, en consecuencia, a los perjudicados reclamar las indemnizaciones correspondientes ante las jurisdicciones civil o social, como hasta ahora venían haciendo a su libre elección con el beneplácito de estos dos órdenes jurisdiccionales. Para la nueva LJCA los principios que inspiran el régimen jurídico de las indemnizaciones administrativas son en todo caso “de naturaleza pública” y por ello “parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la jurisdicción contencioso-administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal” (Exposición de Motivos).

La Ley Procesal Administrativa afirma así de un modo rotundo la unidad jurisdiccional en favor del orden contencioso-administrativo que implícitamente había sido ya establecida⁵ —o, mejor, restablecida, volviendo al modelo de la LJCA de 1956— por los arts. 142.6 y 144 de la LRJPAC de 1992, según se ocuparon de señalar la Exposición de Motivos del Reglamento de ejecución de la Ley en esta materia (“la vía jurisdiccional contencioso-administrativa (...) pasa a ser, en el sistema de la nueva Ley, la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, tanto en relaciones de Derecho público como privado”), la doctrina mayoritaria y el importante **Auto de 4 de julio de 1994 de la Sala especial de Conflictos de competencia del Tribunal Supremo** (cuya certera doctrina fue, sin embargo, expresamente contradicha al cabo de un año por la Sala Cuarta del propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de julio de 1995). Con carácter general, para la Sala de Conflictos el restablecimiento de la unidad jurisdiccional por la Ley 30/1992 en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración:

(5) Unificación jurisdiccional cuya constitucionalidad fue confirmada por el Tribunal Constitucional en su Auto de 22 de julio de 1997, estudiado por E. GAMERO CASADO, “Constitucionalidad de la unificación jurisdiccional en materia de responsabilidad administrativa” (Comentario del ATC de 22 de julio de 1997), *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 332, 5 de marzo de 1998.

“se desprende de un triple y combinado orden de razonamientos: de la derogación específica del art. 41 de la precedente LRJAE –Disposición Derogatoria, párrafo 2, apartado a)–; de la afirmación del principio de responsabilidad directa de las administraciones públicas cuando actúen en relaciones de derecho privado –art. 144–, responsabilidad esta exigible en la forma prevista en los arts. 142 y 143 –procedimiento unitario general o abreviado, según los casos– y que, por ende, ha de terminar con una ‘resolución administrativa’ (...); y, por último, de la clara dicción del art. 142.6 cuando establece que ‘la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa’, expresiones estas que denotan, por sí mismas, la sumisión ulterior al enjuiciamiento de la cuestión por los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como, sin lugar a dudas, resulta patente del precisamente modificado por la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1992, art. 37.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (...)”.

Y por lo que respecta específicamente a la incompetencia de la jurisdicción social en esta materia a partir de la unificación establecida por la LRJPAC, la Sala de Conflictos declaró en esa lúcida resolución que:

“después de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, sólo un concepto amplísimo de reclamaciones en materia de Seguridad Social, no avalado por ningún texto legal concreto, permitiría incluir en él las reclamaciones de responsabilidad patrimonial y sustratos al régimen procedimental y jurisdiccional unitario que ha reintroducido la nueva normativa. Adviértase, además, que el término prestación es un concepto jurídico inserto en el marco de los derechos y obligaciones específicos de la Seguridad Social y que tiene múltiples aspectos que afectan al nacimiento del derecho, a su obtención, a su amplitud, a sus condiciones de tiempo y lugar, a los requisitos de afiliación y cotización, etc., aspectos perfectamente distinguibles de la actividad de servicio público que sin discusión realizan sus instituciones, en lo que aquí interesa, sanitarias y que, por sí sola, es susceptible de generar una pretensión de responsabilidad. Por todo ello y al no existir, en el ámbito institucional sanitario de la Seguridad Social, una previsión específica sobre responsabilidad patrimonial por la mera prestación del servicio sanitario y para evitar la anomalía que supondría sostener la existencia de un espacio institucional inmune en esta materia, que sólo podría satisfacerse dentro del marco de la acción protectora que aquélla –la Seguridad Social, se entiende– desarrolla cuando se trate de sujetos a los que resulte aplicable el sistema, será lógico concluir que la regulación unificadora, en los aspectos procedimental y jurisdiccional, arbitrada por la Ley 30/1992 en punto a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, es aplicable a lo que pueda exigirse a las entidades, servicios y organismos de la mencionada Seguridad Social por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la asistencia sanitaria”.

Para disipar cualquier duda que en el futuro pudiera plantearse, o cualquier intento de seguir excluyendo los daños sanitarios del sistema unitario de responsabilidad administrativa considerándolos, pese a todo, como “materia de Seguridad Social”, la Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992, incorpora una nueva Disposición Adicional –la número 12– que textualmente dice: “La responsabilidad patrimonial de las Entidades

Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, **seguirán la tramitación prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.**”

En buena lógica, debe entenderse que la unidad jurisdiccional reafirmada por el art. 2.e) de la nueva Ley de lo contencioso-administrativo alcanza no sólo a los daños causados por las Administraciones públicas, territoriales e institucionales, mencionadas en el art. 1.2, sino también a los que produzca la actividad administrativa de los organismos públicos incluidos en el art. 1.3, asimilados a aquéllas en lo que atañe a su control judicial por el fuero propio de las organizaciones administrativas.

III. LA UNIDAD JURISDICCIONAL EN LA REFORMA DE LA LOPJ

La unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido consagrada también, como ya se ha dicho, en el precepto de la LOPJ —el art. 9— que diseña el modelo de distribución competencial entre todos los órdenes jurisdiccionales, mediante la adición de un nuevo párrafo al apartado 4 en el que se dispone que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo:

“Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”.

La reforma de la LOPJ era necesaria, puesto que el nuevo art. 2.e) LJCA chocaba frontalmente con el antiguo art. 9.4 LOPJ en el que se reflejaba, como materia reservada a Ley orgánica, el diseño general de las competencias propias del orden contencioso-administrativo, diseño general que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 224/1993, de 1 de julio, FFJJ 2º y 3º), no podía ser alterado por una ley ordinaria como es el caso de la nueva ley procesal administrativa.

Como puede observarse, la LOPJ emplea virtualmente los mismos términos que el art. 2.e) LJCA al afirmar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las pretensiones de resarcimiento frente a la Administración por los daños que cause a terceros su actividad pública o privada, insistiendo en que esa competencia del fuero especializado en el control de la Administración se extiende a todos los supuestos de responsabilidad patrimonial extracontractual “cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive”. Pero el art. 9.4 introduce además dos importantes novedades que vienen a cerrar el círculo del conociemien-

to exclusivo de estos pleitos por los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo, que ahora se extiende también a los supuestos de concurrencia con terceros responsables, cegando toda posibilidad de abrir la competencia de la jurisdicción civil mediante el expediente de la acumulación de acciones y autos prevista en los arts. 156, 160 y 161.5ª y 162.6ª LEC, que hasta el momento constituía la vía más fácil y segura de desvío procesal para trabar la competencia de esta jurisdicción.

La primera novedad se refiere al “personal al servicio de la Administración”. El precepto dispone que la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer no sólo de “las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, sino también de las que se planteen en relación con la responsabilidad patrimonial “del personal a su servicio”. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/1998, que reforma la LOPJ, se ocupa de aclarar que esta responsabilidad civil o patrimonial de las autoridades y agentes administrativos “se exigirá, en todo caso, en los términos de la Ley 30/1992”. De acuerdo con esta puntualización, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa podría comprender alguna de las dos siguientes hipótesis interpretativas. La primera hipótesis consistiría en entender, como así se ha venido haciendo hasta ahora, que el art. 146 de la Ley 30/1992, en su versión original, permitía al perjudicado dirigir su acción de resarcimiento directamente contra la autoridad, funcionario o empleado público causante material del daño “de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente”, esto es, de acuerdo con el principio general de la responsabilidad por culpa del art. 1902 del Código Civil. Pero en tal caso, a partir de ahora, tras la modificación de la regla de la competencia por el art. 9.4 LOPJ, el perjudicado no podría ya deducir su pretensión ante las jurisdicciones social o civil (lo que hasta el momento le permitía codemandar también ante esas mismas jurisdicciones a la propia Administración), sino que habría de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, acumulando esta pretensión a la acción de responsabilidad directa que, en su caso, deduzca frente a la Administración, si antes no obtuvo satisfacción su reclamación de indemnización frente a esta última en la vía administrativa previa. Cabría, pues, reclamar la indemnización conjuntamente a la Administración y al agente público, asegurándose la continencia de la causa en un solo pleito ante la jurisdicción contencioso-administrativa,

**NOVEDAD IMPORTANTE
PARA GARANTIZAR LA
UNIDAD JURISDICCIONAL
CONSISTE EN ATRIBUIR AL
ORDEN CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO
LOS SUPUESTOS DE
CONCURRENCIA DE
RESPONSABILIDADES ENTRE
LA ADMINISTRACIÓN Y
LOS SUJETOS PRIVADOS**

único orden jurisdiccional competente, según el nuevo art. 9.4 LOPJ, para resolver sobre “la responsabilidad de las Administraciones públicas y del personal a su servicio”.

La segunda hipótesis interpretativa consistiría en entender que el art. 146 de la Ley 30/1992 sólo permitía demandar directamente a las autoridades y funcionarios cuando el daño hubiera sido causado por la actividad estrictamente privada de éstos, pero no cuando sea consecuencia del ejercicio de sus funciones y cometidos administrativos. En este último caso, el “personal al servicio de la Administración” se identifica con ésta, es el ente público el que aparece ante la víctima como autor del daño y, por tanto, es dicho ente público el que está obligado directamente –y exclusivamente– a reparar el daño. El agente no respondería frente al perjudicado, sino sólo frente a la Administración en vía de regreso, una vez satisfecha por ésta la indemnización correspondiente⁶. La exclusión de toda responsabilidad directa del agente público frente al perjudicado no debe equivaler, sin embargo, a su inimpunidad patrimonial y por ello la Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992 convierte en obligatorio el ejercicio de la acción de regreso frente a aquél, ejercicio que hoy es simplemente potestativo, lo que en la práctica lo hace virtualmente inexistente⁷. Dice así el art. 145.2 en la redacción de la nueva Ley: “La Administración correspondiente, cuando hubiera indemnizado a los lesionados, **exigirá de oficio** de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca”.

La reforma de la LRJPAC acepta, pues, plenamente la última de las dos citadas interpretaciones al eliminar del art. 146 toda referencia a una autónoma “responsabilidad civil del personal al servicio de las Administraciones Públicas” frente a terceros por los daños que a éstos cause el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o la actividad administrativa de Derecho privado, eventos dañosos ambos en que la obligación de resarcimiento se imputaría sólo al ente público. De este modo, las pretensiones relativas a “la responsabilidad patrimonial del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, cuyo conocimiento corresponde también al orden contencioso-administrativo según el nuevo art. 9.4 LOPJ, serán las que planteara dicho personal en los casos en que, utilizada la vía administrativa de regreso por la Administración que satisfizo la indemnización, no se conformara aquél con la resolución administrativa que, con arreglo a los criterios legales de culpabilidad, trasladara a su costa la totalidad o una parte de la indemnización entregada a la víctima del daño.

(6) Ésta es la opinión, entre otros autores, de Miguel CASINO RUBIO, “La responsabilidad civil del profesional sanitario al servicio de las Administraciones públicas: régimen jurídico y jurisdicción competente”, en el volumen colectivo *Manual jurídico de la profesión médica*, coordinador Alberto PALOMAR OLMEDA, Dykinson 1998, págs. 1169-1193. Para este autor, “si la conducta dañosa se produce en el ámbito del desempeño de sus funciones la responsabilidad del funcionario se publica y se traspa por entero a la Administración, que responderá directamente de acuerdo con el régimen general que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración (...). Esto no significa, por supuesto, que el funcionario sea absolutamente irresponsable sino solamente que su responsabilidad lo es únicamente frente a la propia Administración. (...) En cambio, si la lesión aparece totalmente desconectada del servicio la obligación indemnizatoria correrá personal y directamente a cargo del funcionario responsable del daño, conforme a las reglas del Código Civil. Es aquí justamente donde juega con toda normalidad la previsión del artículo 146.1 LRJPAC” (pág. 1182). Ésta es también la opinión sostenida por Eduardo GAMERO CASADO, *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Cit., páginas 118 y siguientes.

(7) Vid. L. MARTÍN REBOLLO, “Responsabilidad de la Administración”, en el volumen colectivo *Expropiación Forzosa*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 1993, págs. 433-434.

La unificación jurisdiccional no alcanza, sin embargo, a los casos en que la responsabilidad patrimonial —de los agentes públicos y de las Administraciones a las que sirven— derive de la comisión de una infracción penal, responsabilidad que, como excepción al sistema unitario, podrá seguir siendo reclamada ante los órganos de la jurisdicción penal. Y quedarían asimismo fuera del orden contencioso-administrativo las reclamaciones que se presenten directamente frente a las compañías aseguradoras de riesgos administrativos, de las cuales seguirá conociendo la jurisdicción civil, si bien no será posible en tales casos dirigir la acción de resarcimiento frente a la Administración asegurada, pues la prohibición de llevar a ésta ante dicho orden jurisdiccional es también aplicable a estos supuestos. Tal vez no habría sido difícil incorporar este eslabón suelto de la cadena de responsabilidades al sistema unitario de reclamaciones ante el orden contencioso-administrativo.

La segunda novedad del art. 9.4 LOPJ, sin duda la más importante para garantizar definitivamente la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, consiste en atribuir asimismo al orden contencioso-administrativo el conocimiento de **los supuestos de concurrencia de responsabilidades entre Administración y sujetos privados**, abriendo la acción de resarcimiento frente a estos últimos ante la citada jurisdicción y asegurando así la continencia de la causa en el mismo pleito administrativo, con exclusión, por tanto, de todo juego de la cláusula de competencia residual de la jurisdicción civil.

La inversión de la regla de la competencia es radical en este caso, pero también es la única opción coherente con el propósito de residenciar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin fisura alguna, todas las cuestiones y pretensiones relativas a la responsabilidad extracontractual de los entes públicos, y en particular es, a mi juicio, la única medida adecuada a la prohibición del art. 2.e) LJCA de demandar “por este motivo” a la Administración ante las jurisdicciones civil y social. La LOPJ subraya de este modo la naturaleza ordinaria, no especial, del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La jurisdicción es única y su naturaleza ordinaria es predicable por igual de todos los órdenes jurisdiccionales, como también lo es el carácter especializado de todos ellos —y no sólo del contencioso-administrativo— en el desempeño de la función judicial que *ratione materiae* tienen legalmente encomendada. No hay, pues, obstáculo dogmático alguno a que los órganos judiciales contencioso-administrativos, tanto ordinarios como los civiles o sociales, conozcan de pretensiones de indemnización frente a sujetos privados cuando éstos hayan participado, junto a algún ente público, en la producción de daños antijurídicos. Si la vis atractiva y la continencia de la causa han operado hasta ahora en favor de la jurisdicción civil para que ésta pudiera condenar a la Administración a la reparación de daños administrativos, no puede escandalizar a nadie que a partir de ahora sea la jurisdicción contencioso-administrativa la que, en aras de esos mismos principios tuitivos de las víctimas, enjuicie la responsabilidad civil de los particulares que eventualmente hayan participado en la producción de tales daños junto a la Administración pública, mediante una valoración conjunta de todas las conductas y circunstancias concurrentes. Es claro, sin embargo, que en tales supuestos de eventual responsabilidad solidaria entre un ente público y un sujeto privado por haber contribuido ambos a la producción del daño, el perjudicado no podrá deducir su pretensión de resarcimiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa **sólo** frente al sujeto privado. La demanda habrá de dirigirse en todo caso frente a la Administración y, si hubieren concurrido sujetos privados a la produc-

ción del daño, “también frente a ellos” como codemandados, según reza el tenor del último inciso del art. 9.4 LOPJ (“el demandante deducirá **también frente a ellos** su pretensión ante este orden jurisdiccional”). Queda siempre abierta la posibilidad (más teórica que real) de que la víctima del daño deduzca su pretensión únicamente frente a los sujetos privados ante la jurisdicción civil, pero a costa de renunciar a la acción de indemnización frente a la Administración que, conforme a la prohibición del art. 2.e) LJCA, sólo puede ser demandada por este motivo ante los jueces y tribunales contencioso-administrativos.

En estos casos de concurso de responsabilidades, el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad de la Administración será el previsto en el Título X de la Ley 30/1992 y en el Reglamento que lo desarrolla (Real Decreto 429/1993), en tanto que la responsabilidad de los sujetos privados codemandados se regirá por los preceptos de la legislación civil (arts. 1902 y siguientes del Código Civil), debiendo el perjudicado probar la participación culpable de aquéllos en la producción de la lesión patrimonial. Si prosperara la pretensión del perjudicado y se estimase su recurso, el art. 71.1.d) de la nueva LJCA (muy diferente en este punto del precedente art. 84.c de la Ley de 1956) dispone que la sentencia “declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo **quién viene obligado a indemnizar**”, previsión esta que sólo puede referirse a los supuestos de concurrencia de varios sujetos responsables, sean éstos entes públicos o, en su caso, entes públicos y sujetos privados.

Cabe, por tanto, que el juez o tribunal contencioso-administrativo condene a la Administración y al particular corresponsable, si el perjudicado logra probar la autoría de ambos sujetos según resulte de sus respectivos regímenes jurídicos sustantivos; cabe también que condene sólo a la Administración y exonere al particular codemandado, si éste sale airoso de la prueba de su pretendida concurrencia culpable en la producción del daño; y cabe asimismo que absuelva a ambos, si ninguno de ellos causó el daño alegado por el demandante. Pero también es perfectamente posible –y ésta es la novedad más destacable de la reforma legal– que el juez o tribunal desestime la pretensión de indemnización frente a la Administración, si faltara algún requisito que permita imputar a ésta las consecuencias de la lesión, y condene sólo al particular codemandado a satisfacer la reparación patrimonial, si entendiera que la autoría culpable del daño le es imputable a éste por entero. Con ello se pondrá fin al peregrinaje de jurisdicciones, las dilaciones injustificadas en la obtención de tutela judicial para los perjudicados y la disparidad de criterios interpretativos de la legalidad vigente, asegurándose definitivamente que una materia tan importante en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, como es la responsabilidad patrimonial de aquélla, reciba el tratamiento especializado que necesita en el seno del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Recursos contra reglamentos y cuestión de ilegalidad

MANUEL REBOLLO PUIG

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Córdoba

Sumario:

I. Significado general de las reformas. II. Recurso directo contra reglamentos.

1. Actividad impugnada y pretensión. 2. Motivación. 3. Vía administrativa previa. 4 Plazo. 5. Partes. 6. Órgano judicial competente. 7. Declaración de la sentencia estimatoria. 8. Efectos de la sentencia. **III. Recurso indirecto contra reglamentos.** 1. Actividad impugnada y pretensión. 2. Motivación. 3. Vía administrativa previa. 4. Plazo. 5. Partes. 6. Órgano judicial competente. 7. Declaración de la sentencia estimatoria: ¿puede declarar la nulidad del reglamento o sólo la del acto? Distinción entre recursos indirectos “completos” e “incompletos”. Relación con el planteamiento de la cuestión de ilegalidad. 8. Efectos de la sentencia. **IV. La cuestión de ilegalidad.** 1. Significado general. 2. Requisitos para su planteamiento. 3. Supuestos en que no procede. 4. Obligatoriedad de su planteamiento. 5. Objeto. 6. Partes. 7. Órgano judicial competente. 8. Efectos de la sentencia. **V. Recurso directo contra un reglamento que es indirecto contra otro.**

I. SIGNIFICADO GENERAL DE LAS REFORMAS

Entre las novedades de la reciente LJCA, algunas de las más sobresalientes se refieren al control de los reglamentos. Pretenden superar las deficiencias detectadas en la aplicación de la legislación anterior, particularmente en lo que se refiere al llamado recurso indirecto contra reglamentos. La insuficiencia —o supuesta insuficiencia— radicaba en la limitación del fallo a la anulación del acto administrativo que había aplicado el reglamento considerado ilegal, sin que la sentencia pudiera declarar la nulidad del reglamento mismo ni producir a ese respecto efectos

*erga omnes*¹. Para evitar la indeseable inseguridad a que ello conducía, así como para facilitar la eliminación de reglamentos ilegales, la mejor doctrina defendió que en los recursos indirectos contra reglamentos era posible declarar la nulidad de éstos y no sólo la del acto que los aplicó². Chocaba ello, sin embargo, con ciertos obstáculos: no sólo la incompetencia del órgano judicial (pues normalmente el que conocía del recurso indirecto no era competente para el recurso directo contra el reglamento), sino, sobre todo, con el hecho de que la Administración autora del reglamento podía no ser parte en el recurso indirecto. Y esto, al no permitir a la Administración sostener la legalidad de su propio reglamento que podría quedar anulado, entrañaría, por una parte, indefensión, y, por otra, la posibilidad de que el Tribunal decidiera abstractamente sobre la legalidad de un reglamento sin contar con elementos de hecho y de Derecho capitales para pronunciarse acertadamente con carácter general. Súmese a ello que tampoco podían ser parte en ese recurso indirecto sujetos que, sin embargo, sí podrían verse afectados en sus derechos e intereses legítimos por la anulación del reglamento³. Baste lo anterior para comprender que tampoco faltaban razones para que, salvo excepciones, los Tribunales limitasen la sentencia estimatoria del recurso indirecto a la anulación del acto impugnado y, por lo que aquí interesa, para comprender que también la admisión de la anulación de reglamentos en recursos indirectos, junto con indudables aspectos positivos, presentaba otros negativos.

Frente a esta alternativa entre dos opciones insatisfactorias —un recurso indirecto que dejara sin resolver un aspecto esencial o que lo resolviese sin garantías de defensa y acierto— la LJCA idea una salida airosa al aparente callejón sin salida con una solución que preserva lo mejor de cada una de aquellas opciones y elimina gran parte, no todos, de sus inconvenientes. Lo más llamativo de la nueva solución es la cuestión de ilegalidad, pero, en realidad, todo el control contencioso-administrativo de los reglamentos, especialmente el recurso indirecto, sufre en la misma dirección modificaciones o adaptaciones notables. Conviene, pues, exponer la nueva configuración de los recursos directos e indirectos contra reglamentos e insertar en ese contexto la cuestión de ilegalidad que, en cierto modo, es un apéndice o continuación del recurso indirecto, pero sólo para los casos en que éste no sea suficiente, y, desde otro punto de vista, es una alternativa al recurso directo cuya regulación se le aplica en parte (art. 126.2 LJCA).

Unas precisiones generales previas son necesarias. La primera de ellas es que nos limitaremos aquí a contemplar estos instrumentos procesales como medios de control de los

(1) Para ser exactos, no era ni siquiera completamente seguro ni pacífico que existiera tal insuficiencia, es decir, tal imposibilidad de que la sentencia que estimaba el recurso contencioso-administrativo no pudiera realmente pronunciar la anulación del reglamento aplicado por el acto impugnado. Esta incertidumbre la reconoce la Exposición de Motivos de la LJCA: "Hasta ahora ha existido una cierta confusión en la teoría jurídica y en la práctica judicial sobre los efectos de esta clase de recursos (los indirectos contra reglamentos) cuando la norma que aplica el acto impugnado es considerada contraria a Derecho. Y, lo que es más grave, el carácter difuso de este tipo de control ha generado situaciones de inseguridad jurídica y desigualdad manifiesta, pues según el criterio de cada órgano judicial y a falta de una instancia unificadora, que no siempre existe, determinadas disposiciones se aplican en unos casos o ámbitos y se inaplican en otros (...)"

(2) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, "Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial", 3ª ed., Madrid, 1998, págs. 55 y ss., y "La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra actos de aplicación", REDA, núm. 66 (1990), págs. 279 a 291; L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, 8ª ed., Madrid, 1997, págs. 135 y 136; A. EMBID IRUJO, "Nulidad de reglamentos decretada por medio de recurso indirecto. Las Ordenanzas de exacciones y el recurso de apelación", REDA, núm. 15 (1977), págs. 669 y ss.; y J.M. SANTOS VIJANDE, *El recurso indirecto contra reglamentos*, Madrid, 1998, págs. 15 y ss., que precisamente por entender que en el recurso indirecto ya era posible la declaración de nulidad del reglamento, mantiene una posición muy crítica respecto a la introducción de la cuestión de ilegalidad. Concretamente en relación con los planes de urbanismo, véase J.M. TRAYTER JIMÉNEZ, *El control del planeamiento urbanístico*, Madrid, 1996, págs. 362 y ss., con un estudio jurisprudencial exhaustivo.

(3) Vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, 1992, págs. 56-57.

reglamentos de la Administración. Pero todos los artículos que los regulan se refieren más ampliamente a “disposiciones de carácter general”. Por lo pronto ello comprende las de rango inferior a la Ley aprobadas por órganos constitucionales no integrados en la Administración [art. 1.3.a) y b) LJCA]. Por otra parte, con algunas adaptaciones, incluye también a los Decretos legislativos que, en la limitada medida en que su control es contencioso-administrativo (art. 1.1), lo serán por los mismos cauces aquí considerados, aunque quedando también abierta, en su caso, la cuestión de inconstitucionalidad. Ciñéndonos a las normas de origen administrativo, es seguro que están sujetos a estos medios de control todos los reglamentos sin que exista ninguna limitación⁴ ni por su contenido ni por el fundamento de su impugnación, aunque sea por su disconformidad con la Constitución o con normas de carácter civil, penal... Pero la expresión “disposiciones de carácter general” puede ser considerada algo más amplia que la de reglamentos en sentido estricto e incluir lo que alguna vez se han llamado fenómenos “parareglamentarios”. Nada dice la LJCA, y hace bien, sobre lo que deba entenderse a estos efectos por disposiciones de carácter general. Sólo de pasada dice que están “incluidos los instrumentos normativos de planeamiento urbanístico” (art. 42.2), cuya naturaleza reglamentaria es hoy indiscutida. No pretendemos aquí tratar la siempre difícil delimitación entre reglamento y acto administrativo o entre aquél y normas administrativas que no se integran en el ordenamiento general o no tienen relevancia externa directa. Pero sí, al menos, apuntar que todos estos mecanismos procesales no son idóneos, en principio, para atacar actos generales, ni siquiera en el caso de que encuentren concreción o desarrollo en multitud de actos posteriores; y que la misma exclusión procede respecto a simples instrucciones de servicio para las que no tendría sentido, por ejemplo, plantear una cuestión de ilegalidad.

**EL RECURSO DIRECTO
SE CARACTERIZA PORQUE
LO IMPUGNADO ES
UN REGLAMENTO, Y LA
PRETENSIÓN PRINCIPAL LA
DECLARACIÓN DE NULIDAD**

En segundo lugar, oportuno será señalar que los recursos contra reglamentos, con su complemento de la cuestión de ilegalidad, no agotan el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria que ni siquiera es exclusivamente contencioso-administrativo⁵ sino también de otros órganos judiciales (arg. art. 6 LOPJ) y, aunque muy reducidamente, del Tribunal

(4) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha contra las inmunidades del poder”, RAP, núm. 38 (1962), págs. 201-202.

(5) Por todos, véanse las luminosas explicaciones de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Legislación delegada (...)”, cit., págs. 40 y ss.

Constitucional⁶. Incluso dentro de lo contencioso-administrativo hay otros medios de reacción como el previsto en el art. 103. 4 y 5 LJCA que permite con ciertas condiciones declarar la nulidad de un reglamento en fase de ejecución de sentencia o como los que resulten procedentes, más que para controlar el ejercicio de la potestad reglamentaria, para controlar su falta de ejercicio cuando ello suponga una ilegalidad lesiva de derechos o intereses legítimos.

No es necesario, sin embargo, añadir el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (arts. 114 a 126 de la Ley) ni tampoco los recursos interpuestos por una Administración contra los reglamentos de otra, aunque lo haga en virtud de alguna de las reglas específicas de legitimación del art. 19.1, aunque las diligencias preliminares tengan las singularidades del art. 44, e incluso aunque inicie el procedimiento del art. 127 LJCA. En ambos casos cabe la impugnación directa e indirecta de reglamentos y en ambos, cuando se den los presupuestos para ello, procederá después de la sentencia estimatoria del indirecto la cuestión de ilegalidad. Todo ello en los mismos términos que aquí se analizarán con sólo algunas matizaciones y las especialidades procedimentales previstas expresamente para esos procedimientos. Y es que ni el recurso directo ni el indirecto constituyen ni dan origen a un procedimiento especial: son simplemente formas de aludir a ciertas pretensiones que se pueden hacer valer en el procedimiento general o en alguno de los especiales.

II. RECURSO DIRECTO CONTRA REGLAMENTOS

1. Actividad impugnada y pretensión

Entre las distintas posibilidades que esbozan los arts. 25 y 31 LJCA sobre la actividad impugnada y las pretensiones de las partes, en el recurso contencioso-administrativo directo contra reglamentos el demandante se dirige precisamente contra éste y su pretensión es siempre la nulidad del reglamento. El que lo impugnado sea un reglamento y el que la pretensión principal sea la declaración de su nulidad es lo que caracteriza y define el recurso directo. El suplico de la demanda pedirá concretamente esa declaración de nulidad de una norma reglamentaria y ello será precisamente el contenido del fallo estimatorio.

Lo anterior debe ser entendido sin perjuicio de que, eventualmente, a la pretensión de nulidad pueda sumarse, en algún caso, la de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, conforme a la regla del art. 31.2 LJCA, aunque muchas veces esto encajará mal en lo que es más bien un control abstracto de legalidad.

Tampoco cabe descartar por completo que en un recurso directo interpuesto propiamente como tal se acumule la pretensión de nulidad de un acto de aplicación (o de un reglamento inferior que desarrolla al anterior), sobre todo si se trata de la acumulación

(6) L. COSCULLUELA MONTANER, "Manual (...)", cit., pág. 136.

sucesiva o ampliación del recurso prevista en el art. 36 LJCA. Ciertamente que la posibilidad de atacar conjuntamente reglamento y acto de aplicación encaja más naturalmente en el recurso indirecto, tal y como ahora se le configura. Pero si se está en plazo de interponer el directo y así se hace, y si luego se produce un acto de aplicación lesivo, no se ve motivo por el que excluir la posibilidad aludida si concurren, eso sí, todos los requisitos de la acumulación (arts. 34 y 35 LJCA). Con todo, no dejan de suscitarse dudas; por ejemplo, si la impugnación del acto habrá de fundarse exclusivamente en la ilegalidad del reglamento o si también será posible atacar el acto por otros vicios.

2. Motivación

El recurso puede basarse tanto en los vicios materiales del reglamento como en los defectos de su procedimiento de elaboración y “la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición (...) incurriera en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (...)” (art. 70.2 LJCA), tanto material como formal o procedimental, salvo que se trate, claro es, de mera irregularidad no invalidante. No es necesario a estos efectos plantear siquiera si todos los vicios de los reglamentos, incluidos los de procedimiento, son determinantes de nulidad o si algunos de ellos lo son sólo de anulabilidad porque en cualquier caso es seguro que todos conducen al éxito del recurso directo.

Entre otras muchas causas, el recurso directo puede basarse en que el reglamento impugnado desarrolla otro superior nulo. Así aparece un recurso directo contra reglamento que, además, es indirecto de otro reglamento. Volveremos a referirnos a este supuesto (epígrafe V).

3. Vía administrativa previa

Según el art. 107.3 de la LAP, “contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa”. Así pues, habrá que interponer directamente este recurso contencioso-administrativo que por eso, puede decirse, es directo en un doble sentido. Por otra parte, y aunque ello no está exento de algunas dificultades y dudas⁷, pudiera ocurrir que el recurso contencioso-administrativo directo contra reglamentos tuviera su origen en el previo ejercicio de la acción de nulidad contra el reglamento por la vía administrativa de la revisión del art. 102 LAP⁸.

(7) Antes de la reforma de la LAP introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, era dudosa la admisibilidad de la revisión de oficio de reglamentos. Vid. L. COSCULLUELA MONTANER, “Manual, (...)” cit., págs. 475-476, y R. GÓMEZ-FERRER MORANT, La revisión de oficio, en J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, 1993, págs. 289 a 291. Ahora, con la nueva redacción del art. 102.2 LAP, queda clara esta posibilidad pero no si la revisión cabe únicamente de oficio o también a instancia del interesado.

(8) Ahora se prevé expresamente la revisión de oficio de reglamentos nulos, lo que supera las dudas a que nos referimos en la anterior nota sobre esta posibilidad. Pero a cambio de ello, con una omisión sin duda deliberada, no se refiere a la revisión de oficio a solicitud del interesado. En concreto, cabe la revisión de actos nulos “por iniciativa propia o a solicitud de interesado”; pero es justamente esto último lo que falta en el nuevo art. 102.2 LAP para los reglamentos: “Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el art. 62.2”.

4. Plazo

El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo directo es de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación del reglamento impugnado (art. 46.1 LJCA). Transcurrido el plazo de dos meses ya no cabrá interponer recurso directo contra el reglamento lo cual no significa que el reglamento resulte inatacable como demuestra la misma existencia del recurso indirecto —así como el eventual planteamiento posterior de la cuestión de ilegalidad— y el inequívoco art. 26.2 LJCA: “La falta de impugnación directa de una disposición general (...) no impide la impugnación de los actos de aplicación” fundada en que tal disposición no es conforme a Derecho. Evidencia esto, por cierto, que el transcurso de los plazos de recurso no da un valor definitivo a las decisiones administrativas y que aquí no juega nada similar a la doctrina del acto consentido y firme. Por otra parte, si se admitiera la posibilidad de ejercicio de la acción de nulidad del interesado contra el reglamento conforme al art. 102 LAP, lo que es difícil dado que su apartado 2 no se refiere a la revisión a iniciativa del interesado, es claro que podría producirse “en cualquier momento”, como literalmente dice ese precepto; pero, si en esa vía administrativa es desestimada, para la interposición del recurso contencioso-administrativo habría que estar a los plazos del art. 46 LJCA contados en tal hipótesis desde la notificación de la resolución administrativa del procedimiento de revisión.

5. Partes

Desaparecido cualquier vestigio de la anterior restricción a la denominada legitimación corporativa, rigen las reglas de los arts. 19 y 20 LJCA. A lo sumo cabe añadir que la legitimación activa de corporaciones, asociaciones y sindicatos para la defensa de intereses colectivos [art. 19.1.b)] encuentra aquí campo abonado, pero sin que ahora tenga el carácter excluyente de antes ni cierre la legitimación de cualquier persona física o jurídica que crea lesionados por el reglamento sus derechos e intereses legítimos.

Los legitimados como demandados se determinan en función de lo que es el objeto de este recurso, o sea, un reglamento y la pretensión de su declaración de nulidad. Por ello será demandada siempre la Administración autora del reglamento pero también podrá personarse en tal condición cualquier persona o entidad cuyos derechos o intereses legítimos (incluidos los colectivos para cuya defensa estén habilitados corporaciones, asociaciones y sindicatos) pudieran quedar afectados por la estimación del recurso, o sea, por la anulación del reglamento; o, como dice el art. 47.2, están legitimados pasivamente “quienes tengan interés legítimo en sostener la conformidad a Derecho de la disposición” impugnada. Cuestión distinta es la de su emplazamiento y personación que no procede aquí estudiar. Lo que nos importa es sólo destacar la legitimación pasiva de estos otros sujetos entre los que destacadamente hay que incluir a corporaciones, asociaciones y sindicatos que, reuniendo las condiciones del art. 19.1.b) de la LJCA, tengan interés en sostener la legalidad de la disposición.

6. Órgano judicial competente

Determinarlo tiene interés no sólo para el propio recurso directo sino también para la cuestión de ilegalidad (que corresponde al mismo Tribunal competente para resolver el recurso directo, art. 27.1 LJCA) y hasta para el recurso indirecto pues, como habrá de verse, el posible contenido de la sentencia depende de que el Juez o Tribunal que esté conociendo de él sea, además, competente para el recurso directo. Veamos, pues, la competencia a este respecto de los diferentes órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero limitándonos a las disposiciones generales administrativas, con exclusión de las que eventualmente aprueban órganos constitucionales no integrados en la Administración.

– Por lo pronto, debe notarse que a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, con una mínima excepción, no les corresponden los recursos contra disposiciones generales, es decir, los recursos directos contra reglamentos. El art. 8 LJCA, congruentemente con el propósito expresado en la Exposición de Motivos de confiarles asuntos “de menor trascendencia económica y social”, no les atribuye esta competencia salvo en un supuesto hoy por hoy reducidísimo y marginal: el de los recursos contra disposiciones de la Administración periférica del Estado y de las Comunidades Autónomas (apartado 3).

– Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo sólo conocerán de recursos contra reglamentos cuando sean aprobados por “organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal” [art. 9. c) LJCA, pese a que el encabezamiento del artículo sólo se refiere a “actos administrativos”].

– Los Tribunales Superiores de Justicia son los competentes, en única instancia, para los recursos directos contra las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales [art. 10.1. b) LJCA].

– La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional es competente en única instancia para los recursos directos contra los reglamentos aprobados por los Ministros o, en la medida reducida en que ello suceda, por otros órganos centrales de los Ministerios [art. 11.1. a) LJCA].

**LOS JUZGADOS DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
NO SON COMPETENTES PARA
RECURSOS DIRECTOS
CONTRA REGLAMENTOS**

– La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conocerá en única instancia de los recursos directos contra los reglamentos del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno [art. 12.1. a) LJCA].

– Las reglas expuestas no son del todo completas. Por ejemplo, el Presidente del Gobierno puede, aunque reducidamente, aprobar reglamentos en materia de organización, como reconoce la Ley del Gobierno. Pese a la cláusula residual en favor de los Tribunales Superiores de Justicia [art. 10.1. j) LJCA], la duda puede centrarse entre atribuir la competencia para conocer de los recursos directos contra estos reglamentos a la Audiencia Nacional (al igual que los reglamentos de los Ministros) o al Tribunal Supremo (como los reglamentos del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno), solución esta última que entiendo más acorde con la posición institucional del Presidente del Gobierno.

– En cuanto a la competencia para conocer de los recursos contra las sentencias debe destacarse la regla específica del art. 86.3 LJCA según la cual cabrá en todo caso el de casación ante el Tribunal Supremo contra las de la Audiencia Nacional y las de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nulo o conforme a Derecho un reglamento, regla que, como mínimo, es aplicable a los recursos directos.

7. Declaración de la sentencia estimatoria

La sentencia estimará este recurso directo cuando el reglamento impugnado incurriera en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (art. 70.2 LJCA); declarará entonces su nulidad. En caso contrario, esto es, si no aprecia infracción del ordenamiento jurídico, desestimaré el recurso sin que ello deba acompañarse propiamente de una declaración de conformidad a Derecho de la disposición general recurrida, aunque otra cosa parezca desprenderse de algún artículo (arg., por ejemplo, art. 86.3 LJCA).

Aunque por simplificar hablamos siempre de impugnación del reglamento y nulidad del reglamento, con frecuencia el recurso directo se dirigirá sólo contra algún o algunos de sus preceptos y la sentencia, en su caso, únicamente anulará éstos impugnados o parte de ellos. El principio de congruencia procesal impone este límite en virtud del cual el Tribunal no podrá anular preceptos distintos de los impugnados. No obstante, sin romper radicalmente con ello, el art. 33.3 LJCA introduce una flexibilización en los casos en que sea “necesario extender el enjuiciamiento a otros (preceptos) de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos”. Con independencia de que, además, el Tribunal debe someter a las partes esta extensión del asunto, basta lo anterior para comprobar que no hay una excepción frontal a la exigencia de congruencia, sino una flexibilización muy limitada por la necesidad y la conexión, sin que, por tanto, se pueda aprovechar la impugnación de algún precepto para una revisión general de cualquier otro del mismo reglamento.

En cualquier caso, la sentencia no puede establecer por sí misma una nueva redacción para los preceptos anulados ni determinar la forma en que han de quedar redactados los

que la Administración competente dicte en su sustitución (art. 71.2 LJCA), pero ello no supone una exclusión absoluta de todo poder del Tribunal para condicionar o enmarcar dentro de ciertos límites la futura reglamentación⁹.

8. Efectos de la sentencia

Además de las reglas generales, la LJCA contiene algunas específicas para todos los recursos contra reglamentos o concretamente para el recurso directo.

A) Lo que más importa aquí, por poner de manifiesto el significado de este recurso y su relación con el recurso indirecto o la cuestión de ilegalidad, es lo previsto para las sentencias desestimatorias en el art. 26.2 de la LJCA: la desestimación del recurso directo contra un reglamento no impide la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en la ilegalidad del mismo reglamento; es decir, la desestimación del recurso directo no impide el recurso indirecto ni vincula con la fuerza de cosa juzgada al juez que resuelva éste o, hay que añadir, al que resuelva la eventual cuestión de ilegalidad a que dé origen. La regla es equivalente a la del art. 39.4 de la anterior Ley pero ahora adquiere una nueva dimensión ya que en el recurso indirecto es posible, como se verá, una declaración general de nulidad del reglamento.

Aunque esta regla del art. 26.2 supone una restricción al efecto de cosa juzgada material de la sentencia desestimatoria, gran parte de sus consecuencias se podrían mantener incluso sin este precepto. Así, en cierto modo y con una excepción, lo único que hace este artículo es aclarar lo que de todas formas habría que admitir. Por lo pronto debe recordarse que toda sentencia desestimatoria sólo produce efectos entre las partes (art. 72.1 LJCA), no para terceros que no fueron parte en el proceso a los que, por lo general, no afecta la cosa juzgada. Éstos, aunque no existiera esta regla, podrían interponer no sólo recursos indirectos sino hasta directos (si todavía estuvieran en plazo) sin que se les pudiera oponer la cosa juzgada en ninguno de sus efectos¹⁰. Además, si interponen recursos indirectos, no podría oponérseles la causa de inadmisibilidad de cosa juzgada (manifestación del llamado efecto preclusivo o negativo de la cosa juzgada) por la sencilla razón de que no hay identidad de

(9) Desaparece, incluso, la posibilidad, que sí permitía el art. 85 de la anterior Ley, de determinar la redacción de Ordenanzas fiscales anuladas. El nuevo art. 71.2 no escapa a ciertas críticas como las de J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 3ª ed., Madrid, 1998, II, pág. 1332, que lo considera un “paso atrás” respecto a lo que ya admitía la jurisprudencia. Sin embargo, creo posible una interpretación que sólo excluya ciertos excesos sin negar de forma radical todo poder a los jueces, poder que podría llegar a ser más incisivo y concretar algo más la redacción en ejecución de sentencia. Quizá aquí también pueda decirse que “algunos de los límites a los poderes del juez administrativo no son sino *questions de vocabulaire*”, en fórmula que recuerda M. BELTRÁN DE FELIPE para un problema no idéntico en *El poder de sustitución en la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración*, Madrid, 1995, págs. 51 y ss.

(10) Sin embargo, otra cosa se mantiene en la STS de 16 de enero de 1998 (Ar. 566), FJ 4º. Se trata de un asunto complejo pues el reglamento impugnado directamente había sido objeto de otro recurso directo interpuesto por otro recurrente y resuelto con sentencia desestimatoria pero con la peculiaridad de que el primer recurso planteado era de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Prescindiendo de este extremo, lo cierto es que la sentencia considera que, aunque no se da el efecto preclusivo de la cosa juzgada (ni, por tanto, esa causa de inadmisibilidad), sí el prejudicial, al menos en lo relativo a la supuesta vulneración de derechos fundamentales ya alegada en el primer proceso: “No cabe duda (...) de la vinculación positiva o prejudicial de esta Sección al examinar estos ulteriores recursos (...) sobre el mismo Real Decreto a lo que fue objeto de decisión de fondo y, por ende, definitivamente resuelto en la (primera) sentencia sobre las alegadas vulneraciones de los derechos fundamentales que ahora se reiteran”. Se comprenden las razones de esta solución, máxime teniendo en cuenta el carácter objetivo de los recursos directos contra reglamentos. Pero es lo cierto que el art. 72.1 LJCA (como el 86.1 de la anterior y como es regla general también fuera de lo contencioso-administrativo) limitan los efectos de la sentencia desestimatoria a las partes y ello, creo, tanto para el efecto preclusivo como para el prejudicial.

pretensiones (en el recurso directo la pretensión es la nulidad del reglamento; en el indirecto, la nulidad de un acto). Tampoco jugaría el otro efecto de la cosa juzgada: el efecto prejudicial o positivo de la cosa juzgada material en cuya virtud —aunque no se excluye el segundo proceso, que tendrá un objeto distinto— la segunda sentencia no podrá establecer premisas contrarias a lo ya fallado anteriormente; o sea, lo resuelto en la parte dispositiva de la primera sentencia es elemento prejudicial necesario de la segunda que no se podrá apartar de ello en su fundamentación. Si esto rigiera aquí, aunque cupiesen los recursos indirectos, estarían condenados al fracaso pues no podrían aceptar en su fundamentación la nulidad del reglamento cuya validez se declaró en el directo. Pero para que esto no sea aplicable en los recursos indirectos interpuestos por terceros basta insistir en que las sentencias desestimatorias sólo tienen efectos entre las partes (art. 72.1). Si algo verdaderamente novedoso supone el art. 26.2 LJCA es que, en su virtud, incluso quien interpuso el recurso directo desestimado podrá interponer recursos indirectos sin que se le pueda oponer la cosa juzgada ni en su efecto preclusivo ni en el prejudicial. Todas sus demás consecuencias, aun siendo muy importantes, podrían, aunque con mayor esfuerzo, sostenerse incluso sin este artículo.

Lo mismo que se ha dicho de los efectos —o de la falta de efectos— de la sentencia desestimatoria en posteriores recursos contra reglamentos debe completarse con una regla similar para cualquier proceso, contencioso-administrativo o no, en el que podrá simplemente inaplicarse el reglamento nulo de conformidad con el art. 6 LOPJ, sin que la existencia de una sentencia desestimatoria del recurso indirecto constituya un obstáculo insalvable basado en la autoridad de cosa juzgada. Con todo, como se comprenderá, el que la cosa juzgada material no despliegue sus efectos propios no despoja de todo valor a la sentencia desestimatoria del recurso directo que, como mínimo, reforzará la presunción de legalidad y validez del reglamento impugnado, y que por los principios de unidad de doctrina, seguridad jurídica, igualdad (...) hará que normalmente el juez del segundo proceso considere válido al reglamento en cuestión.

En definitiva, podría decirse gráficamente, que el reglamento escape ileso de un recurso directo, aunque lo refuerza, no lo hace inmune a posteriores ataques.

B) En cuanto a las sentencias estimatorias, esto es, las que declaran la nulidad del reglamento, ocurre casi lo contrario: si el reglamento pereció en el recurso directo, por muy injusto y erróneo que ello fuera, muerto está para todos (para los que fueron parte y para los terceros; para los administrados y para la Administración autora del reglamento o cualquier otra; y para todo Juez), no hay forma de revivirlo¹¹ y todo proceso posterior (tanto si tiene el mismo objeto como si tiene otro distinto para el que la anulación juegue como presupuesto) habrá de partir necesariamente de ello. Lo dice ahora el art. 72.2: “La anulación de una disposición (...) producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales (...)”. Como, por lo general, la cosa juzgada sólo tiene efectos para las partes, se dice nor-

(11) En parecidos términos se expresa, por ejemplo, la STS de 15 de septiembre de 1989 (Ar. 6684): “una disposición o un acto sólo pueden extinguirse una sola vez, como todo ser vivo”.

malmente que aquí hay una excepción por la que la cosa juzgada tienen efectos *erga omnes*. En realidad, no es exactamente así pues no se trata de una consecuencia de la cosa juzgada sino de los efectos jurídico-materiales de la anulación que lo mismo se producirían aunque ésta no la hubiese pronunciado una sentencia sino, por ejemplo, una resolución administrativa en revisión de oficio. Por tanto, este valor *erga omnes* de la declaración de nulidad no es realmente un efecto peculiar derivado especialmente de la fuerza de la sentencia sino una regla jurídico-material sobre el significado y consecuencias de la declaración de nulidad. Pese a ello, no es inusual que se canalice formalmente este efecto material como si se tratara de la cosa juzgada¹². Lo importante es que la declaración de nulidad del reglamento en un recurso directo impedirá cualquier otro recurso directo contra el mismo reglamento (por desaparición de su objeto¹³ o, si se prefiere, por cosa juzgada) pero no constituirá obstáculo procesal para cualquier recurso indirecto en el que la pretensión será otra, la de nulidad de un acto; lo que ocurrirá es que en ese otro proceso la declaración de nulidad del reglamento será un presupuesto necesario. Y lo mismo sucederá en cualquier otro proceso, aunque no sea contencioso-administrativo, en que se pretenda aplicar el reglamento anulado: el art. 6 LOPJ, unido a la existencia de una declaración de nulidad anterior, obligará a la inaplicación.

**LA DESESTIMACIÓN DEL
RECURSO DIRECTO CONTRA
UN REGLAMENTO NO IMPIDE
LA IMPUGNACIÓN DE LOS
ACTOS DE APLICACIÓN CON
FUNDAMENTO EN SU
ILEGALIDAD**

Importante es advertir que cuanto se ha dicho sobre los efectos *erga omnes* de la sentencia estimatoria del recurso directo sólo vale para su declaración anulatoria. Si además estima una pretensión de plena jurisdicción acumulada a la de nulidad, ésta, salvo excepciones, sólo tendrá eficacia para las partes sin que los terceros puedan encontrar en la sentencia un título ejecutivo para, en fase de ejecución, pretender el restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas que no han sido objeto ni del proceso ni de la sentencia¹⁴. Esto tiene ahora una excepción o, al menos, matización, en el art. 72.3 (en relación con los arts. 110 y 111) LJCA limitada a materia tributaria y de personal. Pero es precisamente eso, una excepción a la regla general, regla general que ahora consagra la primera parte del art. 72.3: “La estimación de pretensiones de reco-

(12) R. FERNÁNDEZ MONTALVO, “Los límites subjetivos de la eficacia de las sentencias contencioso-administrativas”, *Estudios de Jurisprudencia*. Revista Colex, núm. 4 (1993), pág. 89; A.B. GÓMEZ DÍAZ, “La eficacia de las sentencias contencioso-administrativas: entre la dogmática y la ingeniería judicial”, *RAP*, núm. 144 (1997), págs. 253 y ss.

(13) En ese sentido, SSTs de 12 de septiembre y 18 de octubre de 1997 (Ar. 6422 y 7942).

(14) Vid. R. FERNÁNDEZ MONTALVO, “Los límites subjetivos (...)”, cit., págs. 92-93, y A.B. GÓMEZ DÍAZ, “La eficacia de las sentencias (...)”, cit., pág. 268. Frente a los intentos de extender los efectos de las sentencias que estiman pretensiones de plena jurisdicción en la ejecución de la sentencia a quienes no fueron parte en el proceso supuestamente basados en una interpretación amplísima del art. 86.2 de la LJCA de 1956 ha reaccionado el TS, por ejemplo en SS de 29 de febrero y 7 de noviembre de 1996 (Ar. 1824 y 9660).

nocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes”.

C) La última singularidad es la establecida en el art. 73 LJCA con la que se recupera lo antes establecido sobre los efectos irretroactivos de la nulidad de reglamentos en el art. 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 que, al eliminar los recursos administrativos directos contra reglamentos, no incorporó la Ley 30/1992. Tampoco se trata de una regla procesal sobre la eficacia de las sentencias sino de un precepto material sobre los efectos de cualquier declaración de nulidad de reglamentos aunque no la pronuncie una sentencia sino una resolución administrativa¹⁵. Y, desde luego, rige por igual para las anulaciones de reglamentos que se declaren en la sentencia de un recurso directo, en uno indirecto o en una cuestión de ilegalidad. Por ello mismo, no procede analizar aquí todas las vertientes de este art. 73¹⁶. Suficiente a nuestros efectos es destacar que la anulación que se declare en un recurso directo sí producirá efectos para todo recurso indirecto que se esté tramitando (en primera o única instancia, en apelación o casación) o que se tramite en el futuro, recursos todos ellos no afectados por el art. 73 (no hay sentencia firme ni acto firme) y para los que la nulidad del reglamento aplicable constituirá presupuesto indiscutible.

III. RECURSO INDIRECTO CONTRA REGLAMENTOS

1. Actividad impugnada y pretensión

Contrariamente a lo que se dijo del recurso directo, en el indirecto lo impugnado es un acto administrativo y la pretensión esencial es la declaración de nulidad de ese acto (con independencia de que además se formule alguna de las pretensiones del art. 31.2 LJCA). A fuer de exactos, ni siquiera es realmente un recurso contra reglamentos: es un recurso contra actos, aunque basado en la ilegalidad de un reglamento y aunque, por ello, constituya un medio de reacción frente a reglamentos ilegales. Lo expresa claramente el art. 26.1 LJCA (en términos muy similares a los del art. 39.2 de la anterior): “Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho”. Se trata, pues, de impugnación de actos, aunque con una fundamentación peculiar. La denominación “recurso indirecto contra reglamentos” es expresiva de un cierto sentido profundo del recurso, pero es también equívoca desde

(15) Por ello estaba antes en la Ley de Procedimiento Administrativo y por ello, acertadamente, la revisión de oficio de reglamentos se incluye ahora tras la reforma de 13 de enero de 1999, en el artículo 102.4 LAP al establecer que se dice que será “sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistirán los actos firmes dictados en aplicación de la misma”. A este respecto es interesante la STS de 31 de octubre de 1996 (Ar. 8481) según la cual la misma regla del art. 120 LPA regiría, aunque no existiese este precepto, como consecuencia del “principio de conservación de los actos firmes y consentidos”.

(16) Sobre ello, entre los estudios más recientes, debe destacarse sobre todo el de M. BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, 1994, págs. 321 a 334. Pueden verse también A.B. GÓMEZ DÍAZ, “La eficacia (...)”, cit., págs. 261 a 265, y M.R. ESPEJO MEANA, “Nulidad del reglamento: efectos jurídico-materiales de la sentencia sobre actos dictados en aplicación (Comentario a la STS de 21 de julio de 1991)”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 12 (1992), págs. 131 a 140. Respecto a las consecuencias de la anulación de planes urbanísticos sobre actos anteriores de aplicación tiene particular interés J.M. TRAYTER JIMÉNEZ, *El control (...)*, págs. 394 a 405.

otro punto de vista. El suplico de la demanda no tiene que pedir la nulidad del reglamento, sino la del acto, y la sentencia estimatoria en algunos casos puede declarar sólo la de éste, no la de aquél; aunque la fundamentación o motivación de la demanda y de la sentencia versará precisamente sobre la nulidad del reglamento aplicado por el acto. Lo que singulariza al recurso indirecto contra reglamentos frente a cualquier recurso contra actos no es su objeto (ni la actividad impugnada ni la pretensión) sino su fundamentación en la nulidad del reglamento aplicado¹⁷ y esto, además, como inmediatamente se verá, no de una manera esencial ni exclusiva pues junto a esa fundamentación puede haber otras.

2. Motivación

Partiendo de que lo que se impugna realmente es un acto administrativo y de que el denominado recurso indirecto no es un proceso distinto, el recurso puede basarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico achacable al acto, sin límite especial alguno. Lo único que ocurre es que, sola o en compañía de otras, aparecerá como fundamentación del recurso la nulidad del reglamento aplicado por el acto. Hasta es posible que la nulidad del reglamento aparezca como alegación para el caso de que no prosperen otras: por ejemplo, se funda la nulidad del acto en la incompetencia manifiesta del órgano autor del acto, en la falta absoluta del procedimiento establecido (...) y, también, por si lo anterior no es estimado, en la nulidad del reglamento aplicado. Quizá, incluso, el recurrente que pide la nulidad del acto no la justifique en la nulidad del reglamento y, pese a ello, el Juez o Tribunal, sin vulnerar la congruencia, normalmente tras seguir los trámites de los arts. 33.2 o 65.2 LJCA, traiga al recurso la posible nulidad del reglamento aplicado. Esto no supone alterar la pretensión del demandante y el objeto del recurso que sigue siendo la nulidad del acto. Por ello mismo tampoco hay ningún obstáculo a que el recurrente invoque por primera vez la nulidad del reglamento en la demanda, sin haberlo hecho antes en vía administrativa (arg. art. 56.1 LJCA), o incluso que ese motivo surja con posterioridad (con el límite del art. 65.1 LJCA), pues ello, permaneciendo inalterada la pretensión de nulidad del acto, no entraña la prohibida *mutatio libelli*. Todo esto sólo choca ahora con el art. 21.3 LJCA, al que luego nos referiremos, pero que, según entiendo, no debe suponer un obstáculo insalvable.

Explicado que para hablar de recurso indirecto contra reglamentos la nulidad del acto debe basarse, exclusivamente o no, en la nulidad del reglamento que aplica, se suscita el problema de determinar qué vicios del reglamento pueden prosperar por esta vía. La polémica alternativa se produce entre estas dos soluciones: primera, todos los vicios del reglamento, incluidos los del procedimiento de elaboración, pueden ser alegados y estimados en el recurso indirecto como causa de la nulidad del acto impugnado; o, segunda, quedan excluidos los vicios de procedimiento que, según esta tesis, sólo pueden invocarse con éxito en el recurso directo. Enredada, late una cuestión de Derecho sustantivo cual es la de si los defectos invalidantes en la elaboración de reglamentos son

(17) En contra, con una argumentación brillante pero no convincente, J.M. SANTOS VIJANDE, *El recurso indirecto (...)*, págs. 24 y ss., que cita además varias sentencias en la línea aquí defendida.

determinantes de nulidad radical o de mera anulabilidad¹⁸. Esto, confusamente resuelto o simplemente no resuelto por el art. 62.2 LAP, enturbia lo que aquí importa. Bástenos decir que la LJCA no aborda frontalmente el problema ni tampoco ofrece elementos que permitan resolverlo definitivamente y con seguridad ni en un sentido ni en otro. A lo sumo, en algunos preceptos sobre la cuestión de ilegalidad pudieran verse argumentos favorables a la declaración de nulidad del reglamento por vicios de procedimiento en el recurso indirecto que la precedió; por ejemplo, en el art. 126.2 y su remisión a la regulación del recurso directo; también, aunque el argumento es aún más débil, el hecho de que el Tribunal pueda “reclamar el expediente de elaboración de la disposición cuestionada” (art. 125.3 LJCA) pudiera orientar en la misma línea, pero es obvio que tal expediente puede interesar también para resolver sobre aspectos de fondo¹⁹.

3. Vía administrativa previa

Como se trata de un recurso contencioso-administrativo contra un acto, procederán o serán necesarios o no con carácter previo los recursos administrativos según las reglas generales que establece la LAP, sin que el hecho de que la impugnación del acto se fundamente en la nulidad de un reglamento las altere. La única especialidad es que, si procedía tal recurso administrativo, será posible interponerlo, en vez de ante el órgano competente conforme a las reglas generales, ante el que aprobó el reglamento (art. 107.3, segundo párrafo, de la LAP), siempre que uno y otro órgano pertenezcan a la misma Administración²⁰.

4. Plazo

Rigen las reglas generales del art. 46.1 y 4 LJCA sin ninguna especialidad.

Por paradójico que resulte, la única singularidad destacable es precisamente que no haya ninguna especialidad y que, por ello, cada vez que se produzca un acto administrativo de aplicación del reglamento, aunque hayan pasado muchos años desde la aprobación de éste, es posible la impugnación del acto basada en la supuesta ilegalidad del reglamento sin que pueda ampararse a éste, como ya antes se dijo, en algo similar a la doctrina del

(18) A favor de considerar los vicios de procedimiento como determinantes de la nulidad de reglamentos apreciable incluso en recursos indirectos, es capital el estudio de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición*, RAP, núm. 29 (1959), págs. 167 y ss; vid, también C. CHINCHILLA, “Nulidad y anulabilidad”, en la obra dirigida por J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley (...)*, cit., pág. 204; J. GONZÁLEZ PÉREZ, “Una exclusión del recurso contencioso-administrativo por vía jurisprudencial: el control de los vicios de procedimiento en la elaboración de disposiciones generales”, REDA, núm. 9 (1975), págs. 345 y ss; y J. BERGEJO VERA, *La relativización del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general*, REDA, núm. 30 (1981), págs. 548-549. Matizadamente, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo*, I, 7ª ed., Madrid, 1995, págs. 74-75. Específicamente, en relación con los planes de urbanismo, J.M. TRAYTER JIMÉNEZ, *El control (...)*, cit., págs. 354 a 361. En contra o limitando la nulidad a la falta absoluta de procedimiento, R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I/1, 10ª ed., Madrid, 1993, págs. 119 y 120; F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, III, Madrid, 1963, págs. 78 y ss; J.M. BOQUERA OLIVER, *Las ilegalidades formales y materiales de las disposiciones reglamentarias*, RDP, núm. 57 (1975), págs. 63 a 69, y *Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos*, REDA, núm. 40-41 (1984), págs. 31 a 33. Es esta, además, la postura de la jurisprudencia mayoritaria, aunque ni mucho menos unánime; véase una síntesis de esta jurisprudencia en M. REBOLLO PUIG, *El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado, “Documentación Administrativa”*, núm. 244-245 (1996), págs. 202 a 207, donde además defiende que ni la LPA de 1958 ni la Ley 30/1992 resuelven esta importante cuestión.

(19) Ése es el sentido que da al precepto J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios (...)*, cit., II, pág. 1957.

(20) Así lo puntualiza muy acertadamente M. SÁNCHEZ MORÓN, en la obra dirigida por J. LEGUINA VILLA y el propio M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley (...)*, cit., pág. 342.

acto consentido y firme. Así, cada acto de aplicación reabre una posibilidad de control jurisdiccional del reglamento sin que importe que no se impugnara directamente el reglamento o que, habiéndolo hecho, la impugnación fuera desestimada (art. 26.2 LJCA) o que el reglamento ilegal haya sido numerosas veces aplicado o, incluso, que el recurrente hubiera consentido antes otros actos de aplicación.

En suma, el plazo para impugnar el acto es el normal contado desde su notificación y el hecho de que el recurso se base en la ilegalidad de un reglamento no modifica lo más mínimo ni el plazo ni el momento desde que se cuenta ni la posibilidad de alegar la nulidad del reglamento aplicado.

5. Partes

Se trata, recordémoslo una vez más, del recurso contra un acto administrativo. Por ello, tanto para la legitimación activa como para la pasiva son de aplicación las reglas generales de cualquier recurso contencioso-administrativo contra actos. Hay, no obstante, una novedosa especialidad en el art. 21.3 que merece atención:

“Si el demandante fundara sus pretensiones en la ilegalidad de una disposición general, se considerará también parte demandada a la Administración autora de la misma, aunque no proceda de ella la actuación recurrida”.

Nada añade el precepto si el acto impugnado procede de la misma Administración que aprobó el reglamento: ésa será la demandada. Pero habrá dos Administraciones legitimadas pasivamente en caso contrario; no se sustituye a la Administración autora del acto impugnado por la autora del reglamento como deja claro el apartado transcrito al decir “también”.

Bien se comprende que se trata de superar una de las insuficiencias de la anterior regulación del recurso indirecto contra reglamentos, a la que antes nos referimos –imposibilidad de alegaciones de la Administración autora del reglamento en defensa de su legalidad–, insuficiencia especialmente grave si la sentencia que pusiera fin a tal recurso podía declarar la nulidad, no sólo del acto, sino del propio reglamento. Ahora, que ello es posible en algunos casos (en concreto, en aquellos en los que el Tribunal competente para conocer del recurso indirecto lo fuere también para conocer del directo, art. 27.2 LJCA, o cuando se trate del Tribunal Supremo, art. 27.3 LJCA), la legitimación pasi-

SE SUPERA UNA INSUFICIENCIA DE LA ANTERIOR REGULACIÓN CUAL ES LA LEGITIMACIÓN PASIVA, EN TODO CASO, DE LA ADMINISTRACIÓN AUTORA DEL REGLAMENTO EN LOS RECURSOS INDIRECTOS

va necesaria de la Administración autora del reglamento se impone en todos, incluso en aquellos supuestos en los que la sentencia que ponga fin al recurso indirecto no pueda declarar la nulidad del reglamento sino sólo la del acto y plantear la cuestión de ilegalidad (art. 27.1 LJCA). Sobre todo en este último caso es claro que se trata de una regla especial pues si realmente de ese proceso no puede salir una declaración de nulidad de su norma ni de ninguna otra de sus actuaciones ni puede ser condenada de ninguna forma, no sería considerada demandada si no existiera una previsión expresa como la del art. 21.3 LJCA.

La regla es acertada pero su aplicación suscita algunos problemas. El primero de ellos derivará de la dificultad de saber de antemano que la impugnación del acto se basará en la ilegalidad de un reglamento, ignorancia que, a su vez, impedirá emplazar oportunamente a la Administración autora del reglamento. Nótese que el escrito de interposición del recurso no tiene que incluir ninguna indicación sobre sus fundamentos y que muchas veces tampoco se habrá seguido previamente una vía administrativa en la que se haya alegado la supuesta ilegalidad del reglamento aplicado, fundamento que puede aparecer por primera vez en la demanda o incluso después con el límite del art. 65.1 LJCA. Por todo ello es posible que se descubra después de los emplazamientos la legitimación de otra Administración. En segundo lugar, la posición procesal de esa otra Administración deberá ir perfilándose para no darle una intervención impertinente en un litigio en el que lo que fundamentalmente se ventila puede serle por completo ajeno. Téngase en cuenta que el argumento de la nulidad del reglamento aplicado por el acto puede aparecer junto con otros muchos, incluso de manera tangencial o subsidiaria, y que junto con la pretensión de nulidad puede haberse formulado la de condena para el restablecimiento de una situación jurídica, aspectos todos ellos en los que la Administración autora del reglamento poco o nada tiene que ver. Ninguna de estas dificultades es, desde luego, insalvable ni desmerece la solución del art. 21.3 LJCA que, sin embargo, necesitará algún rodaje para ponerse a punto.

En cualquier caso, a diferencia de lo que ocurre en el recurso directo contra reglamentos según ya se explicó, aquí podrá no reconocerse legitimación pasiva a cualquier otro sujeto interesado en sostener la conformidad a Derecho del reglamento. Así parece que hay que admitirlo en los casos del art. 27.1 LJCA pues en ellos sólo puede declararse la nulidad de un acto que en nada afecta a los derechos e intereses legítimos de esos otros sujetos; el hecho de que remotamente la fundamentación jurídica de la sentencia en lo que a la legalidad o ilegalidad de un reglamento les pueda llegar a beneficiar o perjudicar no les confiere tal legitimación en un proceso cuyo objeto es muy otro. Por el contrario, en el caso del art. 27.2 y 3 LJCA en el que la sentencia puede declarar formalmente en su fallo la nulidad o validez del reglamento, sí podría llegar a reconocerse a estos otros sujetos, cuando se dieran todas las restantes condiciones para ello, la legitimación pasiva. Pero no hay ningún precepto que, como el 21.3, lo consagre expresamente²¹. Si, pese a ello, se

(21) J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios (...)*, cit., I, pág. 689, y II, págs. 1954-1955, ve en ello una "grave infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (...)" porque la sentencia se pronunciará sobre la validez o nulidad de la disposición sin oír a entidades, corporaciones o asociaciones que defienden intereses generales o colectivos, que si hubiesen podido tener acceso en un proceso administrativo cuyo objeto fuese un recurso directo". Por ello, aunque la norma no lo prevea y aunque no siempre será fácil encontrar una forma que garantice la posible participación de estos otros posibles interesados, no debe cerrarse tal posibilidad ni negar radicalmente su posible personación en los recursos indirectos de los apartados 2 y 3 del art. 27 LJCA.

admite, surgirán, tal vez, dificultades similares a las antes apuntadas, e incluso mayores, sobre el emplazamiento de estos otros sujetos y sobre su posición procesal.

6. Órgano judicial competente

La competencia de los distintos órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de recursos contra actos no se establece en función de su fundamentación. Por ello el hecho de que en el recurso contra un acto se alegue, como fundamento exclusivo o junto con otros, la nulidad del reglamento que aplicó aquel acto no altera lo más mínimo la competencia ni existe en el ámbito jurisdiccional nada similar a lo previsto en el art. 107.3, párrafo segundo, de la LAP. De ninguna forma se extienden a los recursos indirectos contra reglamentos las reglas de competencia para los recursos directos: desde este punto de vista, el recurso indirecto contra reglamentos se presenta con toda claridad como un recurso contra actos. Así, si la competencia para conocer del recurso contra una sanción administrativa impuesta por una entidad local es del correspondiente Juzgado de lo Contencioso-administrativo, el mismo seguirá siendo competente aunque el recurso se base exclusivamente en la ilegalidad del reglamento (también local o no, estatal o regional) que aplicó y aunque, como es el caso, no sea suya la competencia para conocer del recurso directo interpuesto contra ese reglamento aquí indirectamente atacado. La LJCA no cambia nada de esto. Su sistema es otro: cambiar el posible resultado del recurso indirecto según el órgano competente coincida o no con el que lo es para el recurso directo, como se verá luego.

Lo que sí cambia es la competencia funcional en tanto que el hecho de que se haya planteado esta alegación influye en los recursos procedentes contra la sentencia. Y es éste un aspecto muy relevante a nuestros efectos, como luego se comprobará. A este respecto hay que retener dos reglas:

– La del art. 81.2.d) de la LJCA según la cual en todo caso son susceptibles de apelación las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que resuelvan –en cualquier sentido, estimatorio o desestimatorio– impugnaciones indirectas de disposiciones generales; y

– La ya aludida del art. 86.3 LJCA en cuya virtud procederá recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nulo o válido un reglamento. Podría pensarse que esta regla no es aplicable a los recursos indirectos sino sólo a los directos que son los únicos en los que, por hipótesis, se produce tal declaración abstracta de nulidad o conformidad a Derecho. Pero, de acuerdo con el art. 27.2 y según luego se verá con más detención, esa declaración abstracta también es posible y obligada en muchos casos de recursos indirectos (especialmente en aquéllos de la competencia de la Audiencia Nacional y, sobre todo, de los Tribunales Superiores de Justicia) y, siendo así, también será de aplicación el art. 86.3.

7. Declaración de la sentencia estimatoria: ¿puede declarar la nulidad del reglamento o sólo la del acto? Distinción entre recursos indirectos “completos” e “incompletos”. Relación con el planteamiento de la cuestión de ilegalidad

Es éste de las posibles declaraciones de las sentencias estimatorias un aspecto central de todo el sistema de control de los reglamentos, una pieza de la que depende la colocación y función de todas las demás, particularmente de la cuestión de ilegalidad. Por ello conviene prestarle especial atención. Nos referiremos siempre al supuesto en que se estime el recurso precisamente por la ilegalidad del reglamento que aplica y no por ningún otro vicio del acto. La sentencia que estime el recurso anulará en todo caso el acto impugnado y si se pretendió el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica y se dan los requisitos para ello, así lo declarará también la sentencia. Nada de ello nos ocupará aquí, como tampoco la interesante posibilidad de que la eventual condena a indemnizar los daños y perjuicios causados recaiga sobre la Administración autora del reglamento, posibilidad que se abre ahora al ser ésta parte necesaria en el proceso. De lo único que se debe tratar aquí es de determinar si, además, la sentencia puede —o mejor, debe— pronunciar una declaración de nulidad del reglamento aplicado. Como se recordará, era ésa la cuestión más conflictiva bajo la vigencia de la anterior LJCA y por ello la que afronta ahora la nueva Ley más decididamente.

A) La LJCA, en los dos primeros apartados de su capital art. 27, distingue a estos efectos según el órgano judicial que esté conociendo del recurso indirecto sea, además, competente para resolver un recurso directo contra ese mismo reglamento. El criterio supone que habrá dos tipos de recursos indirectos con resultados distintos, lo que, a su vez, delimitará la función que ha de corresponder a la cuestión de ilegalidad. En principio, sin perjuicio de las matizaciones que luego será necesario hacer, los dos tipos pueden delimitarse así:

– Recursos indirectos en que el Juzgado o Tribunal no es competente para el recurso directo contra el reglamento cuya ilegalidad se invoca (art. 27.1 LJCA): en tal caso, sin perder un ápice de su poder para conocer en plenitud del recurso contra el acto y examinar todos sus posibles vicios (incluidos los que deriven de la invalidez del reglamento que aplique), se limitará a anular el acto; razonará en su sentencia la ilegalidad del reglamento sobre la que se pronunciará abiertamente en su fundamentación sin necesidad de plantear previamente cuestión de ilegalidad ante ningún otro Tribunal pues, como explica la Exposición de Motivos, ésta “no impide el enjuiciamiento de las normas por el Juez o Tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del reglamento”; pero su fallo no declarará la nulidad del reglamento. Hasta ahí no llega su competencia y donde ésta no alcanza empieza la función de la cuestión de ilegalidad que deberá plantear después. Todo esto ocurrirá en la inmensa mayoría de recursos indirectos que conozcan los Juzgados de los Contencioso-Administrativo; en los que tramiten los Tribunales Superiores de Justicia si se trata de un reglamento estatal; etc.

– Recursos indirectos en que el Tribunal tiene también la competencia para el recurso directo contra ese mismo reglamento (art. 27.2 LJCA): además de anular el acto impug-

nado, declarará la nulidad del reglamento aplicado; ni antes ni después de su sentencia tendrá que plantear la cuestión de ilegalidad; o, dicho de otra forma, no será necesario autoplantearse la cuestión de ilegalidad. Así sucederá, por ejemplo, ante cualquier recurso indirecto sustanciado ante un Tribunal Superior de Justicia cuando la nulidad del acto se base en la de un reglamento autonómico o local; ante el tramitado en el Tribunal Supremo si lo alegado es la nulidad de un reglamento aprobado por el Consejo de Ministros, etc.

Por llamar de alguna forma a estas dos versiones del recurso indirecto y evitar la continua repetición de denominaciones que supongan la explicación completa de su significado, permitásenos llamarlos recurso indirecto incompleto al del art. 27.1 LJCA (incompleto en el solo sentido de que no llega a pronunciar la nulidad del reglamento, para lo que necesitará el complemento de la cuestión de ilegalidad, no en el sentido de que el control judicial en él ejercido no sea pleno) y recurso indirecto completo al del art. 27.2 LJCA y a cualquier otro que, conforme a las matizaciones que inmediatamente se harán, pueda terminar con una declaración formal de nulidad de la disposición reglamentaria.

B) Pero para perfilar exactamente los dos grupos de recursos, hay que introducir de inmediato alguna matización que afecten sobre todo a los casos de recursos contra las sentencias que resuelvan primeramente el recurso indirecto.

— Segura es la relativa a la especial posición del Tribunal Supremo que consagra en estos términos el art. 27.3 LJCA:

“Sin necesidad de plantear la cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma”.

Por tanto, el Tribunal Supremo nunca tendrá que plantear la cuestión de ilegalidad, aunque la competencia para conocer del recurso directo contra el reglamento indirectamente atacado no sea suya; por ejemplo, si se trata de un reglamento local o autonómico, la competencia para el recurso directo es siempre del respectivo Tribunal Superior de Justicia, pero a través del recurso indirecto el Supremo podrá declarar la nulidad del reglamento (con el límite, supongo, del art. 86.4 LJCA). El supuesto se producirá por lo general cuando el Tribunal Supremo conozca de un recurso de casación, pero tal posibi-

**LA SENTENCIA QUE ESTIME
UNA PRETENSIÓN
INDEMNIZATORIA ACUMULADA
A LA DE NULIDAD SÓLO
DESPLEGARÁ SU EFICACIA
ENTRE LAS PARTES, SALVO
EN MATERIA TRIBUTARIA Y
DE PERSONAL**

lidad anulatoria existirá en todos los casos. Puede así producirse un fenómeno extraño: que el Tribunal que conoce de un recurso contra una sentencia tenga más poderes que el que dictó la sentencia recurrida; y que, por tanto, incluso cuando esté completamente de acuerdo con la sentencia recurrida, no se limite a confirmarla sino que añada una declaración que no pudo hacerse antes, la de nulidad del reglamento. Con todo, es importante notar que la especialidad de esta regla del art. 27.3 no consiste tanto en permitir al Supremo que anule el reglamento al conocer de un recurso contra una sentencia anterior que no pudo hacerlo (lo que no es exclusivo de este supuesto del art. 27.3, como inmediatamente se verá) sino en permitírsele aunque no fuera suya la competencia para resolver un recurso directo contra ese reglamento.

— Más problemática es la segunda matización que, sin embargo, creo procedente y de gran importancia práctica. Ya se ha explicado que en virtud del art. 27. 1 y 2 LJCA lo decisivo es que el Juzgado o Tribunal que conozca del recurso indirecto tenga o no la competencia para el recurso directo. Pero en el recurso indirecto pueden intervenir dos órganos judiciales: uno en primera o única instancia; otro en apelación o casación, por sólo limitarnos a lo más normal. En muchos casos, el Juzgado o Tribunal que conozca inicialmente no tendrá competencia para el recurso directo y su sentencia estimatoria habrá de limitarse a la anulación del acto; pero, si se recurre la sentencia, el Tribunal de apelación o de casación puede coincidir con el competente para el recurso directo: ¿podrá, entonces, anular, además del acto, el reglamento? Si se trata del Tribunal Supremo, la respuesta afirmativa la impone el ya comentado art. 27.3 LJCA, lo que resuelve el problema en los recursos de casación. Centrémonos en un recurso de apelación, por ejemplo en este supuesto normalísimo: el Juzgado de lo Contencioso-administrativo se limita a anular el acto por entender que se basa en un reglamento local o autonómico ilegal, pero no declara, porque no puede, la nulidad de éste; al apelarse la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia —al que corresponde la segunda instancia— es ya el competente para el recurso directo contra el reglamento local o autonómico, ¿podrá, pues, al resolver la apelación, anular el reglamento o tendrá que limitarse a pronunciar la del acto y plantear —autoplantearse, para ser exactos— la cuestión de ilegalidad? Según creo, la primera opción es la correcta: el Tribunal puede, al resolver la apelación, declarar la nulidad del reglamento. Cabría objetar que cuando la LJCA ha querido consagrar fenómeno procesal tan extraño —que el juez del recurso puede hacer lo que no podía el juez de instancia— lo ha hecho expresamente y lo ha limitado al Tribunal Supremo en el art. 27.3 que, como regla especial, no puede extenderse a supuestos distintos. Sin embargo, la especialidad del art. 27.3 LJCA, según antes notábamos, no era ésa sino otra de mayor alcance: que el Tribunal Supremo puede declarar la nulidad, no ya “en cualquier grado”, sino incluso cuando no sea suya de ninguna forma la competencia para el recurso directo, lo cual es frontalmente contrario a los dos primeros apartados del art. 27. Aquí, para los demás Tribunales proponemos algo más modesto que no se opone a esos dos apartados del art. 27 sino que los interpreta en el sentido siguiente: cuando el art. 27.2 habla del competente para “conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general” se refiere tanto al que lo hace en primera o única instancia como al que lo hace al resolver un recurso contra la sentencia; lo contrario supondría admitir el plan-

teamiento ante sí mismo de la cuestión de ilegalidad, posibilidad que parece haber excluido la LJCA por razones de celeridad y economía procesal. Esas mismas razones son las que aquí nos inclinan por la solución propuesta que, como se comprenderá, reduce drásticamente el campo en que será necesaria la cuestión de ilegalidad.

Cuanto se ha dicho vale tanto para el caso en que la sentencia recurrida ya hubiera apreciado la ilegalidad del reglamento (la primera sentencia sólo habrá declarado la nulidad del acto y la segunda declarará, además de ésta, la del reglamento) como en el que hubiera entendido lo contrario (la primera sentencia, desestimatoria, no ha declarado la nulidad del acto pero la segunda, estimatoria, puede declarar la del acto y la del reglamento). Si recurrió la sentencia la Administración autora del reglamento, puede aparecer algo similar a una *reformatio in peius*: si ante la estimación del recurso indirecto la Administración impugna la sentencia, fácil es que no sólo se confirme la nulidad del acto sino que además se pronuncie la del reglamento aunque nadie la hubiera pedido. Pero esta *reformatio in peius*, si es que realmente así puede ser considerada, no está prohibida ni vulnera ningún derecho que merezca protección pues, a fin de cuentas, aunque no hubiera mediado recurso, al mismo resultado se habría llegado con la cuestión de ilegalidad.

C) Si se aprecia la ilegalidad del reglamento y con ese fundamento se anula el acto, es obligatorio para el Juez o Tribunal, según sea o no competente, declarar la nulidad del reglamento o plantear luego la cuestión de inconstitucionalidad. No obstante, es imaginable algún caso en que la sentencia estimatoria del recurso indirecto deberá limitarse a anular el acto sin declarar la nulidad del reglamento ni plantear la cuestión de ilegalidad. Por ejemplo, cuando el acto aplique un reglamento que, al dictarse sentencia, esté ya formalmente anulado. Desde luego, ni habrá litispendencia ni cosa juzgada porque en ningún proceso se ha discutido la validez del concreto acto impugnado ni ninguna sentencia ha declarado su nulidad; desde luego, el recurso indirecto no ha perdido su objeto sino que sigue existiendo un acto con su presunción de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad, aunque aparezca más claramente su vicio invalidante. Se deberá continuar el recurso hasta anular el acto por la ilegalidad del reglamento aplicado, pero no procederá en tal caso ni volver a declarar la nulidad del reglamento ni plantear la cuestión de ilegalidad. Todo esto, por una parte, se conecta con el problema general de los efectos de las sentencias declaratorias de nulidad de un reglamento y, por otra, es una prueba de que ahora no estamos ante un verdadero recurso contra reglamentos sino ante un recurso contra un acto: si no fuera así se podría haber alegado, según los casos, litispendencia o cosa juzgada (...) y el segundo proceso ya no tendría objeto; pero no es así, hay que anular el acto y lo único que ahora no tendría sentido es volver a anular lo que ya está declarado nulo, o sea, el reglamento, y mucho menos plantear una cuestión de ilegalidad para resolver lo que ya está resuelto.

D) Debe notarse que la LJCA, para decidir cuándo puede declararse la nulidad del reglamento, no tiene en cuenta lo que el recurrente haya solicitado o dejado de solicitar. Lo normal será que el demandante, al que perjudica un acto cualquiera, sólo pida la nulidad de ese acto, aunque invocando para ello todo cuanto pueda hacer prosperar esa pretensión, incluida la nulidad del reglamento aplicado; de ordinario, no pedirá formalmente la nulidad del reglamento que, salvo en ese caso concreto, le será indiferente. Pero

el legislador, pensando en el interés objetivo de la legalidad, no en el subjetivo del demandante, en atención a la necesidad de depurar el ordenamiento de reglamentos ilegales y de aumentar la seguridad jurídica, permite, y aun impone, que el órgano judicial, si es competente, declare lo que no se le ha pedido. Ni siquiera tiene que seguir los trámites del art. 33.2 o 65.2 LJCA, pues la nulidad del reglamento ha sido alegada, aunque no se haya pedido que se declare su nulidad sino sólo la del acto. Se consagra así una excepción, seguramente razonable y acertada, a la exigencia de congruencia. Naturalmente, distinto es el caso, al que antes se aludió, en el que impugnado un acto por otros motivos, sea el Juez quien plantea como posible causa de nulidad del acto la ilegalidad del reglamento. En tal hipótesis sí son de aplicación los arts. 33.2 y 65.2 LJCA.

E) Consideración aparte merece la eventual aplicación del art. 33.3 LJCA. De su literalidad se deduce claramente que la regla está establecida para el recurso directo: “(...) impugnados *directamente* determinados preceptos(...)”. Por establecerlo así el art. 126.2 LJCA también resulta de aplicación a la cuestión de ilegalidad (*vid. infra*). Sólo queda al margen de esta previsión el recurso indirecto. Desde luego, el art. 33.3 no debe ser aplicable al recurso indirecto incompleto: si sólo se anula el acto impugnado y no ningún precepto del reglamento, no cabe siquiera plantear la extensión de la que habla el art. 33.3. Pero en el caso del recurso indirecto completo en el que sí se va a declarar la nulidad de normas reglamentarias y en el que no cabe el posterior planteamiento de la cuestión de ilegalidad, la aplicación del art. 33.3 no resulta del todo improcedente e incluso podría considerarse lo más razonable y conveniente para que cumpla en su plenitud la función con la que ha sido configurado por la LJCA. Aun así, no habiendo regla que lo permita y tratándose de un recurso en que lo que directamente se discute es la validez de un acto, parece excesivo admitir que acaben por ser objeto del proceso unos preceptos reglamentarios que ni siquiera han sido aplicados.

8. Efectos de la sentencia

En el caso del recurso indirecto completo, los efectos de la sentencia en lo que al reglamento se refiere deben ser, en principio, iguales a los de la sentencia del recurso directo. Así puede aceptarse la aplicación de los arts. 26.2, 72.2 y 73 LJCA, antes analizados, y, en consecuencia, afirmar: a) que la desestimación de un recurso indirecto, aunque lo sea por el mismo Tribunal competente para un eventual recurso directo, no impide plantear otros recursos indirectos contra otros actos y con la misma fundamentación de la ilegalidad del reglamento (*arg. art.* 26.2); b) que si se anula el reglamento ello tendrá efectos *erga omnes* (*art.* 72.2) y c) que la anulación tendrá las limitaciones de efectos que establece el art. 73 LJCA.

Si del recurso indirecto incompleto se trata, la eficacia será la propia de una sentencia que sólo se pronuncia sobre la nulidad o validez de un acto. Por lo que se refiere a sus fundamentos sobre el reglamento —ya sea para considerarlo válido, ya sea para considerarlo nulo— ningún valor de cosa juzgada ni constitutivo ni meramente declarativo tienen

fuera del proceso en que se producen, puesto que ni siquiera deben encontrar reflejo en la parte dispositiva. Y también está claro que no vincula al Tribunal de la cuestión de ilegalidad que puede decidir la conformidad a Derecho del reglamento. Pero nada de esto quiere decir que la sentencia no tenga efectos de cosa juzgada: en lo que ha decidido —nulidad del acto— la tiene; no la tiene en lo que ni ha decidido ni puede decidir: la nulidad del reglamento, que sólo es parte de su fundamentación jurídica. Naturalmente, si el Juez estima que el reglamento es conforme a Derecho, aunque resuelve el asunto sin que haya de plantear la cuestión de ilegalidad, la sentencia ninguna vinculación ni valor tendrá para los recursos directos, indirectos o cuestiones de ilegalidad que se susciten sobre el mismo reglamento.

IV. LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD

1. Significado general

Guarda una semejanza relativa, más aparente y nominal que real y de fondo, con la cuestión de inconstitucionalidad. Sería prolijo y probablemente innecesario poner de relieve las semejanzas y, sobre todo, las numerosas diferencias que existen entre ambas figuras que se observarán a lo largo de la exposición, de la anterior y de la que sigue, sin necesidad de subrayarlas. La Exposición de Motivos de la LJCA advierte de ello: “La regulación de este procedimiento ha tenido en cuenta la experiencia de la cuestión de inconstitucionalidad prevista por el art. 163 de la Constitución y se inspira parcialmente en su mecánica; *las analogías acaban aquí*” y las diferencias, cabe añadir, que también afectan a “su mecánica”, se han ido agrandando en los sucesivos Proyectos y en la tramitación parlamentaria. Pero no es eso lo que nos interesa. Suficiente será decir que la diferencia más profunda, la que justifica todas las demás y la que hace que las semejanzas sean superficiales y meramente formales, es que si la cuestión de inconstitucionalidad se basa en la fuerza de la Ley, la cuestión de ilegalidad, desde luego, no se basa en la fuerza del reglamento ni en que de ninguna manera sea irresistible para los Jueces, sino en algo mucho menor de mera conveniencia, apreciada por el legislador, al distribuir competencias entre los Jueces y Tribunales de lo contencioso-administrativo; parte aquélla de la imposibilidad de cualquier Juez o Tribunal para apreciar por su cuenta la inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley dado el

**LA LEY PERMITE AL TS
ANULAR UN REGLAMENTO
AUNQUE NO SEA SUYA LA
COMPETENCIA PARA
RESOLVER UN RECURSO
DIRECTO CONTRA EL MISMO**

monopolio que a ese respecto corresponde al Tribunal Constitucional, que no es órgano del Poder Judicial, mientras que la cuestión de ilegalidad parte de un simple problema de distribución de competencias entre diversos órganos judiciales que incluso son del mismo orden jurisdiccional, unido al deseo de que, pese a ello, se eliminen con seguridad y generalidad los reglamentos ilegales. La primera diferencia de bulto que deriva de esta otra esencial, es que la cuestión de inconstitucionalidad es previa a la sentencia (es cuestión prejudicial), en tanto que la de ilegalidad se plantea después de ser firme la sentencia, es decir, después de que el Juez o Tribunal obligado a suscitarla haya decidido ya el asunto que se le sometió y haya podido apreciar sin ninguna limitación —o sólo con la limitación de no declararlo formalmente en su fallo— la nulidad del reglamento.

2. Requisitos para su planteamiento

La cuestión de ilegalidad está construida en la nueva LJCA para suplir las carencias de lo que hemos denominado el recurso indirecto incompleto: justamente donde éste no alcanza, comienza la función de la cuestión de ilegalidad. Esto se traduce en una serie de requisitos para su planteamiento:

a) Debe haberse sustanciado un recurso indirecto contra reglamentos; por decirlo en los términos del art. 26.1 de la Ley, un recurso contra un acto que se produzca en aplicación de una disposición general fundado (porque así lo haya planteado el recurrente o porque lo suscite el Juez) en que tal disposición no es conforme a Derecho (ello, no obstante, con la matización a que se aludirá en el apartado V).

b) Deberá de tratarse de uno de los recursos indirectos incompletos, es decir, que el Juez o Tribunal que lo resolvió, aunque sea en apelación o casación, no sea el competente para un recurso directo que se interpusiera contra ese mismo reglamento. No deberá plantearse la cuestión si el Tribunal del recurso indirecto (en primera o única instancia, o en apelación o casación) es competente para el recurso directo pues, como se dijo, en tal caso deberá resolver sobre la nulidad del reglamento (recurso indirecto completo) sin que quepa autoplantearse la cuestión. Difícil solución tiene el supuesto en el que, pese a poder obrar así, el Tribunal que deba declarar la nulidad del reglamento erróneamente no lo haga y, en vez de ello, tras sentencia firme limitada a anular el acto, la plantee. Cabe sostener que en tal supuesto debería declararse la inadmisibilidad de la cuestión por falta de un requisito procesal insubsanable (art. 126.1, *in fine*), máxime teniendo en cuenta que si el Tribunal que planteó la cuestión debió resolver es que el Tribunal ante el que se plantea es incompetente. Pero lo cierto es que existiría una resolución judicial firme que, aunque parte de considerar nulo el reglamento, no lo declara por creerse el Tribunal incompetente, y parece que no hay más forma de superar la situación creada y de conseguir la declaración general sobre la validez o nulidad del reglamento que dar por cierta esa incompetencia y resolver la cuestión de ilegalidad, salvo que se plantee una cuestión de competencia negativa o que el Tribunal superior pueda imponer una rectificación al inferior, todo lo cual, mediando una sentencia firme, es de difícil admisión.

c) Ha de haberse dictado sentencia estimatoria del recurso indirecto basada precisamente en la ilegalidad del reglamento. Si la sentencia del recurso indirecto es desestimatoria o, aunque anule el acto impugnado por otra razón, no cree ilegal el reglamento aplicado, no procede plantear la cuestión. En este sentido, la decisión del Juez o Tribunal, aunque no tenga competencia para resolver un recurso directo, es siempre completa en sí misma sin que deba ni pueda suscitar la cuestión. Se desprende meridianamente del art. 27.1 y si, pese a dictarse sentencia desestimatoria el Juez o Tribunal la planteara, la cuestión deberá ser inadmitida por faltar un requisito procesal insubsanable (arts. 125.2 y 126.1 LJCA). Siendo así, puede decirse que para que prospere la cuestión de ilegalidad, los dos órganos jurisdiccionales (el que la plantea y el que la resuelve) deben estar de acuerdo en la ilegalidad del reglamento.

Si efectivamente se da el requisito indicado, procede la cuestión de ilegalidad sin que además sea necesario algo similar al “juicio de relevancia” propio de la cuestión de inconstitucionalidad. A diferencia de ésta, en la que estudiamos ya hay una sentencia firme cuando se plantea la cuestión y, por tanto, la seguridad de que concurre o no la circunstancia de que la ilegalidad de un reglamento haya servido de base para la estimación de la demanda. A este respecto, además, no procede una interpretación restrictiva que discrimine los casos según que el acto anulado sea estrictamente la aplicación del reglamento ilegal o no; lo importante, es que la ilegalidad del reglamento sea la causa de invalidez del acto y haya servido de base a la sentencia. Por ejemplo, si se impugnara un acto que aplica materialmente un reglamento cuya validez no se discute pero tras seguir un procedimiento regulado en otro reglamento, éste sí atacado y cuya nulidad lleva a la sentencia estimatoria del recurso indirecto, la cuestión de legalidad procede; lo mismo si el reglamento supuestamente ilegal sólo determinó la forma en que se probaron los hechos (v.gr., un reglamento que establece la presunción de veracidad de las actas de inspección). En todos estos casos puede admitirse a los efectos que nos ocupan que el acto es aplicación del reglamento ilegal y que la sentencia estimatoria se funda en ello.

d) Sólo debe plantearse la cuestión si no existe ya una declaración general de nulidad de la disposición producida en un recurso directo, indirecto completo o cuestión de ilegalidad anteriormente resueltos pues, como antes se razonó, aunque ello no impide tramitar el recurso contra un acto fundado en la nulidad de un reglamento, sí hace inútil e improcedente una declaración sobre un reglamento que ya está anulado. Si pese a todo se planteara la cuestión –lo que quizá haga el Juez del recurso indirecto por el simple hecho de que la Ley no ha establecido esta excepción– debe inadmitirse, más que por cosa juzgada, por falta de objeto.

e) La sentencia debe ser firme, tal y como exige el art. 123.1 LJCA.

3. Supuestos en que no procede

De los requisitos expuestos, particularmente del primero de los enunciados, se derivan numerosas y amplias exclusiones. No cabe, por ejemplo, que plantee la cuestión de ilegalidad un Juez no contencioso-administrativo aunque en el asunto del que conozca se haya suscitado la ilegalidad de un reglamento, aunque el Juez la haya apreciado e inapli-

cado el reglamento (art. 6 LOPJ), y aunque ello haya sido determinante del fallo. Para resolver la inseguridad y dispersión que se puede producir en estos casos no sirve la cuestión de ilegalidad.

Tampoco cabe, al menos eso parece, si la ilegalidad del reglamento se planteara por un demandado —incluida, sobre todo, la misma Administración autora del acto impugnado— como fundamento para justificar la legalidad del acto recurrido. En este supuesto, el demandante basa su pretensión de anulación del acto en un reglamento que supone válido y son los demandados, o alguno de ellos, los que alegan la nulidad de ese reglamento. Si se acepta que la Administración también está obligada a inaplicar sus propios reglamentos ilegales²², es que está obligada a dictar actos que no respeten ese reglamento ilegal y que, consecuentemente, si por ello su acto es impugnado, podrá y deberá alegar en la contestación de la demanda aquella ilegalidad reglamentaria, aunque no haya procedido a la revisión de oficio del reglamento; y aunque ello no se aceptara, al menos habrá que admitir que pueda alegar la ilegalidad del reglamento la Administración demandada autora del acto pero no del reglamento o, por lo menos, los particulares que ostenten la condición de codemandados. Lo que no cabe sostener es que si la Administración dicta un acto aplicando el reglamento ilegal, el acto será nulo, y que si, en vez de ello, dicta un acto inaplicando el reglamento ilegal, el acto también será nulo. En tales supuestos, si el Juez o Tribunal aprecia efectivamente la ilegalidad del reglamento, así lo razonará en la sentencia, lo inaplicará (art. 6 LOPJ) y fallará de acuerdo con ello: pero ni declarará la nulidad del reglamento ni podrá plantear la cuestión de ilegalidad. Tampoco para la inseguridad y dispersión que pueden producir estos pronunciamientos judiciales se encuentra solución en la cuestión de ilegalidad. Igual ocurrirá si se observara la ilegalidad reglamentaria en un recurso contra la inactividad de la Administración (art. 29 LJCA) o contra vía de hecho (art. 30 LJCA), aunque se trata de hipótesis de laboratorio.

Por otra parte, aunque es dudoso, parece que la LJCA tampoco ha previsto el planteamiento de la cuestión de ilegalidad en fase de ejecución de sentencias. Nótese que el art. 103.4 de la Ley prevé la nulidad de los reglamentos contrarios a la sentencia y dictados con la finalidad de eludir su cumplimiento; y que el apartado siguiente permite al juez de la ejecución declarar a instancia de parte esa nulidad del reglamento “salvo que careciese de competencia para ello”; si carece de esa competencia, sería razonable que, al menos, pudiera plantear la nulidad ante el Tribunal competente pero, tal como aparece configurada la cuestión de ilegalidad en la LJCA, no parece que pueda plantearla en tal hipótesis pues ni se da el supuesto descrito en los arts. 27.1 y 123.1 de la Ley ni realmente habrá podido declarar antes la nulidad de un acto de aplicación de ese nuevo reglamento nulo.

Frente a todas estas insuficiencias, derivadas de haber construido la cuestión de legalidad sólo como una posible prolongación del recurso indirecto contra reglamentos, quizá hubiera sido posible configurarla de manera algo más amplia de modo que bastara que la nulidad del reglamento fuera determinante de cualquier decisión judicial o, al menos, de

(22) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 8ª ed., Madrid, 1997, cit., págs. 213-214; mucho más restrictivo, J.M. BOQUERA OLIVER, “Enjuiciamiento e inaplicación (...)”, cit., págs. 6 y 7; también, quizá, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios (...)*, I, pág. 676, puesto que sólo considera destinatarios del mandato de inaplicación a los Jueces.

las de los órganos de lo contencioso-administrativo. Aun sin ello, quizá sea posible y hasta conveniente que por vía interpretativa o hasta por aplicación analógica se vayan ensanchando los supuestos de posible o necesario planteamiento de la cuestión de ilegalidad y flexibilizando su dependencia exclusiva del recurso indirecto incompleto. Pero en el estado actual es aventurado avanzar en esa línea. Basta aquí poner de relieve estas limitaciones de la cuestión de ilegalidad.

4. Obligatoriedad de su planteamiento

Si se dan los requisitos indicados, el planteamiento de la cuestión de ilegalidad no sólo es posible sino obligado en el plazo de cinco días desde que la sentencia adquiere firmeza. Sin embargo, no hay ningún medio para hacer efectivo este deber de plantear la cuestión, en la que tal vez no tengan el más mínimo interés ninguna de las partes. Puede llegar a ser absurdo, incluso, inadmitir la cuestión por plantearse tras el plazo establecido de cinco días puesto que se parte, y la LJCA lo refleja, de un interés público en superar la inseguridad que crea la estimación de un recurso indirecto si no se consigue un pronunciamiento general sobre la validez o invalidez del reglamento. Podría por ello pensarse que el incumplimiento del deber de plantear la cuestión en cinco días no llevara a su inadmisibilidad sino a otro tipo de consecuencias como, por ejemplo, la posibilidad de que algún interesado en obtener el pronunciamiento general a que conduce la cuestión de ilegalidad estuviera legitimado para instar su planteamiento²³.

**LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD
SE TRATA DE UN PROCESO
OBJETIVO EN INTERÉS DE LA
LEGALIDAD, DE UN
“PROCESO AL REGLAMENTO”**

5. Objeto

No puede hablarse exactamente en este caso de pretensiones de las partes, pues se trata de un proceso objetivo en interés de la legalidad, de un “proceso al reglamento”, aunque no haya realmente una pretensión de nulidad. La cuestión de ilegalidad debe, en principio, “ceñirse exclusivamente a aquel o aquellos preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda” (art. 123.1 LJCA). Incluso aunque en el recurso indirecto se atacaran otros preceptos del mismo u otro reglamento, si la sentencia no los consideró ilegales o sencillamente no se pronunció a ese respecto por no ser necesario para resolver sobre el acto impugnado, la cuestión no versará sobre ello. Ahora bien, el Tribunal

(23) En esa línea, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios (...)*, cit., II, págs. 1956 y 1959.

competente para resolver la cuestión tiene la misma posibilidad prevista para el recurso directo (art. 33.3), y ya estudiada, de extender su examen a otros preceptos de la misma disposición por razón de conexión o consecuencia tras dar audiencia a las partes. Así lo dispone el art. 126.2 LJCA que afirma la aplicación del art. 33.3.

6. Partes

El art. 123.2 LJCA se limita a decir que en el auto de planteamiento de la cuestión “se acordará emplazar a las partes” sin mayores precisiones y partiendo, parece, de que serán las mismas del recurso indirecto previo. Entre ellas, recordémoslo, estará la Administración autora del reglamento (art. 21.3), pero no —o, al menos, no necesariamente o no con toda seguridad— ciertos sujetos interesados en defender la legalidad del reglamento, como corporaciones, asociaciones y sindicatos (*vid. supra* II. 5). Se puede producir así la paradoja de que mientras a éstos no se les considera parte, estarán legitimados en la cuestión de ilegalidad algunos que no tengan verdadero interés en lo que se ventila en ella. En concreto, ésa será la situación muchas veces de la Administración autora del acto impugnado pero no del reglamento y, sobre todo, del recurrente que, una vez que ha visto anulado el acto que le perjudicaba y que de ninguna forma revivirá (art. 126.5), puede importarle poco la nulidad del reglamento. Esta falta de interés de quienes tienen el reconocimiento legal de partes no suscita mayores problemas pues basta que no se personen. Donde el problema presenta mayor relevancia hasta poder producirse indefensión y vulneración de la tutela judicial efectiva es en la situación de cualquier sujeto interesado en mantener el reglamento y que, sin embargo, por razones obvias no fue parte en el recurso indirecto cuyo objeto en nada le afectaba. Para paliarlo sería conveniente aceptar, ya que el planteamiento de la cuestión ha de publicarse en el mismo periódico oficial en el que lo fuese el reglamento (art. 124.2), que cualquier interesado pueda, desde tal publicación, personarse²⁴. El plazo preclusivo del art. 123.2 no debería ser un obstáculo insalvable para estos otros sujetos a los que no se hace el emplazamiento personal a que se refiere.

7. Órgano judicial competente

La cuestión debe plantearse ante y resolverse por el Tribunal competente para conocer de un recurso directo contra el reglamento (art. 27.1 LJCA) según las reglas que se expusieron antes, incluida la específica del art. 86.3 sobre casación ante el Tribunal Supremo (*vid.* II.6).

8. Efectos de la sentencia

Aclara el art. 126.5 LJCA que la sentencia que resuelva la cuestión no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que la plan-

(24) *Ibidem*, II, págs. 1960 a 1962, *passim*.

teó. Es la consecuencia lógica de lo que es sólo un proceso al reglamento que busca depurar el ordenamiento con una declaración general que dé seguridad, pero sin alterar de ninguna forma lo ya resuelto. Pero lo que interesa son los efectos de la sentencia para el futuro en otros procesos y en la situación jurídica material.

Por el significado general de la cuestión de ilegalidad parece obligado atribuir a las sentencias con las que termine igual eficacia que a las sentencias del recurso directo. Así puede concluirse sin ninguna dificultad por lo que se refiere a las sentencias estimatorias puesto que el art. 126.2 declara expresamente aplicable a las cuestiones de ilegalidad lo dispuesto para el recurso directo en los arts. 72.2 y 73 de la propia LJCA. Sin embargo, en cuanto a las desestimatorias resulta desconcertante que no se afirme la aplicación de los arts. 26.2 y 72.1 LJCA ni se recoja ninguna regla similar. Pero tampoco se establece nada en sentido contrario. Ante ello, tanto por el significado general de la cosa juzgada como por la sustancial semejanza de la sentencia de la cuestión de ilegalidad con la del recurso directo, debe darse la misma solución prevista para éste. Y, así, entender que la sentencia desestimatoria de la cuestión de ilegalidad no desplegará la autoridad de cosa juzgada material en otros recursos indirectos ni en otras cuestiones de ilegalidad.

V. RECURSO DIRECTO CONTRA UN REGLAMENTO QUE ES INDIRECTO CONTRA OTRO

Cuanto se ha expuesto ha partido de que sólo hay estas dos posibilidades: o se impugna directamente un reglamento o se impugna uno de sus actos de aplicación. La realidad, sin embargo, puede ser más compleja y ofrecer otras variantes. Al menos creo conveniente referir ésta: se impugna un reglamento que desarrolla, completa o pormenoriza otro anterior, fundamentándose la impugnación precisamente en que éste no es conforme a Derecho. Normalmente, el desarrollado o completado es de superior jerarquía o, de cualquier forma, se presenta como base jurídica del otro. Como se comprenderá, no es un supuesto extraño; por ejemplo, reglamento aprobado por Orden Ministerial que desarrolla otro aprobado por Real Decreto; o Plan Parcial que desarrolla un Plan General de Ordenación Urbana²⁵. Si se recurre contra el reglamento ministerial o contra el Plan Parcial, se está, sin duda, formalmente, ante un recurso directo al que le es aplicable todo el régimen previsto para tal forma de impugnación. Pero si la impugnación se fundamenta precisamente, por seguir con los mismos ejemplos, en la previa ilegalidad del reglamento aprobado por Real Decreto del Consejo de Ministros o del Plan General de Ordenación Urbana, estaremos ante un fenómeno muy similar al del recurso indirecto contra reglamentos: es directo contra la OM o el PP, e indirecto contra el RD o el PGOU. Además se pueden producir las mismas posibilidades respecto a la competencia del órgano judicial con situaciones idénticas a las del recurso indirecto completo e incompleto: en el supuesto de PP y PGOU la competencia para el recurso directo es en todo caso de los Tribunales Superiores de Justicia; pero en el de la OM y el RD, del recurso contra

(25) El supuesto no es inusual en Derecho Urbanístico; vid. J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *El control del planeamiento(...)*, cit., págs. 349-350 y notas 234 y 235, así como la STS de 6 de noviembre de 1990 (Ar. 8803) que cita; pero, en contra de lo que se sostiene, no es un supuesto exclusivo del Derecho Urbanístico y de la relación entre planes. Vid. también, J.M. SANTOS VIJANDE, *El recurso indirecto (...)*, págs. 34 a 38.

aquella conocerá la Audiencia Nacional [art. 11.1.a)], pero la competencia para anular el RD es del TS [art. 12.1.a)].

Forzoso es reconocer que nada de esto está expresamente contemplado en la LJCA ni a ello se alude al regular el recurso indirecto o la cuestión de ilegalidad. Siempre se habla de impugnación de “los actos que se produzcan en aplicación (...)” (art. 26.1), de “impugnación de los actos de aplicación” (art.26.2), de “recurso contra un acto” (art. 27.2), etc. Sólo el 27.1 no se refiere concretamente a “actos”, pero porque en su redacción y contexto no era necesario.

Pese a todo, aunque con ciertas adaptaciones, parece obligado concluir que estos recursos directos contra reglamentos comportan una impugnación indirecta contra el otro reglamento y que, en cuanto a ello, deben tener el mismo tratamiento previsto en la LJCA para éstos. Así, en suma: a) Además de la impugnación directa de un reglamento, cabe la de los reglamentos de desarrollo que se produzcan en aplicación de aquél y fundada en su ilegalidad (arg. art. 26.1); b) La falta de impugnación directa de un reglamento o su desestimación no impide la impugnación de los reglamentos de desarrollo basada en la ilegalidad de aquél (arg. art. 26.2); c) Si el Tribunal que conoce del recurso contra un reglamento es también competente para el recurso directo contra el reglamento que desarrolla y estima esta causa de nulidad, podrá y deberá declarar la nulidad de ambos en la parte dispositiva de su sentencia (arg. art. 27.2); d) Si no tiene tal competencia, aunque podrá razonar la nulidad del reglamento desarrollado, habrá de limitarse a anular el reglamento de desarrollo y deberá después plantear la cuestión de ilegalidad para que sea otro Tribunal el que pronuncie esa nulidad (arg. art. 27.1), y e) Otras reglas del recurso indirecto deben también encontrar aplicación en esta hipótesis, como la del art. 21.3 sobre legitimación pasiva de la Administración autora del reglamento indirectamente atacado aunque no sea ella la que aprobó el recurrido.

La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998

ALEJANDRO NIETO

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad Complutense de
Madrid

Sumario:

- I. Recurso de inactividad.** 1. Planteamiento teórico de la inactividad administrativa.
2. Tipología conceptual. 3. Opciones de política legislativa sobre la inactividad material.
- II. Inactividad silencial: mixta formal y material.** 1. Remedio tradicional: silencio administrativo y acto presunto. 2. La novedad de la Ley de 1998: el recurso de inactividad.
- III. Inactividad material inercial. IV. Inactividad material resistencial. V. Primer balance. VI. Vía de hecho. VII. Quinto recurso: vía de hecho omisiva. VIII. Final.**

Durante varias décadas ha estado denunciando la doctrina española la deficiente regulación legal de la llamada inactividad de la Administración (cfr., entre otros, NIETO: *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, RAP, 37, 1962; *La inactividad de la Administración: veinticinco años después*, DA, 208, 1986; *La inactividad de la Administración*, Seminario de Dret local, 1996 y, sobre todo, la minuciosa monografía de Marcos GÓMEZ PUENTE titulada *La inactividad de la Administración*, 1997). Denuncia inútil hasta ahora puesto que el Legislador no reaccionaba, en espera quizás de una mejor ocasión. La oportunidad se ha presentado, al fin, con la nueva Ley 29/1998, que ha abordado frontalmente la cuestión al regular en términos renovadores el “objeto” del recurso. El Legislador ha sido, desde luego, perfectamente consciente de la trascendencia de lo que en este campo ha hecho (o pretendido hacer) y así lo expresa con singular énfasis en la Exposición de motivos: “algunas de las innovaciones más importantes que la ley introduce en nuestro control judicial de la Administración (...). Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de los actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración”.

Tan excelentes intenciones se han traducido en el establecimiento de cuatro modalidades de recursos, con cuatro “objetos” distintos, entre los cuales se encuentra el de inactividad y al que se añade simétricamente el de las vías de hecho.

Nos encontramos, pues, en el inicio de una nueva era, ante un hito en la evolución del recurso contencioso-administrativo. Una jurisdicción que, como se recordará, empezó limitándose a anular los actos administrativos y que, luego, en una segunda etapa se extendió a la “plena jurisdicción”, es decir, al dictado (o al mandato de dictado) de un acto administrativo de contenido no previsto por la Administración y que, en fin, volvió a ampliarse en una tercera etapa cuando se amplió el objeto a los actos presuntos a través de la técnica del silencio administrativo.

En el nuevo paso que la Ley de 1998 ha dado se regulan dos figuras hasta ahora casi olvidadas: la inactividad material de la Administración y su contrario simétrico: la actividad por vías de hecho. Siendo de destacar que, por primera vez en la historia de esta jurisdicción, el legislador español ha abierto sus propios caminos abandonando el surco y la servidumbre del ejemplo francés, como venía siendo tradicional entre nosotros (siquiera la expresión “vías de hecho” sea cabalmente un galicismo y no de los más afortunados).

Supongo que esta reforma será recibida con alborozo por la doctrina como ya lo ha hecho en términos ditirámicos GONZÁLEZ-VARAS en el número 100 de la REDA. Yo me permito, sin embargo, expresar mi decepción, puesto que, a mi juicio, estamos peor que antes, ya que hasta ayer, aunque la situación era deficiente, cabía, al menos, la esperanza de una nueva regulación que solucionase la carencia; mientras ahora ni siquiera nos queda esa esperanza. La Ley ha desaprovechado lamentablemente esta oportunidad y, dando muestras de una timidez muy poco justificable (y más teniendo en cuenta la arrogancia de la Exposición de motivos), nada importante ha añadido en este aspecto del control de la inactividad administrativa.

I. RECURSO DE INACTIVIDAD

Para el adecuado análisis de este recurso es imprescindible realizar previamente un análisis teórico de la inactividad de la Administración, en el que superaré mis anteriores posiciones de 1962, 1985 y 1996, antes citadas, atendiendo –aunque no siguiendo– la muy meritoria monografía de GÓMEZ PUENTE de 1997.

Soy perfectamente consciente –y lo anuncio por adelantado– de que esta exposición va a alcanzar un grado quizás excesivo de sutileza y de complejidad a lo largo de las variantes y subvariantes que irán apareciendo; pero la casuística es implacable y ofrece posibilidades desmesuradas que no es lícito pasar por alto ni siquiera en un comentario tan breve como el presente. Para evitar confusiones y esfuerzos innecesarios procuraré, no obstante, simplificar al máximo los planteamientos y añadiré oportunamente algunos ejemplos ilustrativos.

1. Planteamiento teórico de la inactividad administrativa

Aquí podemos partir de unas proposiciones elementales que están por encima de toda discusión:

1ª. La Administración “debe” actuar porque la ley así se lo autoriza u ordena, al tiempo que también concede a los particulares el derecho a recibir las prestaciones o resultados de su actuación.

2ª. Las actividades administrativas se traducen en hechos —realizaciones fácticas: prestaciones— que es cabalmente lo que espera el particular. Pero por exigencias del Ordenamiento jurídico estas prestaciones han de venir precedidas de un acto administrativo y éste, a su vez, precedido de un procedimiento formal de elaboración.

De esta manera el iter —cada una de cuyas fases tiene un plazo preestablecido— está constituido por estos tramos de orden sucesivo: a) el procedimiento (y antes podría hablarse, incluso, de un acto de iniciación, aunque de esta fase no vaya a ocuparme aquí); b) el acto administrativo de resolución, y c) la actividad material de resultado factual.

3ª. Al particular le interesa en todo caso el dictado de un acto administrativo dado que en él es donde se le reconoce o se declara tal derecho (con efectos locucionarios o ilocucionarios) y es también presupuesto previo de la pretensión posterior, que es la ejecución del acto. La circunstancia de que le interese el dictado del acto no significa, con todo, que se dé siempre satisfecho con el mismo puesto que *además y primordialmente* lo que le importa es la prestación posterior, que es lo que de veras pretende. Dicho con otras palabras: al particular lo que le importa es la prestación fáctica y si solicita el dictado del acto previo es únicamente porque para llegar a la prestación material hay que pasar antes por el acto formal.

De las anteriores proposiciones se deduce que, a nuestros efectos, *hay tres variedades de actividades administrativas*: actividad formal procedimental (incluido el acto de iniciación), actividad formal de resultado procedimental (producción del acto administrativo) y, en fin, actividad material de resultado factual (realización de la prestación).

Cada una de estas actividades puede ser paralizada por una inactividad administrativa. Ahora bien, teniendo en cuenta el

ANTE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EL LEGISLADOR PUEDE OPTAR POR LA TÉCNICA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y ACTO PRESUNTO O POR LA DE OTORGAR A LOS JUECES LA FACULTAD DE OBLIGAR A LA ADMINISTRACIÓN A EJECUTAR EL ACTO

orden secuencial de todas ellas tenemos que el corte de un tramo previo implica necesariamente la paralización de los posteriores.

2. Tipología conceptual

A la vista de lo que antecede puede establecerse la siguiente tipología conceptual de la actividad administrativa:

A) Inactividad silencial. Es de carácter procedimental o burocrático y aparece cuando no se produce el acto administrativo esperado en el plazo exigible. Ahora bien, como esta inactividad arrastra necesariamente la material (ya que al no haber acto previo, no cabe imaginar una prestación material ejecutoria del mismo), en realidad es de carácter mixto: *formal y material al tiempo*.

B) Inactividad material. No se realiza la prestación fáctica por alguna de las siguientes causas:

a) Porque falta el acto administrativo previo (o sea, la vertiente material de la inactividad silencial que acaba de ser enunciada).

b) Porque habiendo acto administrativo previo, la Administración no lo ejecuta. Conviene llamar a esta subvariante *inactividad inercial*, en cuanto que la Administración sigue inerte, no reacciona a la presencia del acto administrativo, que desdeña ejecutar.

c) Porque habiendo una sentencia que condena a la Administración a producir un acto o a realizar una prestación, no lo hace. Es una desobediente *inactividad resistencial*.

Es capital tener presente estas variedades tipológicas dado que a cada una de ellas corresponde un régimen jurídico específico.

3. Opciones de política legislativa sobre la inactividad material

El Legislador puede reaccionar de muy distintas maneras ante la presencia de cualquiera de estas variedades de inactividad administrativa. El que escoja una u otra, o varias al tiempo, es una cuestión estrictamente política (de política legislativa, claro es), que depende, entre otras cosas, de la madurez dogmática de la doctrina, de los condicionamientos impuestos por el resto del Ordenamiento Jurídico o del sistema jurisdiccional o, en fin, de la capacidad operativa que tengan los Jueces.

La primera opción –que es la más simple e imperfecta– consiste en abrir la posibilidad de convertir la inactividad material (que no se considera impugnabile) en una formal (que ya puede ser combatida) a través de la técnica del silencio administrativo y del acto

presunto. Así viene admitiéndose en el Derecho español desde hace casi un siglo por influencia directa del Derecho francés y fue ya identificada por mí en un trabajo de 1962. Fue una creación jurisprudencial; pero su positivación en las leyes procedimentales ha provocado un uso poco menos que cotidiano; si bien resulta muy rudimentaria ya que con ella no se vence eficazmente la actividad material propiamente dicha —que, en definitiva, es la que importa—: ni la inercial ni la resistencial.

La segunda opción —mucho más enérgica— consiste en otorgar a los Jueces la facultad de obligar a la Administración a ejecutar el acto (en la subvariante inercial) o, en general, a realizar la prestación, con acto previo o sin él. Tratándose de la subvariedad resistencial puede entenderse que la desobediencia a la orden del Juez constituye un delito o incluso alguna infracción que puede ser sancionada de forma directa e inmediata por el Juez que ha impartido la orden, tal como sucede en el Derecho anglosajón.

Pero todavía hay una posibilidad aun más contundente: la de que sea el Juez quien directamente ejecute la prestación por sustitución.

Veamos ahora cuál de estas posibilidades está admitida en nuestro Ordenamiento y, más concretamente todavía, en la nueva Ley de 1998.

II. INACTIVIDAD SILENCIAL: MIXTA FORMAL Y MATERIAL

Ya sabemos que tiene lugar cuando la Administración no produce su acto dentro del plazo prescrito. Antes de ese momento no puede hablarse de inactividad, ya que el acto todavía no es exigible. En otras palabras, no hay inactividad formal de resultado, pero desde luego se detecta ya una inactividad al menos procedimental, en cuanto que va generándose un retraso de trámites.

Esta inactividad, tan familiar en el Derecho español, arrastra consigo —conforme se ha indicado antes— una correspondiente inactividad material. Por cuya razón, y rectificando posturas propias anteriores, creo ahora que lo correcto es considerarla no ya como una simple inactividad formal sino, más bien, mixta, para tener en cuenta tanto la vertiente formal originaria como la material consecuente.

Dos son los remedios legales establecidos al efecto:

1. Remedio tradicional: silencio administrativo y acto presunto

Constatada la falta de un acto administrativo de producción obligada, se faculta al interesado para que denuncie esta carencia con una doble pretensión: por un lado, y de forma inmediata, la de que se dicte el acto y, más precisamente todavía, con un contenido estimatorio de su petición originaria. Mediante el acto presunto, ficticiamente así creado, se resuelve la pretensión de que el acto se produzca, pero no necesariamente la satisfacción del interés material, puesto que el contenido de tal acto puede ser positivo o

negativo (es decir, estimatorio o desestimatorio). Pero, además e implícitamente, hay otra pretensión última, que es la más importante, a saber, la de que el acto de contenido estimatorio se ejecute.

Esta técnica se hace operativa a través de una red de presunciones legales expresadas en un “silencio” con dos variedades:

a) El silencio negativo no implica necesariamente que la pretensión material vaya a ser satisfecha. Nada se remedia, pues, en este punto; pero, al menos, se abre la vía jurisdiccional para que el Juez intervenga. Así las cosas, se pedirá al Juez que anule el acto desestimatorio presunto, que reconozca una situación jurídica individualizada y que adopte las medidas necesarias para su restablecimiento (art.31).

b) Con el silencio positivo, en cambio, se satisface la pretensión de que aparezca un acto formal (en lo que cabalmente consiste el acto presunto); pero no la de que se ejecute (es decir, que se realice la pretensión), que de momento queda pendiente.

Por lo tanto, habrá que esperar un tiempo ya que durante un cierto plazo no es todavía exigible a la Administración que actúe materialmente. Si pasado este plazo la Administración no ha realizado la prestación, se habrá eliminado, sin duda, la inactividad formal, pero no la material, que sigue sin resolver. Ante esta inactividad material, se abrirá luego la posibilidad de acudir al Juez pidiendo que condene a la Administración a realizar tal prestación.

El establecimiento de las técnicas del silencio administrativo, en sus dos variedades, y del acto presunto supuso en su día un gran progreso, puesto que hasta entonces el particular estaba absolutamente indefenso. Pero, sin olvidar la enorme lentitud de su funcionamiento, tampoco resultaba demasiado eficaz cuando la Administración desobedecía la condena judicial, es decir, cuando —empleando los términos antes sugeridos— estaba dispuesto a prolongar su inactividad silencial en una inactividad resistencial. Sin desconocer el progreso, el hecho es que en buena parte de los casos la prestación —con acto y sin acto, con condena y sin condena— quedaba sin realizar. Y éste era el punto más débil del sistema anterior a 1998.

2. La novedad de la Ley de 1998: el recurso de inactividad

La reciente Ley de 1998 mantiene intacto el sistema tradicional pero introduce un nuevo recurso complementario que llama de inactividad. Con él también se pretende remediar la inactividad mixta y su originalidad consiste en que en lugar de apuntar a la vertiente formal de ella (como hace el recurso tradicional) se dirige más bien a su vertiente material. Lo que en él se pretende, en efecto, no es el dictado de un acto, como sucede con la otra variante, sino la realización de la prestación concreta o cumplimiento de una obligación (art. 29.1) legalmente impuesta. Dicho con otras palabras: mientras que en el recurso tradicional lo que

se pretendía directamente era el dictado del acto (la declaración de la existencia del acto presunto) y sólo indirecta e implícitamente la ejecución del mismo, ahora se pide directamente la realización material de la prestación, saltando (por así decirlo) por encima del acto administrativo previo.

Así es aparentemente, mas no nos engañemos porque también se está pretendiendo la producción del acto, ya que, sin él, no podría realizarse la ejecución del mismo o prestación material. El régimen es, pues, simétrico al anterior aunque de orden inverso: con pretensiones idénticas, antes se buscaba la prestación material como consecuencia del acto administrativo directamente solicitado mientras que ahora se busca directamente la prestación material aunque haya que pasar primero por un acto administrativo.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se integra deliberadamente en un sistema jurídico que da por supuesta la existencia de un acto administrativo previo a cualquier actuación material, como exige de forma expresa el art. 93 de la Ley de Procedimiento Administrativo para “las actuaciones materiales de ejecución de resoluciones que limiten los derechos de los particulares”.

La Exposición de motivos de la ley parece dar, no obstante, un giro a este planteamiento cuando indica que “la reclamación previa (...) no convierte a estos recursos en procesos contra la desestimación, en su caso por silencio, de tales reclamaciones. Ni estas nuevas acciones se atienen al tradicional carácter revisor del recurso contencioso-administrativo, ni puede considerarse que la falta de estimación total o parcial de la reclamación constituyan auténticos actos administrativos expresos o presuntos. Lo que se persigue es sencillamente dar a la Administración la oportunidad de resolver el conflicto y de evitar la intervención judicial (...). Lo que se impugna, sin más trámites, es directamente la inactividad”.

Ahora bien, a poco que se profundice en el análisis pronto se descubre que el recurso no aporta novedad significativa alguna.

Los trámites comienzan con una “reclamación” que debe presentarse ante la Administración exigiendo el cumplimiento de la “obligación legalmente preestablecida” (art. 29.1); cuyo alcance ha sido minuciosamente examinado por SÁNCHEZ en su colaboración a los comentarios a esta Ley publicados por “Editorial Lex Nova”. Veamos entonces cuáles son sus efectos.

**A TRAVÉS DEL RECURSO DE
INACTIVIDAD SE PIDE
DIRECTAMENTE LA
REALIZACIÓN MATERIAL DE
LA PRESTACIÓN DANDO POR
SUPUESTA LA EXISTENCIA
DEL ACTO ADMINISTRATIVO
PREVIO**

A) Si se atiende la reclamación y se realiza la prestación, el conflicto queda resuelto.

B) Si al cabo de tres meses no es atendida en absoluto (es decir, si continúa la inactividad y no hay tampoco respuesta formal) se abre la posibilidad de interponer el recurso contencioso-administrativo de inactividad.

C) Si se dicta un acto estimando la petición (con el que se rompe la inactividad formal) pero no se realiza la prestación en los tres meses indicados, la inactividad material se mantiene y el recurso ha de seguir adelante; pero no se sabe exactamente en qué términos. Porque puede continuar por los mismos trámites con que se ha iniciado (o sea, como recurso de inactividad: art.29.1). Pero también es imaginable que se convierta en un recurso de inactividad inercial (art.29.2), dado que el recurso de inactividad es genérico mientras que el recurso inercial es específico y ahora es claro que ya media un acto administrativo, que es el supuesto especial del número dos. Una duda procedimental de cierto peso y que provocará no pocas vacilaciones jurisprudenciales, pero que probablemente será despejada por el Tribunal Supremo en algunos años.

D) Si dicta acto expreso desestimando la pretensión, se rompe la inactividad formal, por lo que ya no cabe en rigor seguir hablando de recurso de inactividad y surge una duda similar a la anterior, es decir, la de si se continúa con el recurso de inactividad o nos encontramos con el recurso tradicional contra un acto, puesto que ya existe tal acto.

Con lo cual resulta que el recurso de inactividad parece susceptible de transformarse en otro de objeto distinto habida cuenta de que la actuación de la Administración puede convertirse en una inactividad inercial (supuesto C) o en una actividad denegatoria que podrá combatirse en el cauce de un recurso contencioso-administrativo ordinario (supuesto D).

Dejemos a un lado, no obstante, estas cuestiones cuya naturaleza procedimental resulta un tanto convencional y vayamos a lo que más importa: a los aspectos sustanciales del recurso, o sea, al contenido de las pretensiones judiciales y, correlativamente, de la sentencia.

Según se ha indicado ya, si el requerimiento no es atendido, la primera consecuencia es la de poder acudir al Juez contencioso-administrativo solicitando (art. 32.1) que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas. La sentencia tendrá necesariamente, por tanto, dos pronunciamientos: 1º) Establecer los términos concretos de la obligación a la vista de la disposición general, acto o contrato; que es lo que tenía que haber hecho, y no hizo, la Administración. Aquí la sentencia está haciendo una pronunciación en sustitución de la que no hizo la Administración. 2º) Y ordenar a la Administración que cumpla tal obligación. En este punto, como se ve, no hay sustitución, ya que el Juez se limita a dictar una orden sin intervenir en la realización material de la obligación que ha declarado. Es la Administración la que, en suma, ha de ejecutar.

Como afirma en términos inequívocos la Exposición de motivos, “este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el Derecho, incluida la discrecionalidad en el ‘quando’ de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquéllos”. Y sigue: “La ley se refiere siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de aquí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas”.

Con lo cual hemos llegado a la médula del sistema, que se refleja en estas dos proposiciones:

Primera.— La condena de cumplimiento de la obligación presupone necesariamente la declaración de tal obligación, es decir, un acto judicial sustitutorio del acto administrativo que no se dictó.

Ahora bien, las facultades judiciales de este dictado son tremendamente reducidas puesto que, como estamos viendo, no van más allá del reconocimiento de una obligación legal o contractualmente establecida, una obligación concreta rigurosamente equiparable al acto administrativo. Limitación rigurosa que se manifiesta en una frase muy significativa de la Exposición de motivos: “El recurso contencioso-administrativo por su naturaleza no puede poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud o ineficacia administrativas sino tan sólo garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad.”

Con tan drástico recorte de las facultades judiciales se pierde, una vez más, la posibilidad de poner remedio eficaz a la inactividad administrativa y se deja a un lado el pomposo derecho fundamental del artículo 24.1 de la Constitución: la tutela judicial efectiva. Comprobarlo es muy fácil con un par de ejemplos que no son convencionales sino reales y hasta cotidianos.

Un árbol de la calle se troncha en una tormenta y cae justo a la puerta de mi casa dificultando la salida. Pasan los días y las semanas y los servicios municipales no retiran el árbol. Una discoteca de la vecindad, incumpliendo todas las normas de horarios y control de ruidos, hace imposible el sueño de todo el barrio hasta las seis de la mañana. La policía municipal, mil veces alertada, nada hace para impedirlo.

Éstos son ejemplos de una inactividad material que la nueva Ley se niega a remediar porque aquí no existe una obligación concreta preestablecida. De tal manera que, inaccesible el camino nuevo, tengo que acudir al tradicional, o sea, que he de solicitar del Ayuntamiento que retire el árbol y, respetando el largo viacrucis del procedimiento y del subsiguiente proceso, algún día obtendré una sentencia en que así se condene a la Administración (que cumplirá la orden, o no). He aquí, en suma, que las esperanzas que se habían puesto en la nueva Ley han quedado frustradas. Huelga comentar la decepción que el nuevo régimen ha producido y lo grotesco de las declaraciones de autosatisfacción que realiza impudicamente la Exposición de motivos. La verdad es que muy poco se ha

ganado y las cuestiones fundamentales quedan sin resolver. Con lo cual podemos formular ya la otra proposición anunciada:

Segunda.— En mi opinión el nuevo recurso es una simple duplicación del anterior, una vía alternativa sustancialmente idéntica con la que apenas sí se ganan unas semanas de tramitación.

¿En qué se diferencian realmente estos dos recursos? Para la Exposición de motivos la cosa es muy clara: en un caso hay silencio y en el otro, en el nuevo, no: el recurso de inactividad —nos dice— juega “donde no juega el mecanismo del silencio administrativo”.

Nótese, sin embargo, que la estructura de los dos procesos es la misma: una reclamación a la Administración inactiva, un plazo para resolver y un plazo para, en el supuesto de desatención del requerimiento, acudir a la vía contencioso-administrativa. Lo único que varía son los plazos y la sutileza retórica de decir que en la inactividad no opera el silencio ni el acto presunto. Pero ¿qué importa eso al ciudadano que busca una tutela judicial efectiva y que está convencido de que el anterior recurso no le satisfacía?

Comparemos sucintamente los dos regímenes:

En cuanto al plazo, la nueva Ley señala tres meses mientras que el del actual silencio es variable, según la Ley de procedimiento, con un tope de seis meses. Ahora bien, la eventual discordancia de plazos no puede considerarse como un dato diferenciador esencial, sino algo muy marginal, sobre todo cuando las variaciones pueden ser muy pequeñas.

Con la agravante de que puede suceder que la reclamación se produzca antes de dar tiempo a que se tramite el expediente.

Pensemos en una licencia. Imaginemos que al día siguiente de haberla solicitado se reclama por inactividad (nada hay que lo impida), de tal manera que a los tres meses ya cabe la interposición del recurso contencioso-administrativo. Pero en tres meses no ha habido tiempo real de tramitar el expediente y tampoco existía obligación de resolver antes de los cinco meses que imaginemos es el plazo legalmente señalado para la resolución de ese tipo de licencias.

En definitiva, se pretende que se condene a la Administración a que cumpla una obligación que estaba dispuesta a hacer voluntariamente. Cuando el Juez quiera dictar sentencia es seguro que ya habrán transcurrido los cinco meses y que la Administración esté en falta (por lo que el recurrente puede justificar su prisa alegando que así ha ido “ganando tiempo”). Pero también puede suceder que la Administración antes de los cinco meses conceda (o deniegue) la licencia. ¿Qué sentido tiene entonces el recurso en cuestión? Y denegada expresamente la licencia, volvemos a las dudas antes planteadas: ¿continuará el recurso de inactividad o habrá que convertirlo en un recurso contra el acto expreso, que está previsto específicamente por la propia Ley?

El inútil paralelismo de los dos recursos es fácil de ejemplificar:

Un Ayuntamiento no liquida una deuda reconocida a dos particulares que se encuentran en igual situación. Uno utiliza la vía tradicional y, desatendida por silencio su reclamación, impugna el acto presunto negativo. El otro utiliza el recurso de inactividad de tal manera que desatendida su “reclamación”, a los tres meses accederá al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, donde al cabo de unas semanas se le incorporará su vecino. ¿Esto es lo que se gana con el flamante recurso de inactividad?

Sentado lo anterior —que es lo fundamental— aún pueden añadirse dos palabras para comentar otros puntos menos importantes.

Por lo pronto, la dualidad de regímenes procesales para el mismo recurso, ya que puede seguirse el procedimiento ordinario, pero también el procedimiento del art. 45.5, conforme al cual “el recurso dirigido contra (...) inactividad (...) en que no existan terceros interesados podrá iniciarse también mediante demanda en que se concretará (...) la conducta impugnada y se razonará su disconformidad a derecho”.

He aquí un “detalle” aparentemente progresista con el que se pretende ocultar el tradicionalismo de lo fundamental. Con este segundo procedimiento alternativo pueden ganarse ciertamente unas semanas: lo que no es mucho si se piensa que la tramitación ha de durar previsiblemente varios años. Y, además, ¿cómo saber que no hay terceros interesados, teniendo en cuenta la indeterminación de este concepto? En el tiempo que lleva el indagar si los hay o no los hay, ya tendríamos el expediente en la mano. Y suponiendo que haya expediente, ¿cómo se incorporará a los autos y se informará de ello al recurrente? Y si en él aparece alguno de interés ¿cómo lo hará valer procesalmente el recurrente? Una nube de problemas provocados por el fútil empeño de haber intentado ganar unas semanas.

**EN LA INACTIVIDAD
MATERIAL RESISTENCIAL
NOS ENCONTRAMOS ANTE
UNA ADMINISTRACIÓN
DESOBEDIENTE QUE OFRECE
RESISTENCIA AL JUEZ QUE
HA DICTADO SENTENCIA**

III. INACTIVIDAD MATERIAL INERCIAL

La atención que dedica el texto de 1998 a la inactividad administrativa no se agota con el recurso del art. 29.1 que acaba de ser examinado, sino que se extiende a otras dos variantes, una de ellas referida a lo que he llamado inactividad inercial.

Veamos en qué consiste la novedad de este recurso.

En él existe un acto, expreso o presunto. No hay, por tanto, inactividad formal y lo único que sucede es que la Administración no lo ejecuta: no realiza la prestación fáctica.

El artículo 29.2 precisa con exactitud tal supuesto: “cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución”. Ahora bien, ¿qué hay de nuevo en ello?, ¿es que anteriormente no podían los afectados solicitar judicialmente la ejecución de un acto administrativo? Novedad no hay, pues, ninguna. Aunque sí que pueda hablarse de utilidad, dado que útil es que se regule el procedimiento específico a seguir en estos casos.

De acuerdo con la Ley de 1998, en cualquier momento puede solicitarse la ejecución y, al cabo de un mes, se abre la vía contencioso-administrativa, que, además, se tramitará por el procedimiento abreviado. Una celeridad explicable puesto que por lo común los aspectos conflictivos ya habrán sido ventilados en el procedimiento anterior al dictado del acto.

Si hasta aquí sólo ha habido novedades procedimentales de detalle, queda por examinar si la sentencia aporta algo nuevo, y desafortunadamente no es así puesto que está previsto (art. 71.1) que la sentencia se limite a “c) adoptar una medida que consiste en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria”. Obligatoriedad que aquí consiste en la ejecución del acto administrativo.

La decepción proviene entonces de la timidez de la Ley que no se ha decidido a permitir al Juez la ejecución por sustitución. O sea: ya que la Administración no quiere ejecutar, podría haberse establecido que fuera el Juez quien ejecutase al final del proceso. Ahora bien, para calibrar hasta qué punto puede un Juez ejecutar por sustitución un acto administrativo podemos servirnos de unos ejemplos harto frecuentes en los últimos años.

a) El Alcalde se niega a dar posesión a un secretario de entidad local, legalmente nombrado. Aquí no hay ningún obstáculo para que fuera el Juez el que le diera la posesión por sustitución del alcalde. b) El alcalde se niega a pagar al secretario su retribución. Igualmente podría hacerlo el Juez directamente “a cuenta del Ayuntamiento”, como en otros contextos admite la propia Ley. c) El alcalde se niega a proporcionar un despacho al secretario y a facilitar-le los expedientes que ha de conocer e informar. En este supuesto no puede el Juez, evidentemente, ejecutar por sustitución y tendrá que limitarse a ordenar al alcalde que cumpla su obligación.

En definitiva, tal como está regulado este recurso ¿qué se ha adelantado? Por lo pronto se ha conseguido pasar de un acto administrativo inejecutado a una sentencia. Esto ya es algo, pero muy poco. Porque si la Administración no obedece la sentencia, nos encontramos como estábamos. O sea, que lo único que se ha conseguido es pasar de una inactividad inercial a otra resistencial. El problema no ha sido resuelto sino desplazado.

IV. INACTIVIDAD MATERIAL RESISTENCIAL

En este supuesto se regula el colmo, por así decirlo, de la inactividad. No nos encontramos ante una Administración silente y ni siquiera inerte sino desobediente, que ofrece resistencia al Juez que ha dictado ya su sentencia.

En este punto caben, como ya sabemos, dos opciones políticas: o bien autorizar al Juez para que ejecute por su cuenta la sentencia o bien limitarse a indicarle que ordene a la Administración a que lo haga. Aquí tenía la Ley la gran oportunidad de dar un paso hacia adelante, pero no se ha decidido a hacerlo y la regulación resultante es singularmente confusa en cuanto que parece haber admitido revueltas las dos soluciones, pero sin llegar a ser consciente de ello y sin pormenorizar un régimen que, siendo tremendamente delicado, requiere una regulación muy precisa.

El art. 108 no puede ser, en efecto, más vacilante. “Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto (...)” (en esta frase parece claro que de momento el Juez no actúa por sustitución sino que sólo va a ordenar el cumplimiento) “(...) el Juez o Tribunal podrá en caso de incumplimiento: a) *Ejecutar* (ya tenemos dado el gran paso: no va a obligar a ejecutar sino a ejecutar el mismo) a través de sus propios medios (pero no se precisa de qué medios dispone) o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada (aunque no está claro, puede entenderse como que se trata de un requerimiento *personal* y, por ende, más eficaz que si fuera el requerimiento *orgánico* que implica la sentencia) o en su defecto de otras Administraciones públicas con observancia de los procedimientos establecidos al efecto (que no se preocupa de indicar la Ley). b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido (nótese, sin embargo, que aquí hay acto y hasta sentencia), entre las que se incluye la *ejecución subsidiaria con cargo a la Administración demandada*” (o sea, ya que no por sustitución, de manera subsidiaria).

Para analizar críticamente este texto bastaría con traer aquí los comentarios que se hicieron a la legislación anterior, cuyas carencias no se han remediado; y que, por hartos sabidos, no vale la pena reproducir aquí; aunque sí conviene insistir en la decepción que produce la falta de energía del nuevo texto. Porque mientras no se garantice la ejecución de las sentencias, sobra la jurisdicción contencioso-administrativa y no puede hablarse ni de control judicial de la Administración ni de tutela judicial efectiva.

V. PRIMER BALANCE

A la vista de cuanto antecede podemos enjuiciar en términos muy críticos la regulación que ha hecho la nueva Ley del control de la inactividad administrativa.

A) Por lo que se refiere a la inactividad resistencial, no se ha atrevido a establecer un sistema enérgico de garantía de ejecución de sentencias, manteniendo prácticamente el sis-

tema anterior no obstante su ineficacia probada. A cuyo propósito dos caminos se ofrecían: o bien estimular la puesta en práctica de medidas que impulsen a la Administración a ejecutar sin dilación (por ejemplo, la conminación de penas o la imposición directa de sanciones a las personas responsables a la manera en que lo hace el art. 48 cuando no se remite puntualmente el expediente) o bien la ejecución directa por sustitución.

Es difícil entender la razón de este inmovilismo porque ¿cómo es posible que un legislador —que con mejor o peor fortuna ha abordado todos los defectos conocidos de la Ley anterior— no se haya decidido a poner mano en éste, que es quizás el más escandaloso? No será, desde luego, por ausencia de denuncias y reclamaciones al respecto. Probablemente haya influido aquí la suspicacia administrativa frente a las sustituciones judiciales y tampoco hay que descartar un afán de asegurar un último refugio a la discrecionalidad de la Administración que, vencida en juicio, puede luego atrincherarse en el alcázar de la inejecución. Y también desconfianza ante los jueces: tanto con los audaces que estarían dispuestos a administrar por su cuenta a la más mínima vacilación de la Administración, como con los medrosos (menos llamativos pero más abundantes) que carecen de iniciativa —y también, con frecuencia, de tiempo y de medios— para realizar esta tarea sustitutoria, tan erizada de dificultades y tan propicia a la responsabilidad. Porque no quiero imaginar que se haya pretendido seriamente justificar esta pasividad agitando los polvorientos armatostes de la división de poderes.

También es cierto, por otra parte, que no es imprescindible que los jueces ejecuten siempre sus propias sentencias, y ya hemos visto casos en los que esta solución es fácticamente imposible o muy difícil. La experiencia enseña que la conminación de responsabilidad personal suele ser tremendamente eficaz, aunque su práctica siga sin generalizarse, pues es un hecho verificable que a los jueces no les gusta y sólo acuden a este remedio después de haber dejado transcurrir mucho tiempo, y a veces nunca. Para los jueces el tiempo parece no contar y, acostumbrados (al menos los del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional) a dictar sentencias referidas a acontecimientos sucedidos hace un quinquenio, cuando no una década, no dan importancia a que la ejecución se retrase dos o tres años más; ¿Cuántos magistrados pasan a la jubilación dejando sin ejecutar un grueso paquete de sentencias, de las que nadie se ocupará luego!

Atendiendo, entonces, a esta poquedad de ánimo —o prudencia, según se mire— de los jueces, hubiera sido aconsejable hacerles un gesto desde la Ley para que se animasen a hacer realmente lo que pueden jurídicamente o, mejor todavía, a concederles la facultad de castigar directamente la desobediencia, con multas personales, sin necesidad de iniciar ante el Juez penal un nuevo proceso.

B) Sobre la superación de la inactividad inercial poco hay que añadir aquí, dado que la fórmula legal se ha reducido a reiterar la posibilidad de acceso a la vía contencioso-administrativa y a esperar que la Administración que no quiere ejecutar sus propios actos se preste a ejecutar sin demora las sentencias que le recuerdan esta obligación, como si la Administración no supiera de sobra —sin necesidad de recordatorios ni de órdenes judi-

ciales concretas— que está obligada por Ley tanto a ejecutar sus propios actos como a cumplir las sentencias.

C) En cuanto al flamante y pregonado recurso de inactividad en sentido estricto —o sea, el recurso interpuesto contra la inactividad material sin acto administrativo— se ha planteado en unos términos tan modestos que su alcance ha quedado reducido a una mera alternativa procesal al viejo recurso contra actos presuntos.

A despecho de su ambiciosa denominación, se ha condicionado su ejercicio al reconocimiento previo de una obligación concreta legalmente predeterminada (que equivale a un acto administrativo de contenido individualizado) degradándole así a una mera variante del recurso contra la inactividad formal y no material, que era lo que se pretendía.

D) Al sistematizar, en suma, todas estas variedades descubrimos el enorme vacío que ha dejado la Ley sin proteger: las inactividades materiales que no coinciden con una obligación concreta legalmente preestablecida, que son cabalmente las más numerosas y las más hirientes.

VI. VÍA DE HECHO

El examen de la política legislativa en materia de inactividad administrativa quedaría notoriamente incompleto si no se extendiera a un fenómeno a primera vista muy distinto pero que, como hemos de ver, está estrictamente conectado: la llamada vía de hecho.

“Mediante este recurso —informa la Exposición de motivos— se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase. La acción tiene una naturaleza declarativa y de condena y, a la vez, en cierto modo interdictal, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de las medidas cautelares. Por razón de la materia, la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de estos recursos se explica sobradamente”.

**NO HAY COBERTURA
JURÍDICA CUANDO NO
EXISTE NORMA ALGUNA
HABILITANTE O CUANDO EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO
SE PRONUNCIA EN CONTRA
DE LO ACTUADO**

He aquí una nueva modalidad del recurso (o de su objeto) que si no es rigurosamente inédita en nuestro Ordenamiento jurídico (ya que se conoce en la vía interdictal civil) sí lo es —como se recuerda en el texto que acaba de ser transcrito— en el orden contencioso-administrativo.

Con esta fórmula se ha pretendido, entre otras cosas, recuperar para esta jurisdicción el conocimiento de unas irregularidades administrativas que seguían residenciándose por inercia ante los juzgados civiles. El tiempo dirá con todo, cuál de estas dos vías va a ser la más eficaz y, a la vista de los resultados prácticos, se verá cual de las dos prevalece. Pero es el caso que las dos vías —la interdictal civil y la vía de hecho en lo contencioso-administrativo— se superponen y el perjudicado puede escoger entre cualquiera de ellas. Un régimen que, en principio, no parece recomendable, como no lo es nunca el de la “doble vía”, por el costo social y, al tiempo, por la inseguridad jurídica que produce.

Lo que en cualquier caso no ofrece duda es la libertad de elección para el afectado. Pero, a partir de aquí, empiezan los problemas: fracasada por ejemplo la opción interdictal ¿puede iniciarse luego la acción contencioso-administrativa? La literalidad del art. 4 de la Ley permite toda clase de interpretaciones, aunque la más racional sería, desde luego, la de que el uso de una acción habría de impedir luego el uso de la alternativa.

Más grave es, no obstante, la siguiente posibilidad: habiendo varios afectados por la misma vía de hecho (piénsese en la apertura de un camino que afecta quizás a docenas de propietarios), ¿qué sucede si unos acuden a una vía y otros a la alternativa? Es una lástima que la Ley ni siquiera se haya planteado estas dificultades.

Pero vayamos a lo importante: ¿qué es la vía de hecho? La Ley no lo dice y hasta incurre en una tautología cuando alude en el art. 25.2 a las “actuaciones materiales que constituyen vía de hecho en los términos establecidos en esta Ley”; siendo así que “esta Ley” nada ha establecido sobre el particular: se trata, por tanto, una remisión al vacío o en falso.

La pregunta, por otra parte, no pudo sorprender al Legislador puesto que desde hace muchos años —y al hilo de la prohibición genérica de interdictos contra la Administración y también a propósito de la expropiación forzosa— la doctrina y la jurisprudencia se han quebrado la cabeza intentando inútilmente encontrar una respuesta mínimamente satisfactoria, como ha expuesto muy bien LÓPEZ MENUDO.

En esta oscuridad, hay una alusión de la Exposición de motivos que arroja un punto de luz en cuanto que allí se dice que se aprecia vía de hecho en los supuestos de “carencia de cobertura jurídica”. Ahora bien, tal expresión admite dos interpretaciones: no hay cobertura jurídica o bien cuando no existe norma alguna habilitante (conforme a la teoría de la “vinculación positiva de la Administración a la Ley”) o bien cuando el Ordenamiento jurídico se pronuncia en contra de la legalidad de lo actuado (de acuerdo con la teoría de la “vinculación negativa”, que es la que siempre he sostenido y sostengo).

Abordando la cuestión, pues, desde esta última perspectiva nos encontramos con el siguiente manajo de posibilidades:

A) No existe acto administrativo expreso. En tal caso debe entenderse que existe vía de hecho porque así viene a declararlo implícitamente el art. 93 de la Ley de Procedimiento Administrativo: “las Administraciones públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones *que limite derechos de los particulares* sin que previamente haya sido adoptada la solución que la sirva de fundamento jurídico”. Falta de fundamento jurídico equivale así a falta de cobertura jurídica.

B) Existe acto administrativo expreso. En este supuesto hay que admitir dos variantes:

- a) El acto administrativo es jurídicamente regular, en cuyo caso —y sin duda— existe cobertura jurídica y, por ende, no se aprecia una vía de hecho.
- b) Si el acto administrativo es irregular, entonces hay que reconocer la existencia de vía de hecho puesto que un acto inválido no puede prestar cobertura jurídica a una actuación material.

Ahora bien, como la declaración de invalidez únicamente puede realizarla el Juez, esto significa que en el recurso de vía de hecho, aunque se ataca directamente la actuación material, indirectamente se está impugnando el acto que le presta cobertura con objeto de que se determine judicialmente si ésta es falsa o aparente. Nótese, pues, que la intención es inversa a la del recurso ordinario en la que primero se ataca el acto y luego, en consecuencia, su eventual ejecución. Dicho de otro modo: *el recurso de vía de hecho se refiere a actuaciones materiales de la Administración que no están precedidas de un acto administrativo o que están precedidas de un acto administrativo que el Juez, al estudiar la actuación material, va a enjuiciar y declarar inválido.*

Examinemos ahora brevemente su regulación:

En cuanto a la *legitimación*, no se admite desde luego la acción popular, ya que se exige la presencia de “derechos e intereses legítimos de cualquier clase” (incluso, por tanto, los colectivos), pero se aproxima mucho a ella.

El ejercicio de este recurso ante la jurisdicción puede ir precedido de un trámite administrativo: el requerimiento. El art. 30 establece, en efecto, que “en el caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiese sido formulada o no fuese atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente el recurso contencioso-administrativo”.

La *pretensión* judicial está descrita en el art. 32.2: “Si el recurso (que ha de interponerse en el plazo de 10 o de 20 días, según que haya mediado o no requerimiento: art. 46.3) tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el art. 31.2 (las adecuadas

para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios cuando proceda)”. En congruencia con ello, la sentencia “dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada” (art. 71). Y si sucede que esta condena no se obedece, volvemos al ámbito de la inactividad resistencial, cuyo régimen ya conocemos.

VII. QUINTO RECURSO: VÍA DE HECHO OMISIVA

Forzoso es reconocer el progreso que ha representado (al menos desde la perspectiva de lo contencioso-administrativo) la introducción del recurso de vía de hecho. Pero no menos forzoso de reconocer resulta la circunstancia de que, aun así, sigue desprotegido un ámbito muy extenso de la actividad administrativa: lo que yo denomino vía de hecho omisiva, cuyo concepto se aclara muy bien con un ejemplo:

Si la Administración abre sin suficiente cobertura jurídica una zanja que obstruye el acceso a mi casa, puedo defenderme mediante el recurso que acabamos de examinar. Pero si la apertura de la zanja ha sido legítima, pasa el tiempo y no se tapa sin causa justificada, he aquí que el perjudicado se encuentra sin protección, dado que el no tapar no es una actuación material en sentido propio. Para la Ley es una “inactividad material” no impugnabile en cuanto que no representa una obligación concreta legalmente preestablecida y, en consecuencia, el recurso de inactividad no funciona.

No vale la pena comentar esta incongruencia puesto que salta a la vista. Y como no estoy dispuesto a resignarme a esta nueva decepción provocada por la imperfección técnica (y frivolidad política) del legislador de 1998, sostengo la tesis de que hay que interpretar la vía de hecho no sólo como una actuación material positiva sino también omisiva, puesto que la omisión de lo debido es tan grave como la comisión de lo indebido.

Al legislador correspondía haber admitido esta posibilidad y regulado su ejercicio; pero como no lo ha hecho, corresponde a la jurisprudencia abrir este camino como tantas veces ha sucedido. El Derecho Administrativo continental se ha ido formando a golpe de las decisiones del Consejo de Estado francés y el legislador español ha ido también con frecuencia a remolque del Tribunal Supremo. Así puede suceder ahora.

Dogmáticamente la solución que se sugiere no es forzada puesto que la omisión es el reverso simétrico de la comisión. Salvo excepciones, los actos jurídicos relevantes –y muy particularmente los ilícitos y los generadores de responsabilidad, como bien se sabe en el Derecho Penal y en el sancionador– pueden cometerse igualmente por acción que por omisión. Es incongruente, por tanto, proteger a los particulares de las acciones administrativas y no de sus omisiones, cuyo efectos pueden ser aún más dañinos.

Algunas diferencias operativas pueden surgir, sin embargo, cuando se contrasta la asimetría de las regulaciones de los recursos de inactividad y de vía de hecho. Para impug-

nar la vía de hecho basta la carencia de cobertura jurídica mientras que para combatir la inactividad material de la Administración hace falta nada menos que la existencia de una obligación concreta legalmente preestablecida. Y por ello, cabalmente, de acuerdo con una interpretación literal, en el ejemplo expuesto se puede impugnar la apertura jurídicamente injustificada de una zanja (basta constatar que no se ha aprobado la obra ni media urgencia) mientras que nada puede aparentemente hacerse contra la pasividad de la Administración a la hora de cerrarla o taparla.

Nadie puede entender, sin embargo, esta diferencia de régimen. Porque la apertura legal de una zanja ha de prever las condiciones (y entre ellas el plazo) de su realización, siendo inimaginable que este dato no se haga constar en el proyecto, tanto si se ejecuta directamente por la Administración o mediante contrato. Pues bien, si esta previsión falta (o, existiendo, no se cumple) ya tendríamos una vía de hecho por omisión sin cobertura jurídica que la justifique.

Nótese, entonces, que este “quinto recurso” que se sugiere puede servir para llenar la laguna dejada por el de inactividad material: constatada una pasividad administrativa, si responde a una obligación concreta legalmente preestablecida puede combatirse con el recurso de inactividad; y si no se corresponde con tal obligación concreta, pero carece de cobertura jurídica, cabe el recurso de vía de hecho por omisión.

Podrá objetarse, desde luego, que el sistema que se está sugiriendo es complicado: efectivamente así lo es. Pero la razón se encuentra en el pie forzado impuesto por un texto positivo, con la consecuencia de que ha de ser manipulado con alguna violencia si no quiere dejarse desprotegida una amplia zona de inactividad material de la Administración. La nueva Ley de lo contencioso carece en este punto de una inspiración dogmática que vertebralas distintas “inactividades administrativas impugnables”. No ha tenido conciencia de las distintas variedades de la inactividad administrativa y, sobre todo, ha perdido de vista que el criterio que determina la sentencia es inexcusablemente el de si el acto (expreso o presunto, por acción u omisión) es, o no, “conforme a derecho”. Y como una omisión que carezca de cobertura jurídica no es conforme a derecho, si así lo declara el Juez tendrá que aceptar también las consecuencias lógicas de tal declaración y poner remedio a la irregularidad.

LA NUEVA LEY NO HA PREVISTO LA VÍA DE HECHO OMISIVA: SUPUESTOS EN QUE SE CONSTATA UNA PASIVIDAD ADMINISTRATIVA, QUE NO RESPONDE A UNA OBLIGACIÓN CONCRETA LEGALMENTE ESTABLECIDA Y QUE CARECE DE COBERTURA JURÍDICA

VIII. FINAL

A nadie puede extrañar que en el texto de una Ley de tan excelente factura general se aprecien deficiencias de tal bulto. No hay obra humana perfecta y mucho menos la que procede de nuestras Cortes Generales. Al analista corresponde detectar los errores y conjeturar si existe algún medio de rectificación.

Para quienes creemos que el Derecho no se agota en la Ley sino que ésta es un punto de partida cuyo tratamiento posterior corresponde luego a otros operadores jurídicos, empezando por los jueces (NIETO y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, *El Derecho y el revés*, 1998), es claro que la Ley de 1998 no ha dicho la última palabra y que los jueces y los tribunales de lo contencioso-administrativo están en condiciones de remediar sus torpezas. Es ahora a los jueces a quienes corresponde obrar así y si entienden (como aquí se ha expuesto) que no es completo el sistema legal de protección contra las inactividades administrativas, pueden cerrarlo por su cuenta sin demasiadas dificultades técnicas o políticas.

Lo único que precisan es energía para llevar a cabo esta tarea, sea poniendo en marcha las presentes sugerencias o con otras fórmulas más idóneas que con el transcurso del tiempo y a la sombra de reflexiones más acertadas irán sin duda apareciendo. Pero lo que no cabe duda es que resulta necesario afirmar esta protección: algo que, como acabamos de ver, no ha hecho la Ley no obstante sus pomposas intenciones. Y es que, por decirlo en términos castizos, “para tan corto viaje no se necesitaban tan abultadas alforjas”.

Los jueces no pueden defraudar estas expectativas, como las ha defraudado ya la Ley. Recuérdele que el recurso contencioso-administrativo nació muy modestamente –como un simple remedio de anulación– y que, luego, el Consejo de Estado francés lo cambió de golpe ampliándolo a la “plena jurisdicción”, que hoy nadie discute. Recuérdele igualmente que otro día se amplió a los silencios administrativos, antes invulnerables. Pues bien, los tiempos están maduros para iniciar una nueva etapa, un nuevo control de la Administración, mediante esta innovación técnica (y también política) de revisión auténtica de la inactividad material de la Administración.

El principio de congruencia en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo. Jurisprudencia y cambios tras la LJCA de 1998

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

Profesor Titular de Derecho
Administrativo
Universidad de León

Sumario:

Presentación. I. Recepción legal del principio de congruencia y desarrollo jurisprudencial. II. Concepto del principio de congruencia. III. La incongruencia.

IV. Disconformidad entre el fallo y la pretensión. V. El exceso de “lo pedido”.

VI. Ausencia de resolución de temas planteados en el recurso. VII. Supuestos de “incongruencia irrelevante”. 1) Las “desestimaciones implícitas”. 2) Innecesariedad de correlación entre los razonamientos del fallo y los fundamentos jurídicos de la demanda.

VIII. Incongruencia y motivación. IX. Las facultades del órgano jurisdiccional previstas en el artículo 33.2 y 3. X. Congruencia con las pretensiones tras la LJCA de 1998.

1) La congruencia con las peticiones. 2) Los efectos de la nueva LJCA de 1998 sobre la jurisprudencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. 3) Virtualidad del modelo de la LJCA. 4) El problema, no obstante, de la pretensión de anulación contra autos de denegación de solicitudes y el principio de congruencia.

PRESENTACIÓN

Una de las innovaciones de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998 (en adelante LJCA) ha sido la introducción de un sistema diferenciado de pretensiones procesales. El presente trabajo analiza las posibles repercusiones de este sistema desde el punto de vista del principio de congruencia, estudiando también el régimen jurídico de la LJCA de 1998, con un enfoque jurisprudencial.

I. RECEPCIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

El principio de congruencia implica que “los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamentan el recurso y la oposición”.

Así se pronuncia el artículo 33 de la LJCA, siguiendo la regulación de la LJCA precedente (artículo 43) y en conexión con el artículo 359 de la LEC en virtud del cual las sentencias habrán de ser “claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito”.

La jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa viene aplicando este principio, bien asentado constitucionalmente (SSTC 144/1991, 183/1991, 59/1992, 88/1992, 46/1993, etc.; y las SSTS de 14 de junio de 1988, Ar. 4622; 26 de marzo de 1993, Ar. 2448; 7 de febrero de 1994, Ar. 748 y 27 de mayo de 1994, Ar. 4473); el Tribunal Supremo refuerza su jurisprudencia sobre este principio de congruencia con esta jurisprudencia constitucional (STS de 16 de junio de 1997, Ar. 4706).

II. CONCEPTO DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

La congruencia consiste en la adecuación entre los pronunciamientos judiciales y lo que se pidió al Juez, incluida la razón de ser de la petición; “por lo que su comprobación implica el análisis comparativo de lo solicitado en el escrito de la demanda y la parte dispositiva de la sentencia” (STS de 31 de mayo de 1996, Ar. 4344; STS de 3 de enero de 1996, Ar. 22; STS de 26 de abril de 1996, Ar. 3548; STS de 21 de diciembre de 1996, Ar. 9331; STS de 8 de marzo de 1996, Ar. 2422; STS de 20 de marzo de 1996, Ar. 3676; STS de 16 de junio de 1997, Ar. 4706; STS de 8 de junio de 1996, Ar. 4946, confirmando la vulneración del principio de congruencia por esta causa y revocando por eso la sentencia apelada).

III. LA INCONGRUENCIA

La “incongruencia” viene caracterizándose como la alteración del debate del proceso, el tratamiento *ex novo* por la sentencia de cuestiones que no han sido tratadas por las partes. “La sentencia apelada debe ser anulada por manifiesta incongruencia de su pronunciamiento, ya que dicha problemática no ha sido tratada por la sentencia de instancia, alterando sustancialmente los términos del debate judicial, o sea, sin que tal cuestión hubiera sido tratada con anterioridad por los litigantes, ni puesta, al menos, en su conocimiento, a los efectos del artículo 43.2 de la Ley de la Jurisdicción” (STS de 31 de mayo de 1996, Ar. 4344).

Existe un compacto y minucioso planteamiento jurisprudencial sobre la aplicación de este principio de congruencia, que consideramos plenamente válido tras la LJCA de 1998 y que sirve por tanto para explicar suficientemente su artículo 33. Por eso dedicamos seguidamente un espacio a esta cuestión.

IV. DISCONFORMIDAD ENTRE EL FALLO Y LA PRETENSIÓN

El principio conlleva que no pueda concederse “cosa diferente de la pretensión ejercitada” (STS de 14 de octubre de 1996, Ar. 7403).

Se vulnera por esta razón el principio de congruencia cuando la “resolución judicial anula actos administrativos que no habían sido impugnados por los interesados” (STS de 9 de diciembre de 1996, Ar. 9284; véase también STS de 5 de noviembre de 1996, Ar. 8003).

Pero “no se produce incongruencia ante la estimación parcial del pago de certificación de obras”, dejando a salvo el derecho de la Administración a establecer la retención procedente de la fianza para responder de los defectos existentes, aunque esta última pretensión no se haya invocado expresamente por el Ayuntamiento, por ser este último inciso simple consecuencia del pronunciamiento sobre las pretensiones ejercitadas (STS de 14 de octubre de 1996, Ar. 7403).

**LA INCONGRUENCIA VIENE
CARACTERIZADA COMO EL
TRATAMIENTO EX NOVO
POR LA SENTENCIA DE
CUESTIONES QUE NO HAN
SIDO TRATADAS POR LAS
PARTES**

V. EL EXCESO DE “LO PEDIDO”

El exceso sobre lo pedido es motivo de incongruencia, ya que “no puede concederse más de lo solicitado” (STS de 1 de julio de 1996, Ar. 5934; STS de 21 de abril de 1998, Ar. 3906).

Esto ocurre cuando “el contraste entre demanda y sentencia, entre suplico de aquélla y fallo de ésta, evidencia sin la menor sombra de duda la infracción de los citados artículos por el exceso del fallo al conceder algo no pedido ni siquiera deducible de lo pedido en la demanda, como ha sido la anulación de la aprobación inicial y definitiva de los Estatutos y Bases de Actuación de la Junta de Compensación así como la de todos los actos que traigan causa de aquéllos” (STS de 9 de julio de 1996, Ar. 6137).

En este sentido, una STS de 1 de julio de 1996, Ar. 5934 se enfrenta con este mismo tipo de problemas y, pese a constatar primeramente que “el recurrente pidió solamente en su demanda la anulación de los actos recurridos y la sentencia declara que éstos son contrarios a derecho por serlo las determinaciones de las Normas Subsidiarias de Planeamiento”, concluye que “la sentencia recurrida no otorga más de lo pedido por el recurrente ya que lo razonado en sus fundamentos de derecho no es en puridad una declaración de nulidad de las Normas Subsidiarias sino una explicación de la razón por la que declaraba nulos tales actos”.

VI. AUSENCIA DE RESOLUCIÓN DE TEMAS PLANTEADOS EN EL RECURSO

La ausencia de resolución de temas planteados conduce a la vulneración del principio de congruencia (STS de 3 de enero de 1996, Ar. 81 y véase en este sentido el propio artículo 353.1 de la LEC).

Consecuentemente el Tribunal Supremo (en este fallo de 3 de enero de 1996) decidió sobre las cuestiones que quedaban por resolver. Y en esta misma línea puede citarse la STS de 13 de marzo de 1996, Ar. 6673 en la cual el Tribunal Supremo detecta una “incongruencia omisiva” en la sentencia de instancia (por no adecuar el fallo a las dos pretensiones anulatorias ejercitadas contra dos liquidaciones tributarias), corrigiendo el Tribunal Supremo el defecto formal declarando que la anulación se refiere a ambas, por razones de economía procesal. Hoy este mismo enfoque estaría justificado en virtud del artículo 95.2.c) y d) de la LJCA de 1998 *in fine*: resolución directamente, por el Tribunal Supremo, del fondo del litigio, si la sentencia recurrida incurre en vulneración de las normas reguladoras de la sentencia.

El principio de congruencia implica pues la necesidad de no dejar sin respuesta alguna pretensión (STS de 14 de octubre de 1996, Ar. 7403; SSTC 139/1997; 82/1998).

Conforme a una reiterada jurisprudencia se vulnera el principio de congruencia si no se enjuiciaba alguna petición del sujeto afirmando o razonando que aquella no se alegó en vía administrativa, una vez es admitida en el proceso administrativo (STS de 21 de mayo de 1996, Ar. 3979 y de 31 de mayo de 1996, Ar. 4344; véase también STS de 23 de diciembre de 1996, Ar. 9536).

A estos efectos la jurisprudencia llega a distinguir entre “cuestión nueva” y “motivos nuevos” —en la demanda—; como no está permitido introducir “cuestiones nuevas” no se vulnera (sino todo lo contrario) el principio de congruencia si se omite un pronunciamiento sobre dichas “cuestiones”. Por contra, ha de existir congruencia con los motivos, mediante los cuales “se esgrime ampliando y reforzando, con apoyatura jurídica no aducida previamente, alguna pretensión o extremo suscitado ante la Administración, con el fin de mejorar las perspectivas de estimación de lo postulado” (STS de 31 de mayo de 1996, Ar. 4344 y artículo 33.1 de la LJCA).

Pero la distinción más significativa es la que considera por una parte las “alegaciones” y por otra parte “las pretensiones”, siendo más riguroso el principio de congruencia en el segundo caso, según se estudia seguidamente.

VII. SUPUESTOS DE “INCONGRUENCIA IRRELEVANTE”

1) Las “desestimaciones implícitas”

Puede partirse de que “no toda incongruencia es relevante desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva, pues, para que alcance esta trascendencia, no basta la mera divergencia del fallo judicial respecto de los términos en que la litis se planteó (...) sino que es necesario además que aquella desviación sea de tal naturaleza y entidad que haya producido una completa modificación de los términos del debate procesal con quiebra del principio de contradicción y menoscabo del fundamental derecho de defensa (STS de 24 de septiembre de 1996, Ar. 6796).

No es necesario que la sentencia se pronuncie sobre todos los argumentos planteados por las partes “pues lo decisivo es que resulte de aquella cuál ha sido la razón de decidir que se ha tenido en cuenta para resolver en relación con las pretensiones de las partes” (STS de 14 de junio de 1996, Ar. 5280; STS de 30 de abril de 1996, Ar. 3685; STS de 28 de diciembre de 1994, Ar. 10453).

En este sentido, a veces se ha acudido al concepto de “desestimación implícita” para el caso en que el Juez no se haya pronunciado sobre “todas las alegaciones concretas o no se haya dado una respuesta pormenorizada, siempre que se resuelvan las pretensiones planteadas”, que es lo determinante (STS de 29 de octubre de 1996, Ar. 9514; STS de 22 de mayo de 1996, Ar. 4918; STS de 22 de mayo de 1996, Ar. 4918). Así por ejemplo, siguiendo la citada STS de 29 de octubre de 1996, Ar. 9514 no es necesario que el Tribunal se pronuncie sobre la procedencia o no de un expediente expropiatorio y deter-

minación del justiprecio, ya que con la cesión gratuita y compensada de suelo deja de plantearse la cuestión de la expropiación.

En general, debiera hablarse más bien de “enjuiciamientos implícitos”, no a efectos de abrir una vía de excepción frente al principio de congruencia sino a los meros efectos de explicar que ciertas peticiones de la demanda pueden estar implícitamente resueltas –por pura lógica– a la hora de sentenciar el asunto. Así, la STS de 18 de diciembre de 1996, Ar. 9525, sienta que “la desestimación íntegra de la pretensión ejercitada supone también la de la petición indemnizatoria formulada ante la pretendida inadecuación a Derecho de los actos impugnados”; en esta misma línea STS de 23 de diciembre de 1996, Ar. 9536; STS de 20 de septiembre de 1996, Ar. 6786.

Esta doctrina se aplica sin problemas cuando alguno de los hechos planteados en la demanda se resuelven en ejecución de sentencia, quedando implícita su procedencia (como por ejemplo, la práctica de la demolición como consecuencia de la anulación de la licencia –STS de 4 de octubre de 1996, Ar. 7392– o la fijación de los intereses de demora –STS de 23 de diciembre de 1996, Ar. 9535–).

2) Innecesariedad de correlación entre los razonamientos del fallo y los fundamentos jurídicos de la demanda

La congruencia procesal no exige una necesaria identidad entre los preceptos alegados por la partes y las normas cuya aplicación considere procedente el correspondiente órgano judicial, pues “conforme al principio *iura novit curia*, los Tribunales no tienen obligación de ajustar los razonamientos jurídicos –que sirven de fundamento a sus decisiones– a las disposiciones jurídicas alegadas por las partes en el desarrollo del proceso. Pero el principio en cuestión no significa que el Juez no pueda aplicar cualquier norma jurídica, pues la libertad en la aplicación del Derecho ha de entenderse dentro de los límites establecidos por el propio ordenamiento jurídico y la naturaleza de la función judicial” (STS de 24 de septiembre de 1996, Ar. 6796).

La congruencia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de las partes y la redacción de la sentencia ni que los Tribunales basen sus fallos en razonamientos jurídicos distintos de los utilizados por aquéllas. Es suficiente con que se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones enjuiciadas (STS de 23 de noviembre de 1996, Ar. 8484).

VIII. INCONGRUENCIA Y MOTIVACIÓN

El principio de congruencia conlleva esencialmente la necesidad de motivación: “la incongruencia implica una ausencia de motivación que impide al recurrente conocer las razones determinantes del fallo” (STS de 14 de octubre de 1996, Ar. 7403).

La congruencia implica una motivación adecuada (STS de 29 de julio de 1996, Ar. 6634). Lo interesante de esta regla es advertir el riesgo de las motivaciones excesivas como causa de incongruencia. Un exceso de motivación puede servir de pretexto para contestar la sentencia de instancia en virtud del principio de congruencia. Pero lo más normal es que en estos casos el órgano jurisdiccional esté cumpliendo celosamente con su obligación de motivar los fallos judiciales y que, por contra, se esté invocando interesada e incorrectamente este principio de congruencia para acceder al Tribunal Supremo (STS de 12 de febrero de 1996, Ar. 4272).

No es por otra parte exigible, conforme al principio de congruencia, una motivación amplia cuando la sentencia se limita y ha de limitarse a responder un único extremo planteado en la demanda (STS de 6 de junio de 1996, Ar. 5139).

IX. LAS FACULTADES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 33.2 Y 3

Otro elemento que contribuye a flexibilizar el principio de congruencia es el apartado segundo de este artículo 33; se faculta al Juez o Tribunal a exponer a las partes la existencia de otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, por no haber sido apreciada debidamente por las partes la cuestión sometida a su conocimiento, concediendo audiencia “a los interesados en un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo”.

El supuesto se refiere al momento de dictar sentencia, debiendo el Juez o Tribunal dictar providencia al efecto, resolución frente a la que no cabrá recurso alguno, a salvo de las alegaciones que quisieran hacer las partes cuando recurran la resolución que ponga fin al proceso.

Se trata en definitiva de llevar a cabo el “inexcusable trámite de audiencia a todas las partes interesadas, en el caso de que el Tribunal quiera traer a colación a la vista de los antecedentes del caso, otros posibles motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición” (STS de 31 de mayo de 1996, Ar. 4344).

LA LEY FACULTA AL ÓRGANO JURISDICCIONAL A EXPONER A LAS PARTES LA EXISTENCIA DE OTROS MOTIVOS SUSCEPTIBLES DE FUNDAR EL RECURSO O LA OPOSICIÓN

Ha de darse audiencia siempre que, por ejemplo, “el Tribunal aprecie un motivo de nulidad no aducido por las partes” (STS de 17 de junio de 1996, Ar. 5231, revocando la sentencia impugnada).

Si se hace uso de esta facultad que permite en principio trascender de lo solicitado por las partes, deben precisarse los términos en los que debe plantearse el debate procesal, sin inducir a confusión, siendo por tanto incongruente la sentencia si “el Tribunal de instancia en la providencia redactada en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 43.2 (hoy 33 de la LJCA de 1998) no se refirió a ella (una pretensión no ejercitada en la demanda)” pese a que sirvió de base para fallar el asunto (STS de 24 de mayo de 1994, Ar. 3540). No necesita la Sala recurrir a este artículo 33.2 cuando la cuestión que interesa al dictar sentencia encuentra reflejo en la demanda (STS de 15 de octubre de 1996, Ar. 8479).

El régimen jurídico del apartado segundo del artículo 33, que acaba de ser estudiado, se extiende originalmente por la LJCA al caso en que se impugnan directamente determinados preceptos de una disposición general y el órgano jurisdiccional entiende que es necesario extender el enjuiciamiento a otros de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos (artículo 33.3 de la LJCA).

X. CONGRUENCIA CON LAS PRETENSIONES TRAS LA LJCA DE 1998

1) La congruencia con las peticiones

La referencia del artículo 33 a las “pretensiones” formuladas por las partes, ¿en qué consiste exactamente?

A tenor de su aplicación judicial, el concepto de pretensión viene entendiéndose como las “peticiones” de las partes, el *petitum* de la demanda, no limitado en modo alguno por la ley por ser fruto de la voluntad de la parte. Tal como afirma la STS de 19 de octubre de 1994, Ar. 7693: “la pretensión es la petición dirigida al órgano jurisdiccional solicitando de éste una resolución jurisdiccional frente a otro”.

La congruencia se refiere por tanto a lo solicitado por el recurrente, a sus peticiones o alegaciones (STS de 13 de mayo de 1994, Ar. 3506; otros ejemplos: STS de 26 de junio de 1991, Ar. 5207; STS de 27 de junio de 1991, Ar. 4979; STS de 24 de abril de 1996, Ar. 3271), por ejemplo, a la “pretensión” de un funcionario a ser clasificado en un determinado grupo (STS de 4 de noviembre de 1996, Ar. 7979; STS de 8 de noviembre de 1994, Ar. 9299), etc.

Se entiende así que el principio de congruencia requiere ineludiblemente una “confrontación” entre su parte dispositiva (de la resolución judicial) y el objeto del proceso, delimi-

tado en atención de sus elementos subjetivos, las partes, y objetivos, la *causa petendi* y el *petitum* (STS de 14 de octubre de 1996, Ar. 7403; STS de 14 de noviembre de 1994, Ar. 10468).

2) Los efectos de la nueva LJCA de 1998 sobre la jurisprudencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo

Una correcta comprensión del sistema diferenciado de pretensiones procesales, de la LJCA de 1998, conlleva que el fallo ha de ser congruente también con la pretensión o acción procesal que ejercita el recurso (pretensión de anulación, prevista en el artículo 31.1, prestacional conforme a los artículos 29 y 32.1). Esta interpretación consigue reforzar el principio de congruencia y con ello mejorar la calidad jurídica de la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos.

Puede sentarse que, si bien el *petitum* de la demanda no está limitado en modo alguno por la ley por ser fruto de la voluntad de la parte (STS de 19 de octubre de 1994, Ar. 7693), en cambio si la acción ha de ser anulatoria, de condena, declarativa, etc., depende del régimen de la pretensión o acción establecido *legalmente*. Ha de exigirse la congruencia de los términos y razonamientos de la sentencia con las peticiones de las partes. Y antes habrá tenido que deducirse un pronunciamiento acorde con la pretensión procesal ejercitada.

3) Virtualidad del modelo de la LJCA

Esta interpretación de la LJCA de 1998, al mismo tiempo que profundiza en el principio de congruencia, logra fortalecer el principio de seguridad jurídica. El recurrente, de esta forma, siempre dispondrá de la garantía de obtener un pronunciamiento que necesariamente se corresponda con el objeto de su pretensión procesal (así, la realización de una prestación), evitando también el riesgo de que el órgano jurisdiccional considere que determinados pronunciamientos no son posibles, no satisfaciéndose por tanto el interés del sujeto (puede verse, sobre el particular, con ejemplos, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, Tecnos, Madrid 1999).

Cada acción o pretensión tiene un ámbito propio de aplicación que conduce a una sentencia acorde con el objeto de la pretensión procesal no pudiendo corresponderse, el pronunciamiento de la sentencia, con el objeto (definido legalmente) de otra pretensión que no haya sido ejercitada por el sujeto.

Esta doctrina es una simple consecuencia de haberse instaurado, por la LJCA de 1998, un sistema plural o diferenciado de pretensiones procesales y se explica también como resultado de la mayor relevancia procesal que ha cobrado la pretensión procesal.

A la luz de las afirmaciones que acaban de hacerse es fácil entender el abandono del modelo precedente en virtud del cual toda pretensión, en cuanto tal, tiene por objeto necesariamente la impugnación de un acto administrativo a efectos de que, anulado éste, el órgano jurisdiccional determine las medidas oportunas para restablecer la posición jurídica del recurrente.

te con tal de no incurrir en incongruencia con el *petitum* de las partes (para una profundización sobre este particular S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, 1999, con otras referencias bibliográficas).

4) El problema, no obstante, de la pretensión de anulación contra actos de denegación de solicitudes y el principio de congruencia

Si bien no planteará mayores problemas, desde el punto de vista de la congruencia de la sentencia con la pretensión procesal, el caso en que se ejercite una pretensión de anulación contra un acto de gravamen (la sentencia anulará el acto de gravamen y, si se hubiera ejercitado además una pretensión de plena jurisdicción ordenará aquélla las medidas oportunas para el restablecimiento de la posición jurídica del recurrente), el caso en que la pretensión anulatoria impugne una denegación administrativa se presenta más problemático.

En estos supuestos pueden plantearse problemas cuando se observe que el pronunciamiento de la sentencia se corresponde con una acción procesal diferente de la que ha sido objeto del proceso. Esto podrá ocurrir cuando el sujeto ejercite una pretensión impugnatoria de anulación contra una denegación de una solicitud de un sujeto y, además, una pretensión de plena jurisdicción solicitando no un acto sino una “prestación” o actuación material determinada (ejercitando, por ejemplo, una pretensión anulatoria de impugnación de una denegación administrativa, solicitando que se condene a la Administración a actuar contra un establecimiento molesto o realizar cualquier otra actuación material).

Surgen, en efecto, dudas en estos casos, desde el punto de vista del principio de congruencia, ya que, aun cuando la sentencia puede llegar a corresponderse con el *petitum* de la demanda (en definitiva, se ordena la prestación que interesa al sujeto), el pronunciamiento de la sentencia —que estima dicha pretensión anulatoria— podrá coincidir o corresponderse con el objeto de una pretensión diferente de la que ha sido ejercitada en el proceso (ésta, la pretensión anulatoria contra una denegación de los artículos 25 y 31; aquélla, la pretensión prestacional de los artículos 29 y 32).

Desde el momento en que la LJCA reconoce expresamente una pretensión *ad hoc* para solicitar el cumplimiento de una obligación administrativa, realizando una prestación (artículos 29 y 32), debe respetarse el ámbito de aplicación de esta pretensión y exigirse la debida congruencia de la sentencia con el objeto (determinado legalmente) de cada una de las pretensiones ejercitadas. De ahí que no parece de recibo una interpretación de la LJCA en virtud de la cual, con tal de que la sentencia relacione el pronunciamiento con lo pedido o solicitado por la parte, al proceso es indiferente el ejercicio de la pretensión procesal.

Más bien, la solución para evitar *ab initio* este tipo de anomalías no podrá ser sino que el órgano jurisdiccional no omita un cuidadoso examen sobre el correcto ejercicio de la pretensión procesal desde el comienzo del procedimiento contencioso-administrativo. Nada impide obrar con la necesaria flexibilidad procurando la subsanación de defectos de presentación del recurso y la demanda (artículos 45.3 y 56.2), o haciendo uso de las facultades previstas en los artículos 33.2 y 65.2, siempre que todo ello sea posible, es decir, siempre que no lo impida el propio régimen procesal de cada una de las pretensiones procesales (artículos 46 y 51, especialmente). Y una vez identificada la pretensión procesal habrá de conseguir la necesaria correlación entre la sentencia y la pretensión procesal ejercitada.

De no superarse este tipo de contradicciones procesales, y al igual que puede invocarse la incongruencia cuando la sentencia se refiere a actos no impugnados en el proceso (por todas, STS de 9 de diciembre de 1996, Ar. 9284), el nuevo modelo diferenciado de pretensiones procesales de la LJCA de 1998 puede propiciar que aquélla se plantee en los casos en que la sentencia se refiere a una pretensión no ejercitada en el proceso (puede verse el tenor literal del artículo 33 de la LJCA), especialmente cuando el representante de la Administración haya excepcionado la improcedencia de la pretensión procesal en el caso concreto sin que el órgano jurisdiccional haya considerado dicha excepción, sin perjuicio, por otra parte, de alegar otros motivos de recurso.

Finalmente, puede tenerse en cuenta en este contexto cierta jurisprudencia más o menos próxima a la doctrina anterior, dictada incluso en vigencia de la LJCA de 1956 (poco propicia a este tipo de planteamientos desde el momento en que básicamente contempla una sola pretensión anulatoria de actos) y que llegó a la conclusión de incongruencia de la sentencia recurrida por no haber referido el fallo a las dos acciones que ejercitó el recurso:

“Es patente el error lamentable en que incurre la sentencia de instancia. Olvida que el demandante ha ejercitado dos acciones, una, de anulación, solicitando que sean dejados sin efecto los actos impugnados, otra, de plena jurisdicción, por la que se demanda que a los terrenos en litigio les sea reconocida una cierta clasificación urbanística (...). Lo decisivo es que la Sala de instancia ha olvidado razonar y decidir sobre la acción de nulidad formulada, incurriendo en el vicio de

**EL NUEVO MODELO DE
PRETENSIONES PROCESALES
PERMITE PROPICIAR QUE LA
INCONGRUENCIA SE
PLANTEE CUANDO LA
SENTENCIA SE REFIERE A
UNA PRETENSIÓN PROCESAL
NO EJERCITADA EN EL PRO-
CESO**

incongruencia denunciado en casación. Es evidente que los vicios procesales que eventualmente concurren en una de las pretensiones ejercitadas, en este caso, la de plena jurisdicción, no se comunican a las demás pretensiones ejercitadas en el proceso, aquí la acción de nulidad, y que sean independientes de ella” (STS de 23 de diciembre de 1996, Ar. 9536).

No obstante, es habitual que las sentencias omitan la cita de la pretensión procesal ejercitada (anulación, de plena jurisdicción) o que llegue a entenderse que la desestimación de una pretensión implique la desestimación de otra de las pretensiones ejercitadas (STS de 18 de diciembre de 1996, Ar. 9525). Incluso, la STS de 23 de diciembre de 1996 es dudoso que se esté refiriendo realmente a la acción procesal y no a las peticiones de la parte.

Así pues, y en conclusión, donde parece descubrirse el mérito del sistema diferenciado de pretensiones procesales de la LJCA de 1998 frente al modelo de la LJCA anterior es, precisamente, en este afianzamiento, en el proceso administrativo, de los principios de congruencia (entre sentencia y acción procesal) y de seguridad jurídica en favor del recurrente, a quien se abre la posibilidad de exigir una sentencia necesariamente acorde con su concreta pretensión procesal y, por tanto, con su interés jurídico. La LJCA de 1998 habría venido a aumentar la calidad jurídica de la tutela de los derechos de los ciudadanos exigiendo una aplicación más depurada de los principios mencionados pese a que no son pocos los interrogantes que se plantean acerca de si en la práctica jurídica llegará a aplicarse correctamente el sistema procesal diferenciado de acciones procesales previsto en dicha LJCA.

Medidas de agilización del procedimiento ordinario

RAFAEL ENTRENA CUESTA

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Barcelona

Sumario:

I. Introducción. 1. La necesidad de agilización del procedimiento administrativo.

2. Las manifestaciones del legislador. 3. Delimitación del tema. **II. Medidas de agiliza-**

ción de la fase de iniciación. 1. Diligencias preliminares. 2. La iniciación mediante

demanda. 3. La supresión de la certificación del acto presunto. 4. La tramitación prefe-

rente de uno o varios recursos. **III. Medidas de agilización de la fase de desarrollo.**

1. La publicación del anuncio de la interposición del recurso. 2. Reclamación y envío

del expediente. 3. Ampliación de los supuestos de inadmisión. 4. Innovaciones en

cuanto al escrito de demanda. 5. Innovaciones en cuanto a la contestación a la deman-

da. 6. La pérdida del carácter necesario de la celebración de vista o la formulación de

conclusiones escritas. 7. La extensión de los efectos de las pruebas periciales a los proce-

dimientos conexos. 8. Acortamiento del plazo y simultaneidad del escrito de conclu-

siones de cada uno de los grupos de partes. **IV. Medidas de agilización de la fase de ter-**

minación. 1. Terminación por sentencia. Extensión de los efectos de la sentencia a

quienes no han sido parte en el procedimiento. 2. La terminación del proceso median-

te el acuerdo entre las partes. **V. Recapitulación y consideraciones finales.**

I. INTRODUCCIÓN

1. La necesidad de agilización del procedimiento administrativo

En su lección de clausura del Curso de Doctorado sobre la Justicia administrativa que, dirigido por el profesor TORNOS MAS, se celebró en el Departamento de Derecho

Administrativo y Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona en la primavera de 1996, se refirió CASSARINO al problema de la duración del proceso contencioso como **uno de los más acuciantes y urgentes**, a causa de su enorme importancia práctica, y pronunció, a continuación, las siguientes palabras: “creo poder obtener la más amplia adhesión si digo —como tantos otros han dicho— que dicho problema se sitúa en un primerísimo plano y afecta a la esencia misma del fin al que se ordena el proceso contencioso, como el resto de procesos, esto es, a la consecución de la justicia, pues es conocido que una justicia lenta supone a menudo la negación de sí misma. Sobre estas afirmaciones existe un acuerdo absoluto, aunque no falta quien aconseja una cierta prudencia, a fin de que la excesiva celeridad no se traduzca en un daño para la efectividad y complitud de la tutela”¹.

Me encuentro, por supuesto, entre los innumerables autores y profesionales del Derecho que, sin duda, se adhieren a estas afirmaciones; cuyo contenido, por otra parte, resulta tan evidente, notorio e incuestionable que me releva de la cita pormenorizada de la serie de trabajos, memorias, informes, pronunciamientos y estadísticas que entre nosotros han puesto unánimemente de relieve la necesidad de agilizar el funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2. Las manifestaciones del legislador

A) No es de extrañar, por ello, que en el apartado de la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) relativo a la **Justificación de la Reforma** se afirme ya que “pese al aumento de los efectivos de la Jurisdicción, pese al esfuerzo creativo de la jurisprudencia, pese al desarrollo de la justicia cautelar y a otros remedios parciales, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa esté atravesando un período crítico ante el que es preciso reaccionar mediante las oportunas reformas”. Para señalar seguidamente que “la reforma compagina las medidas que garantizan la plenitud material de la tutela judicial en el orden contencioso-administrativo y el criterio favorable al ejercicio de las acciones y recursos y a la defensa de las partes sin concesión alguna a tentaciones formalistas, **con las que tienen por finalidad agilizar la resolución de los litigios**”. Dicho en otros términos, “la preocupación por conseguir un equilibrio entre las garantías tanto de los derechos e intereses públicos y privados en juego como del acierto y calidad de las decisiones judiciales, con la celeridad de los procesos y la efectividad de lo juzgado **constituye uno de los ejes de la reforma**. Pues es evidente que una justicia tardía o la meramente cautelar no satisfacen el derecho que reconoce el art. 24.1 de la Constitución”.

(1) Se recoge en *Documentación Administrativa*, núm. 248-249, Mayo-Diciembre 1997, bajo el título “El problema de la Jurisdicción administrativa”, págs. 213 y ss. Las palabras transcritas se incluyen en la pág. 227.

En la propia Exposición de Motivos, se subrayan las medidas que en opinión de legislador han de contribuir al logro de esta finalidad, distinguiendo entre las de carácter organizativo y las relativas al procedimiento:

- a. Entre las primeras destaca la regulación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, con la que se confía en “aportar remedio a la saturación que soportan los Tribunales Superiores de Justicia, que se verán descargados de buen número de pleitos”. Igual objetivo se persigue con la regulación de las competencias de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, con jurisdicción a toda España se realiza “para contribuir a paliar la sobrecarga de trabajo de órganos jurisdiccionales actualmente muy saturados” (III).
- b. Nos dice, también, la Exposición de Motivos, que en la regulación del procedimiento contencioso-administrativo ordinario “se ha buscado conciliar las garantías de eficacia y celeridad del proceso con las de defensa de las partes”. Y, como novedades fundamentales, se resaltan la introducción de un procedimiento abreviado para determinadas materias de cuantía determinada limitada, basado en el principio de oralidad; las garantías que la Ley establece para lograr la pronta y completa remisión del expediente administrativo al órgano judicial; la posibilidad de iniciar el recurso mediante demanda en algunos casos; la de solicitar que se falle sin necesidad de prueba, vista o conclusiones; o, la de llevar a cabo un intento de conciliación (VI).

B) Junto a las expuestas se introducen otras innovaciones, sin duda encaminadas, asimismo, a agilizar el procedimiento, como la supresión de la exigencia de acompañar la certificación del acto presunto al escrito de interposición en los recursos que se dirigen contra actos de aquella naturaleza; la tramitación preferente de uno o varios recursos con idéntico objeto; la disminución de los supuestos de publicación del anuncio de interposición del recurso; la ampliación de los supuestos de inadmisión; la simultaneidad de determinadas actuaciones procesales y el acortamiento de algunos plazos.

3. Delimitación del tema

De todos estos extremos paso a ocuparme. Pero, no sin advertir que, evidentemente, no trataré de las reformas en la orga-

**CONSTITUYE UNO DE LOS
EJES DE LA REFORMA
DE LA LEY CONSEGUIR UN
EQUILIBRIO ENTRE LAS
GARANTÍAS DE LOS
DERECHOS E INTERESES EN
JUEGO CON EL ACIERTO Y
CELERIDAD DE LAS
RESOLUCIONES JUDICIALES**

nización de la jurisdicción y más concretamente de la creación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, por quedar fuera del ámbito fijado a este estudio. Como tampoco trataré del procedimiento abreviado o de las innovaciones en relación con los recursos, que igualmente podrán colaborar al acortamiento del proceso. Me referiré, pues, seguidamente, a las innovaciones introducidas en las fases de iniciación, de desarrollo y de terminación del procedimiento ordinario, dejando para otros colegas el examen del resto de las cuestiones apuntadas.

II. MEDIDAS DE AGILIZACIÓN EN LA FASE DE INICIACIÓN

1. Diligencias preliminares

A) Referencia al requisito de que los actos impugnados pongan fin a la vía administrativa

Aunque la LJCA, al igual que ocurría con la de 1956, exige, con carácter general, que los actos expresos y presuntos de la Administración pública contra los que se dirige el recurso pongan fin a la vía administrativa (art. 25.1), no está de más que me refiera a este extremo, en un doble sentido:

- a. En primer lugar, para resaltar que no se ha llevado a la práctica la atribución de un carácter optativo a esta exigencia, a imagen y semejanza, por ejemplo, de lo que acontece en el Derecho italiano. Posibilidad que, sin duda, habría permitido un más rápido acceso a la justicia; pero que, en cambio, al mismo tiempo, habría comportado un incremento del número de recursos, al prescindir del filtro que supone el recurso de alzada.
- b. Desde otro punto de vista, es de hacer notar que, siguiendo una orientación jurisprudencial, prescribe el art. 44.1 que en los litigios entre Administraciones públicas no cabe interponer recurso en vía administrativa. Por lo que en este supuesto se prescinde de la exigencia antes apuntada. Si bien se generaliza la posibilidad, introducida para la esfera local en el art. 65 de la Ley 7/1985, de que cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra la requiera previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada. Requerimiento que deberá dirigirse al órgano competente mediante escrito razonado, que concretará la disposición, acto, actuación o inactividad, y deberá producirse en el plazo de dos meses contados desde que la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad. Y que se entenderá rechazado si, dentro del mes siguiente a su recepción, el requerido no lo contestara (art. 44 LJCA).

Se trata, en cualquier caso, insisto, de un requerimiento optativo. Por lo que la Administración recurrente podrá prescindir del mismo, para dirigirse, directamente, ante los Tribunales contra el acto expreso o presunto. Y ello, aunque no ponga fin a la vía administrativa.

B) Supresión de la comunicación administrativa previa

Mayor transcendencia tiene, en la práctica, por afectar a la generalidad de los recurrentes, la supresión de la comunicación administrativa previa a la interposición del recurso, de infeliz memoria, introducida, como se recordará, en el apartado 3, del art. 110 de la Ley 30/1992, que es derogado expresamente en el apartado d) de la Disposición Derogatoria Segunda.

C) Carácter optativo del requerimiento previo al recurso contra la vía de hecho

Aunque, naturalmente, se trata de una cuestión no abordada en la legislación anterior, interesa subrayar aquí que, afortunadamente, de acuerdo con lo indicado por diferentes Autores, entre los que me cuento, se ha modificado el Proyecto de la Ley en el sentido de atribuir carácter optativo al requerimiento a la Administración actuante, en caso de vía de hecho, intimando su cesación. El interesado, en efecto, **podrá formular** dicho requerimiento (art. 30), que, por tanto, como expresamente declara la Exposición de Motivos y se deduce de los arts. 30 y 46.3, tiene **carácter potestativo**. Pero, de no hacerlo, podrá reaccionar, directamente, contra la actuación en vía de hecho, en el plazo de veinte días desde el día en que se inició (art. 46.3).

2. La iniciación mediante demanda

A) En la legislación anterior, con la salvedad del proceso de lesividad y del contencioso electoral, el recurso contencioso-administrativo se iniciaba mediante el escrito llamado de interposición, reducido a citar el acto por razón del cual se formulaba y a solicitar que se tuviera por interpuesto el recurso (art. 57.1). Lo que en más de una ocasión ha llevado a la doctrina especializada a sugerir que se ampliase aquella posibilidad a otros supuestos, como medio de agilizar el procedimiento.

De ello se hizo eco el Proyecto de Ley, que, sin perjuicio de mantener la regla general de iniciación del recurso mediante el escrito de interposición, con las excepciones apuntadas, admitió que el recurso dirigido contra una disposición general se inicie también mediante demanda en que se concretará la disposición impugnada y se razonará su disconformidad a Derecho.

En los debates procedimentales tal posibilidad se ha ampliado a los recursos dirigidos contra “acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados”. Pero al

hacerlo no se ha percatado el legislador de las diferencias que existen entre ambos supuestos, por lo que, en la práctica, esta innovación puede ser fuente de graves problemas, como paso a exponer.

B) Dos son, por tanto, los supuestos en que, además de los ya existentes, podrá iniciarse el recurso mediante demanda: 1) el recurso dirigido contra una disposición general, y, 2) aquél en que se impugne un acto, inactividad o vía de hecho **en que no existan terceros interesados**.

Pocos problemas plantea el primer supuesto, pero no así el segundo, en el que, si se relaciona el art. 45.5 con los arts. 47.2 y 48.2 y 5, se pone de relieve la dificultad de apreciar el alcance de la exigencia de que no existan terceros interesados y de acreditar esta circunstancia:

a. Conforme al art. 47.2, “si se hubiere iniciado el recurso mediante demanda en los supuestos previstos por el art. 45.5, deberá procederse a la publicación del anuncio de interposición de aquél, **en el que se concederán quince días para la personación de quienes tengan interés legítimo en sostener la conformidad a Derecho de la disposición, acto o conducta impugnados**”. Lo que ya, de entrada, supone una contradicción; pues si se parte de la base de que el recurso contra un acto, inactividad o vía de hecho sólo podrá iniciarse mediante demanda cuando **no existan terceros interesados**, no se comprende que se diga ahora que se publicará el anuncio para que puedan personarse quienes tengan interés legítimo en sostener la conformidad a Derecho del acto o conducta impugnados. Claro está que cabe considerar tal medida como una cautela, ante la eventualidad de que, pese a haberse escogido esta forma de iniciación, existieran terceros interesados.

b. Pero es que, cuando, efectuada la publicación no se produce personación alguna, el Juez o Tribunal carece de facultades para averiguar si, efectivamente, aparecen en el expediente terceros interesados, que hubieran de ser emplazados personalmente, en los términos del art. 49.1 LJCA. Pues, con olvido de la innovación introducida en fase parlamentaria, dispone el art. 48.2 que “no se reclamará expediente en el caso del apartado 2, del artículo anterior, sin perjuicio de la facultad otorgada por el apartado 5, de este art. 48”. Ahora bien el art. 47.2 se refiere a los dos supuestos, previstos en el art. 45.5 de iniciación del recurso mediante demanda; y según el art. 48.5 “cuando el recurso **contra la disposición** se hubiere iniciado por demanda, el Tribunal podrá recabar de oficio o a petición del actor el expediente de elaboración. Recibido el expediente, se pondrá de manifiesto a las partes por cinco días para que formulen alegaciones”. Con lo que la Ley se ha limitado a incorporar los preceptos contenidos sobre el particular en el proyecto; pero, al no haber tomado conciencia de la ampliación que en fase parlamentaria se produjo, el Tribunal se encontrará con una prohibición genérica de reclamar el expediente administrativo, que sólo podrá exceptuarse en el caso en que el recurso se dirija contra una disposición general: **no así cuando se impugne un acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados**.

Con lo que se abre la puerta a posibles actuaciones fraudulentas, por las que se burle el derecho a la tutela efectiva de quienes figurando como interesados en el expediente tendrían derecho al emplazamiento personal.

3. La supresión de la certificación del acto presunto

A) En el momento de redactarse este comentario ha entrado ya en vigor la Ley 4/1999, de 13 de enero, que modifica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Y entre las modificaciones que introduce figuran las de suprimir el requisito de la solicitud de la certificación del acto presunto para la eficacia del mismo y, consiguientemente, la de que los plazos para interponer recursos administrativos y contencioso-administrativo respecto de los actos presuntos se cuenten a partir del día siguiente a la recepción de la certificación, y si ésta no fuese emitida en plazo, a partir del día siguiente al de finalización de dicho plazo (art. 44.2 y 5 Ley 30/1992). A partir, pues, de la entrada en vigor de esta Ley no será necesario solicitar aquella certificación para interponer el recurso contencioso-administrativo, y, en cuanto al cómputo de plazos, habrá que estar a la fecha de producción de los efectos del silencio administrativo (art. 115.1, mod. Ley 4/1999).

Ahora bien, aunque la forma de producción y efectos del silencio administrativo serán los previstos en dicha Ley, por más que conserve validez el sentido del silencio hasta que, en el plazo de dos años, el Gobierno adapte las normas reguladoras de los procedimientos a lo establecido en la Ley (Disposición Transitoria Primera, 3, en relación con Disposición Adicional Primera, 2), a tenor de la Disposición Transitoria Segunda a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior: por lo que es importante que nos preguntemos si ya en la Ley Jurisdiccional se suprimió la exigencia de la certificación del acto presunto, o de su solicitud con carácter previo a la interposición del recurso.

B) Lamentablemente, los artículos antes mencionados de la Ley 30/1992 no se contemplan, expresamente, en la Disposición Derogatoria Segunda de la LJCA. Lo que posiblemente se explique porque, de realizarse esta derogación, tendría que haberse

A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 4/1999 NO SERÁ NECESARIO SOLICITAR LA CERTIFICACIÓN DEL ACTO PRESUNTO PARA INTERPONER EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

abordado, en su integridad, la regulación del silencio y de sus efectos en la nueva LJCA. Lo que no parecería apropiado a sus finalidades.

Ello no obstante, entiendo que el requisito de que se trata y, consiguientemente, el cómputo del plazo para recurrir conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, deben considerarse derogados en virtud de la Disposición Derogatoria Primera, según la cual “quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que se opongan a la presente ley”. Y ello, porque:

En primer lugar, a diferencia de lo que ocurría en el Proyecto de ley remitido por el Gobierno socialista, la certificación del acto presunto, o el acreditamiento de su solicitud no se incluyen entre los documentos que, conforme al art. 45.2, habrán de acompañarse al escrito de interposición.

Y, en segundo lugar, porque el art. 46.1 LJCA, se remite, en cuanto al cómputo del plazo de seis meses para impugnar los actos presuntos al momento de **producción** de los mismos, no al de su **eficacia**. Y recuérdese que con arreglo al complicado esquema introducido por la Ley 30/1992, la certificación de los actos presuntos era un requisito para su **eficacia** (art. 44.2); no, para su **existencia**. En consecuencia, el legislador, en la Ley 13/1998, prudentemente, conocedor de que estaba en tramitación el Proyecto de lo que luego ha sido Ley 4/1999, no entra a pronunciarse sobre la forma en que adquiere eficacia el acto presunto. Pero, a efectos de su impugnación, se remite a un momento anterior al de la solicitud de la certificación, y prescinde de ella en cuanto requisito para la impugnación de esta clase de actos. Los cuales, en consecuencia, como se ha visto, pueden ser impugnados desde el momento en que se producen –sin necesidad, por tanto, de solicitar la certificación de su existencia– y, además, sin necesidad de acompañar dicha certificación.

4. La tramitación preferente de uno o varios recursos

Una innovación que ciertamente resulta en principio particularmente interesante a los efectos que aquí importan, pero que en la práctica puede resultar estéril e incluso entorpecedora, es la que se contiene en el art. 37.2, en relación con los recursos **en masa**. Consiste, en sustancia, en tramitar preferentemente uno o varios de tales recursos, suspendiendo el curso de los demás, hasta que se dicte Sentencia en los primeros. De esta forma se consigue una sentencia **piloto**, cuyos efectos se extenderán, posteriormente, a los recursos cuya tramitación se suspendió.

A) a. Los requisitos son los siguientes:

- 1º. Pluralidad de recursos.
- 2º. Identidad de órgano jurisdiccional ante el que penden tales recursos.
- 3º. Identidad de objeto.

b. Ello supuesto, el procedimiento es muy simple: el órgano jurisdiccional, debe entenderse que de oficio o a instancia de los recurrentes, aunque nada dice la Ley sobre el particular, tras la audiencia de las partes por el plazo común de cinco días dicta resolución, en el doble sentido de tramitar uno o varios recursos con carácter preferente y de suspender el curso de los demás hasta que se dicte sentencia.

c. Contra la resolución jurisdiccional sólo se dará recurso de súplica.

B) Resulta, sin embargo, que, una vez dictada la sentencia deberá ser notificada a las partes afectadas por la suspensión, quienes podrán optar: 1) por solicitar la extensión de sus efectos en los términos del art. 111; 2) por la continuación de su procedimiento, o 3) por el desistimiento. Ahora bien, como el citado art. 111, exige que para que se solicite la extensión de los efectos deberá tratarse de sentencias **firmes**, ello impide a las partes afectadas por la suspensión solicitar la ejecución provisional de la sentencia no firme. Con lo que, en la práctica, como han señalado Y. BARDAJI PASCUAL y XIOL RÍOS, el mecanismo introducido se convierte en una fuente de dilaciones y discriminaciones. Y todo porque, según advierten dichos autores, el legislador padece una confusión entre el supuesto de la extensión de los efectos de la sentencia a terceros que no han litigado (art. 110) y el de tramitación simplificada de asuntos en serie (art. 111), que no pueden estar sometidos a idénticos requisitos de fondo².

Si a ello se une la posibilidad de acumular en un proceso, incluso de oficio, los distintos recursos (arts. 34 y 37.1 LJCA), y la innovación en virtud de la cual cuando los recurrentes fuesen varios la demanda y las conclusiones se formularán simultáneamente por todos ellos, aunque no actuasen bajo una misma dirección (arts. 52.1 y 64.2 LJCA), se comprende que en la práctica la medida de que se trata puede resultar más entorpecedora que beneficiosa para la rápida satisfacción de las pretensiones de aquéllos.

III. MEDIDAS DE AGILIZACIÓN EN LA FASE DE DESARROLLO

1. La publicación del anuncio de la interposición del recurso

A) Con arreglo al art. 60 LJCA de 1956, el Tribunal, en el siguiente día hábil al de la interposición del recurso, había de acordar que se publicase, en el periódico oficial correspondiente, el anuncio de dicha interposición, que, como se recordará, servía de emplazamiento a los particulares demandados y a los cuadyuvantes (art. 64).

No ocurre así en la nueva Ley, que, sin duda, ante la supresión de la figura del cuadyuvante y el emplazamiento personal de los interesados en el expediente (art. 49.1) distingue entre unos supuestos de publicación facultativa y otros en que resulta obligatoria:

(2) "Cincuenta notas de urgencia para la aplicación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 14 de enero de 1999, núm. 373, pág. 4.

- a. Como regla general, la publicación del anuncio de la interposición del recurso sólo tendrá lugar si lo solicita el recurrente o lo acuerda de oficio el Juzgado o la Sala, por estimarlo conveniente.
- b. En cambio, si el recurso se inicia mediante demanda, en los supuestos antes analizados del art. 45.5, la publicación del anuncio resulta obligatoria.

B) La medida parece acertada, sin perjuicio de las contradicciones antes apuntadas en los referidos supuestos de iniciación mediante demanda, pero siempre que el Juzgado o la Sala actúen con la debida diligencia. Pues no cabe olvidar que el emplazamiento personal sólo se producirá a cuantos aparezcan como interesados en el expediente (art. 49.1); por lo que cabe que, existiendo otros interesados, si no se publica el anuncio, pueda tramitarse todo el proceso a sus espaldas, con la consiguiente vulneración de su derecho a la tutela efectiva: lo que, en definitiva, puede ser fuente de nuevos recursos contra la sentencia que en su día se dicte, con el consiguiente alargamiento del proceso.

2. Reclamación y envío del expediente

Como ha señalado CONDE MARTÍN DE HIJAS, “es una realidad constatable en el día a día de los actuales recursos contencioso-administrativos la del bloqueo efectivo de su tramitación por los retrasos en la remisión de los expedientes administrativos, bloqueo debido en la mayor parte de las ocasiones a simples negligencias de los funcionarios o autoridades, obligados a dicha remisión, y también en otras a auténtica voluntad retardataria”³. Ante esta incuestionable y notoria circunstancia el legislador reacciona, de una parte, introduciendo algunas alteraciones de matiz en cuanto al órgano al que se formula la reclamación y a la forma de cómputo del plazo de remisión, y, de otra, mediante el establecimiento de una serie de medidas directas e indirectas de presión sobre dicho órgano⁴:

A) En el primer sentido, mientras que conforme al art. 61.1 LJCA de 1956 el expediente administrativo se reclamaba “a la Administración que hubiere dictado el acto o la disposición”, ahora, sin duda para evitar dilaciones, se precisa que el expediente se reclamará, precisamente, “al órgano autor de la disposición o acto impugnado o a aquél al que se impute la inactividad o vía de hecho” (art. 48.1).

(3) “El Procedimiento Contencioso-Administrativo”, en *La reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, dir. GONZÁLEZ PÉREZ, Madrid, 1997, págs. 67 y 68.

(4) Además de lo expuesto, recuérdese que no se reclamará el expediente en los supuestos de iniciación del recurso mediante demanda a que se refiere el art. 45.2 LJCA; sin perjuicio de que el Tribunal pueda recabar de oficio o a petición del actor dicho expediente, pero sólo en el supuesto de impugnación de una disposición general (art. 48.5). Me remito en este punto a lo anteriormente manifestado.

Por otra parte, dadas las consecuencias que el incumplimiento del plazo de remisión puede comportar, se concreta ahora que el plazo improrrogable de veinte días de remisión se contará “desde que la comunicación judicial tenga entrada en el Registro general del órgano requerido”. Añadiéndose que “la entrada se pondrá en conocimiento del órgano jurisdiccional”.

Sin embargo, como se ve, no se ha acortado el plazo de remisión, que sigue siendo de veinte días. Cuando como norma, y así se ha demostrado en los procesos tramitados conforme a la Ley 62/1978, puede ser suficiente un plazo inferior.

B) Sin duda las novedades de mayor relieve en este terreno se producen mediante el establecimiento de una serie de medidas de presión, directa o indirecta, sobre el órgano obligado a remitir el expediente:

a. En el primer sentido, trascurrido el plazo de remisión del expediente sin haberse recibido completo se reiterará la reclamación y si no se enviara al término de diez días contados como acabo de exponer, se impondrá una multa coercitiva de 50.000 a 200.000 pesetas a la autoridad o empleado responsable. La multa será reiterada cada veinte días hasta el cumplimiento de lo requerido e impuestas las tres primeras multas coercitivas sin lograr que se remita el expediente completo, el Juez o Tribunal pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de seguir imponiendo nuevas multas. Ante tales consecuencias el requerimiento cuya desatención pueda dar lugar a la tercera multa coercitiva contendrá el oportuno apercibimiento (art. 48.7 y 10).

b. Como medidas indirectas de presión, tras disponer que transcurrido el término para la remisión del expediente administrativo sin que éste hubiera sido enviado la parte recurrente podrá pedir por sí o por iniciativa del Juez o Tribunal que se le conceda plazo para formalizar la demanda (art. 53.1), se prescribe que si la demanda se hubiese formalizado sin haber recibido el expediente administrativo, se emplazará a la Administración demandada para contestar, apercibiéndola de que no se admitirá la contestación si no va acompañada de dicho expediente (art. 54.1). Exigencia de remisión que igualmente se aplica como presupuesto para contestar, en su caso, a las alegaciones previas (art. 58.2).

ESTABLECER MEDIDAS DE PRESIÓN SOBRE EL ÓRGANO OBLIGADO A REMITIR EL EXPEDIENTE, Y DIRECTAMENTE RECLAMARLO A ÉL, SON MATICES INTRODUCIDOS POR LA LEY PARA EVITAR DILACIONES EN LA TRAMITACIÓN DE LOS RECURSOS

C) Confiemos en que estas medidas sean eficaces para evitar esta auténtica lacra de la práctica administrativa. A cuyo efecto, una vez más, resultará ineludible la diligencia del Juez o Tribunal. Claro está que cabe que el expediente no se remita, pura y llanamente, porque no exista. Pero ello a lo que deberá conducir es a que la Administración, ya desde un primer momento, reconozca esta circunstancia, al efecto de evitar la aplicación de las medidas coercitivas reseñadas.

3. Ampliación de los supuestos de inadmisión

A) Paso ahora a ocuparme de una medida enderezada más a la evitación de recursos improcedentes que a la agilización de su tramitación, pero que sin duda, coadyuvará a una más rápida resolución jurisdiccional. Me refiero a la ampliación de los supuestos de inadmisión del recurso tanto por razones formales como sustanciales:

a. En el primer sentido, a los supuestos relacionados en el art. 62.1 LJCA de 1956, se añade ahora el de la falta de legitimación del recurrente [art. 51.1. b)]. Lo que en ocasiones puede plantear problemas, habida cuenta de la conexión que muchas veces se da entre la legitimación y la cuestión de fondo debatida. Riesgo que puede paliarse si se parte de que la tutela de los derechos e intereses legítimos debe conducir a una interpretación restrictiva de esta posibilidad. Que, además, viene exigida por el propio legislador, en cuanto señala que tal circunstancia, como los otros motivos de inadmisión por este tipo de razones, habrá de constar **de modo inequívoco y manifiesto**.

B) Desde el punto de vista sustancial, se introducen nuevos motivos de inadmisión, que corren paralelos con el posible objeto del recurso. Son, a saber:

a. Cuando se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme, mencionando en este último caso, la resolución o resoluciones desestimatorias (art. 51.2).

b. Cuando se impugne una actuación material constitutiva de vía de hecho, el Juzgado o Sala podrá también inadmitir el recurso si fuera evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y de conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido.

c. Asimismo, cuando se impugne la no realización por la Administración de las obligaciones a que se refiere el art. 29 el recurso se inadmitirá si fuera evidente la ausencia de obligación concreta de la Administración respecto de los recurrentes (art. 51.3).

C) Naturalmente, el Juzgado o la Sala, antes de pronunciarse sobre la inadmisión del recurso, hará saber a las partes el motivo en que pudiera fundarse, para que, en el plazo

común de diez días, aleguen lo que estimen procedente y acompañen los documentos a que hubiera lugar (art. 51.4).

Mientras que al Auto de admisión no será recurrible pero no impedirá oponer cualquier motivo de inadmisibilidad en momento procesal posterior, contra el Auto que declare la inadmisión podrán interponerse **los recursos previstos en la Ley** (art. 51.5).

D) ¿Cuáles son estos recursos?:

a. Conforme al art. 80.1.c) son apelables en un solo efecto los Autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, **en procesos de los que conozcan en primera instancia**, entre otros casos, cuando declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación. Lo que podría hacer pensar en que no serán susceptibles de apelación, en ningún caso, dichos Autos en los procesos de los que tales órganos jurisdiccionales conozcan **en única instancia**.

Obsérvese, sin embargo, que conforme al art. 81.2 serán **siempre** susceptibles de apelación las sentencias que declaren la inadmisibilidad del recurso en los asuntos cuya cuantía no exceda de tres millones de pesetas. Lo que debe conducir a pensar, para evitar la contradicción entre ambos preceptos y siguiendo la postura más favorable al derecho a la tutela efectiva, que también serán apelables los Autos que nos ocupan en los procesos que se tramiten en única instancia **por razón de la cuantía**; aunque no así, cuando ello se deba a la materia sobre la que versen⁵.

b. En cuanto a los Autos de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren la inadmisión del recurso serán susceptibles de recurso de casación en los mismos casos en que procede el recurso de casación contra la sentencia [art. 87.1. a)].

4. Innovaciones en cuanto al escrito de demanda

Las más importantes, en lo que aquí interesa, son la antes ya apuntada de la posibilidad de que la parte recurrente, por sí o a iniciativa del Juez o Tribunal, pida que se le conceda plazo para formalizar la demanda transcurrido el término para la remisión del expediente administrativo sin que éste hubiera sido enviado (art. 53.1), y la introducción de la simultaneidad en la deducción de la demanda cuando los recurrentes fuesen varios, aunque no actuasen bajo una misma dirección. En tal supuesto la entrega del expediente se efectuará en original o copia (art. 52.1).

(5) “En el mismo sentido, XIOL y BARDAJI, “Cincuenta notas (...)” cit., pág. 6.

5. Innovaciones en cuanto a la contestación a la demanda

Congruentemente con lo que acabo de exponer, la contestación se formulará primero por la Administración demandada y cuando hubieren de hacerlo, además de la Administración, otros demandados, aunque no actúen bajo una misma dirección, la contestación se formulará simultáneamente por todos ellos. En este caso, sin embargo, no habrá lugar a la entrega del expediente administrativo, que será puesto de manifiesto en la Secretaría, pero sí de la copia del mismo **con los gastos a cargo de estos demandados** (art. 54.3). Previsión esta que, como no se contiene para el caso de entrega del expediente por copia para los recurrentes, habrá que entender que no es de aplicación a éstos.

6. La pérdida del carácter necesario de la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas

En la regulación procedimental establecida en la LJCA de 1956, salvo supuestos especiales, a la fase de instrucción seguía, **necesariamente**, la de vista o conclusiones. Como es sabido, había lugar a la celebración de la vista cuando lo pedían las dos partes o el Tribunal lo estimaba necesario (art. 76.1), y de no celebrarse vista, en sustitución de la misma las partes habían de presentar, sucesivamente, conclusiones sucintas (art. 78.1). Lo que en numerosas ocasiones constituía un trámite superfluo para el esclarecimiento de las cuestiones debatidas, bien porque no se había practicado prueba, bien porque, habiéndose practicado, de ésta no derivaban cuestiones problemáticas.

Afortunadamente, la LJCA de 1998 introduce en este punto una innovación de gran calado, toda vez que los trámites indicados pierden el carácter necesario que les atribuía la legislación anterior, según se deduce del esquema siguiente:

A) Por lo pronto, el actor podrá pedir por otrosí en su demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de vista o conclusiones. Y si la parte demandada no se opone, el pleito será declarado concluso, sin más trámites, para sentencia una vez contestada la demanda, salvo que el Juez o Tribunal acuerden de oficio el recibimiento a prueba o la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimaren necesaria una vez finalizado el período de prueba (arts. 57 y 61).

B) Pero es que, aunque no se produzcan la renuncia y su consiguiente aceptación, expresa o tácita, por la parte demandada, tampoco habrá lugar a la celebración de vista o a la formulación de conclusiones escritas cuando ambas partes guarden silencio sobre el particular. Salvo que, **excepcionalmente**, el Juez o Tribunal, atendida la índole del asunto, acuerde que se celebre la vista o se formulen conclusiones (art. 62.4).

C) En fin, en caso de formularse solicitud pueden darse los siguientes supuestos:

a. Que coincida lo solicitado por las partes, en cuyo caso el Juzgado o Tribunal proveerá con arreglo a la petición coincidente (art. 62.3).

b. Que no coincidan las solicitudes presentadas, en cuyo supuesto, a su vez, habrá que distinguir tres posibilidades:

1ª. Si no se ha practicado prueba, sólo se acordará la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas cuando lo solicite el demandante (art. 62.3).

2ª. Si se ha practicado prueba, se acordará cuando lo solicite cualquiera de las partes (art. 62.3).

3ª. Por último cabe que una parte solicite la celebración de vista y, otra, la formulación de conclusiones escritas. En tal supuesto, parece evidente que habrá de celebrarse vista o de formularse conclusiones, pero, el cauce a seguir deberá establecerlo el Juez o Tribunal.

La solicitud de vista o conclusiones escritas habrá de formularse por medio de otrosí en los escritos de demanda o contestación, o por escrito presentado en el plazo de tres días contados desde que se notifique la diligencia de ordenación declarando concluso el período de prueba (art. 62.2).

De cuanto antecede se deriva que la postura del legislador es, desde luego, distinta a la de la legislación anterior, en cuanto, además de privar a la celebración de vista o a la formulación del escrito de conclusiones del carácter necesario que ésta le atribuía, su actitud, es en principio, contraria a este trámite procedimental. Y, además, salvo que, ante el silencio de ambas partes, el Juez o Tribunal, atendida la índole del asunto, acuerde, excepcionalmente, la celebración de vista o la formulación de conclusiones, si tal silencio no se produce, el órgano jurisdiccional estará vinculado por las normas expuestas, tanto si existe conformidad en la solicitud como si existe discrepancia. Con la sola excepción de que ésta se produzca porque una parte solicite vista y otra la formulación de conclusiones: en cuyo caso resolverá discrecionalmente.

**LA POSTURA DEL LEGISLADOR
ES EN PRINCIPIO CONTRARIA
A OTORGAR CARÁCTER
NECESARIO AL TRÁMITE DE
CELEBRACIÓN DE VISTA O
FORMULACIÓN DEL ESCRITO
DE CONCLUSIONES**

7. La extensión de los efectos de las pruebas periciales a los procedimientos conexos

De notable utilidad práctica puede resultar también, para acortar el procedimiento y ahorrar gastos a las partes, la posibilidad de que el Juez —y entiendo que también, el Tribunal— acuerde de oficio, previa audiencia a las partes, o bien a instancia de las mismas, la extensión de los efectos de las pruebas

periciales a los procedimientos conexos. Con la consecuencia de que, a los efectos de aplicación de las normas de las costas procesales en relación al coste de estas pruebas, se entenderá que son partes todos los intervinientes en los procesos sobre los cuales se haya acordado la extensión de sus efectos, prorrateándose su coste entre los obligados en dichos procesos al pago de las costas (art. 61.5).

8. Acortamiento del plazo y simultaneidad del escrito de conclusiones de cada uno de los grupos de partes

Sólo elogios merece, desde la perspectiva que aquí nos encontramos, que el plazo para formular escrito de conclusiones se reduzca de quince a diez días sucesivos para los demandantes y demandados, como, asimismo, que sea simultáneo para cada uno de estos grupos de partes si en alguno de ellos hubiere comparecido más de una persona y no actuaran unidos bajo una misma representación (art. 64.2).

IV. MEDIDAS DE AGILIZACIÓN EN LA FASE DE TERMINACIÓN

Las dos grandes innovaciones que en esta fase se producen se refieren a la posibilidad de extensión de los efectos de las sentencias firmes a quienes no fueron parte en el proceso y a la terminación del proceso mediante el acuerdo entre las partes. Se trata de medidas de gran transcendencia, que, por ello, sin duda serán objeto de estudio específico en otros comentarios de esta Revista; por lo que me limitaré a exponerlas, fundamentalmente, de forma descriptiva:

1. Terminación por sentencia. Extensión de los efectos de la sentencia a quienes no han sido parte en el procedimiento

A) Aunque en principio la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes (art. 72.3 LJCA), en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración pública, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas podrán extenderse a otras en ejecución de sentencias, siguiendo el procedimiento que la Ley establece, cuando concurren las siguientes circunstancias: 1) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo. 2) Que el Juez o Tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada, y, 3) que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte del proceso; plazo que si se hubiere interpuesto recurso en interés de la Ley

o de revisión, se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste (art. 110.1).

B) Por otra parte, como se vió anteriormente⁶, cuando se hubiere acordado suspender la tramitación de uno o más recursos pendientes ante un Juez o Tribunal con idéntico objeto y tramitar otro u otros con carácter preferente, los recurrentes afectados por la suspensión podrán interesar del órgano jurisdiccional de la ejecución que extienda a su favor los efectos de la sentencia o sentencias firmes recaídas en los recursos resueltos, siguiendo el procedimiento establecido para la extensión de los efectos de una sentencia firme en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración pública a quienes no fueron parte en el proceso (art. 111).

Me remito en cuanto a la crítica de este precepto a lo que en su momento apunté.

2. La terminación del proceso mediante el acuerdo entre las partes

Además de la sentencia, la LJCA de 1998, contempla otros modos de terminación del procedimiento tradicionales en nuestro ordenamiento jurídico, como el desistimiento, el allanamiento y el reconocimiento en vía administrativa de las pretensiones del demandante (arts. 74 a 76), pero introduce una muy importante novedad, al regular el acuerdo entre partes en los procedimientos en primera o única instancia, en los siguientes términos:

A) Planteamiento

En dichos procedimientos, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse la estimación de cantidad. Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos (art. 77.1).

B) Efectos del planteamiento

El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones, salvo que todas las partes personadas lo soliciten y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia (art. 77.2).

C) Terminación. Límites

Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento. Y al efecto sólo se esta-

(6) II. 3.

blece el límite de que lo acordado no fuera **manifiestamente** contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros. Lo que pone de relieve una preocupación, incluso excesiva, del legislador por conseguir la eficacia del acuerdo alcanzado, toda vez que, *a sensu contrario*, se desprende del tenor literal del precepto reproducido que el Juez o Tribunal deberá dictar el auto declarando finalizado el procedimiento **aunque lo acordado fuese contrario al ordenamiento jurídico**, siempre que la ilegalidad no resulte **manifiesta**, y con la salvedad de que fuese lesivo del interés público o de terceros (art. 77.3).

V. RECAPITULACIÓN Y CONSIDERACIONES FINALES

A) De lo expuesto en las páginas anteriores se desprende la preocupación del legislador por conseguir una mayor celeridad en la tramitación del procedimiento. Algunas de las medidas analizadas, como ya he apuntado, me parece, sin embargo, que son más aparentes que trascendentes en la práctica. Así, la finalidad perseguida con la tramitación preferente de alguno o algunos recursos pendientes ante el mismo órgano jurisdiccional y con el mismo objeto podría perfectamente alcanzarse mediante la acumulación de tales recursos y sin necesidad de que los recurrentes postergados aguarden a la firmeza de la sentencia que se dicte sin su intervención. En cuanto a la renuncia a prueba, vista y conclusiones que podrán formularse en el escrito de demanda, resultará igualmente estéril: pues basta con no solicitar prueba ni vista o conclusiones para que, habida cuenta de la nueva regulación que se establece sobre el particular, se consigan los mismos efectos.

Por otra parte, la regulación de la iniciación mediante demanda en los recursos dirigidos contra un acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados ofrece importantes lagunas, que puede ser fuente de conflictos, al no haberse tomado conciencia de las diferencias existentes entre este supuesto y el que ya figuraba en el proyecto, de impugnación de disposiciones generales. Por lo que la labor interpretativa de los Jueces y Tribunales, integrando los vacíos de la norma, resultará particularmente necesaria y delicada.

En general, sin embargo, creo que cabe abrigar optimismo en cuanto a las consecuencias de medidas como la supresión de la comunicación previa y la certificación del acto presunto; la atribución de carácter dispositivo a la vista o a las conclusiones escritas; las medidas relativas a la reclamación y envío del expediente; la ampliación de los supuestos de inadmisión, siempre que se garanticen debidamente los derechos del recurrente; la simultaneidad por bloques de partes de los escritos de demanda, contestación y conclusiones, con acortamiento del plazo en cuanto a éstas; la extensión de los efectos de las sentencias a quienes no fueron parte en el proceso, y, por no hacer interminable esta relación, la conclusión del pleito mediante el acuerdo entre las partes.

B) Por supuesto que las modificaciones apuntadas habrán de ser complementadas con la suficiente dotación de personal y de medios a los Juzgados y Tribunales, y con la introducción de soluciones complementarias y alternativas, que resultan ya inaplazables, a las controversias entre la Administración y los ciudadanos, como la regulación del arbitraje en tales controversias.

Pero, en cualquier caso, lo que resultará fundamental para la eficacia de la **batería** de innovaciones reseñadas será el propósito de quienes intervienen en el proceso de que resulten operativas. Pues, como prudentemente, recuerda la Exposición de Motivos “del criterio de los Jueces y Magistrados y de la colaboración de las partes dependerá que estas medidas alcancen sus fines” (VI).

Procedimiento abreviado regulado en el artículo 78 LJCA

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

Catedrático de Derecho
Administrativo

Sumario:

I. Naturaleza y supuestos en que ha de seguirse el procedimiento abreviado.

1. La lentitud de la Justicia administrativa. 2. Naturaleza del proceso abreviado.
3. Supuestos en que ha de seguirse el procedimiento. a) Procesos que se tramiten ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, en los supuestos que determina el número 1 del artículo 78. a') Que la cuantía no supere las quinientas mil pesetas. b') Que se trate de cuestiones de personal que no se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de los funcionarios de carrera. b) Procesos que tuvieren por objeto una pretensión en relación con la inactividad de la Administración.

II. Iniciación del proceso. 1. Idea general. 2. Requisitos. a) Subjetivos. b) Objetivos.

- c) De la actividad. 3. Efectos. a) Efectos Jurídico-Procesales. b) Efectos Jurídico-Materiales.

III. Trámite de admisión, citación para la vista y trámites previos a la vista. 1. Trámite de admisión. 2. Admisión. 3. Remisión del expediente. 4. Emplazamiento y personación.

IV. Vista. 1. Celebración de la vista.

2. Comparecencia de las partes. 3. Alegaciones. a) Alegaciones preliminares.

- b) Alegaciones sobre los hechos. 4. Resolución 5. Prueba. a) Proposición. b) Práctica.

V. Terminación del proceso y recursos. 1. Sentencia. 2. Terminación anormal. 3. Recursos.

I. NATURALEZA Y SUPUESTOS EN QUE HA DE SEGUIRSE EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

1. La lentitud de la Justicia administrativa

La catastrófica situación de la Justicia administrativa —según palabras del propio Presidente del TS—¹ se ha intentado remediar, aparte de con reformas orgánicas, con medidas procesales. A tal finalidad responden ².

— En el supuesto de que estuvieran pendientes ante un mismo órgano judicial varios procesos con idéntico objeto, la posibilidad de, en vez de acumularlos, tramitar uno o varios con carácter preferente suspendiendo el curso de los demás, que reconoce el artículo 37. De este modo, una sentencia desestimatoria de los tramitados con carácter preferente produciría un efecto disuasivo en los demás demandantes, llegándose a desistimientos masivos. Y una sentencia estimatoria, al ampliarse extensivamente los efectos a los demás, conduciría no sólo a poner fin a la tramitación independiente de éstos, sino a evitar la iniciación de otros nuevos si una Administración responsable, acatando la doctrina de la sentencia, no insistiera, produciendo actos contrarios al Ordenamiento.

— Haciendo posible la reducción de la instrucción en el proceso ordinario a los trámites de demanda y contestación, si lo insta así el demandante y no se opone el demandado. Esta novedad se introdujo en el proyecto de Gobierno socialista por sugerencia de DELGADO BARRIO, y se regula en el artículo 57 LJCA.

— Dar carácter preferente a la tramitación y decisión de los “recursos contencioso-administrativos contra disposiciones generales” (art. 66), con la misma finalidad de que una sentencia, tanto en sentido estimatorio como desestimatorio, evite procesos futuros.

— Y quizás la novedad más importante sea la introducción en nuestro Ordenamiento procesal administrativo del proceso abreviado que se regula en el artículo 78 y, con él, del juicio oral.

Este proceso se regirá, en lo no previsto en este artículo, por las normas generales de la Ley, con la única diferencia de que cuando deban aplicarse plazos no previstos específicamente se reducirán a la mitad.

2. Naturaleza del proceso abreviado

Este proceso no figuraba en el proyecto de Ley del Gobierno y fue incluido por el Congreso de los Diputados. Por su parte, el Senado introdujo importantes modificaciones en el texto del Congreso.

(1) En presentación del curso sobre La reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa celebrado en la Academia de Ciencias Morales y Políticas en abril de 1997. Cfr. pág. 15.

(2) GONZÁLEZ MONTES, “El estado actual de la Justicia administrativa: problemas y soluciones”, en *Jornadas de estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Universidad de La Coruña, 1998, págs. 31 y ss. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2ª reimpresión a la 3ª edición, Ed. Civitas, 1999, comentario a los artículos 37 y 78.

Estamos ante un proceso especial abreviado que, como se ha indicado, se regirá por las reglas generales, salvo en lo previsto especialmente. Y las especialidades radican en el procedimiento.

A diferencia de la posibilidad de reducir la instrucción en los términos que establece el artículo 57, en que es una opción que la Ley reconoce a las partes, el procedimiento abreviado que se regula en el artículo 78 ha de seguirse siempre que se den los supuestos que la Ley establece. Por lo que si, dándose los supuestos, se sigue el procedimiento del proceso ordinario, se habrá seguido un procedimiento inadecuado, y también se habría seguido un procedimiento inadecuado si, no dándose los supuestos, se sigue este procedimiento en lugar del ordinario³.

3. Supuestos en que ha de seguirse el procedimiento

Se seguirá este procedimiento en los procesos siguientes:

- a) Procesos que se tramiten ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, en los supuestos que se determinan en el número 1 del artículo 78

En el texto que aprobó el Congreso de los Diputados se establecía que los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo sustanciarían por este procedimiento los recursos que se dedujeran en las materias de los artículos 8 y 9. El ámbito de este proceso quedó sumamente limitado en el texto que aprobó el Senado. Ya no se hace referencia a los artículos 8 y 9, sino solamente al 8, por lo que se limita el ámbito a los recursos de que conozcan los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (no los Juzgados Centrales). Y de las materias que el artículo 8 atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo únicamente se tramitarán por este procedimiento los “recursos” en que se dé una de estas circunstancias.

- a') Que la cuantía no supere las 500.000 pesetas

Tiene relevancia la delimitación cuantitativa de la pretensión, no la materia sobre que verse. Cualquiera que sea la materia de

**EL PROCEDIMIENTO
ABREVIADO ES UN PROCESO
ESPECIAL QUE HA DE
SEGUIRSE SIEMPRE QUE SE
DEN LOS SUPUESTOS QUE
LA LEY ESTABLECE**

(3) Lo que constituye uno de los motivos casacionales [art. 88.1.b)]. Ahora bien, si seguir este procedimiento especial en lugar del ordinario sería determinante de nulidad de actuaciones, ya que daría lugar a indefensión, por ofrecer menores garantías, por la misma razón no se daría la nulidad en el supuesto contrario.

las que determina el artículo 8, se seguirá el procedimiento abreviado siempre que su cuantía no supere las 500.000 pesetas.

b') Que se trate de cuestiones de personal que no se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de los funcionarios de carrera

Cuando la pretensión verse sobre esta materia no tiene relevancia la cuantía. Siempre que se trate de cuestiones de personal que no se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de los funcionarios de carrera, se seguirá el procedimiento regulado en este artículo 78, siendo indiferente que los funcionarios sean de una Entidad local [art. 8.1.a)] o de la Administración de una Comunidad Autónoma [art. 8.2.a)].

b) Procesos que tuvieren por objeto una pretensión en relación con la inactividad de la Administración

De los supuestos de inactividad de una Administración pública que pueden dar lugar a una pretensión procesal administrativa según el artículo 29.1, únicamente se sustanciarán por este procedimiento abreviado aquellos en que la inactividad constituya el incumplimiento de la obligación de ejecutar un acto administrativo firme. Así lo establece el número 2 del artículo 29.

Así como en el supuesto anterior se limitaba el ámbito del proceso dentro de la competencia propia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, en los supuestos de inactividad de ejecutar un acto administrativo, es indiferente el órgano judicial al que corresponda la competencia. Cualquiera que fuese el órgano jurisdiccional al que correspondiera conocer de la pretensión, se seguirá este proceso si tuviese el objeto que especifica el artículo 29.2.

Una de las críticas que se habían hecho a la regulación del control jurisdiccional de la inactividad de la Administración contenida en el proyecto era no haber tenido en cuenta la distinción entre procesos declarativos y ejecutivos, obligando a seguir los trámites del proceso declarativo ordinario cuando ya existía un título ejecutivo y lo que se pretendía por el demandante no era una declaración sobre la procedencia de su pretensión, sino sobre un hacer ⁴.

Al llegar el proyecto al Congreso se intentó corregir este defecto inicial y, al mismo tiempo que se creaba el procedimiento abreviado en el artículo 78, se añadió un número (el 2) al artículo 29, en el que se establecía que se seguirá este procedimiento cuando el “recurso contencioso-administrativo” tratara de que se ejecutaran los actos firmes, con lo que se evitaba al demandante, por lo menos, la necesidad de seguir un proceso administrativo ordinario con todos sus trámites. Cuando en el supuesto específico de inacti-

(4) Así, en mi trabajo “El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997”, REDA, núm. 97, págs. 22 y ss. Y en el comentario al artículo 29 de los “Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, citada.

vidad de la Administración para el que se prevé es precisamente aquel en que lo que la tutela jurisdiccional exige, no es un proceso declarativo, sino un proceso de ejecución. El procedimiento abreviado debía ser el cauce idóneo para todos aquellos supuestos de inactividad en que, no existiendo título ejecutivo, la tutela judicial efectiva exija una decisión judicial firme que deje abiertas las vías de ejecución. Pero cuando ya existe el título ejecutivo, la tutela jurisdiccional lo que exige es pasar directamente a la ejecución.

II. INICIACIÓN DEL PROCESO

1. Idea general

El proceso abreviado es uno de los que se apartan del régimen general –iniciación con la presentación de un “escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo”, que es una demanda en el sentido estricto– (art. 45.2), y se inicia con la presentación de la demanda en el sentido que esta expresión tiene en nuestro Derecho positivo: acto que no se limita a la simple petición de que se inicie el proceso, sino que contiene la pretensión procesal ⁵.

2. Requisitos

a) Subjetivos

Se dirigirá al órgano jurisdiccional competente, en aplicación de las normas delimitadoras de la competencia, por la persona legitimada como demandante, debidamente representada.

b) Objetivos

Por el carácter mixto del escrito –de iniciación y fundamental de instrucción del demandante– ha de reunir los requisitos que la Ley establece para el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo (art. 45) y los del llamado escrito de demanda (art. 56).

No sólo deberá identificar a la parte demandante y la actuación de la Administración que motiva el “recurso contencioso-administrativo” que se interpone, como exige el artículo 45.1, sino que deberá consignar “con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de los cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan” (art. 56.1). Y no sólo deberá aportar los documentos que exige el número 2 del artículo 45, sino, además, “aquellos otros en que (...) funde su derecho”. Así lo establece el número 2 del artículo 78. Según la redacción del Congreso en el mismo escrito se “podrían proponer los medios de prueba que a su derecho convenga”. Esta referencia a la proposición de los medios de prueba en la demanda

(5) Otros supuestos, los que se prevén en el artículo 45.5.

fue eliminada en el Senado. La proposición de medios de prueba queda diferida al momento del juicio oral, tal y como se regula en el número 10 de este artículo.

c) De la actividad

El escrito se presentará en la sede del órgano jurisdiccional competente con arreglo a las normas generales sobre presentación en el Juzgado de Guardia. Se presentará dentro del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo y cumpliendo las formalidades exigidas en razón del contenido mixto del escrito.

3. Efectos

a) Efectos Jurídico-Procesales

Serán los efectos propios de la iniciación del proceso (litispendencia).

b) Efectos Jurídico-Materiales

En principio, siguiendo las reglas generales, la iniciación del proceso no produce efectos en las relaciones jurídico-materiales.

El número 2 del artículo, según la redacción del Congreso de los Diputados, establecía que por otrosí podía pedirse en la demanda “motivadamente la adopción de medidas cautelares”. Esta referencia al posible contenido del escrito fue suprimida en el Senado. Esta supresión no puede interpretarse en el sentido de que no es posible solicitar la adopción de las medidas. Ya que la Ley admite expresamente en el artículo 136 que en los supuestos de inactividad –uno de los cuales, como se ha indicado, ha de tramitarse por este proceso– se soliciten las medidas incluso antes de iniciarse el proceso. Si la demanda se formulare en relación con la inactividad de la Administración –consistente en no ejecutar un acto administrativo firme–, la decisión sobre la medida cautelar se adoptará previos los trámites del artículo 135, al que remite el artículo 136.

III. TRÁMITE DE ADMISIÓN, CITACIÓN PARA LA VISTA Y TRÁMITES PREVIOS A LA VISTA

1. Trámite de admisión

El texto definitivo del artículo es muy distinto del que figuraba en el proyecto del Congreso de los Diputados. En éste, antes del trámite de admisión se preveía la contestación a la demanda por la Administración y la remisión del expediente administrativo. Según el texto, después de pasar por el Senado, el órgano jurisdiccional debe verificar su jurisdicción y su

competencia objetiva, una vez presentada la demanda, sin perjuicio de que después en la vista el demandado pueda formular alegaciones relativas a “la jurisdicción, a la competencia objetiva y territorial y a cualquier otro hecho o circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo” (núm. 7 de este artículo).

En el proyecto, según la redacción del Congreso, se preveía un plazo especial de tres días, muy inferior al general de diez días que establece el artículo 138, igual al del artículo 45.3. Plazo notoriamente insuficiente, que pretendía justificarse por el carácter abreviado del proceso. La supresión por el Senado de esta regulación no es muy congruente con el principio de tutela judicial efectiva.

La índole de los asuntos puede justificar que se siga un procedimiento abreviado, pero sin merma de las garantías más elementales. Los funcionarios de carrera pueden plantear una cuestión de personal que puede ser muy importante para ellos y no tener otro remedio que seguir este procedimiento abreviado. Si al iniciar el proceso en la demanda incurre la infracción de un requisito procesal y el defecto es subsanable, no puede privársele de la posibilidad de subsanación. Y el momento idóneo debe ser este trámite de demanda, concediendo un plazo suficiente al efecto. La regulación contenida en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados, aún con un plazo excesivamente breve, era más congruente con el principio de tutela judicial. Ya que, si no se articula debidamente este trámite, siendo la vista donde ha de plantearse la posible inadmisibilidad, resultará imposible la subsanación o ha de adoptarse una solución peor, como sería suspender la vista oral a fin que pudiera procederse a ella por el plazo que prevé el artículo 138.

Después de tan minuciosa regulación del trámite de la vista como la que hace el artículo según la redacción del Senado, no se ha estructurado adecuadamente en el procedimiento un sistema que conjugue la garantía con la sumariedad en aspecto tan importante como el evitar las inadmisibilidades por defectos subsanables.

2. Admisión

Limitado el trámite a que el órgano jurisdiccional verifique “su jurisdicción y su competencia objetiva”⁶, dictará providencia en la que se acordará:

(6) A diferencia del texto del Congreso (núm. 4 del artículo), que establecía debiera verificarse el cumplimiento de los “requisitos de jurisdicción, competencia, legitimación, objeto y plazo del recurso”.

**NO SE HA ESTRUCTURADO
ADECUADAMENTE EN EL
PROCEDIMIENTO
UN SISTEMA QUE
CONJUGUE LA GARANTÍA
CON LA SUMARIEDAD EN
ASPECTO TAN IMPORTANTE
COMO ES EL EVITAR LAS
INADMISIBILIDADES POR
DEFECTOS SUBSANABLES**

a) Admitir la demanda y su traslado al demandado.

b) Citar a las partes para la celebración de la vista, con indicación de día y hora. Pero ¿a qué partes? Porque en ese momento únicamente existe constancia de la Administración demandada, no de los demandados, según el artículo 21.1.b). Éstos aparecerán en su día cuando la Administración demandada haga los emplazamientos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49. Por lo que en ese momento de dictar la providencia de admisión no podrá hacerse la citación de los codemandados.

c) Ordenar a la Administración que remita el expediente administrativo, con al menos quince días de antelación del término señalado para la vista.

3. Remisión del expediente

La aplicación de lo dispuesto en el artículo 48 —con la especialidad del plazo, que será inferior al general de veinte días— en relación con el artículo 55 ofrece dificultades. Estamos ante un ejemplo más del olvido de la técnica legislativa en la redacción de este desmesurado artículo 78. Porque, en efecto, es esencial que en el momento de la vista esté incorporado a los autos del expediente íntegro. Y no resulta posible compatibilizar el régimen del artículo 55 con la regulación de un procedimiento en el que se prevé que se señale día para la vista antes de saber si se va a recibir el expediente íntegro, si es necesario completarlo y cuántas serán las partes personadas. La posibilidad de que se celebre el juicio sin el expediente, únicamente debe admitirse si lo solicita el demandante, como establece el artículo 53.

Una de dos: o el órgano jurisdiccional, curándose en salud, al señalar la fecha para la vista lo hace con un margen de tiempo tan amplio que permita prever el que hará falta para poder completarse, o no existe garantía alguna de que se va a disponer del expediente completo.

Era mucho más lógica la redacción del Congreso que la que ha prevalecido. No puede razonablemente fijarse día para la vista en la providencia de admisión.

4. Emplazamiento y personación

Se aplicarán las normas generales de los artículos 49 y 50.3. Aunque el plazo general de nueve días para la personación es suficiente (siempre que se actúe con la debida diligencia) para cumplir las previsiones que hubiera hecho el órgano jurisdiccional en orden a la fecha de la vista, la dificultad —y dificultad grave— surgirá si no hubiese sido posible el emplazamiento a algún interesado en el domicilio que consta en el expediente y fuese necesario acudir a la notificación por edictos, como prevé el número 4 del artículo 49. Cuando esto ocurra lo más probable es que todas las previsiones habrán sido inútiles y habrá que modificar la fecha de la vista.

5. Entrega del expediente a las partes

El número 4 de este artículo dice: “Recibo el expediente administrativo, el Juez lo remitirá al actor y a los interesados que se hubieran personado para que pueda hacer alegaciones en el acto de la vista”. En este punto concreto la redacción definitiva no difiere de la del texto del Congreso. No puede ser más imprecisa.

En efecto, por lo pronto se emplea una expresión que se aparta de las usuales, al decir que se remite el expediente a las partes, ya que a las partes, según la terminología usual, se les entrega el expediente o se les pone de manifiesto en la Secretaría del órgano judicial. Hay que suponer que decir que el expediente se “remitirá” supone expresar que se entregará.

Y tratándose de “entrega” del expediente, parece que deberá hacerse “sucesivamente”: primero a los demandantes y luego a los demandados. No obstante, teniendo en cuenta que la finalidad del trámite —a diferencia del trámite para formalizar la demanda o la contestación— es para preparar la intervención en la vista, podría entenderse que es simultáneo para todas las partes, en cuyo caso, aparte de que se pusiere de manifiesto en la Secretaría, se entregará copia a la parte que lo solicitara, de forma análoga a como se prevé en el artículo 54.3 para contestar la demanda cuando fueren varios los codemandados.

Por otro lado, no se fija plazo. Es indudable, que el expediente administrativo como las actuaciones judiciales estarán a disposición de las partes en la Secretaría hasta la vista. Por lo que podrán examinarlas en cualquier momento y obtener copia de los extremos que estimen necesarios. Pero al establecer que se remitirá el expediente, lo que parece suponer la entrega, como se ha dicho, deberá establecerse un plazo, que fijará la Sala teniendo en cuenta el tiempo que resta para la celebración de la vista.

Durante este plazo no puede negarse a las partes la posibilidad de solicitar que se complete el expediente administrativo, aplicándose el artículo 55, si bien con la reducción de los plazos en la medida que sea necesario para cumplir con las exigencias de la notificación abreviada del proceso.

El número 5 del artículo, según la redacción del Congreso, preveía que la vista oral se celebrara aunque no se hubiese recibido el expediente administrativo. Aunque esta norma no aparece en el texto aprobado, ha de admitirse la posibilidad de prescindir del expediente administrativo, si lo solicita el demandante, como prevé el artículo 53. Si el expediente llegase después de celebrarse el juicio oral, pero antes de dictarse sentencia, parece que deberá darse traslado a las partes que puedan efectuar las alegaciones complementarias que estimen oportuno, aplicándose la norma del artículo 53.2.

Si el expediente llegase antes de celebrarse el juicio oral, lo lógico sería ponerlo de manifiesto en la Secretaría a las partes hasta el momento del juicio, si bien también sería admisible —sobre todo en caso de singular relevancia del expediente— que se dejara sin efecto la citación y se procediera a remitir el expediente, según las normas antes resumidas.

IV. VISTA

1. Celebración de la vista

El artículo 78, tal y como quedó redactado en el Senado, regula la que llama “vista” con una minuciosidad sorprendente, en contraste con la de otros aspectos de los trámites previos, cuya aplicación, como se ha señalado, ofrece dificultades importantes. En lugar de “juicio oral” —que es el término que empleaba el texto del Congreso— emplea el término de vista, y algunas veces el de juicio, como en el número 8 del artículo.

Se celebrará el día y hora señalados en la providencia dictada según el número 3 de este artículo o, en su caso, no infrecuente, en el día señalado con posterioridad modificando el señalamiento inicial, como consecuencia de haber surgido algunas de las incidencias antes señaladas.

En el proyecto del Congreso se decía que el señalamiento tendría lugar “dentro del término de sesenta días a contar desde la presentación de la demanda”. Dando muestras de prudencia y sentido de la realidad el Senado suprimió aquella norma.

2. Comparecencia de las partes

El párrafo primero del número 5 de este artículo dispone que “comparecidas las partes o alguna de ellas, al Juez declarará abierta la vista”. Luego para que se declare abierta la vista parece necesario que comparezca al menos alguna de las partes, y no en otro caso.

Ahora bien, según el párrafo segundo de este número cabe que se den las siguientes situaciones:

- Que no comparezcan las partes o comparezca sólo el demandado. En este caso se tendrá por desistido al demandante y se le condenará en costas.
- Que comparezca el demandante. En este caso proseguirá la vista, aunque no hubiere comparecido el demandado.

3. Alegaciones

a) Alegaciones preliminares

En la minuciosa regulación del acto de la vista se establece la formalización de unas alegaciones preliminares que pueden terminar en una decisión del órgano judicial poniendo fin al proceso. Así resulta de los números 6 a 8 de este artículo. A tenor de lo que en ellos está dispuesto, el orden de proceder será el siguiente:

- a') Exposición del demandante de los fundamentos de lo que pida o ratificación de lo expuesto en la demanda.
- b') Alegaciones del demandado, comenzando, en su caso, por las cuestiones relativas a la jurisdicción, a la competencia objetiva y territorial y a cualquier otro hecho o circunstancias que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia.
- c') En este último supuesto será oído el demandante sobre estas cuestiones.
- d') Resolución del órgano jurisdiccional, que podrá consistir en:

– Que prosiga el juicio.

– Declinar el asunto a favor de otro Juzgado o Tribunal, o declarar la inadmisibilidad.

En uno y otro supuesto, la parte que hubiera adoptado una posición contraria a la decisión podrá pedir que conste en acta su disconformidad.

Parece evidente que la declaración de inadmisibilidad deberá hacerse por auto, susceptible de recurso según las reglas generales a que me refiero al estudiar los recursos contra las sentencias.

- e') Si hubiere impugnado la inadecuación del procedimiento por razón de la cuantía, se estará a la norma del número 9 del artículo.

b) Alegaciones sobre los hechos

Si se hubiera decidido la continuación del juicio, se dará la palabra a las partes para fijar con claridad los hechos en que se fundamentan sus pretensiones.

4. Resolución

Formuladas las alegaciones puede terminar el proceso por sentencia si concurren las circunstancias siguientes:

DURANTE LA CELEBRACIÓN DE LA VISTA, SI TRAS LAS ALEGACIONES SE HUBIERA DECIDIDO LA CONTINUACIÓN DEL JUICIO, SE DARÁ LA PALABRA A LAS PARTES PARA FIJAR CON CLARIDAD LOS HECHOS EN QUE SE FUNDAMENTEN SUS PRETENSIONES

a) Que de las alegaciones se desprenda:

– La conformidad de todos los demandados con las peticiones del actor. Parece que la conformidad será sobre los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones. Pues si es a la petición de la demanda estaríamos ante un allanamiento.

– El carácter meramente jurídico de la controversia.

– La ausencia de proposición de prueba o la inadmisibilidad de toda la prueba propuesta.

b) Que las partes no deseen formular conclusiones.

c) Que formulada oposición a la decisión del órgano judicial, éste la desestime.

En otro caso, proseguirá la vista.

5. Prueba

a) Proposición

Las partes deberán proponer la prueba al formular sus alegaciones para fijar con claridad los hechos en que se fundan sus pretensiones, según el número 10 de este artículo.

b) Práctica

“Una vez admitidas las que no sean impertinentes o inútiles, se practicarán seguidamente” (núm. 10 del artículo), en cuanto no sean incompatibles con el procedimiento abreviado, del modo previsto para el juicio ordinario (núm. 12). No obstante esta remisión a las normas generales, los números 13 a 18 establecen importantes especialidades en el régimen de las pruebas. Concretamente las siguientes:

a') Que las posiciones para la prueba de confesión se propondrán verbalmente, sin admisión de pliegos. Mal se compagina esta norma del número 13 de este artículo con la del artículo 595 LEC, por lo que prácticamente queda excluida la confesión de la Administración pública, salvo que se acuerde al amparo de lo que se establece en el número 18 del artículo.

b') Que en cuanto a la prueba testifical:

– No se admitirán escrito de preguntas y repreguntas.

– Si el número de testigos fuera excesivo y, a juicio del órgano judicial, sus manifestaciones pudieran constituir inútil reiteración del testimonio sobre hechos suficientemente esclarecidos, podrá limitarlos discrecionalmente.

– Los testigos no podrán ser tachados, sin perjuicio de que las partes hagan las consideraciones oportunas en las conclusiones sobre sus circunstancias personales y veracidad de sus manifestaciones.

c') En la práctica de la prueba pericial no serán de aplicación las reglas generales sobre insaculación. Realmente, no se acierta a comprender cómo será posible conciliar las garantías procesales de la prueba pericial con su práctica en el acto de la vista. Salvo que se acuda a lo establecido en el número 18.

d') Contra las resoluciones sobre denegación de prueba o sobre admisión de las que se denunciaren como obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán interponer recurso de súplica en el acto, recurso que se sustanciará y resolverá seguidamente. Interposición y resolución que se harán oralmente, sin perjuicio del reflejo que pueda tener en el acta que se extenderá, según el número 21 de este artículo.

e') Y, por último, el número 18 faculta al órgano judicial para acordar la suspensión de la vista, a fin de que se practique la práctica que no puede practicarse en la vista “sin mala fe de quien tuviera la carga de aportarla”. En este caso, señalará en el acto, sin necesidad de nueva notificación el lugar, día y hora en que deba reanudarse la vista.

6. Conclusiones

Practicada la prueba o, en su caso, una vez formuladas las alegaciones a que se refiere el número 10, la Ley dispone que se dé la palabra a los defensores para conclusiones. Y en el número 19 se establece una importante novedad, que: “oídos los Letrados, las personas que sean parte en los asuntos podrán, con la venia del Juez, exponer de palabra lo que crean oportuno para su defensa a la conclusión de la vista antes de darla por terminada”.

V. TERMINACIÓN DEL PROCESO Y RECURSOS

1. Sentencia

El proceso termina normalmente por sentencia, que se dictará en el plazo de diez días desde la celebración de la vista, según el número 20 de este artículo. Rige, por tanto, el plazo que con carácter general establece el artículo 67, así como los demás requisitos generales de la sentencia. Para los jueces no se acortan los plazos, por abreviado que sea el proceso.

2. Terminación anormal

En principio, nada impide que el proceso termine por los modos de terminación que se regulan en los artículos 74 a 77.

Sin embargo, por el carácter abreviado del procedimiento, no resulta fácil que puedan cumplirse los requisitos para la válida terminación del proceso por estos medios, salvo el desistimiento, que incluso podrá hacerse por la parte demandante en el mismo acto de la vista.

3. Recursos

En principio se aplican las normas generales sobre recursos contra las sentencias y autos que se dicten en este proceso abreviado. La aplicación de estas reglas obliga a distinguir los distintos supuestos en que se seguirá este proceso:

- a) En los procesos de menor cuantía de que se conozcan los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, no será admisible recurso alguno. Ya que únicamente es admisible la apelación cuando la cuantía exceda de 3 millones de pesetas [art. 81.1.a)] y, según el artículo 78.1 únicamente podrá seguirse este proceso abreviado cuando la cuantía no supere las quinientas mil pesetas (art. 78.1).
- b) En los procesos que se refieran a cuestiones de personal que no se refieren al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, sin embargo, será admisible la apelación [art. 81.1.a), en relación con el art. 81].
- c) Y en los procesos que se refieran a inactividad de la Administración, concretada en no ejecutar actos firmes (art. 29.2), serán admisible la apelación e incluso la casación, siempre que concurren las circunstancias previstas en los artículos 81 y 86, respectivamente.

La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo

ALFONSO PÉREZ MORENO

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Sevilla

Sumario:

Introducción. I. Planteamiento. 1. Alternativas o equivalentes jurisdiccionales en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. 2. La convergencia con el convenio transaccional. 3. Tautologías y reenvíos vacíos en las normas sobre equivalentes jurisdiccionales. 4. Las “materias susceptibles de transacción”. 5. La autorización administrativa para la conciliación. 6. La reserva judicial del control de legalidad y de la protección del interés público o de terceros. 7. La ejecución forzosa del acuerdo de conciliación. **II. La necesidad de una regulación del arbitraje administrativo.**

Conclusión. Nota bibliográfica

INTRODUCCIÓN

En el tercer encuentro de Catedráticos y Profesores de Derecho Administrativo en Sevilla pusimos en común el tema del Arbitraje administrativo. Asistimos a un descubrimiento de esta institución tradicionalmente abandonada entre el excepticismo y la sospecha de heterodoxia en la parcela del ordenamiento que cultivamos, donde sólo recientemente se percibe un superior aporte doctrinal. En la síntesis final pudimos concluir que existen importantes previsiones puntuales de aplicación de la fórmula arbitral en Leyes generales, especiales y sectoriales y que lo que falta es una regulación de la institución misma con su adjetivación administrativa, siempre condicionante. Quedó matizada una triple acepción del arbitraje: como función arbitral de la Administración, como alternativa a la vía del recurso administrativo y como forma de control de la Administración distinta del control jurisdiccional. Se llegó incluso a sugerir la sustitución de la expresión equívoca

“Arbitraje administrativo” por la de “Control arbitral de la Administración”. La cuestión se veía desplazada a la fase de desarrollo legislativo ordinario ya que no parecen existir trabas insuperables en la Constitución vigente.

A esas apreciaciones mayoritarias se llegaba no sólo desde la realidad inquietante de los centenares de miles de recursos contencioso-administrativos en estado de lenta tramitación, superados ya todos los dinteles del “tiempo razonable” y más próximos a un estado crónico de cuasi denegación de justicia *de facto*, o —como se calificó en la doctrina italiana— de “injusticia” administrativa; no sólo desde este dato carencial de coyuntura, sino incluso considerando la evolución de la legalidad administrativa, las formas de atribución de potestades, la necesidad de elaborar nuevas rutas para la formación de la voluntad de las Administraciones Públicas y, paralelamente, cauces más flexibles para la solución de los conflictos. Ciertamente las transformaciones del Derecho Administrativo estimulan la atención a fórmulas alternativas de control, a alternativas o equivalentes jurisdiccionales.

La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no ha respondido con toda la amplitud necesaria al reto existente. Sin embargo, se observa al menos la búsqueda de apertura a la conciliación intraprocesal en materias susceptibles de transacción (arts. 77 y 113), aunque no se mencione el arbitraje pese a la existencia, como decimos, de leyes que lo reconocen como posible. Bastará en esta introducción recordar, además de la Ley General Presupuestaria (art. 39), la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 61.2), la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas (art. 5, sobre el intento de solución extrajudicial a los litigios interadministrativos, tema crucial ante la abundancia de los mismos en el difícil desarrollo del Estado de las Autonomías).

La nueva LJCA mantiene, aunque con retoques preventivos, la regulación del supuesto de reconocimiento extraprocesal de las pretensiones por la Administración demandada (art. 76), y añade la conciliación intraprocesal (arts. 77-113).

La circunstancia de haber realizado al mismo tiempo un comentario de estos artículos para su publicación en la Revista Española de Derecho Administrativo, con motivo de su número 100, nos permite incluir su contenido básico, con algunas variantes y adiciones posteriores.

I. PLANTEAMIENTO

El art. 77 no sólo regula uno de los modos de terminación del proceso, distinto de la Sentencia, sino que introduce una técnica de autocomposición —la conciliación— a fin de que lleguen a conseguir las partes un acuerdo transaccional que implique la desaparición de la controversia. La Exposición de Motivos califica esta alternativa como una de las

facultades en manos de las partes y del órgano judicial en la línea de procurar la rápida resolución de los procesos; y, asimismo, destaca como novedad que la Ley otorgue “al acuerdo de conciliación judicial la misma fuerza que a la sentencia a los efectos de ejecución forzosa, lo que refuerza —explica— el interés de la Ley por esta forma de terminación del procedimiento” (Exposición de Motivos puntos 1 y 3 *in fine*). En efecto, el art. 113 de la Ley, que pone fin al capítulo sobre ejecución de sentencias, se dedica exclusivamente a regular el procedimiento para exigir la ejecución forzosa del acuerdo alcanzado por las partes en conciliación. Constituye este precepto una singularidad procesal (en línea con lo previsto para el juicio de menor cuantía) ya que pone la potestad jurisdiccional de ejecución forzosa al servicio no de una resolución jurisdiccional sino de un acuerdo entre las partes —generalmente entre administrados recurrentes y Administración demandada— aunque, como resaltaremos, dicho acuerdo tenga que recibir al menos el *nihil obstat* del Juez o Tribunal, es decir, la comprobación de que “no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo al interés público o de terceros”.

Desde una perspectiva general el art. 77 es una ventana abierta en la Ley a los denominados “equivalentes jurisdiccionales”. Ciertamente es una ventana pequeña, pues ni tan siquiera se menciona el arbitraje —aunque tampoco se prohíbe—; sin embargo, cabe pensar, a la vista de la emergencia de las fórmulas paccionadas en la ordenación y en la solución de los conflictos de interés socioadministrativos, si intentara penetrar por esa ventana un vendaval de alternativas jurisdiccionales que satisfagan la necesidad de reducir a un tiempo razonable la duración actual de los procesos, y a la vez conseguir la limitación de la presión de la masificación de los mismos sobre Jueces y Tribunales escasos.

No sería, sin embargo, exacta la apreciación de que la llamada a técnicas de alternativas o de **equivalentes jurisdiccionales** obedece tan sólo a esa masificación de los procesos, al desequilibrio entre el incremento de su número y la escasez de recursos personales y materiales de los órganos jurisdiccionales. Junto a esta circunstancia —estimulada por la liberación de la demanda social en las prácticas democráticas no cimentadas en un paralelo desarrollo educativo y cultural de las poblaciones, ni en una alta cualificación de la clase política y de la burocracia—, junto a esta circunstancia cuantitativa, hay que resaltar la incidencia de otros factores de fondo que proceden

**LA LEY INTRODUCE
UNA TÉCNICA DE
AUTOCOMPOSICIÓN
—LA CONCILIACIÓN—
A FIN DE QUE LLEGUEN A
CONSEGUIR LAS PARTES UN
ACUERDO TRANSACCIONAL
QUE IMPLIQUE LA
DESAPARICIÓN DE LA
CONTROVERSIA**

de una transformación de las formas de ejercicio de las potestades administrativas y aún de la nueva configuración y alcance de las mismas. La estructura piramidal de la supremacía de la Administración como un haz de potestades del que nacen relaciones, teñidas e imantadas desde la autotutela administrativa, y manifestadas en decisiones unilaterales y autoritarias, está transformándose en muchas parcelas de los intereses comunitarios expuestos a los impactos de la incertidumbre científica, de las imprevisibles mutaciones de los ciclos económicos y, en suma, de la irreductibilidad del azar del vivir, que no puede ser eliminado desde la planificación y ni tan siquiera controlado por las leyes. Crisis de legalidad que cristaliza en la desustancialización de las normas llenas de reenvíos a otros órdenes normativos (sociales, económicos, culturales, técnicos), plagadas de conceptos jurídicos indeterminados, de apoderamientos para la concreción coyuntural del precepto en la fase de su aplicación, de atribuciones de potestades discrecionales y de apertura al reconocimiento a las relaciones paccionadas bajo la disciplina de los principios más que de las reglas. Los conflictos sobre medio ambiente, ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio cultural, prestaciones de la asistencia sanitaria y de los servicios de gran interés comunitario ilustran bien la dimensión de esa transformación en la cadena ley-potestades administrativas-demanda social-solución de los conflictos.

El estudio de las causas de la apertura a fórmulas de composición que constituyan alternativas o equivalentes jurisdiccionales, excede de este análisis –limitado disciplinariamente en su extensión– del art. 77 de la Ley que comentamos; pero es imprescindible no olvidar la influencia de esa dimensión sustantiva del asunto para entender que una hermenéutica del precepto conduzca a aporías insuperables desde la dogmática tradicional.

La tasada dimensión de este comentario nos impone la concisión que intentamos respetar desarrollando sucesivamente los siguientes puntos: 1) Formas de alternativas o equivalentes jurisdiccionales que incorpora la nueva LJCA; 2) La convergencia de las técnicas de composición del conflicto no jurisdiccionales con el convenio transaccional; 3) Tautologías y reenvíos vacíos en las previsiones normativas de equivalentes jurisdiccionales; 4) Las “materias susceptibles de transacción”; 5) La autorización administrativa para la conciliación, y 6) La reserva judicial del control de legalidad y de la protección de los intereses públicos o de terceros.

1. Alternativas o equivalentes jurisdiccionales en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Las formas de alternativas o equivalentes jurisdiccionales posibles no están expresamente contempladas en la nueva LJCA. Cabe plantearse si el art. 77 hay que interpretarlo como un todo referido a la conciliación, o como consagrador de una diversidad de técnicas de composición que confluyan en un acuerdo transaccional. En sus tres apartados utiliza los términos “acuerdo”, “transacción”, “conciliación”. El art. 113, regulador de la ejecución, se refiere únicamente a “acuerdo”. El art. 77 no implanta una conciliación preventiva o previa al proceso, ni una conciliación extrajudicial, sino únicamente una conciliación intraprocesal, es decir, dentro de un proceso iniciado y con la finalidad de ponerle fin. Tampoco menciona el artículo una fórmula heterocompositiva como podría ser el arbi-

traje, si bien cabe plantearse si las partes necesitaran un dirimente —especialmente tratándose de “estimación de cantidad” que expresamente sí cita como materia susceptible de acuerdo conciliatorio— podrían llegar a su nombramiento. La realidad es que en la norma sólo se está previendo una fórmula de autocomposición a instancia del Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, para que los litigantes intenten la conciliación mediante un acuerdo que implique la desaparición de la controversia. Conciliación intraprocesal a semejanza de la establecida por el art. 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la comparecencia en el juicio de menor cuantía, si bien con importantes diferencias, entre las que son las más importantes que en el proceso contencioso-administrativo no es trámite preceptivo la comparecencia para intentar el acuerdo; y que si las partes no secundan la propuesta del órgano jurisdiccional sigue siempre el procedimiento. Tampoco se plantea la sugerencia de este órgano como una exhortación ni, en ningún caso, cabe pensar que se contemple una autocomposición con mediación judicial.

Finalmente, cabe recordar cómo la nueva LJCA sigue manteniendo el modo de terminación del procedimiento porque la Administración demandada hubiera reconocido totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante. Se observa un tratamiento diferente al que venía dando a dicho supuesto el art. 90 de la LJCA de 1956. En ese artículo sólo se exigía que el Tribunal comprobara lo alegado sobre dicho reconocimiento. En la práctica ha bastado muchas veces el simple escrito de referencia al art. 90 para que, sin más atención, se ordenara terminado el procedimiento, si bien con la reserva del derecho a interponer de nuevo el recurso si se producía acto revocatorio del reconocimiento. La nueva LJCA regula el supuesto en dos artículos: 74.7, como causa de desistimiento —precisando con mejor técnica que, si luego se dicta acto revocatorio, se podrá pedir la continuación del procedimiento incluso contra el nuevo acto—, y el 76, que considera que alguna de las partes haya puesto el reconocimiento total de las pretensiones en conocimiento del Juez o Tribunal, en cuyo caso obliga a que sean oídas las partes, a que se compruebe lo alegado, y, lo que constituye una importante novedad, que el órgano jurisdiccional compruebe que el reconocimiento no infringe manifiestamente el ordenamiento jurídico. Si lo infringiera tendrá que dictar la sentencia que proceda ajustada a Derecho. La coincidencia de esta reserva judicial de control de legalidad con la introducida en el supuesto de conciliación —aunque en ésta el control se extiende a otros intereses— nos pone sobre aviso sobre la posible aplicación de la conveniencia en la elección de una u otra técnica para evitar esos controles. La importancia de la citada reserva judicial nos inclina a ampliar su estudio más adelante.

2. La convergencia con el convenio transaccional

Se observa una convergencia de las técnicas no jurisdiccionales de composición de conflictos con el convenio transaccional en el campo del Derecho Administrativo. Tanto la conciliación intraprocesal del art. 77 en estudio como la heterocomposición arbitral —en los supuestos en que se admite— encuentran sus límites en la posibilidad de transacción. El *substratum* sustantivo configurado desde el principio de legalidad que vincula a las Administraciones Públicas es un condicionante radical de la aplicación de aquellas fórmulas. En la dinámica del intento de conciliación el art. 77 reenvía dos veces a unos con-

tenidos normativos –cuya indagación en el ordenamiento no es fácil– sobre las materias susceptibles de transacción y sobre la autorización que necesiten para disponer de la acción los representantes de las Administraciones públicas demandadas. Cabe plantearse si no sería posible también la aplicación de esta terminación del proceso en los supuestos en que la Administración sea recurrente previa declaración de lesividad; en algunos casos –como señaladamente ocurre en los recursos de la Administración General del Estado contra los acuerdos del Jurado Provincial de Expropiación– se trata tan sólo de fijar la cantidad del justiprecio, materia considerada directamente susceptible del acuerdo conciliatorio por el art. 77 en estudio. Cuando litiguen dos o más Administraciones Públicas habrá que extender la necesidad de autorización a cada una de ellas.

La Ley 52/1997, de 27 de noviembre, sobre Asistencia jurídica del Estado e Instituciones públicas regula cómo se determinará la actuación del Abogado del Estado en supuestos que litiguen entre sí u ostenten intereses contrapuestos las Administraciones u Organismos públicos cuya representación legal o convencional ostente aquél. En el apartado b) del art. 5 contempla la posibilidad de que pueda proponerse “una solución extrajudicial del litigio, de ser ésta posible”.

3. Tautologías y reenvíos vacíos en las normas sobre equivalentes jurisdiccionales

Tautologías y reenvíos vacíos es lo que encontramos en la laboriosa indagación de las normas sobre la aplicación de alternativas o equivalentes jurisdiccionales en los conflictos jurídico-administrativos. Bastará recordar algunos de los artículos más significativos.

El art. 39 de la Ley General Presupuestaria permite la transacción judicial y extrajudicial y someter a arbitraje las contiendas sobre los derechos de la Hacienda Pública con el requisito de Decreto del Gobierno (en la Administración General), previa audiencia del Consejo de Estado en pleno. En el mismo sentido el art. 40 de la Ley del Patrimonio del Estado.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –especialmente en el art. 61.2, ya que la comisión de arbitraje del art. 146.2 no se refiere a un equivalente jurisdiccional– dispone la posibilidad de sometimiento a arbitraje con sujeción a los requisitos establecidos en la Ley General Presupuestaria o “en las correspondientes normas de otras Administraciones Públicas” –que suelen ser análogas–.

El art. 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, permite que se sustituya el recurso administrativo ordinario por otro procedimiento de impugnación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje. Esta sustitución tendrá que efectuarla una ley. Por consiguiente, nada se resuelve en el precepto como norma de presente. Además, deja indeterminados el alcance y los efectos de esos modos alternativos al procedimiento administrativo revisor en vía de recurso ordinario; especialmente nada consta sobre los efectos impositivos de la posterior vía judicial de un laudo o de un acuerdo en conciliación o mediante mediación.

Tampoco existe en el ordenamiento administrativo previsiones análogas a las laborales sobre mediación.

La Ley 52/1997, de Asistencia jurídica al Estado, antes citada, regula en el art. 9 (“Actuaciones en procedimientos arbitrales”) la posibilidad de que los Abogados del Estado asuman la representación y defensa en los procedimientos arbitrales de naturaleza nacional o internacional, con el requisito de autorización del titular del Departamento u Organismo público afectado y con el informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. El art. 7 está dedicado, como cuestión distinta, a “Disposición de la acción procesal”, para desistir, allanarse o apartarse de querellas. El requisito necesario es autorización expresa de la DG del Servicio Jurídico del Estado, a la que el precepto impone que, previamente en todo caso, recabe informe del Departamento, Organismo o entidad pública correspondiente.

4. Las “materias susceptibles de transacción”

En definitiva, no existe regulación sustantiva de los criterios a seguir para la aplicación de alternativas o equivalentes jurisdiccionales; la única previsión de fondo es que la materia del juicio sea susceptible de transacción. La pregunta sobre cuáles sean estas materias queda igualmente sin respuesta directa, hay que inducirla de las normas singulares, teniendo en cuenta que el criterio de la disponibilidad de la materia objeto de litigio hay que interpretarlo desde el principio de legalidad. En principio, la doctrina jurídico-administrativa se pronuncia por la afirmación de la transacción en las relaciones nacidas del pacto o convenio, y por la negativa en las decisiones unilaterales. De esta manera son campos abiertos a la conciliación los contratos y convenios, pero no los actos unilaterales reglados en general. El art. 77 en estudio considera posible la conciliación cuando el juicio verse sobre estimación de cantidad. Pueden incluirse en ese supuesto materias como la expropiación forzosa, la responsabilidad patrimonial. En cuanto a los actos discrecionales, la determinación de conceptos jurídicos indeterminados, la apreciación de la oportunidad técnica, las medidas para asegurar la protección ambiental o para obtener un mejor balance costo-ventaja en la ordenación del territorio, la planificación urbanística, etc., se ofrece una amplia gama de matices con posibilidades abiertas a la transacción y, por ende, a la conciliación. El mismo art. 77 incluye como materia de propuesta de acuerdo de las partes el reconoci-

**NO EXISTE REGULACIÓN
SUSTANTIVA DE LOS CRITERIOS
A SEGUIR DE ALTERNATIVAS
JURISDICCIONALES. LA
ÚNICA PREVISIÓN DE FONDO
ES QUE LA MATERIA DEL
JUICIO SEA SUSCEPTIBLE DE
TRANSACCIÓN**

miento de hechos o documentos, de lo que resulta la incorporación de un asunto extraño a la idea de conciliación.

5. La autorización administrativa para la conciliación

Ya hemos citado el art. 7 de la Ley 52/1997, que reduce los requisitos establecidos para la transacción y para el arbitraje para que el Abogado del Estado disponga de la acción procesal mediante desistimiento, allanamiento y apartamiento de las querellas. El art. 77 en estudio, aunque permite la conciliación en las materias susceptibles de transacción, no exige que los representantes de la Administración necesiten para el acuerdo los requisitos para transigir, sino tan sólo para disponer de la acción ¿Puede interpretarse que el artículo pretende hacer una remisión al art. 7 —y a los correspondientes de las otras Administraciones, en su caso— y con ella flexibilizar dichas autorizaciones? El art. 7 deja a salvo —“sin perjuicio”— lo dispuesto en leyes especiales, y no menciona la transacción. Esto hace pensar en que no elimina las condiciones de la autorización para transigir; pero, la expresión “disposición de la acción procesal” del párrafo segundo del art. 77.1 es coincidente con la que encabeza aquel art. 7 que es norma posterior. Este dato, unido al control de legalidad que se reserva al Juez o Tribunal nos inclina a estimar bastante la autorización precisa para disponer de la acción.

6. La reserva judicial del control de legalidad y de la protección del interés público o de terceros

La reserva judicial del control de legalidad y de la protección del interés público o de terceros pone el centro de gravedad de la conciliación dentro de la potestad jurisdiccional. Los arts. 117.3 y 106.1 de la Constitución realzan la exclusividad del control jurisdiccional, que llega incluso a la necesidad de que el órgano jurisdiccional homologue jurídicamente el acuerdo adoptado en conciliación.

Dicho acuerdo podrá gestarse sin que se suspenda el curso de las actuaciones “salvo que todas las partes personadas lo soliciten”, y no podrá producirse cuando ya el pleito haya sido declarado concluso para Sentencia.

El órgano jurisdiccional dictará auto declarando terminado el procedimiento siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo al interés público o de terceros. Estas expresiones últimas del art. 77 suscitan reflexiones importantes que tan sólo podemos apuntar aquí. Ante todo vuelve el adverbio “manifiestamente” de tanta tradición en la legislación administrativa —otrora anticipo de un principio de proporcionalidad—, que atribuye al Juez o Tribunal un amplio margen de apreciación, así como la comprobación de lesión al interés público o de terceros. Si las partes están conformes, estas previsiones refuerzan el principio inquisitivo de la potestad jurisdiccional. Nótese, además, que la prohibición general del art. 71.2 de la nueva LJCA de que los órganos jurisdiccionales puedan determinar el contenido discrecional de

los actos anulados (en la sentencia estimatoria), queda relativizada en este supuesto de la conciliación.

En definitiva la decisión última corresponde al Juez o Tribunal, que puede ser contradictoria con el acuerdo alcanzado por las partes entrando en unos amplios márgenes de apreciación. En este punto existe una coincidencia parcial con la reserva de control judicial en el supuesto de reconocimiento extrajudicial de las pretensiones en vía administrativa (art. 76), como ya apuntamos. En ambos casos el auto poniendo fin al procedimiento está condicionado a que la decisión o el acuerdo no infrinja manifiestamente el ordenamiento jurídico, es decir, al resultado de un previo control de legalidad. Pero en el acuerdo de conciliación el control se amplía a la comprobación de que no sea lesivo del interés público o de terceros, aspectos que afectan a la dimensión sustantiva del asunto y que deben ser interpretados restrictivamente. Es paradójico que se trate de supuestos en los que ya ha sido autorizado el representante de la Administración demandada para “disponer de la acción” por ser materia susceptible de transacción, o versar sobre estimación de cantidad, y que alcanzado el acuerdo, sin que en el mismo haya una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, pueda no aceptarlo el juzgador por considerarlo —¿según qué parámetros?— lesivo del interés público o de terceros. Estas dificultades pueden producir una elección a favor del reconocimiento extraprocésal de las pretensiones y llevarlo a conocimiento del órgano jurisdiccional, o, más sencillamente, presentar un escrito de desistimiento.

Es conveniente que en el acuerdo de poner fin a la controversia las partes fijen el plazo de ejecución a los efectos del art. 113 sobre la ejecución forzosa.

7. La ejecución forzosa del acuerdo de conciliación

La ejecución forzosa del acuerdo de conciliación viene regulada en forma concisa en el art. 113 de la nueva LJCA:

“Artículo 113: 1. Transcurrido el plazo de ejecución que se hubiere fijado en el acuerdo a que se refiere el artículo 77.3, cualquiera de las partes podrá instar su ejecución forzosa.
2. Si no se hubiere fijado plazo para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo, la parte perjudicada podrá requerir a la otra su cumplimiento y transcurridos dos meses podrá proceder a instar su ejecución forzosa.”

Al acuerdo de conciliación judicial se otorga la misma fuerza que a la sentencia a efectos de ejecución forzosa. Así, ya comprobamos, que lo destaca la Exposición de Motivos. En consecuencia si se produjese un acto contradictorio con el acuerdo no habría que reiniciar el procedimiento sino resolver el asunto en fase de ejecución forzosa.

El art. 113 distingue dos situaciones posibles, sin referirse a la hipótesis del acto revocatorio:

- a) Que el acuerdo fijara un plazo de ejecución y no se hubiera cumplido. Cualquiera de las partes podrá instar su ejecución forzosa.

- b) Que el acuerdo no hubiera fijado plazo para el cumplimiento de las obligaciones contraídas. La parte perjudicada podrá entonces requerir a la otra su cumplimiento y transcurridos dos meses podrá instar la ejecución forzosa.

Esta hipótesis presenta lagunas, sobre todo en cuanto a la falta de previsión sobre la suspensión de la ejecución de los actos contradictorios con el acuerdo de conciliación.

II. LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO

Las normas específicas que contemplan la posibilidad de aplicar el arbitraje en conflictos administrativos necesitan el complemento de una regulación general del arbitraje administrativo. En la nueva LJCA no existe, como hemos ya notado, una referencia al arbitraje. Las dificultades derivadas de los arts. 106.1 y 117 de la Constitución podrían paliarse insertando la propuesta de someter a arbitraje la controversia en el mismo proceso contencioso-administrativo. En esta línea consideramos conveniente la introducción de un cuarto párrafo en el art. 77 con el siguiente contenido:

“4. Del mismo modo, el Juez o Tribunal podrá resolver, a instancia de todas las partes personadas, la procedencia de someter a arbitraje la controversia sobre las expresadas materias, fijando el plazo máximo para la emisión del laudo y suspendiendo el curso de las actuaciones si fuere contradictoria su continuación.

Si el laudo no es impugnado el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento. Si el laudo fuera impugnado por causa de nulidad por algunas de las partes, el Juez o Tribunal decidirá sobre la validez del mismo, y si lo declara nulo, reanudará la continuación del procedimiento. Cuando existan otras cuestiones en el litigio distintas a las sometidas a arbitraje, se reanudará el procedimiento quedando a la resolución judicial definitiva la incorporación del laudo al conjunto de aquélla.”

Esta norma procesal no sería suficiente para cubrir la laguna de nuestro ordenamiento sobre el arbitraje administrativo. Es necesaria una regulación concreta del mismo que sirva para dar cauce a las diversas normas que remiten a esa fórmula de heterocomposición no jurisdiccional de conflictos administrativos compatibles con ella. La Ley de Arbitraje de 1988 no es, sin más, suficiente para el administrativo, aunque pudiera ser supletoria de una ley especial reguladora del mismo.

Esa regulación tendría que delimitar no sólo los supuestos posibles sino los criterios generales para aplicarlos en cada caso y decidir la procedencia del arbitraje administrativo como “control arbitral de las Administraciones Públicas”. Especial atención merecerían en esa ley la aplicación de la fórmula en las controversias interadministrativas, y el estatuto del árbitro. No debería bastar para actuar como tal ser Abogado en ejercicio, sino reunir unos méritos acreditativos de su cualificación por la especialización en Derecho Administrativo y la experiencia en su aplicación.

Actualmente existe una aportación doctrinal –en trabajos recientes– suficiente para la elaboración de un buen proyecto de ley especial de arbitraje administrativo, que puede ser también enriquecido con la práctica creciente en diversas instituciones.

Mientras tanto cabe pensar en la posibilidad de que el acuerdo adoptado en la conciliación regulada en el art. 77 sea fruto del nombramiento de un árbitro para obtener la cobertura del *nihil obstat* judicial y de la ejecución forzosa. Concretamente para los casos legalmente previstos (p.e. contratos administrativos, litigios interadministrativos) no creemos que existan impedimentos, aunque estaría muy dificultado el desarrollo práctico de la función arbitral.

En todo caso el arbitraje administrativo como un **equivalente jurisdiccional** absoluto no reuniría las garantías y coherencias que le prestaría su inserción en el proceso en la modalidad expuesta en el texto propuesto.

CONCLUSIÓN

La nueva LJCA no responde en la medida necesaria al difícil reto de agilizar la tramitación de los procesos mediante alternativas o equivalentes jurisdiccionales. Incorpora una posible conciliación intraprocesal sometiendo el acuerdo a un extenso y difícil control judicial y manteniendo unos presupuestos indeterminados (materias susceptibles de transacción, tipo de autorización necesaria). La LJCA no se refiere al arbitraje a pesar de estar prevista su posibilidad en algunas leyes sustantivas.

La situación de atrasos en los Tribunales Contencioso-Administrativos necesita la adopción de medidas especiales, aunque tan sólo fueran coyunturales. No parece que sea suficiente la inquietante puesta en marcha de los Juzgados para reducir la duración de los procesos y restablecer la calidad de la jurisprudencia. Una de esas medidas creemos que podría ser la regulación del arbitraje administrativo aprovechando los excelentes materiales ofrecidos por la doctrina en los últimos años.

Hubiera sido conveniente, al menos, en tanto se elabora la ley especial necesaria, la inserción en la LJCA de una previsión del sometimiento a arbitraje en los mismos casos de la regulada conciliación judicial intraprocesal.

**AL ACUERDO DE CONCILIACIÓN
SE LE OTORGA LA MISMA
FUERZA QUE A LA
SENTENCIA A EFECTOS DE
EJECUCIÓN FORZOSA**

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Para completar las referencias que se hacen en el texto sobre el avance en la doctrina en el estudio del arbitraje en controversias administrativas, nos remitimos a los siguientes trabajos:

TORNOS MAS, J. “El arbitraje en Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura jurídica”, en *Tribunal Arbitral de Barcelona*, Butlletí, núm.6, 1989.

– “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, núm.136, 1995.

ROSA MORENO, J. *El arbitraje administrativo*, Madrid, 1997.

TRAYTER, J.M. “El arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm.143, 1997.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. “La transacción en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm.145, 1998.

JORNADAS de Catedráticos y Profesores de Derecho Administrativo celebradas en Sevilla en febrero de 1998, sobre “Arbitraje Administrativo”. (En prensa)

El sistema de recursos establecido en la LJCA, respecto de las sentencias dictadas por los TTSJ en cuya fundamentación sea determinante el Derecho de las CCAA

IGNACIO LÓPEZ CÁRCAMO

Letrado del Gobierno Vasco

Sumario:

I. Introducción. II. Relevancia del art. 24.1 de la Constitución en la interpretación del sistema legal de recursos jurisdiccionales: doctrina del TC sobre el contenido del Derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los recursos y traslación de esa doctrina a la tarea de los jueces y tribunales. 1. Doctrina del TC. 2. Traslación de la doctrina del TC a la tarea judicial de aplicación de las normas reguladoras de los recursos. **III. Recurso de casación.** 1. Planteamiento general. 2. Presupuesto específico del artículo 86.4. A) Orientación interpretativa general. B) Modificaciones introducidas en el art. 86.4. C) Juicio de relevancia propiamente dicho. D) Requisito formal previsto en el artículo 89.2 de la Ley 29/1998. **IV. Recurso de casación para la unificación de doctrina en relación con el Derecho autonómico.** 1. Artículo 99 de la Ley 29/1998. 2. Modificaciones introducidas por la Ley 29/1998, en la regulación del recurso de casación para la unificación de doctrina. **V. Recurso de casación en interés de Ley en relación con el Derecho autonómico.** 1. Artículo 101 de la Ley 29/1998. 2. Modificaciones introducidas por la Ley 29/1998 en el recurso de casación en interés de Ley. A) Modificación relativa a la legitimación. B) Otras modificaciones.

I. INTRODUCCIÓN

Como ya deja entrever su título, el objeto del presente trabajo no es el estudio del sistema de recursos establecido en la Ley 29/1998. Su propósito es más limitado: Se trata de analizar las peculiaridades de dicho sistema derivadas de la presencia del Derecho de las Comunidades Autónomas¹ en la *ratio decidendi* de las sentencias eventualmente impugnables.

En consecuencia, no estudiaré el recurso de apelación, pues no presenta ese tipo de peculiaridades. Respecto del recurso de casación, únicamente me ocuparé de la norma que introduce la peculiaridad (art. 86.4). Y haré un análisis detenido de las modalidades, llamémoslas autonómicas para entendernos, del recurso de casación para la unificación de doctrina (art. 99) y del recurso de casación en interés de Ley (art. 101).

El estudio que voy a acometer no busca construir teorías acabadas, sino, más bien, localizar problemas interpretativos y reflexionar brevemente sobre sus causas y sus posibles soluciones. No tiene este trabajo vocación ni fuerza para alcanzar destinos hermenéuticos; su virtualidad, si al final tiene alguna, será la de aportar puntos de partida y abrir alguna vía para el largo y amplio debate jurídico que necesariamente seguirá al nacimiento de la Ley 29/1998. Y, por eso, porque es sólo alentar el debate lo que pretendo, tomaré ciertos riesgos y, así, intentando no rebasar los límites de la mínima prudencia jurídica, iniciaré caminos interpretativos aun a sabiendas de su difícil tránsito, pues bueno es, cuando se busca y se debate, plantear cuestiones en principio rechazables con el fin de rechazarlas (o que otros las rechacen) y andar todas las sendas que se descubran a poco que permitan entrar al razonamiento jurídico.

Como se trata de analizar problemas de interpretación de normas que regulan recursos jurisdiccionales, hay un paso previo que dar, y éste es la determinación de la influencia interpretativa del derecho a la tutela judicial efectiva, paso que conduce derechamente al estudio de la doctrina del TC sobre el alcance de dicho derecho en relación con los recursos y de la aplicabilidad de la misma a la tarea interpretativa de los Jueces y Tribunales. Es dicho estudio sumamente interesante y ciertamente importante para la referida labor hermenéutica, pero lo abordaré, en este momento, con brevedad, a fin de no demorar el encuentro con el texto de la Ley 29/1998, que es el objeto principal de este trabajo.

(1) A lo largo del texto, me referiré, como término equivalente, al Derecho autonómico.

II. RELEVANCIA DEL ARTÍCULO 24.1 DE LA CONSTITUCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DEL SISTEMA LEGAL DE RECURSOS JURISDICCIONALES: DOCTRINA DEL TC SOBRE EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN RELACIÓN CON LOS RECURSOS Y TRASLACIÓN DE ESA DOCTRINA A LA TAREA DE LOS JUECES Y TRIBUNALES

1. Doctrina del TC

En apretado resumen y sucinta glosa, se puede decir lo siguiente de la doctrina del TC sobre el artículo 24.1 de la Constitución, en relación con los recursos jurisdiccionales (queda fuera de la exposición lo relativo al derecho procesal penal, respecto del que el TC configura una excepción a su doctrina general, la cual no procede analizar en este momento):

El derecho a la tutela judicial se agota en un primer pronunciamiento judicial sobre las pretensiones de las partes (ello, por lo que aquí interesa y al margen de otros contenidos o aspectos accesorios); lo que significa que no incluye el derecho a la existencia de recursos.

No obstante, establecido en la Ley un recurso jurisdiccional, la denegación del acceso al mismo, a través de decisiones de inadmisión, es impugnabile en amparo con fundamento en el merecido derecho constitucional, si bien el alcance del control del TC sobre la aplicación judicial de las normas legales que regulan las causas de inadmisibilidad, se limita a verificar la razonabilidad que da a la resolución de inadmisión el carácter de decisión judicial fundada en Derecho, no entrando en juego, por ende, en dicho control constitucional, el denominado principio *pro actione*, que sí entra en juego en la fiscalización por el TC de las resoluciones judiciales de inadmisión dictadas en la instancia, y que significa que el TC debe comprobar, por un lado, si la aplicación judicial de la Ley, amén de razonable, es proporcionada, en el sentido de que la decisión de inadmisión se cohonesto con la importancia del

EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL SE AGOTA, AL MARGEN OTROS ASPECTOS, EN UN PRIMER PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL SOBRE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES

fin de la norma procesal aplicada y con el grado de frustración de ese fin que el caso presente, y, por otro lado, si existe otra interpretación posible favorable a la prosecución del proceso hasta la decisión de fondo².

Según el TC, el derecho a la tutela judicial efectiva, amén de su contenido prestacional (la respuesta judicial fundada en Derecho), tiene otro sustantivo, que aquél llama contenido normal, consistente en que esa respuesta judicial lo sea sobre el fondo, es decir, que resuelva el conflicto jurídico en virtud de las normas sustantivas que regulan los derechos e intereses traídos al pleito.

Ese contenido normal es la causa del meritado principio *pro actione*, éste encuentra su explicación y su esencia en la garantía de aquél, y de ello se deduce que, al negar el TC dicho principio respecto de la vía de recurso, está estableciendo que el derecho legal al recurso no tiene ese contenido normal, o dicho de otro modo, que, cuando la Ley establece un recurso, incorpora una nueva prestación jurisdiccional al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, pero no traslada a esta nueva prestación el contenido sustantivo (contenido normal), que es característica exclusiva de la primera prestación jurisdiccional en que consiste el contenido constitucional esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

De esta doctrina del TC se desprenden tres importantes consecuencias:

- a) Que el legislador es libre para establecer o no recursos.
- b) Que, si decide establecerlos, no está condicionado por la garantía del contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva, al contrario que al configurar el acceso inicial a la tutela judicial.
- c) Y que la aplicación judicial del sistema legal de recursos únicamente vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando desborda el cauce de lo razonable, de tal manera que deja de ser decisión judicial fundada en Derecho. Las aplicaciones erróneas por formalistas y las que no atiendan a la interpretación más favorable a la consecución de la resolución de fondo no tienen esa relevancia constitucional.

(2) SSTC 37/1995, 58/1995, 39/1998, 119/1998, 162/1998 y 168/1998, por citar algunas de las muchas existentes.

El Magistrado Vega Benayas realizó un voto particular a las dos primeras sentencias citadas, propugnando la aplicabilidad del principio *pro actione* en la vía de recurso, en los mismos términos que en el acceso inicial a la jurisdicción; pero esta tesis no ha tenido reflejo en las sentencias posteriores.

Debe tenerse en cuenta que en algunas sentencias, como por ejemplo las dos últimas citadas, el TC incluye en el control constitucional de la aplicación judicial de las normas sobre los recursos, la comprobación de la ausencia de rigorismo formal desproporcionado con la finalidad de la norma procesal y con la gravedad del defecto formal apreciado; lo que, en principio, significa que algo queda del principio *pro actione* en la fase de recurso y dota de sentido a la afirmación, hecha en algunas sentencias del TC, de que dicho principio sigue operando, aunque con menos intensidad, en dicha fase.

Pero también debe considerarse que las sentencias en la que el TC hace ese alargamiento de su facultad de control versan sobre casos límite, en los que el rigorismo formal y la desproporción son de tal envergadura que puede decirse que se trata de resoluciones judiciales arbitrarias; lo cual permite sostener que aquel alargamiento es sólo apariencia, pues lo que, en realidad, el TC reprocha a la resolución judicial no es la vulneración del principio *pro actione*, en su eventual dimensión rebajada de la fase de recurso, sino la vulneración del derecho a la fundamentación en Derecho de las resoluciones judiciales.

Esta doctrina del TC puede ponerse en cuestión cuando el pronunciamiento judicial de instancia sea de inadmisión, pues, en tal caso, se produce una limitación del contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva (las normas procesales que determinan la inadmisión son límites a dicho contenido), y resulta, cuando menos, prudente establecer la posibilidad de controlar judicialmente las decisiones que manifiestan tal limitación, a fin de comprobar si responden o no a una interpretación de la legalidad conforme con aquel derecho fundamental. Y así, se puede sostener, razonablemente, la tesis de que del art. 24.1 de la Constitución se deriva el derecho al recurso frente a las resoluciones judiciales de inadmisión en la instancia o, al menos, la tesis de que, tratándose de tales resoluciones, el referido precepto constitucional exige una interpretación de los recursos introducidos por vía legal favorable a la consecución de la resolución de fondo³.

2. Traslación de la doctrina del TC a la tarea judicial de aplicación de las normas reguladoras de los recursos

Los Tribunales están vinculados a la referida doctrina del TC cuando usan el derecho a la tutela judicial efectiva como criterio en la interpretación de la legalidad procesal (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); y, por ello, les queda vedado fundamentar en dicho derecho un entendimiento de las normas reguladoras de los recursos favorable a la consecución de la resolución de fondo. Pueden hacer una interpretación apoyada en el principio *pro actione*, pero viéndolo, no como una derivación o exigencia del art. 24.1 de la Constitución, sino como un criterio hermenéutico más, que, por lo tanto, no puede imponerse, en abstracto, a otros, so pretexto de su respaldo o fuerza constitucional. (Esta afirmación puede matizarse si se atiende a la reflexión expresada en el último párrafo del apartado precedente).

Hay que cuidar que el principio *pro actione* no desvirtúe las legítimas opciones del legislador, que, como queda dicho, al establecer el sistema de recursos, no está limitado por el derecho a la tutela judicial, ni por su contenido prestacional ni por su contenido normal, por lo que puede atender a fines distintos de la protección del *ius litigatoris* y fijar las causas de inadmisión que mejor respondan a su intención. Y, para ello, es preciso excluir claramente cualquier intento de relacionar aquel principio con el derecho a la tutela judicial efectiva, a fin de negarle la fuerza que podría nacer de dicha relación.

Por último, conviene señalar, en la misma línea hermenéutica de respeto por la libertad de configuración legislativa del sistema de recursos, que deben rechazarse las operaciones interpretativas fundadas exclusiva o primordialmente en la caracterización dogmática de un determinado tipo de recurso. Los orígenes históricos de un recurso, sus finalidades primigenias, la elaboración teórica desarrollada sobre él a lo largo del tiempo no pueden ser sino criterios secundarios, meros auxiliares del criterio que realmente cuenta, que es el del respeto por la configuración legislativa actual del recurso de que se trate.

(3) La Ley 29/1998 parece responder a esta tesis, al regular el recurso de apelación [art. 81.2.a)]; sin embargo, no hace otro tanto al regular el recurso de casación (art. 86), habiendo habido oportunidad para ello, pues el Grupo de Senadores Nacionalistas Vascos presentó una enmienda en ese sentido que fue rechazada (enmienda núm. 51. BOCG-Senado, de 6 de mayo de 1998).

III. RECURSO DE CASACIÓN

1. Planteamiento general

Dado el tema de este trabajo, lo que interesa es el estudio del art. 86.4 de la Ley 29/1998.

El sobredicho artículo, tal y como lo hacía el 93.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la versión dada por la Ley 10/1992 (en adelante Ley 10/1992), pero con importantísimas modificaciones que iré estudiando, construye una regla específica para el recurso de casación frente a sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia (en adelante TTSJ), una regla que introduce un presupuesto de acceso a la casación añadido a los que, con carácter general (tanto para esas sentencias como para las de la Audiencia Nacional), se desprenden de los apartados precedentes del artículo. Tal presupuesto consiste en que el recurso “pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o comunitario que sea relevante y determinante del fallo, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora”.

Es en este presupuesto específico y añadido en el que centraré la reflexión, no sin antes referirme brevemente a dos modificaciones que el artículo comentado incorpora en relación con el 93.4 de la Ley 10/1992.

La primera se refiere a la expresión del carácter de añadido específico que tiene la regla. Con la redacción que da la Ley 29/1998 [“Las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes (...)”] queda más claro ese carácter. La remisión que hace el precepto nos enseña con precisión que, para que entre en juego el presupuesto específico, la sentencia debe pasar el filtro de casabilidad que se desprende de los tres apartados anteriores, esto es: debe ser casable en razón de haber sido dictada en única instancia y de incluirse en la regla material general del apartado 1 o en las contraexcepciones parciales reguladas en el apartado 2 o en la contraexcepción general del apartado 3, contraexcepción esta de suma importancia que no quedaba incluida expresamente en el art. 93.4 de la Ley 10/1992.

Y la segunda modificación consiste en la eliminación del condicionante de que la sentencia se refiera a actos o disposiciones de la Comunidad Autónoma, eliminación acertada, en cuanto tal condicionante daba pie a la inaplicación del presupuesto específico a las sentencias que, aun decidiendo cuestiones exclusivamente de Derecho autonómico, se hayan dictado sobre actos de las Entidades locales o de la Administración del Estado; lo cual es palmariamente contrario al sentido y finalidad de la norma, según ya ha advertido el TS en alguna ocasión (ATS de 10 de marzo de 1998. Ar. 2949/1998).

2. Presupuesto específico del artículo 86.4

A) Orientación interpretativa general

Pasando ya al análisis del presupuesto específico de referencia, conviene, en primer lugar, fijar un criterio general hermenéutico, atendiendo a lo establecido en el epígrafe II de este trabajo⁴:

Según queda dicho, el principio *pro actione* no puede prevalecer, en abstracto, sobre la finalidad de la norma procesal, pues esto sería tanto como desvirtuar la libertad del legislador en la configuración de los recursos y no hay fundamento constitucional para ello, porque el art. 24.1 no incluye el derecho a los recursos.

Por otro lado, debe recordarse que, en este caso, el presupuesto legal pretende la eficacia de normas del bloque de la constitucionalidad: artículos 123.1 y 152.1, párrafo segundo de la Constitución y los preceptos concordantes de los Estatutos de Autonomía; lo cual refuerza el aserto que precede.

Lo dicho lleva a rechazar una eventual línea interpretativa favorecedora del acceso al TS, fundada en el argumento de la posición de desventaja de los conflictos jurídicos decididos por los TTSJ y regidos por el Derecho autonómico, respecto de los regulados por el Derecho estatal o comunitario, en lo tocante a la posibilidad de una segunda resolución judicial; línea esta que no puede encontrar apoyo en el art. 24.1 CE y que supone un uso del principio *pro actione* claramente contradictorio con la finalidad de la norma⁵.

Considerando la relevancia constitucional del fin del presu-

**LA LEY BUSCA QUE LA
INTERPRETACIÓN JUDICIAL
DEL DERECHO AUTONÓMICO
ACABE EN LOS TTSJ, QUE
SÓLO ÉSTOS HAGAN LA
JURISPRUDENCIA RELATIVA
A ESTE DERECHO**

(4) El estudio tiene como punto de referencia las sentencias de los TTSJ, pues, respecto de los autos, el presupuesto del art. 86.4 no será óbice para la viabilidad del recurso, ya que los autos susceptibles de casación, según la regla general (art. 87), versan sobre asuntos en que es imprescindible la aplicación del Derecho procesal del Estado con carácter relevante y determinante.

Alguien podría argumentar que la remisión que hace el art. 87.1 a “los mismos supuestos previstos en el artículo anterior”, impide la casación de los autos si la sentencia que se dictase no tuviera fundamento determinante en el derecho estatal. Sin embargo, a mi modo de ver, debe rechazarse tal argumento, primero y principalmente, porque aplicaciones tan importantes de la norma procesal estatal no pueden hurtarse a la función nomofiláctica y jurisprudencial del Tribunal Supremo, so pretexto de que la norma sustantiva aplicable al fondo del asunto sea autonómica, y, segundo y a mayor abundamiento, porque, como advierte el ATS de 17 de diciembre de 1992, en los supuestos de las letras a) y b) del art. 87, se está en una fase procesal o ante una decisión en que el fundamento de la sentencia es desconocido.

(5) Debe señalarse que lo argumentado en la parte inicial de este trabajo acerca del principio *pro actione* y su aplicación en relación con la interpretación de los recursos contra pronunciamientos de inadmisión en la instancia no tiene juego aquí, puesto que dichos pronunciamientos se fundarán, por regla general, en normas procesales estatales y no habrá problema alguno en la superación del presupuesto legal de que se trata.

puesto legal, puede sostenerse que el criterio teleológico es criterio principal en la interpretación del precepto. Y, por ello, conviene reflexionar sobre dicho fin e intentar precisarlo.

El precepto se orienta a la plasmación, en lo tocante a la fuente complementaria del Derecho que es la jurisprudencia, del sistema constitucional de reparto territorial del poder y la consiguiente existencia constitucional de varios Ordenamientos: el estatal y los autonómicos. Su fin tiene, en consecuencia, dos dimensiones contrapuestas aunque complementarias: La norma busca, por un lado, que la interpretación judicial del Derecho autonómico acabe en los TTSJ, que sean éstos y sólo éstos los que hagan la jurisprudencia relativa a ese Derecho⁶. Pero, por otro lado, pretende evitar que, apurando dicha búsqueda, se lesione la posición del TS como intérprete último del Derecho común del Estado, único Tribunal facultado para crear la jurisprudencia relativa a ese Derecho. En definitiva, la norma persigue “repartir”⁷ la facultad de hacer jurisprudencia atendiendo a la misma clave constitucional que distribuye el poder normativo. Y, así, pretende impedir que los conflictos jurídicos regidos por el Derecho autonómico lleguen al TS, pero también pretende facilitar que terminen en éste aquellos conflictos jurídicos en cuya resolución intervenga de forma determinante el Derecho común del Estado, de tal manera que de tal resolución y de otras similares pueda derivarse jurisprudencia sobre dicho Derecho.

Establecida ya una orientación interpretativa general, es hora de analizar el texto del meritado presupuesto específico de acceso a la casación, y lo haré centrándome en las modificaciones que introduce el art. 86.4 de la Ley 29/1998 respecto del art. 93.4 de la Ley 10/1992.

B) Modificaciones introducidas en el art. 86.4

A) Mientras en el art. 93.4 de la Ley 10/1992 se usaba una fórmula general para identificar las normas en cuya infracción podría fundarse la casación: “normas no emanadas de los órganos de aquéllas” (las Comunidades Autónomas), en el art. 86.4 de la Ley 29/1998 se utiliza una fórmula concreta: “normas de Derecho estatal o comunitario”.

A primera vista, puede parecer que estamos ante una limitación de lo que puede llegar al TS; pero no es así, pues si bien se mira se descubre que lo que no es Derecho autonómico y puede ser aplicado por los Tribunales es Derecho Estatal (en el que se incluyen los Tratados internacionales) y Derecho comunitario. Por lo tanto, se viene a decir lo mismo, aunque ahora con mayor precisión.

(6) Debe reinterpretarse en este sentido el art. 1.6 del Código Civil.

(7) El entrecorillado del verbo repartir quiere significar que no se trata de un auténtico reparto de competencias jurisdiccionales consustancial a la distribución territorial del poder político, pues el carácter unitario del Poder judicial impide una operación de esa naturaleza.

Con respecto al Derecho comunitario, se puede plantear la siguiente cuestión:

Si lo que se pretende es trasladar a la facultad de creación jurisprudencial, en cuanto facultad de creación complementadora de Derecho que es, la lógica del sistema constitucional de distribución del poder normativo entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ¿por qué no se deja también en el ámbito jurisdiccional de los TTSJ la interpretación última del Derecho comunitario dictado en materias de la competencia de las Comunidades Autónomas, respetando así una de las reglas fundamentales de aquel sistema, cual es que las relaciones competenciales Estado-Comunidades Autónomas derivadas del bloque de constitucionalidad no resultan modificadas por la integración en la Comunidad Europea?

Enuncio aquí esta cuestión para apurar el ámbito de debate sobre las posibilidades hermenéuticas que presenta el precepto analizado; pero estimo que tanto el texto constitucional como dicho precepto ponen fuertes trabas a una eventual interpretación que fundamentara la referida atribución a los TTSJ.

En efecto, según la Constitución, el poder judicial es único, el reparto territorial del poder no le afecta, y, por lo tanto, la distribución constitucional de las competencias normativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas no puede imponer nada a la determinación de los ámbitos jurisdiccionales del TS y de los TTSJ, ni puede considerarse fin del artículo meritado un reparto de la función jurisdiccional en los mismos términos en que está repartida la potestad normativa en el bloque de constitucionalidad. Éste y la existencia de distintos Ordenamientos jurídicos que de él se deriva son, simplemente, un punto de partida, un criterio orientador de la determinación de ámbitos jurisdiccionales, y, siguiendo ese criterio, el legislador ha dejado claro en el texto del art. 86.4 de la Ley 29/1998 (más claro que en el art. 93.4 de la Ley 10/1992) que la interpretación judicial interna del Derecho comunitario debe acabar en el TS.

B) La segunda y última de las modificaciones introducidas por la Ley 29/1998 en el presupuesto de que vengo tratando, es la exigencia de que las normas en cuya infracción se pretenda fundar el recurso de casación hayan sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

Este añadido tiene dos importantes virtualidades:

1) Es la primera precisar el alcance del requisito de la relevancia que establece el precepto.

Con la nueva Ley el requisito de la relevancia presenta dos aspectos: Uno, que se puede llamar presupuesto de la relevancia, consistente en que la norma o normas en cuya infracción se pretende fundar la casación hayan sido invocadas por las partes en el proceso de instancia o consideradas en la sentencia impugnada; y otro, que se puede denominar relación de relevancia, consistente en la incidencia determinante de la infracción de esas normas en el fallo de aquélla, y cuyo control sería el juicio de relevancia propia-

mente dicho.

La introducción legal de lo que he llamado presupuesto de la relevancia responde a una jurisprudencia ya existente cuya tesis, en resumen, es la siguiente:

La Ley 10/1992 y la Ley 29/1998 establecen la relación de relevancia entre la infracción que pretende ser fundamento de la casación y el fallo de la sentencia impugnada; y, dados esos términos de la relación de relevancia, es una necesidad lógica que la norma a que se refiera tal infracción haya sido invocada en el proceso de instancia o considerada en la sentencia, pues, si no se da ninguna de estas dos circunstancias, si la norma aparece por primera vez en el fundamento del recurso de casación, no puede decirse que la infracción de la misma ha sido determinante del fallo de aquélla, ni siquiera puede decirse que haya habido infracción, ya que dicha norma no ha formado ni ha podido formar parte de la *ratio decidendi*. El presupuesto legal no consiste en que la infracción en que pretende fundarse el recurso de casación pueda determinar el sentido del conflicto jurídico considerado en abstracto, sino en que tal infracción puede cambiar la resolución del conflicto jurídico concreto, esto es, el definido por los términos del debate de la instancia.

Según esta doctrina, quedarían fuera de la casación casos como este: El Tribunal de instancia no aplica un precepto de una Ley estatal que es aplicable con carácter determinante a los hechos que configuran el conflicto jurídico que le han planteado las partes, precepto que las partes no han citado y que tampoco ha considerado aquél y que, posteriormente, una de las partes cita, sin variar en nada los hechos y las pretensiones de la instancia, como fundamento del recurso de casación.

Es decir, quedarían fuera de la casación las inaplicaciones inadvertidas de normas estatales relevantes. Pero resulta que la inaplicación, aunque sea inadvertida, del precepto estatal es infracción del mismo y el principio *iura novit curia* impide negar esto sobre la base de que las partes no han citado dicho precepto.

Por otro lado, no parece que la naturaleza y función de la casación obligue a establecer un límite a su acceso como el que me ocupa. No se trata de cuestiones nuevas, esto es, de motivos o pretensiones distintas de las de la instancia, sino, simplemente, de la alegación de un precepto aplicable al conflicto jurídico tal y como se configuró ante el Tribunal *a quo*. Y, además, dicho límite no sólo no sirve a la dimensión de la casación consistente en la protección del *ius litigatoris*, sino que merma la otra dimensión consistente en la protección del Derecho y en la unificación de los criterios aplicativos de los Tribunales, pues esta dimensión no debe limitarse a la corrección de doctrinas expresas erróneas, alcanzando a la corrección de omisiones inadvertidas de la normativa aplicable, aserto este que cobra más fuerza cuando se trate de omisiones de normas cuya aplicación al caso es notoria, por ejemplo, porque existe una jurisprudencia unánime al respecto.

Esta breve reflexión que precede no pretende fundar la tesis de la eliminación del añadido de referencia, ni revolucionar la jurisprudencia sobre la casación; pero, tal vez, pueda

ayudar a configurar una línea interpretativa flexible del concepto “consideradas por la Sala sentenciadora”, en el sentido de no exigir el descarte expreso por el Tribunal *a quo* de la norma no aplicada y entender suficiente una deducción fundada en los argumentos de la sentencia y en otras circunstancias como, por ejemplo, las alegaciones de las partes y los fundamentos de sentencias dictadas en otros procesos precedentes similares, o la notoriedad de la aplicabilidad de la norma no autonómica omitida.

2) La otra virtualidad del añadido que vengo analizando consiste en posibilitar la casación en los casos en que la sentencia se funde en Derecho estatal o comunitario, aunque éste no fuera alegado por las partes en el proceso.

La STS de 24 de enero de 1996 (Ar. 589/1996), que aplicaba el art. 93.4 de la Ley 10/1992, iba por un camino opuesto, si bien que con la disidencia de tres votos particulares⁸; pero, a mi parecer, el texto del art. 86.4 de la Ley 29/1998 no deja lugar a la duda. El mismo enuncia una alternativa: “invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora”, lo que significa que es suficiente cualquiera de las dos opciones para cumplir el requisito legal.

Hasta aquí el análisis del significado de las modificaciones que el art. 86.4 de la Ley 29/1998 introduce en relación con lo que he denominado precedentemente presupuesto de la relevancia. A continuación y para terminar esta parte del estudio, realizaré unas breves reflexiones sobre el contenido del juicio de relevancia propiamente dicho y sobre el requisito formal consistente en la expresión del mismo en el escrito de preparación del recurso.

C) Juicio de relevancia propiamente dicho

Es conveniente tomar como punto de partida la lúcida tesis del Voto Particular formulado a la STS de 24 de enero de 1996 por el Magistrado D. Ramón Fernández Montalvo, tesis que propugna el uso, como criterio interpretativo, de la doctrina del TC sobre el juicio de relevancia propio de la cuestión de inconstitucionalidad y que llama a la razonabilidad en la apre-

**EL JUICIO DE RELEVANCIA,
PREVIO AL CASACIONAL,
CONSISTE EN LA
COMPROBACIÓN DE QUE LA
INFRACCIÓN ALEGADA HA
SIDO DETERMINANTE DEL
FALLO**

(8) La STS citada es recurrida en amparo ante el TC, y éste desestima el recurso en su Sentencia 119/1998, de 4 de junio, pero sin entrar en el núcleo de la cuestión, pues, aplicando su doctrina sobre la inoperancia del principio *pro actione* en el control constitucional de la aplicación judicial de las normas procesales reguladoras de los recursos jurisdiccionales, se limita a considerar como no arbitraria la interpretación de la mayoría del TS.

ciación de la relevancia.

Siguiendo esa sabia llamada a la razonabilidad, creo que se puede sostener lo siguiente:

1. El juicio de relevancia no es control sobre la existencia de la infracción del Derecho estatal o comunitario en que se funda el recurso de casación, pues tal control es lo propio del juicio casacional *strictu sensu*. El juicio de relevancia es un control previo a éste y consiste en la comprobación de que tal infracción ha sido determinante del fallo de la sentencia impugnada, o, lo que es lo mismo, que la eventual apreciación de la existencia de dicha infracción en el posterior juicio casacional, conllevaría la modificación del fallo en el sentido pretendido por el recurrente. Considerando los supuestos posibles de infracción, se puede decir que con el juicio de relevancia se trata de verificar si procedería, en su caso, estimar el recurso en virtud de la aplicación de la norma estatal o comunitaria omitida en la sentencia de instancia, o en virtud de la inaplicación de la norma estatal o comunitaria aplicada en dicha sentencia, o en virtud de la corrección de la interpretación de la norma estatal o comunitaria realizada por el Tribunal *a quo*.

En definitiva, la relación de relevancia, cuya existencia se comprueba en el juicio de relevancia, significa que no es suficiente para abrir la puerta del recurso de casación con que la norma estatal o comunitaria que se entiende infringida (por aplicación indebida, por omisión indebida o por interpretación incorrecta) haya estado presente en el debate jurídico del proceso de instancia (presupuesto de la relevancia), sino que es preciso, también, que esa norma, su aplicación, su inaplicación o la interpretación que de ella haya hecho el Tribunal de instancia, haya sido determinante del fallo.

Es necesario matizar que, cuando la infracción alegada en el recurso consista en la incorrecta interpretación de una norma estatal o comunitaria, no basta, para concluir positivamente el juicio de relevancia, con la verificación de que la sentencia impugnada se ha fundado en la interpretación que se reputa incorrecta por el recurrente, sino que es preciso, además, que la interpretación que sostiene el recurrente como correcta sea determinante de la resolución del caso.

2. Ese control que es el juicio de relevancia no puede exigir la certeza. Con palabras del referido voto particular, puede decirse que basta para pasar ese control con la constatación de “la razonable incidencia que la infracción invocada ha tenido en el pronunciamiento judicial de instancia”.

3. La realización adecuada del juicio de relevancia, conforme con la finalidad del precepto a que anteriormente he hecho referencia, debe resolver los supuestos muy frecuentes en los que, habiéndose considerado en el proceso de instancia tanto normas estatales o comunitarias como autonómicas, el recurso de casación se funde en la infracción de aquéllas o en la infracción de ambas. Veamos cuál puede ser esa realización adecuada, por referencia a varios tipos de dichos supuestos, los que entiendo más significativos:

a) En el proceso de instancia se tiene en cuenta (las partes lo alegaron, el Tribunal lo consideró, o ambas cosas) junto con una norma autonómica, una norma constitucional, y el recurso de casación se funda en la infracción de esa norma constitucional. Tipo de supuesto este que, a su vez, puede dividirse en dos, según que la norma autonómica sea una Ley o un reglamento.

a.I) Si es una Ley, a mi modo de ver, únicamente debería ser positivo el juicio de relevancia cuando la norma constitucional se alegue en cuanto determinante de la inconstitucionalidad de la Ley autonómica aplicada o de la interpretación concreta de ella realizada, mereciendo un juicio de relevancia negativo todos los casos en que la norma constitucional se presente de manera compatible con la norma autonómica, como su inspiración, su complemento o su clave interpretativa.

En el primer caso, sí hay una cuestión constitucional determinante, pues el recurso se funda en que la Ley autonómica sustentadora de la sentencia impugnada no debió aplicarse por inconstitucional, o en que debió aplicarse de otra forma, porque la interpretación llevada a cabo por el Tribunal *a quo* es inconstitucional; pero no así en los otros, en los cuales el recurso no se funda realmente en la infracción de una norma constitucional que haya sido determinante del fallo, sino que se funda en la infracción de la Ley autonómica aplicada, infracción consistente en que tal norma no ha sido interpretada en el sentido que auspicia (no al que obliga) la norma constitucional alegada. Un ejemplo frecuente de estos supuestos en que no se supera el juicio de relevancia se da por relación a Leyes autonómicas que incorporan principios constitucionales o que los desarrollan, lo cual da pie al recurrente a usar en su argumento ante el Tribunal de instancia tanto la Ley autonómica como el precepto constitucional de que se trate, confundiendo posteriormente, en la motivación del recurso de casación, lo que es infracción de aquélla con la infracción de éste.

Es preciso hacer dos matizaciones a lo que precede:

En primer lugar, hay que precisar que sólo me estoy refiriendo a los casos en que la Ley autonómica ha sido aplicada por el Tribunal de instancia en virtud de un juicio positivo de constitucionalidad que hace él mismo, sin intervención del TC, ya que en los casos en que aquél haya planteado la cuestión de inconstitucionalidad y el TC la haya desestimado, no sería viable un recurso de casación fundado en la inconstitucionalidad de la Ley autonómica, pues la virtualidad de ese fundamento requeriría el planteamiento de una nueva cuestión de inconstitucionalidad, y esto es jurídicamente imposible, según se infiere del art. 35.2, inciso final, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de la doctrina de éste. Por un lado, dicho precepto admite la posibilidad de intentar la cuestión de inconstitucionalidad en el marco de un recurso, pero se refiere solamente al caso de que el Tribunal de instancia hubiera rechazado el planteamiento de la misma, lo cual permite una interpretación *a sensu contrario*. Y, por otro lado, el TC ha establecido que es causa de inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad el haber sido ya resuelta con anterioridad una cuestión sustancialmente idéntica.

Y, en segundo lugar, debe advertirse que no puede considerarse, a los efectos pretendi-

dos, el caso inverso al primeramente mencionado: que se funde el recurso en la constitucionalidad de la Ley autonómica que el Tribunal de instancia no ha aplicado por inconstitucional, y no puede considerarse porque, en ese caso, ha tenido que haber necesariamente un pronunciamiento del TC declarando la inconstitucionalidad de la Ley, y el TS no podría ni aplicar dicha Ley, ya que queda vinculado por la decisión del TC, ni plantear una nueva cuestión de inconstitucionalidad, pues este instrumento procesal-constitucional no puede usarse para que el TC confirme la convicción de un Tribunal ordinario sobre la constitucionalidad de una Ley, ni para que el TC ratifique una declaración de inconstitucionalidad ya hecha⁹.

Como ya hemos visto anteriormente, cuando directamente se reputa inconstitucional la Ley autonómica aplicada no es necesario que las partes hayan introducido en el proceso de instancia la cuestión de inconstitucionalidad, bastando con que el Tribunal de instancia haya hecho un juicio positivo de constitucionalidad de dicha Ley y haya fundado el fallo en la aplicación de la misma. Pero puede irse más allá, y plantearse la posibilidad de que, incluso, no sea necesario ni esto segundo, esto es, que el juicio de relevancia podría ser positivo aunque la cuestión de la constitucionalidad de la Ley autonómica surja por primera vez como fundamento del recurso de casación.

La confirmación de tal posibilidad vendría apoyada por lo precedentemente sostenido acerca de la excesiva limitación de la finalidad del recurso de casación que supone el requisito que he llamado presupuesto de la relevancia, argumento que, a su vez, se ve reforzado por la transcendencia constitucional de la cuestión debatida y la importancia que tiene la interpretación de la Constitución, en el marco de la función nomofiláctica del recurso de casación (importancia puesta de manifiesto por los Votos Particulares a la STS de 24 de enero de 1996).

No obstante, dicha posibilidad se ve frenada por un argumento poderoso, a saber: el propio tenor literal del art. 86.4 (“siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora”) y por la jurisprudencia unánime que declara la invirtualidad del art. 5.4 LOPJ para permitir la casación de lo que, según la Ley, no es casable.

Cuando la infracción alegada en el recurso de casación es la inconstitucionalidad no de la Ley autonómica, sino de la interpretación que el Tribunal *a quo* ha hecho de ella y en la que ha fundado el fallo, en principio, aplicando el presupuesto de la relevancia y considerando el argumento que inmediatamente precede, habría que exigir, no sólo que la norma constitucional alegada como infringida hubiera sido introducida en el proceso de instancia, sino, también, que la interpretación conforme a la misma de la Ley autonómica haya sido alegada en dicho proceso por la parte recurrente o considerada y rechazada por la Sala sentenciadora. Sin embargo, es fácil calificar este requisito como desproporcionado en los

(9) Sí sería admisible el recurso de casación que se fundara en la infracción constitucional consistente en la inaplicación de una Ley autonómica por inconstitucional, sin el previo planteamiento y resolución positiva de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

casos en que la interpretación de la Ley autonómica conforme a la norma constitucional era evidente y notoria, pues tal evidencia y notoriedad excusa su expresión en el proceso de instancia por parte del recurrente y permite eludir el que no haya sido considerada por la Sala sentenciadora.

En cualquier caso, sí estimo que la relevancia constitucional del caso aporta un apoyo más a la interpretación flexible del concepto “consideradas por la Sala sentenciadora” a que supra me he referido.

En este tipo de supuestos que vengo analizando se pueden presentar casos de doble motivación. Un ejemplo concreto nos lo aporta la meritada STS de 24 de enero de 1996:

El recurrente funda su recurso de casación, con carácter principal, en la inconstitucionalidad de la Ley autonómica aplicada en la sentencia de instancia y, con carácter subsidiario, en el error de la interpretación que en la sentencia se hace de tal Ley.

Es evidente que el motivo de inconstitucionalidad cumple el requisito del art. 86.4 y, en consecuencia, el TS debería admitir la casación y hacer un juicio sobre ese motivo. Pero, siendo esto así, la pregunta que surge a continuación y que describe el problema es la siguiente: ¿Si ese juicio resulta negativo (la Ley autonómica no es inconstitucional), puede el TS entrar a enjuiciar el motivo subsidiario?

Podría considerarse la posibilidad de aplicar analógicamente el art. 1730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para dilucidar tal cuestión, pero, a mi modo de ver, no es procedente tal aplicación analógica, pues aquélla encuentra solución con la aplicación exclusiva del art. 86.4 de la Ley 29/1998, una solución de claro sentido negativo.

Según dicho precepto, las cuestiones relativas a la aplicación e interpretación del Derecho autonómico no tienen acceso a la casación y, por ende, en los casos expresados, si el TS llega a la conclusión, tras el planteamiento y resolución de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, de que la Ley autonómica es inconstitucional, deberá estimar, sin más análisis, el recurso, y, si llega a la conclusión contraria, lo tendrá que desestimar sin entrar a verificar si el TSJ erró o no en la interpretación de la norma autonómica.

a.II) Si la constitucionalidad no se cuestiona respecto de una Ley

**EL CONOCIMIENTO DE LAS
CUESTIONES RELATIVAS A LA
APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN
DE LOS REGLAMENTOS
AUTONÓMICOS EXCEDE DE
LAS FUNCIONES DEL
TRIBUNAL SUPREMO**

autonómica, sino respecto de un reglamento, debe seguirse íntegramente lo argumentado en el apartado a.I), ya que aparecen los mismos problemas y se presentan las mismas soluciones.

No obstante, cabe plantearse un problema nuevo, que puede enunciarse con este interrogante: ¿debe añadirse a los casos de juicio de relevancia positivo expresados en el apartado a.I) el siguiente: el recurso de casación se funda en que debió aplicarse el reglamento que el Tribunal *a quo* no aplicó por considerarlo inconstitucional, y que el recurrente entiende conforme con la norma constitucional considerada por aquél?

Realmente, en este caso no existe el obstáculo de la intervención del TC que, hemos visto, impedía considerar el caso de la inaplicación de Leyes autonómicas por inconstitucionales; y, por otro lado, suponiendo la relevancia para la solución del conflicto jurídico del reglamento autonómico inaplicado, estaríamos ante el alegato de una infracción de norma constitucional determinante del fallo, ya que constituye infracción de una norma de la Constitución derivar de ella la inconstitucionalidad de una Ley o un reglamento cuando tal conclusión no puede nacer de una interpretación constitucionalmente correcta de aquella norma.

Sin embargo, la vía a la resolución positiva de la referida cuestión que parece abrir el argumento precedente, se ve cortada si atendemos a que el TS no podría estimar el recurso de casación con sólo apreciar la constitucionalidad del reglamento autonómico y su consiguiente aplicabilidad, ya que dicha estimación requeriría, obviamente, la aplicación directa, y su consiguiente interpretación, del reglamento autonómico, y esto excede, como es sabido, la función del TS, según el art. 86.4.

Tal vez pudiera resolverse el dilema entendiendo que la estimación del recurso de casación se debería concretar en la devolución del asunto al TSJ, con la obligación de resolverlo a partir de la aplicación del reglamento autonómico omitido. Pero esta solución no encuentra apoyo expreso en el art. 95 de la Ley 29/1998 y requiere, por ende, una arriesgada utilización de la analogía, arriesgada porque no es fácil encontrar la identidad de razón entre el caso examinado y los supuestos previstos en las letras b) y c) del número 2 del citado artículo.

b) Otro tipo de supuestos que pueden darse en relación a la problemática que vengo tratando es éste: En el proceso de instancia están presentes normas estatales infraconstitucionales y normas autonómicas, y el recurso de casación se funda en la infracción de una norma estatal.

No es posible, habida cuenta la distribución territorial del poder normativo, que normas estatales y autonómicas sean a la vez determinantes de un mismo caso concreto. Y, por ello, cuando se barajen unas y otras, el juicio de relevancia que da acceso a la casación sólo se supera en los casos en que lo que se reproche a la sentencia de instancia sea la aplicación indebida o la interpretación indebida de la norma autonómica por contradecir la norma estatal, o su inaplicación basada en una estimación incorrecta de su contra-

dicción con la norma estatal. No se supera el juicio de relevancia cuando la norma estatal se presente de forma compatible con la norma autonómica, lo cual puede darse con frecuencia en los casos de competencias compartidas, en los que confluyen en la regulación del caso una norma estatal básica y una norma autonómica de desarrollo, casos en que, salvo que se plantee la posible contradicción de aquélla por ésta, el único Derecho determinante del asunto es el autonómico, incluso, como dice la STS de 25 de noviembre de 1997, cuando la norma autonómica copie la norma básica estatal¹⁰.

Debe tenerse presente que esos casos que merecen un juicio de relevancia positivo, en realidad, pueden incluirse en el tipo de supuestos analizados en la letra a), ya que en todos ellos la contradicción entre normas infraconstitucionales remite a una cuestión de relevancia constitucional, cual es la aplicación de las reglas en las que se manifiesta la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Por lo demás, este tipo de supuestos presenta las mismas ramificaciones, los mismos problemas e idénticas soluciones que el tipo de supuestos analizados precedentemente, por lo que me remito a lo ya argumentado.

c) El último tipo de supuestos que se me presenta como atendible es el constituido por la presencia de normas comunitarias y autonómicas y estimo que pueden aplicarse al mismo las reflexiones que quedan hechas en los apartados precedentes, si bien deben tenerse en cuenta las matizaciones derivadas de la peculiaridad de la intervención del Tribunal de la Comunidad Europea en el marco de las eventuales cuestiones de aplicación del Derecho comunitario que le plantee el Tribunal estatal que conozca del caso.

D) Requisito formal previsto en el artículo 89.2 de la Ley 29/1998

Dos reflexiones cabe hacer sobre este requisito:

1) Existe una jurisprudencia reciente que exige que el escrito de preparación del recurso exprese “cómo, por qué y en qué forma” la infracción de norma estatal o comunitaria en que se pretende fundar aquél ha sido determinante del fallo de la sentencia de instancia¹¹, y, según creo, debe rechazarse la exigencia de exhaustividad que pudiera deducirse de la frase entrecomillada.

En primer lugar, porque esa forma de entender la frase no se corresponde con los casos enjuiciados por las sentencias que la utilizan, ya que en tales casos era evidente y rotundo el incumplimiento del requisito formal de referencia, pues el escrito de preparación aparecía huérfano de cualquier razonamiento relativo a ese requisito.

(10) Dice el TS: “La simple circunstancia de que los preceptos que se dicen o no vulnerados de la legislación catalana puedan constituir una reproducción de otras normas estatales, no significa que haya de considerarse infringida la normativa de este último carácter, ya que al haberse incorporado al ordenamiento comunitario han pasado a constituir el derecho propio y específico de esa entidad”.

(11) SSTs de 27 de febrero de 1998 y 4 de mayo de 1998, entre otras.

Y, en segundo lugar, porque la exhaustividad no es necesaria para cumplir el fin del requisito, que es dar a conocer a la otra parte y a los Tribunales (primero al Tribunal a quo y luego al Tribunal de la casación) los datos fundamentales para el ejercicio del derecho de defensa contradictoria, en el primer caso (art.90.3 de la Ley 29/1998), y para la aplicación de dicho requisito, en el segundo [artículos 90.2 y 93.2.a) de dicha Ley]. Para cumplir este fin es suficiente una alegación razonable por parte del recurrente.

2) Puede sostenerse que a la hora de cuestionarse la aplicación del art. 93.2.a) el Tribunal de la casación debe tener en cuenta el escrito de interposición, a los efectos de poder entender subsanadas con lo dicho en él las carencias que el escrito de preparación presente en lo tocante al requisito del art. 89.2.

La tesis que precede necesita de una interpretación flexible y teleológica del art. 93.2.a), en el sentido de que no se trata tanto de verificar que en el escrito de preparación se ha cumplido el requisito formal establecido en el art. 89.2, como de comprobar que se da la relación sustantiva de relevancia que exige el art. 86.4.

A mi modo de ver, esta interpretación no va más allá del sentido posible del texto del precepto, porque la referencia a la inobservancia de “los requisitos exigidos” puede entenderse limitada a los requisitos sustantivos del recurso de casación, con exclusión de los requisitos formales del escrito de preparación, entendimiento que es coherente con la finalidad del art. 86.4. Sería contrario a la misma el que el TS dejara de intervenir, habiendo constatado, por lo que se argumenta en el escrito de interposición, la existencia de una cuestión de Derecho estatal o comunitario, por el hecho de que la existencia de tal cuestión no haya sido bien explicada en el escrito de preparación.

IV. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN RELACIÓN CON EL DERECHO AUTONÓMICO

1. Artículo 99 de la Ley 29/1998

Con el objetivo de completar y dotar de plena eficacia la distribución de la función de crear jurisprudencia entre los TTSJ y el TS que se realiza en el art. 86.4 de la Ley 29/1998 y que ya antes realizó la Ley 10/1992, el art. 99 de la primera Ley citada introduce una modalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina limitada exclusivamente a la interpretación del Derecho autonómico y cuya resolución encomienda a una Sala especial formada en el seno de los TTSJ.

Partiendo de esa distribución, asumiendo el legislador que los intérpretes últimos del Derecho autonómico son los TTSJ, que éstos cumplen, respecto de ese Derecho, la misma función jurisprudencial que el TS cumple respecto del Derecho común del Estado, resultaba

imprescindible dotar a aquéllos del instrumento clásico para la unificación de los criterios judiciales de aplicación del Derecho que es el recurso de casación para la unificación de doctrina, cuidando, en la misma línea que el art. 86.4, de que se respete en su integridad la función que el TS desempeña a través de dicho instrumento en relación con el Derecho estatal y comunitario; y es esta dotación necesaria con ese límite obligado lo que el art. 99 hace.

Esa causa evidente del precepto anticipa ya lo que nos confirma luego el análisis de su texto: que no estamos ante un género procesal de nuevo cuño, sino ante una modalidad del género casación para la unificación de doctrina regulado en los arts. 96, 97 y 98, una modalidad caracterizada exclusivamente por el objeto último del recurso: la interpretación del Derecho autonómico y por los órganos judiciales competentes: los TTSJ.

Y así, los apartados 1 y 2 del art. 99 vienen a establecer que únicamente serán recurribles las sentencias de los TTSJ (elemento correspondiente a lo que es modalidad) que cumplan, acumulativamente, los siguientes requisitos:

- a) Que se dé el presupuesto de contradicción con sentencias precedentes propio de la casación para la unificación de doctrina (elemento correspondiente a lo que es género).
- b) Que la contradicción lo sea con sentencias del mismo TSJ (elemento correspondiente a lo que es modalidad).
- c) Que la contradicción lo sea respecto de la aplicación de Derecho autonómico, que es tanto como decir que la *ratio decidendi*

(12) La jurisprudencia ha distinguido dos momentos o fases en la casación para la unificación de doctrina: el de la contradicción, razón de ser y presupuesto del recurso, y el de la infracción, que sitúa al recurso en su sede propiamente casacional. Y tal distinción le sirve para explicar el requisito de exponer y fundamentar la infracción del Derecho que se reprocha a la sentencia impugnada, en cuanto requisito diferente y añadido al de la justificación de la contradicción entre sentencias; e, igualmente, para apoyar la doctrina de que la demostración de la contradicción sólo puede hacerse con una única sentencia de contraste. Esta jurisprudencia ha nacido en la interpretación del art. 222 de la Ley de Procedimiento Laboral, pero es perfectamente aplicable al ámbito contencioso-administrativo, dada la sustancial identidad de dicho precepto y el art. 97.1 y 2 de la Ley 29/1998.

Dicha línea jurisprudencial ha sido considerada razonable por el TC, a los efectos de rechazar la vulneración del art. 24.1 de la Constitución, en sus Sentencias 132/1997 y 89/1998.

A mi modo de ver, sin embargo, se trata de una jurisprudencia restrictiva fundada en un entendimiento del recurso de casación para la unificación de doctrina que se fija en exceso en su carácter casacional, obviando la fuerte peculiaridad que la separa de la casación ordinaria. El Voto particular a la STC 132/1997 expone con claridad y brillantez esa peculiaridad: “La casación unificadora (...) no se articula sobre concretos y tasados motivos impugnatorios, a diferencia de la casación común u ordinaria. No hay aquí, en esta modalidad casacional, infracciones o quebrantamientos de forma o infracciones de Ley. Lo que se recaba de la función jurisprudencial del TS es que ante dos sentencias dictadas en suplicación que (...) han llegado a fallos divergentes, las armonice y unifique estableciendo la doctrina correcta, disipando de tal modo la incertidumbre jurídica que tal desigualdad en la aplicación de la Ley comporta (...) No hay implícita remisión al motivo pertinente del art. 205 de dicha Ley procesal (se refiere a la LPL), porque casación ordinaria y unificadora no son reguladas en igual forma en cuanto a los motivos: el motivo de la casación laboral para la unificación de doctrina es único, el de la contradicción entre sentencias dictadas en suplicación (...)”.

**LA LJCA INTRODUCE UNA
MODALIDAD DEL RECURSO
DE CASACIÓN PARA LA
UNIFICACIÓN DE DOCTRINA
LIMITADA A LA
INTERPRETACIÓN DEL
DERECHO AUTONÓMICO**

di de la sentencia impugnada y la de contraste esté constituida exclusivamente por normas de aquel Derecho. Y que la infracción que se impute a la sentencia impugnada como fundamento del recurso lo sea, también exclusivamente, de normas de Derecho autonómico¹² (elemento correspondiente a lo que es modalidad).

Este requisito coincide sustancialmente con el establecido en el art. 86.4, y, por ende, debe hacerse también aquí el juicio de relevancia del que he hablado al tratar del recurso de casación. Pero en este caso el competente para realizarlo no es el TS sino el TSJ correspondiente (primero la Sala sentenciadora y después la Sección especial regulada en el art. 99.3). Éste tendrá que comprobar si la contradicción y la infracción en que se funda el recurso se refiere al Derecho autonómico y si tal contradicción e infracción han sido determinantes del fallo de la sentencia impugnada.

A mi modo de ver, la naturaleza del recurso de casación para la unificación de doctrina exonerada de lo que vengo llamando presupuesto de la relevancia (que las normas a que se refiere la infracción fundamento del recurso hayan estado presentes en el debate del proceso de instancia); y ello porque la contradicción entre sentencias, que es la que pone de manifiesto la infracción en la que se fundará el recurso, puede producirse o constatarse después de acabado el proceso de instancia, y esta circunstancia no puede ser obstáculo para la tarea unificadora propia del recurso de casación para la unificación de doctrina.

d) Que la sentencia impugnada lo sea en única instancia, que no esté incluida en las excepciones de las letras a), c) y d) del art. 86.2 y que la cuantía litigiosa supere los tres millones de pesetas (elemento correspondiente a lo que es género).

Este último requisito se infiere sin duda del apartado 2 del art. 99, si bien que alum-

Esta tesis sirve al Magistrado disidente para interpretar flexiblemente, en el caso concreto, el requisito de la fundamentación de la infracción; pero, a mi parecer, puede irse más allá, puede cuestionarse la existencia misma de dicho requisito.

En efecto, si el motivo único de la casación para la unificación de doctrina es la contradicción entre sentencias, si su objetivo es eliminar la incertidumbre jurídica que tal contradicción crea, debe bastar con la justificación de la existencia de esa contradicción para que el TS resuelva el recurso optando por una u otra de las doctrinas contradictorias.

Es cierto que no estamos ante una consulta que el ciudadano hace al TS, sino ante un auténtico recurso jurisdiccional en el que se pide del TS la anulación de una sentencia dictada por un Tribunal inferior, y que, en consecuencia, el recurrente debe fundamentar en Derecho tal solicitud. Sin embargo, estimo que esa naturaleza procesal no supone un obstáculo al argumento precedente, si se entiende que es la propia argumentación de la sentencia de contraste, que el recurrente hace suya al pedir la anulación de la sentencia contradictoria, la explicación y razonamiento de la infracción jurídica en que ésta incurre.

En realidad, aunque parezca la tesis antecedente un tanto enrevesada, la diferencia entre la misma y la conclusión a la que llega, con todo rigor y acierto, el Magistrado disidente es mínima e irrelevante. Éste dice que, para cumplir el requisito legal, es suficiente con aducir los argumentos de la sentencia de contraste, pero esta repetición de la *ratio decidendi* de aquella sentencia no aporta nada relevante, a los efectos del fin del recurso, que no haya aportado ya el requisito consistente en la presentación de una copia de la sentencia de contraste; es, por lo tanto, una repetición superflua.

(13) Enmienda núm. 23, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco al, entonces, art.96.2 del Proyecto de Ley. La motivación de dicha enmienda dice así:

“Con el texto actual, interpretado a *sensu contrario*, podrían acceder al recurso, por ejemplo, sentencias en materia de personal o cuya cuantía litigiosa fuese inferior a tres millones; y nos parece que esto sería tanto como romper la excepcionalidad de un recurso previsto sólo para la unificación de doctrina y desvirtuar su fin, que no es otro que el de permitir la corrección de las divergencias del TSJ en la interpretación del Derecho propio de la Comunidad Autónoma y no el de establecer un recurso ordinario ante el propio Tribunal contra todas sus sentencias.

Estamos ante un recurso equiparable al recurso para la unificación de doctrina y debe mantenerse la limitación material que acompaña a éste”.

brando ciertas zonas oscuras de su texto y la sombra que proyecta el silencio del apartado 1 respecto a la condición de que la sentencia se haya dictado en única instancia, con la clara luz de la finalidad de la norma confesada en la motivación de la enmienda parlamentaria de la que procede dicho apartado¹³.

En efecto, lo que busca el precepto, según dicha enmienda, es mantener la naturaleza y configuración del recurso de casación para la unificación de doctrina regulado en los arts. 96, 97 y 98, evitando que a través de la modalidad establecida en el art. 99 puedan impugnarse sentencias que no serían recurribles en aplicación de los tres primeros artículos citados.

En definitiva, la Ley pretende seguir la línea iniciada en el art. 86.4 y, así, atribuir la unificación de la doctrina establecida por los TTSJ en aplicación del Derecho autonómico a los propios TTSJ y respetar la competencia del TS para la unificación de la doctrina que los TTSJ, la Audiencia Nacional y el propio TS fijen en aplicación del Derecho estatal y comunitario. Y, para ello, no es preciso crear un nuevo recurso, sino, simplemente, establecer que las sentencias de los TTSJ que puedan ser impugnadas a través del recurso de casación para la unificación de doctrina y cuyo fundamento determinante del fallo lo sea en exclusiva la aplicación e interpretación del Derecho autonómico, sean impugnadas por ese camino casacional especial, pero no ante el TS sino ante los propios TTSJ.

Para no dejar nada en el tintero, conviene hacer una matización a la regla de la subsidiariedad del recurso de casación para la unificación de doctrina (que la sentencia no sea susceptible de recurso de casación), matización derivada de la distribución, querida por la Ley 29/1998, de la función de crear jurisprudencia entre el TS y los TTSJ, según se trate de la aplicación del Derecho estatal y comunitario o del Derecho autonómico. A saber: Las sentencias susceptibles de recurso de casación por aplicación de los números 1, 2 y 3 del art. 86, pero a las que cierra el paso a dicho recurso la regla específica establecida en el art. 86.4, no pueden acceder al recurso de casación para la unificación de doctrina regulado en los arts. 96, 97 y 98, a pesar de que, en virtud de tal regla específica de acceso a la casación ordinaria, se cumple la regla de la subsidiariedad; sin embargo, dichas sentencias sí pueden acceder al recurso de casación para la unificación de doctrina establecido en el art.99, aunque, aplicando sólo las reglas generales de acceso a la casación ordinaria (números 1, 2 y 3 del art. 86) no se cumpliría dicha regla.

Como no estamos ante un nuevo recurso, el apartado 4 del artículo 99 remite a las reglas acerca del procedimiento y los efectos de la sentencia fijados en los artículos 97 y 98, si bien que ordenando que se hagan “las adaptaciones precisas”, las cuales, atendiendo a la finalidad de aquel artículo sobre la que vengo reflexionando, no podrán conllevar modificaciones sustanciales de las sobredichas reglas, teniendo que limitarse únicamente a aspectos menores derivados de la peculiaridad consistente en ser los TTSJ los competentes para resolver el recurso.

La única necesidad de adaptación que, a primera vista, he detectado es la referida a la aplicación de los arts. 1698 y 1699 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a los que remite el último inciso del art. 97.4 de la Ley 29/1998. La adaptación consistiría en sustituir, a los efectos de la competencia para resolver el recurso de queja, al TS por la Sección Especial

del TSJ regulada en el artículo 99.3 de dicha Ley.

Es conveniente referirse, para finalizar el análisis del texto del art. 99, a la mención que en su apartado 1 se hace a las Secciones de las Salas de lo Contencioso-Administrativo. Se podría pensar que dicha mención no es coherente con la naturaleza del recurso de casación para la unificación de doctrina, puesto que las distintas Secciones de una Sala conocen asuntos correspondientes a materias distintas, por lo que no puede darse nunca la contradicción que es presupuesto de aquél. Pero, a mi modo de ver, este argumento no es correcto, pues esa contradicción sí puede darse, ya que, aunque limitada, existe la posibilidad constitucional de que las Comunidades Autónomas dicten esas normas, que podemos llamar “horizontales” o “estructurales”, que forman la estructura esencial de todo Ordenamiento jurídico o de sectores definidos del mismo y que, por ende, resultan aplicables a la resolución de los casos concretos referentes a las distintas materias o subsectores en que aquél o aquéllos se dividan¹⁴.

Como he explicado en la introducción, la misión de este trabajo no es estudiar el sistema de recursos que establece la Ley 29/1998, sino analizar la presencia peculiar que en ese sistema tiene la aplicación judicial del Derecho autonómico y la Jurisdicción de los TTSJ. Y, atendiendo a ese limitado objeto, podría considerar con lo dicho acabado el análisis correspondiente al presente epígrafe. Sin embargo, la remisión que hace el art. 99.4 da pie a unas breves reflexiones sobre las modificaciones introducidas en la Ley 29/1998 respecto de la regulación de la casación para la unificación de doctrina de la Ley 10/1992.

2. Modificaciones introducidas por la Ley 29/1998 en la regulación del recurso de casación para la unificación de doctrina

Tres son las modificaciones que me interesa destacar:

a) Se suprime el inciso final de párrafo primero del art. 102.a).1 de la Ley 10/1992: “sin existir doctrina legal sobre la cuestión”.

Esta modificación es acertada, pues el requisito de la inexistencia de doctrina legal no se cohonestaba con la naturaleza del recurso de casación para la unificación de doctrina. Para que éste proceda no es preciso que exista doctrina legal, pero la existencia de la misma es, a veces, consustancial a la contradicción entre sentencias que es el presupuesto del recurso.

b) Se establece la audiencia previa de las partes (tanto la recurrente como la recurrida)

(14) El ejemplo que me viene a la mente en este momento es la regulación sustantiva y procedimental que las Comunidades Autónomas pueden hacer respecto de la potestad sancionadora de la Administración y, concretamente, estoy pensando en la Ley del Parlamento Vasco 2/1998.

en el trámite de admisión del recurso y por referencia a cualquier causa de inadmisión que el Tribunal considere (art. 97.4). En la Ley 10/1992 [art. 102.a).5, en relación con el art. 100.2.c)] la audiencia previa sólo lo era de la parte recurrente y se limitaba a una única causa de inadmisión.

Esta modificación es la misma que, respecto de la casación ordinaria, introduce el art. 93.3 de la Ley 29/1998 por referencia a lo regulado en el art. 100.2.c) de la Ley 10/1992; y es una modificación que viene a cerrar la polémica jurisprudencial abierta en torno a la interpretación del último precepto citado y que considero acertada por responder, sino a una exigencia, sí a una orientación clara derivada del derecho constitucional a la defensa eficaz y contradictoria¹⁵.

c) Se establece expresamente el requisito de la firmeza de la sentencia de contraste (art. 97.2), recogiendo una jurisprudencia unánime sobre cuya razonabilidad se ha pronunciado en sentido positivo la STC 132/1997, de 15 de julio¹⁶.

NO CABE EL RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY FRENTE A SENTENCIAS SUSCEPTIBLES DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

V. RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY EN RELACIÓN CON EL DERECHO AUTONÓMICO

1. Artículo 101 de la Ley 29/1998

Partiendo de la misma idea y siguiendo la misma lógica que el artículo 99, el art. 101 de la Ley 29/1998 no crea un nuevo tipo de recurso, sino una modalidad del recurso de casación en interés de Ley regulado en el art. 100, modalidad que se caracteriza

(15) Me refiero a la polémica centrada sobre la causa de inadmisión a la que debería limitarse la audiencia. Una corriente jurisprudencial, a pesar del tenor literal del precepto, venía dando audiencia al recurrente, —y también a la parte recurrida a veces— en todo caso, sin mirar cuál fuese la causa de inadmisión que podría concurrir. Otra corriente jurisprudencial, sin salirse del tenor literal del precepto, entendía que había que dar audiencia en relación con las dos causas de inadmisión a que aquél se refiere. Y la tercera y última corriente jurisprudencial, que es la más reciente, ha cambiado expresamente las precedentes, estableciendo que la audiencia sólo debe darse cuando la causa de inadmisión considerada sea la de haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales.

El TC se ha pronunciado sobre esta polémica, pero se ha limitado a considerar la más restrictiva de las interpretaciones sobredichas conforme con el art. 24.1, por no resultar una interpretación arbitraria ni conllevar indefensión relevante constitucionalmente —STC 37/1995, 46/1995 y 98/1995—. Debe señalarse que estas sentencias se apartan expresamente —la primera usa la vía del art. 13 LOTC— de la doctrina sentada en la STC 212/1994 y que a las dos primeras acompañaron algunos votos particulares que consideran procedente el mantenimiento de la doctrina de la STC 212/1994, la cual afirma que la interdicción de la indefensión proclamada en el art. 24.1 exige, atendiendo al principio de interpretación favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, un entendimiento del art. 100.2.c) de la Ley 10/1992 en el sentido de que la audiencia procede en los dos supuestos a que se refiere dicho precepto.

(16) Dice así el TC: “(...) la finalidad que es propia de este excepcional recurso —eludir el quebranto en la unidad de la interpretación del derecho— (...) determina la necesidad de que la sentencia que se invoque para el cotejo tenga el carácter de firme, pues, de no cumplir esta condición, tal quebranto no habría llegado a consumarse, ya que a través del recurso que cabría interponer contra la sentencia a comparar podría ser rectificada la doctrina que en ella se sentara.

exclusivamente, lo mismo que la modalidad introducida en el art. 99, por su objeto: la interpretación del Derecho autonómico y por el órgano competente: el TSJ. Lo que hace el art. 101 es establecer que el conocimiento del recurso de casación en interés de Ley regulado en el art. 100 es competencia de los TTJJ, cuando la doctrina errónea que se pretenda corregir, mediante el establecimiento de una nueva, verse en exclusiva sobre la interpretación y aplicación del Derecho autonómico.

También aquí, como en el recurso de casación para la unificación de doctrina, el TSJ correspondiente tendrá que hacer un juicio de relevancia para determinar si la doctrina cuyo establecimiento se solicita lo es sobre el Derecho autonómico, lo que supone comprobar si la sentencia impugnada se fundó en la aplicación de dicho Derecho, pues es jurisprudencia unánime que no se puede pedir la fijación de una doctrina que no guarde relación con los términos jurídicos en que se haya resuelto el proceso de instancia¹⁷.

El presupuesto de la relevancia sí tiene aquí, al contrario que en el recurso de casación para la unificación de doctrina, plena aplicación: las normas de Derecho autonómico que se utilicen para conformar la doctrina nueva que se pide han debido estar presentes en el debate del proceso de instancia.

La caracterización que precede, por un lado, explica que las variaciones que presenta el art. 101 respecto del art. 100 sean pocas: las imprescindibles para reflejar la peculiaridad propia de la modalización que se pretende; y, por otro lado, el que más interesa ahora, determina que la interpretación de los extremos dudosos del texto se deba hacer con escrupuloso respeto a la naturaleza, presupuestos, fines y requisitos propios del género procesal configurado en el art. 100.

Este criterio interpretativo debe usarse para determinar el alcance de la locución del art. 101.1: “contra las que no se puede interponer el recurso previsto en el artículo anterior”.

Entendida en un sentido literal inmatizado, dicha locución desvirtuaría la naturaleza subsidiaria del recurso de casación en interés de Ley, en tanto en cuanto fundamentaría la procedencia de dicho recurso frente a sentencias susceptibles de otras modalidades de casación, pues éstas son, precisamente, las sentencias “contra las que no se puede interponer el recurso previsto en el artículo anterior”.

Para evitar ese peligro, dicha locución debe leerse como referida no a las sentencias contra las que no cabe el recurso previsto en el art. 100, sino a las sentencias contra las que sí cabe. Lo que la norma pretende decir es que la modalidad de recurso que establece no procederá contra sentencias frente a las que no procedería el género de recurso regulado en el art. 100, en razón del carácter subsidiario de éste.

(17) La STS de 19 de enero de 1998 (Ar. 239) dice así: “Debe existir necesariamente correlación entre los fundamentos jurídicos que llevan al fallo o resolución en la sentencia recurrida y la doctrina que se pretende fijar como correcta en el recurso extraordinario de casación en interés de Ley. Y ello por la razón de que los razonamientos que no forman parte de la *ratio decidendi* de una sentencia no pueden dar lugar a la formación de una doctrina legal a corregir”.

Y así, debe entenderse que no cabe la modalidad de recurso de casación en interés de Ley regulada en el art. 101 frente a sentencias susceptibles de la modalidad de recurso para la unificación de doctrina prevista en el art. 99.

Las sentencias susceptibles, por aplicación de las reglas generales, de recurso de casación o del recurso de casación para la unificación de doctrina previsto en el art. 96, pero que tienen cerrado el paso a los mismos, por aplicación de las reglas específicas previstas en los arts. 86.4 y 99.1, inciso final¹⁸, si no son recurribles vía art. 99, pueden acceder al recurso regulado en el art. 101.

Y las sentencias que no ven cerrado por ninguna de las reglas concurrentes el paso al recurso de casación o al recurso de casación para la unificación de doctrina regulado en el art. 96, están excluidas de la modalidad establecida en el art. 101, pero no en razón del carácter subsidiario del género recurso casación en interés de Ley, sino en virtud de la regla que limita aquella modalidad a la interpretación del Derecho autonómico.

Por lo que respecta a las adaptaciones a que se refiere el art. 101.4, no aprecio a simple vista ningún supuesto concreto de adaptación que no esté ya resuelto en el texto del precepto, por lo que es suficiente con recordar lo dicho al analizar el art. 99.4 sobre el alcance y límites de la tarea de adaptación.

Siguiendo la misma lógica que al estudiar el art. 99, analizaré ahora, brevemente, las modificaciones que la nueva Ley presenta respecto del género recurso de casación en interés de Ley.

2. Modificaciones introducidas por la Ley 29/1998 en el recurso de casación en interés de Ley

A) Modificación relativa a la legitimación

La modificación más llamativa (no me atrevo a decir la más importante) está en el art. 100.1 (101.1, en la modalidad referente al Derecho autonómico) y se refiere a la legitimación.

Por un lado, se mantiene la configuración del art. 102.b de la Ley 10/1992: Tienen legitimación la Administración pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto y las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tengan interés legítimo en el asunto. Esto es, se mantienen los dos presupuestos de la legitimación: la gestión de un interés general y la presencia concreta de interés legítimo.

Y, por otro lado, y he aquí la modificación llamativa, se introduce la legitimación del

(18) Al contrario que en la regulación del recurso de casación en interés de Ley (art.100.2), en la del recurso de casación para la unificación de doctrina (arts. 96, 97 y 98), no se establece expresamente que su alcance queda limitado a la aplicación e interpretación del Derecho estatal; sin embargo, tal limitación se infiere con evidencia del establecimiento mismo de la modalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina en relación al Derecho autonómico (art. 99).

Ministerio Fiscal y de la Administración General del Estado (Administración de la Comunidad Autónoma en la modalidad del recurso relativa al Derecho autonómico), “en interés de Ley”, es decir, sin necesidad de que concurra interés legítimo.

Se diría que lo que se pretende con esta modificación es mantener el antiguo recurso, que no es en interés de Ley *strictu sensu* y cuyo objetivo es proteger el interés general evitando la reiteración de interpretaciones judiciales erróneas, mediante la fijación de doctrina legal, y, al mismo tiempo, instaurar un verdadero recurso en interés de Ley.

Pero si ésta es la intención del legislador, el texto no la cumple del todo, acarreado con ello unos problemas interpretativos de enjundia. Veamos:

La Ley mantiene, con carácter común para los dos tipos de legitimación señalados, el requisito del grave daño para el interés general; pero este requisito, que es coherente con el primer tipo de legitimación, no hace buenas migas con la naturaleza del recurso que parece querer introducirse con el segundo tipo de legitimación, pues la defensa del interés general no es el fin propio de un recurso en interés de Ley *strictu sensu*, su única pretensión es la defensa de la Ley.

Se podría contraargumentar diciendo que la defensa de la Ley es principal interés general; sin embargo, esta vía argumental nos llevaría a interpretar el requisito de grave daño al interés general en el sentido de grave quebranto de la Ley, lo cual es forzar mucho el texto.

Y los problemas no acaban aquí; porque si es algo extraño al recurso en interés de Ley la exigencia de daño al interés general, no menos lo es legitimar, junto al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado o de la Comunidad Autónoma. Las Administraciones públicas no tienen como misión proteger directamente la Ley, su función es buscar el interés general en el marco de la Ley, a lo que están obligadas no es tanto a defender la Ley cuanto a respetarla.

Alguien podría decir que eso no es obstáculo para que el legislador decida atribuir a la Administración pública la defensa de la Ley ante los Tribunales; pero quien eso dijera tendría que tener en cuenta que la posición constitucional de la Administración pública (sus funciones, su modo de constituirse, etc.) favorecería la tendencia a defender la Ley únicamente cuando ello sirviese para defender el concreto interés general que incumbiera gestionar a la Administración implicada.

Ciertamente, es muy difícil encontrar en la modificación de referencia un auténtico recurso en interés de Ley, por lo que podríamos preguntarnos si en esa modificación hay otra cosa.

Podría entenderse que hay un recurso mixto como el que se regula en la primera parte del precepto, si bien que no en defensa de un interés general concreto, sino en defensa

del interés general del Estado o de la Comunidad Autónoma considerado en abstracto; pero esto ni justificaría la eliminación del requisito del interés legítimo ni la presencia del Ministerio Fiscal.

Como se ve, los problemas interpretativos son muchos y complicados, y aún aparece otro de envergadura si nos centramos en la modalidad relativa al Derecho autonómico (art. 101.1) y pensamos en la situación peculiar de la Comunidad Autónoma del País Vasco, a saber:

En esa Comunidad existen unos entes, los Territorios Históricos, que ostentan una autonomía política cualitativamente no menor que la de cualquier Comunidad Autónoma, de tal manera que pueden constituir su propio ordenamiento jurídico con productos equivalentes a las Leyes. Por decirlo de una manera sencilla y comprensible, evitando matices que ahora no interesan, dichos entes guardan con la Comunidad Autónoma una relación equiparable, en cuanto a grado de autonomía, a la que guarda ésta con el Estado.

Pues bien, a mi parecer, esta situación (que he explicado con una fórmula muy sintética) permite plantearse la necesidad de que la Administración de cada uno de los Territorios Históricos pueda acudir, por sí misma, al TSJ del País Vasco en defensa de la Norma Foral o del Interés General Foral. Es ésta una peculiaridad que no se ha recogido en la Ley 29/1998, pero que puede tener cabida en la misma por vía hermenéutica.

Conviene, después de reflexionar sobre la modificación más llamativa que la Ley 29/1998 ha introducido en el recurso de casación en interés de Ley y antes de seguir con otras modificaciones, hacer un breve comentario sobre dos requisitos ya presentes en la regulación de la Ley 10/1992: la legitimación y el grave daño al interés general. (El requisito de la legitimación lo analizaré por referencia exclusiva a lo establecido en la primera parte de los artículos 100.1 y 101.1, dejando de lado el recurso en interés de Ley puro que parece querer introducirse en la segunda parte de dichos preceptos).

1.La legitimación se construye con el concepto interés legítimo, lo cual nos permite tomar el acervo doctrinal y jurisprudencial creado respecto a dicho concepto y avanzar en la interpretación sosteniendo que la legitimación para el recurso de casación en interés de Ley requiere que con la pretensión realizada se pueda obtener un beneficio o evitar un perjuicio para el interés general

**LA LEGITIMACIÓN PARA EL
RECURSO DE CASACIÓN EN
INTERÉS DE LEY
REQUIERE QUE CON LA
PRETENSIÓN SE PUEDA
OBTENER UN BENEFICIO O
EVITAR UN PERJUICIO PARA
EL INTERÉS GENERAL**

gestionado o representado por la parte recurrente.

Pero aun queda por determinar el significado del concepto interés general, en cuanto inserto en la definición de la concreta legitimación procesal de que se trata.

A mi modo de ver, la legitimación para el recurso de casación en interés de Ley no es distinta de la que se regula en las letras b), c), d), e) y g) del art. 19.1 de la Ley 29/1998. Y así, hay que entender que interés general es, para las Entidades o Corporaciones, el interés colectivo que representen y defiendan y para la Administración territorial autonómica y local, el interés general o los intereses generales que puedan perseguir según su ámbito de autonomía, el cual tiene que definirse por relación al elenco de competencias, aunque, como es sabido, la legitimación va más allá de lo que es estrictamente protección de dicho elenco.

No he citado a la Administración del Estado ni a la Administración pública institucional, porque tanto una como otra merecen un tratamiento específico.

En el art. 19.1.c), referido a la legitimación de la Administración del Estado, se utiliza únicamente el concepto interés legítimo, lo cual puede interpretarse en el sentido de que la legitimación de aquella no está condicionada a la existencia de relación alguna con determinado ámbito de poder. Sin embargo, el concepto interés legítimo remite a la defensa del patrimonio jurídico de la parte recurrente y, por ello, puede sostenerse que la Administración del Estado no puede acudir al proceso ni a los correspondientes recursos, incluido el de casación en interés de Ley, en defensa de intereses generales no incluidos en las competencias que según el bloque de la constitucionalidad corresponden al Estado.

El texto de los arts. 100.1 y 101.1 puede sustentar la tesis de que la Administración Institucional no está legitimada para interponer recurso de casación en interés de Ley; pero esta interpretación no casa bien con lo dispuesto en el art. 19.1.g). Si dicha Administración puede acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa en defensa de su interés legítimo, debe poder acceder, en defensa de ese mismo interés, a todos los mecanismos que la Ley establezca para lograr la tutela judicial de esa concreta jurisdicción.

A fin de evitar esta contradicción, puede darse acogida a la Administración institucional en el concepto “Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo”. El interés o intereses generales cuya afectación legitimaría a los entes pertenecientes a dicha Administración para interponer el recurso de casación en interés de Ley serían, atendiendo al art. 19.1.g), los que pueden gestionar según el ámbito de sus fines.

2. Creo conveniente hacer un breve comentario sobre una línea jurisprudencial interpretativa del requisito del grave daño al interés general que no me parece adecuada.

Se trata de la jurisprudencia que establece que dicho requisito se cumple cuando el error en la interpretación de la Ley es susceptible de reiteración en casos posteriores. Y el defecto que veo en esta tesis es que vacía de contenido al sobredicho requisito, pues la susceptibilidad de reiteración es algo consustancial al recurso de que se trata, ya que si el error en la interpretación de la Ley no trasciende del caso concreto, de tal manera que pueda determinar la resolución de casos posteriores sustancialmente iguales, no hay doctrina alguna que corregir ni es preciso establecer doctrina legal. Por ello, esa susceptibilidad de reiteración debe verse como presupuesto del recurso y al requisito del grave daño al interés general debe dársele otro contenido, remitiéndolo al grado de afectación que la doctrina errónea (el error interpretativo susceptible de reiteración) tenga en el interés general que se alegue.

B) Otras modificaciones

Otras modificaciones relevantes que en la regulación del recurso de casación en interés de Ley introduce la Ley 29/1998 son las que siguen:

– Incorporando una jurisprudencia unánime, se exige que en el escrito de interposición se fije la doctrina legal que se pretende declare el Tribunal (art. 100.3).

– Se prevé la participación en la tramitación del recurso de cuantos hubieran sido parte en el proceso en el que se dictó la sentencia impugnada. Éstos pueden personarse y hacer alegaciones en oposición al recurso (apartados 4 y 5 del art. 100).

Esta modificación (que, por cierto, no casa bien con un recurso en interés de ley propiamente tal) quizás podría motivar el abandono de la línea jurisprudencial según la cual no cabe imponer costas en los casos de desestimación o inadmisión del recurso, dada la inexistencia de parte oponente al mismo¹⁹.

– Se establece la intervención del Ministerio Fiscal en un trámite de audiencia tras la tramitación del recurso (art. 100.6).

El texto no limita la intervención del Ministerio Fiscal a los casos en que éste no haya interpuesto el recurso; y opino que no cabe una interpretación en ese sentido auspiciada por la necesidad de evitar dilaciones indebidas, pues la ausencia de límites que se deriva del texto se ve apoyada por la clara intención de la norma de reforzar la intervención del Ministerio Fiscal, a los efectos de garantizar lo que tiene el recurso de defensa de la Ley.

– Se determina la publicación de las sentencias estimatorias en el Boletín Oficial del Estado o de la Comunidad Autónoma y se establece la vinculación de los Tribunales y Jueces inferiores en grado al TS o a los TTSJ, respecto de la doctrina legal fijada en la sentencia estimatoria (arts. 100.7 y 101.4).

(19) SSTs de 23 de diciembre de 1997 (Ar. 320/1997) y 19 de enero de 1998 (Ar. 239/1998), entre otras muchas.

La cuestión jurídica que plantea esta novedad legal es la relativa al significado de la expresada vinculación.

A mi parecer, hay dos preguntas que contestar para determinar el alcance de tal vinculación, a saber: ¿Es la misma algo distinto a la sujeción que para los Tribunales inferiores en grado se deriva de la función que en nuestro Ordenamiento se atribuye a la jurisprudencia, que es fuente complementadora del Derecho y cuya infracción puede motivar el recurso de casación? ¿Puede tal vinculación quebrarse por una jurisprudencia posterior, establecida en la resolución de recursos distintos del recurso de casación en interés de Ley y contraria a la doctrina legal fijada en éste?

No es éste el momento de adentrarse en la reflexión detenida que requiere la respuesta a dichos interrogantes. Para cumplir con el objetivo del presente trabajo y para concluirlo ya es suficiente con advertir que es perfectamente posible, en el marco de lo razonable en Derecho, que se conteste de forma negativa la primera pregunta y de forma positiva la segunda, y que, si éstas fueran las respuestas, el precepto no aportaría una verdadera novedad jurídica y sí una relevante inseguridad jurídica.

La ejecución de sentencias

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. El cambio constitucional en materia de ejecución de sentencias.

II. El marco general del sistema de ejecución de sentencias en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. III. La plenitud de la potestad

jurisdiccional de ejecución. IV. El procedimiento de ejecución. 1. La ejecución voluntaria. 2. La ejecución forzosa. V. Procedimientos especiales de ejecución.

1. La ejecución de las condenas al pago de cantidad. 2. La extensión a terceros de los efectos de sentencias firmes.

I. EL CAMBIO CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Es conocido por todos que en nuestro país desde la Ley de Santamaría de Paredes de 1888 la ejecución de sentencias se atribuía a la propia Administración autora de la actuación impugnada¹.

La Constitución de 1978 vino a alterar este panorama, presidido en ese momento por el artículo 103 de la LJCA de 1956 que seguía insistiendo en que “la ejecución de sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso”. Esta alteración constitucional venía de la mano de los artículos 117.3 y 118 en unión con el principio de tutela judicial efectiva contenido en el 24.1 CE.

(1) Sobre la Ley de Santamaría de Paredes, ver, por todos, MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975. La crítica a esta Ley en materia de ejecución, en el sentido de que en este área se mantenía una jurisdicción retenida, puede verse en BELTRÁN DE FELIPE, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.

En el primero de estos preceptos se consagra la potestad de ejecución de sentencias como una función exclusivamente jurisdiccional² y en el segundo se señala la obligación del cumplimiento de las sentencias y el deber de colaboración en la ejecución de lo resuelto³. La doctrina destacó inmediatamente la incompatibilidad del contenido de estos preceptos con el de los artículos 103 y siguientes de la LJCA⁴. Por su parte, la LOPJ en su artículo 2.1 reprodujo la reserva jurisdiccional en materia de ejecución de sentencias y en el artículo 18 formuló un nuevo régimen, si bien muy básico, del sistema de ejecución de sentencias cuyos ejes principales consistían, en primer lugar, en la proclamación del deber de ejecución de las sentencias en sus propios términos. A su vez, en los supuestos de ejecución imposible, se fuerza al Juez a la adopción de las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando una indemnización sólo para la parte que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Sin poder producirse, por tanto, ningún acto de suspensión gubernativa del proceso de ejecución, se reconoce, sin embargo, la posibilidad de que por causas de utilidad pública o interés social declaradas por el Gobierno, puedan expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública, correspondiendo en este caso únicamente al Juez de la ejecución la fijación de la correspondiente indemnización⁵.

Por su parte, el Tribunal Constitucional a través de una reiterada serie de sentencias ha venido a declarar los cambios introducidos en el sistema de ejecución de sentencias. Así, se debe destacar que desde sus primeras decisiones el TC ha venido a considerar que el derecho a la ejecución de sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 32/1982, de 7 de junio). Esta ejecución forma parte de la potestad jurisdiccional, por lo que cuando la Administración ejecuta las sentencias no lo hace en ejercicio de una potestad administrativa, sino en aplicación del deber de cumplir con los fallos judiciales y de colaborar con los Tribunales (STC 67/1984, de 7 de junio). Sin embargo, esta ejecución administrativa está sometida permanentemente a una supervisión judicial, de forma que la no adopción por parte del órgano judicial de las medidas necesarias para dicha ejecución y la no ejecución del fallo en sus propios términos sin causa justificada suponen una violación del artículo 24.1 CE (STC 125/1987, de 5 de julio). El Tribunal ha reconocido, no obstante, la constitucionalidad del hecho que la condena sea sustituida, en base a razones atendibles, por su equivalente económico u otro tipo de prestación (STC 149/1989 de 22 de septiembre), ya que en cuanto derecho prestacional, el derecho a la tutela efectiva es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenidos concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio, por lo que, al tratarse de un derecho de configuración legal, el legislador puede establecer lími-

(2) Art. 117.3: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan."

(3) Art. 118: "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto."

(4) Las dos obras más inmediatas referidas al mismo año del texto constitucional son: GONZÁLEZ PÉREZ, Estudio preliminar, en sus Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Civitas, Madrid, 1978; MARTÍN REBOLLO, "La justicia administrativa ante el texto constitucional (Apostillas a un libro reciente)", REDA, núm. 19, 1978, pág. 536.

(5) Una crítica inicial a esta regulación puede verse en FONT i LLOVET, La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales, Cuadernos Civitas. Madrid, 1985, págs. 184 y ss.

tes al pleno acceso a la ejecución de sentencias siempre que los mismos sean razonables y proporcionales respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (STC 107/1992, de 1 de julio). Uno de los límites tradicionales constituido por la inembargabilidad a los bienes y derechos de las Haciendas públicas ha sido recientemente objeto de una importante decisión del Tribunal, sobre la que volveremos más adelante (STC 166/1998, de 15 de julio) en la que se señala que la extensión del principio de inembargabilidad a “los bienes patrimoniales no afectados materialmente a un uso o servicio público, no puede considerarse razonable desde la perspectiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes que el artículo 24.1 reconoce y garantiza”.

II. EL MARCO GENERAL DEL SISTEMA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LA NUEVA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Todo el anterior cuerpo de doctrina ha sido tenido en cuenta en la nueva redacción de la Ley de la Jurisdicción de 1998, destacando, en primer lugar, la habilitación expresa al Juez para la garantía de la plenitud de la tutela judicial efectiva, entendida como el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos, mediante el establecimiento de la obligación del cumplimiento de las resoluciones judiciales, la colaboración en la ejecución de lo resuelto y la potestad de los Tribunales de hacer ejecutar lo juzgado.

Asimismo, se tiene en cuenta la protección de otros bienes jurídicos constitucionalmente atendibles, mediante la introducción de supuestos tasados y extraordinarios de utilidad pública e interés social, declarados ya directamente por la Ley, y no dejados, así, en manos del Gobierno como vimos que sucedía en la LOPJ, para permitir la expropiación de los derechos e intereses legítimos reconocidos en la sentencia firme. Igualmente se da un tratamiento deferente a los bienes y derechos de la Hacienda pública, al no eliminarse la prerrogativa de la inembargabilidad, sin perjuicio de lo que luego se dirá con relación a la STC 166/1998, y posibilitarse una modulación judicial de las formas de cumplimiento de las sentencias cuando ello pudiera producir perjuicio grave a la misma.

Otros aspectos importantes de estas innovaciones pueden referirse a la prevención frente a las ejecuciones aparentes decla-

**LA LICA HABILITA
EXPRESAMENTE AL JUEZ
PARA GARANTIZAR LA
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA,
ENTENDIDA COMO EL
DERECHO A LA EJECUCIÓN
PUNTUAL DE LO FALLADO
EN SUS PROPIOS TÉRMINOS**

rando la nulidad de los actos contrarios a los pronunciamientos de las sentencias y el establecimiento de un procedimiento ágil para la declaración de dicha nulidad; a la posibilidad de la ejecución forzosa de sentencias que condenen a la Administración a la realización de una actividad o a la emanación de un acto, con la implantación de un severo sistema de multas coercitivas; a la extensión de los efectos de una sentencia firme en materia tributaria y de personal a personas que se encuentren en idéntica situación a la de la parte personada; y el otorgamiento al acuerdo de conciliación judicial la misma fuerza que a la sentencia a efectos de su ejecución forzosa.

Veremos a continuación el desarrollo de los aspectos más relevantes de este nuevo sistema, limitando la extensión de la exposición al objetivo de estos comentarios.

III. LA PLENITUD DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL DE EJECUCIÓN

La potestad jurisdiccional de ejecución de sentencias se reafirma en el art.103.1 LJCA reproduciendo el contenido sustancial del art. 117.3 CE y encomendando su ejercicio al Juez o Tribunal que haya conocido del asunto en primera o única instancia. Asimismo, se reiteran las obligaciones constitucionales respecto del cumplimiento del fallo por las partes en la forma y términos consignados en la sentencia (art. 103.2 LJCA) y de la colaboración de todas las personas y entidades públicas y privadas con los Jueces y Tribunales para la debida y completa ejecución de lo resuelto (art. 103.3 LJCA).

Estas declaraciones principales se completan con un importante conjunto de medidas que conducen a la plenitud del cumplimiento del fallo. Así, el art. 105.1 LJCA determina la prohibición de la suspensión de dicho cumplimiento y de cualquier declaración de inejecución total o parcial. Este valor del cumplimiento del fallo se refuerza con relación a las denominadas ejecuciones aparentes, mediante la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias dictadas con la finalidad de eludir su cumplimiento (art. 103.4 LJCA). Esta declaración la realiza el Juez de la ejecución por el trámite de incidentes contenido en el art. 109.2 y 3 de esta LJ, que permite en el plazo de un mes la emanación de un auto en el que se decida la cuestión planteada. Además, el art. 108.2 LJCA permite reaccionar a los interesados contra las actividades que realice la Administración contraviniendo los pronunciamientos del fallo, en cuyo caso la autoridad judicial procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo, determinando los daños y perjuicios ocasionados.

No obstante, hay que señalar que la clave interpretativa de este mecanismo de reacción frente a las ejecuciones aparentes estriba en el análisis de la intencionalidad de la Administración, que normalmente ha de concretarse en actuaciones elusivas o contrarias al fallo en períodos temporalmente próximos al mismo. Sin embargo, la naturaleza de nulidad de estos actos plantea el problema de la permanencia en el tiempo de los fallos del Tribunal con el posible efecto negativo de la congelación en el tiempo de la situación objeto del fallo. Así, en el caso de una anulación de un plan urbanístico, no podría sos-

tenerse la imposibilidad de cualquier variación posterior del mismo, so pretexto de que con ello se estaría incumpliendo un previo fallo judicial. Lo mismo podría plantearse en sentencias relativas a la reordenación de personal. En estos casos, a mi juicio, cuando la Administración vuelva a actuar ante **nuevas circunstancias**, se debe entender que puede acometer una nueva valoración del interés general volviendo a incidir sobre la materia que fue anteriormente objeto de una fallo judicial, sin que se interprete que con ello se pretende eludir o contrariar su cumplimiento.

Para rodear al fallo de su máxima publicidad, el art. 107 LJCA establece mecanismos específicos con relación a los actos o disposiciones generales anulados total o parcialmente. Respecto de los actos, el Juez o Tribunal debe disponer, a instancia de parte, la inscripción del fallo en los registros públicos a que hubiere tenido acceso el acto anulado, así como, si concurriese causa bastante, su publicación en los periódicos oficiales y privados a costa de la parte ejecutada, si bien esta causa se eleva a la constatación de un interés público en el caso de la publicación en periódicos privados. Por su parte, las sentencias que anulen disposiciones generales o actos que afecten a una pluralidad indeterminada de personas, son publicadas por orden adoptada de oficio por el órgano judicial en los diarios oficiales en el plazo de diez días a contar desde la firmeza de la sentencia.

Además de estas medidas de acompañamiento a la completa ejecución del fallo, aparecen previstas soluciones legales para los casos de imposibilidad material o legal de ejecución, para la paliación de hipotéticos trastornos graves de la Hacienda pública y para la articulación de determinados intereses públicos contrarios a una ejecución mediante la fórmula de la expropiación de los derechos o intereses legítimos reconocidos en una sentencia.

El primer caso aparece regulado en el art. 105.2 LJCA, según el cual, ante un supuesto de ejecución imposible por causas materiales o legales, el órgano administrativo obligado al cumplimiento debe comunicarlo al Juez de la ejecución dentro del plazo de ejecución voluntaria del artículo 104.2. Éste convocará para oírlos a las partes y a los que considere interesados y apreciará la concurrencia de las causas de imposibilidad alegadas, disponiendo lo que estime preciso para asegurar la mayor efectividad de la ejecutoria y fijando la indemnización que proceda en relación a la parte que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Se produce, así, un pleno control judicial de este proceso, control que debe contemplarse teniendo en cuenta la existencia de las medidas de auxilio en la ejecución contenidas en el artículo 108 LJCA y las potestades de aplicación de multas coercitivas del art. 112 LJCA. En cualquier caso, es evidente que el mero transcurso del plazo de ejecución voluntaria y la entrada de la puesta en marcha del mecanismo de la ejecución forzosa, no pueden cambiar la naturaleza de una ejecución imposible, por lo que el juicio de ponderación acerca del grado de ejecutoriedad permanece, con la salvedad que el incumplimiento del deber de advertencia por parte del órgano administrativo obligado al cumplimiento puede redundar en un aumento de la cuantía de la indemnización.

El supuesto de trastorno grave de la Hacienda pública con motivo de una condena al pago de cantidad se soluciona en el artículo 106.4 LJCA mediante la obligación de la

Administración de comunicar la concurrencia del hecho y aportar al Juez o Tribunal una propuesta de pago razonada. No dice nada la norma respecto del plazo dentro del cual debe producirse esta comunicación por lo que cabría realizarla dentro del período de ejecución forzosa, siendo, sin embargo, de aplicación la penalización de aumento del interés legal del dinero prevista en el apartado 3 del mismo artículo.

Por lo que se refiere a la expropiación de los derechos e intereses legítimos reconocidos frente a la Administración en una sentencia firme, el art. 105.3 LJCA señala taxativamente las tres causas de utilidad pública o interés social que únicamente dan lugar a dicha medida expropiatoria, limitándose, así, la posibilidad que el art. 18 LOPJ otorgaba al Gobierno para que éste declarase libremente las causas que podían dar lugar a expropiación de sentencias. Estas causas son: a) peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos; b) el temor fundado de guerra, y c) el quebranto de la integridad del territorio nacional. Las tres causas pueden ser declaradas por el Gobierno de España y, además, la causa a) también puede ser declarada por el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma cuando el acto, actividad o disposición impugnado proviniera de los órganos de su Administración, de las Entidades Locales de su territorio o de las Entidades de Derecho Público y Corporaciones dependientes de ambas Administraciones territoriales. Queda claro que los supuestos atribuidos al Gobierno autonómico también pueden ser objeto de una declaración por parte del Gobierno de la Nación, pero en cambio, el Gobierno autonómico, aun tratándose de la causa a) no puede efectuar la declaración expropiatoria con relación a actos, actividades o disposiciones provenientes del Gobierno nacional. Las declaraciones deben efectuarse dentro del plazo de los dos meses siguientes a la comunicación de la sentencia, pudiendo la autoridad judicial de la ejecución entrar a apreciar únicamente la concurrencia de la causa a), quedando las declaraciones expropiatorias basadas en las otras dos causas como típicos actos políticos, por lo que a tenor del art. 2. a) de esta misma Ley, serían controlables en lo que pudiera afectar a los derechos fundamentales y a los elementos reglados, pero dicho control correspondería ya a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. La indemnización corresponde fijarla al Juez de la ejecución y debe ser abonada por la autoridad que realiza la declaración. Si se produjese una concurrencia de declaraciones quedaría en manos del Juez repartir entre ambas el montante de la indemnización o proceder según su criterio.

IV. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN

1. La ejecución voluntaria

El art. 104.1 LJCA contiene los trámites iniciales de ejecución de las sentencias firmes, aunque hay que recordar que los artículos 84 y 91 de la misma LJCA prevén ejecuciones provisionales de actos susceptibles de recurso de apelación y de casación. Refiriéndonos a las primeras, las sentencias firmes deben comunicarse en el plazo de diez días al órgano

que hubiese realizado la actividad objeto del recurso. Este órgano debe acusar recibo de dicha comunicación e indicar el órgano responsable del cumplimiento del fallo en idéntico plazo, y practicar lo necesario para el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el mencionado fallo. En cualquier caso, y mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, estos mismos extremos pueden plantearse mediante el trámite de incidentes a tenor de lo establecido en el art. 109 LJCA.

El plazo para el período de ejecución voluntaria es, en términos generales, de dos meses (art. 104.2 LJCA). Dicho plazo puede variar, sin embargo, en cuatro ocasiones. En primer lugar, en relación a lo dispuesto en el art. 71.1.c) LJCA que prevé que la sentencia pueda establecer un plazo determinado para el cumplimiento del fallo en caso de que se trate de la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria. Además, el art. 104.3 LJCA prevé, de forma genérica, que cualquier sentencia, atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la misma, pueda fijar un plazo inferior para su cumplimiento, si el plazo de dos meses lo hiciese ineficaz o cause grave perjuicio. Por su parte, el art. 106.3 LJCA prevé un plazo especial de tres meses para el cumplimiento de los fallos condenatorios al pago de cantidad. Finalmente, en relación a los acuerdos entre las partes que den lugar a un auto de terminación del procedimiento contemplados en el art. 77.3 LJCA, el plazo de ejecución será el fijado en el acuerdo. Si éste no se hubiese fijado, tras el requerimiento de la parte perjudicada, la otra cuenta con un plazo de dos meses de ejecución voluntaria.

**LA STC 166/1998 HA
LEVANTADO LA PRERROGATIVA
DE LA INEMBARGABILIDAD
DE LOS BIENES PATRIMONIALES
DE LAS CORPORACIONES
LOCALES QUE NO ESTUVIERAN
AFECTADOS MATERIALMENTE
A UN USO O SERVICIO
PÚBLICO**

2. La ejecución forzosa

Pasados todos estos plazos, se inicia la ejecución forzosa. Cuando la condena obligue a una Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el art. 108 LJCA provee a la autoridad judicial de una amplia panoplia de medidas. En primer lugar puede ejercutar la sentencia a través de sus propios medios. Además, puede requerir la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada, que se ponen en este caso directamente al servicio del Juez o, en su defecto, de autoridades y agentes de otras Administraciones públicas, produciéndose un efecto sustitutorio dirigido por el Juez. Finalmente, puede, en términos genéricos, adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que sería inherente al acto omitido, entre las

cuales se incluye expresamente la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada.

De forma concurrente con las medidas anteriores, en virtud del art. 112 LJCA, el Juez cuenta con la posibilidad de, previo apercibimiento, imponer multas coercitivas de 25.000 a 250.000 pesetas a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos de la autoridad judicial en el trámite de la ejecución, pudiendo reiterarlas hasta la completa ejecución del fallo judicial. El régimen de imposición de estas multas se remite al art. 48 LJCA donde se establecen las multas coercitivas por razón de la no remisión del expediente. En términos generales este régimen contempla la reiteración de la multa cada veinte días; la responsabilidad subsidiaria de la Administración en caso de no poder determinarse individualmente la autoridad o empleado responsable; la audiencia del afectado tras la notificación de la multa; y la efectividad de la multa por la vía de apremio si no se hubiese satisfecho. Además de las multas, también podrá deducirse el oportuno testimonio para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

En todo caso, hay que tener en cuenta que, como límite a los poderes de ejecución de la autoridad judicial en caso de que la Administración fuese condenada a dictar un acto, hay que tener presente el art. 71.2 LJCA que establece la imposibilidad que pesa sobre los órganos judiciales para determinar en la sentencia el contenido discrecional de los actos anulados.

Mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, sabemos que el art. 109 LJCA articula en beneficio de cualquiera de las personas afectadas por el fallo el incidente de ejecución para decidir cuantas cuestiones se planteen en la ejecución y, en especial, las relativas al órgano administrativo responsable de la ejecución, al plazo de cumplimiento y a los medios y al procedimiento con que el cumplimiento ha de llevarse a efecto.

V. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE EJECUCIÓN

1. La ejecución de las condenas al pago de cantidad

En el procedimiento de ejecución de las condenas al pago de cantidad, el art. 106 LJCA ha incorporado importantes medidas que tienden a eliminar los obstáculos que la legislación presupuestaria introducía en esta materia. Así, en primer lugar, se declara ampliable el crédito necesario para el pago de este tipo de condenas a los efectos del art. 66 LGP, añadiéndose que, si para ello fuese necesario realizar una modificación presupuestaria, ésta deberá concluirse dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial. Se trata de transferencias de crédito, que son, en función de su especificidad, competencia, en el caso de la Administración General del Estado, del Consejo de Ministros, del Ministro de Economía y Hacienda o de cada Ministro de acuerdo con

los arts. 67 a 70 LGP, por lo que su incumplimiento se encuentra sometido a los poderes judiciales en materia de ejecución forzosa que antes hemos visto.

En cualquier caso, la deuda ejecutable es la correspondiente a la cantidad fijada en la sentencia dictada en primera o única instancia, más el interés legal del dinero calculado desde la fecha de la notificación de dicha sentencia (art. 106.2 LJCA). Además, si hubiese transcurrido el período de tres meses de ejecución voluntaria y se hubiese instado la ejecución forzosa, el Juez, si apreciase falta de diligencia en el cumplimiento, puede incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, por lo que dicho incremento se computa también desde la notificación de la sentencia *a quo*.

Ya hemos señalado en un apartado anterior que, cuando la Administración condenada al pago de cantidad estime que el cumplimiento de la sentencia puede ocasionar un trastorno grave a su Hacienda, puede ponerlo en conocimiento del Juez acompañándolo de una propuesta razonada que tiene como finalidad lograr una ejecución lo menos gravosa posible. El precepto, implícitamente, nos sitúa ante un aplazamiento o fraccionamiento del pago, lo cual puede ser razonable si se comprueba, en primer lugar, el trastorno alegado y, en segundo término, se compensa al particular adecuadamente. También se ha señalado anteriormente que el precepto no impide que esta propuesta razonada se realice en período de ejecución forzosa, si bien en este caso no debe bastar como compensación el aumento de los dos puntos del interés legal del dinero, ya que esta medida es en sí una penalización a la Administración.

Como forma de pago alternativa, el apartado 6 de este artículo prevé la fórmula de la compensación de créditos que puede ser solicitada al Juez por ambas partes. Cuando quien lo solicite sea la Administración, debe entenderse que nos encontramos ante una nueva vía legal, que no debe seguir los procedimientos típicos de esta figura contemplados en la legislación financiera (art. 68 LGT, arts. 63 a 68 del Reglamento General de Recaudación, art. 109 LRRL y Disposición Adicional 14 LHL). Cuando sea el particular, la compensación decretada por el Juez de la ejecución debe operar como título de pago que el particular puede oponer a una futura reclamación de la deuda.

Para concluir este procedimiento, hay que hacer referencia a la STC 166/1998, de 15 de julio, que ha levantado la prerrogativa de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales de las corporaciones locales que no estuviesen afectados materialmente a un uso o servicio público. La limitación del fallo del Tribunal Constitucional a los bienes locales es debido al origen del mismo en una cuestión de constitucionalidad referido al art. 154.2 LHL, pero no cabe duda que esta doctrina es también aplicable ya por los jueces al art. 44.1 LGT con relación al Estado y a los correlativos preceptos presentes en la legislación de la Hacienda autonómica. No obstante, hay que señalar que el Tribunal expresamente mantiene la prerrogativa de la inembargabilidad, no sólo con relación a los bienes demaniales y comunales y a los patrimoniales afectos a un servicio público, sino también a los recursos financieros de los entes públicos, y a los bienes patrimoniales sujetos a una legislación especial. Entre estos últimos el Tribunal especifica los afectos al Patrimonio Municipal del Suelo, los montes vecinales de mano común y los bienes muebles de notable valor artístico, arqueológico, científico, técnico o cultural.

El propio Tribunal Constitucional aporta la forma concreta en que cabe la ejecución sobre los bienes patrimoniales, previendo que el particular acreedor acuda al inventario de bienes que están obligados a llevar los entes públicos y procediendo a una individualización y selección de los bienes al momento de instar el embargo. Es cierto que el art. 106 LJCA no habilita expresamente al Juez a proceder directamente al embargo, pero llegados al punto del transcurso del período de ejecución voluntaria de la sentencia condenatoria al pago de cantidad, se abre para el particular la posibilidad de acudir al trámite de incidentes del artículo 109 LJCA solicitando al Juez el embargo de los bienes patrimoniales señalados como medio para llevar a cabo la ejecución frustrada.

2. La extensión a terceros de los efectos de sentencias firmes

Los artículos 110 y 111 plantean sendos procedimientos de extensión a terceros de los efectos de sentencias firmes mediante la vía de ejecución.

El primer supuesto se refiere a las sentencias firmes recaídas en materia tributaria o de empleo público en las que se reconozca una situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas, por lo que no es aplicable a las sentencias desestimatorias. Para proceder a su extensión es necesario que concurran tres requisitos:

- que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo;
- que el Juez o Tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada;
- que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso. En el caso de que se hubiese interpuesto recurso en interés de ley o de revisión, el plazo se cuenta desde la última notificación de la resolución que ponga fin al recurso.

Este plazo de un año, abre un problema de derecho transitorio, ya que la Disposición Transitoria Cuarta establece que las sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley “de las que no constase en autos su total ejecución se ejecutarán en lo pendiente con arreglo a la misma”. De este modo, cabe pensar que en la medida en que el procedimiento de extensión de efectos es una forma de ejecución de una sentencia, se puede solicitar por esta vía la extensión de sentencias firmes, dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, a supuestos que reúnan los requisitos exigidos para dicha extensión y respecto de los cuales no haya transcurrido el plazo de un año desde su notificación a las partes.

El procedimiento de extensión se inicia mediante una solicitud dirigida por el interesado a la Administración afectada por el fallo. Pasados tres meses sin resolución adminis-

trativa o desde la denegación expresa, puede acudirse sin más trámite al Juez, dentro del plazo de dos meses, aportando un escrito razonado al que se acompañará los documentos que acrediten la identidad de situaciones. Esta petición se sustancia por el trámite de incidentes, sin necesidad de celebración de vista, recabando el Juez de la Administración las actuaciones referentes al incidente por un plazo de veinte días aunque, si se recibiesen dentro de dicho plazo, las pondrá de manifiesto a las partes por el plazo común de tres días y, en otro caso, resolverá sin más por medio de auto en el que sólo podrá reconocerse la misma situación definida en la sentencia firme de referencia.

Cabe la desestimación, cuando existiese cosa juzgada o cuando la doctrina determinante del fallo que se pretende extender fuese contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia sentada en el recurso de casación para unificación de doctrina regulado en el artículo 99 de la misma LJCA.

El segundo supuesto de extensión de los efectos de una sentencia firme aparece contemplado en el art. 111 LJCA con referencia a los recursos judiciales que, teniendo un idéntico objeto, se hubiesen suspendido en aplicación de lo dispuesto en el art. 37.2 LJCA. El procedimiento parte de la petición al Juez para que proceda a la extensión de la sentencia dictada sobre el citado objeto común y continúa con los mismos trámites contemplados en el art. 110. No se determina el plazo en que cabe solicitar esta extensión, pero lo razonable es aplicar el de dos meses desde que, con arreglo al propio artículo 37.2 LJCA, le fuese notificada la sentencia, que es el plazo utilizado en el art. 110 LJCA para dirigirse al Juez tras conocerse la respuesta de la Administración.

La extensión a terceros de los efectos de la sentencia en vía de ejecución

TOMÁS FONT I LLOVET

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Barcelona

Sumario:

I. El contencioso-administrativo frente a las situaciones colectivas. II. Algunos problemas sobre la eficacia de las sentencias. III. Ámbito de aplicación de la extensión de los efectos de las sentencias. IV. Requisitos para solicitar la extensión. 1. Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo. 2. Que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación jurídica individualizada. **V. El procedimiento para obtener la extensión de los efectos.** 1. Plazo de interposición. 2. Fase administrativa y fase judicial. Medidas de simplificación. 3. Los “grupos de afectados”. 4. Algunas cuestiones sobre la tramitación del incidente. a) ¿Ampliación del plazo? b) ¿Ampliación del objeto? c) Determinación de las partes. d) La posición de la Administración. **VI. El problema de los actos consentidos. VII. Los límites a la extensión subjetiva de la sentencia en vía de ejecución. VIII. Reflexión final.**

I. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FRENTE A LAS SITUACIONES COLECTIVAS

Es notorio que la situación actual del orden contencioso-administrativo incluye, entre otras características, su necesaria intervención en la resolución de conflictos que materialmente enfrentan a la Administración con amplios grupos o colectivos de ciudadanos agrupados en torno a una identidad de posición jurídica, posición que se ve afectada de igual manera por una misma actuación administrativa. Al mismo tiempo, ha de hacer frente a un incremento cuantitativo de cierto tipo de conflictos fruto de la generalización de las

relaciones jurídico-administrativas debidas al crecimiento del sector público –y por tanto de empleados públicos– así como a la progresiva generalización, también, de la exigencia de los deberes tributarios y, en consecuencia, de la litigiosidad que le es propia ¹.

La jurisdicción contencioso-administrativa ha pasado a reflejar así la imagen del ciudadano de una determinada versión del Estado social avanzado: con algo de caricatura, si se quiere, es el ciudadano empleado público, el ciudadano contribuyente. No obstante, la crisis del bienestar y la consiguiente reducción del sector público puede conducir a la larga a una necesaria relativización de la conflictividad contencioso-administrativa en la materia de empleo público, aunque si a ello se llega no será sin antes pasar por una etapa precisamente de incremento de esa misma litigiosidad a consecuencia de la defensa frente a aquel proceso de reconversión. Posiblemente no sucederá lo mismo con la materia tributaria, por más que en nuestro entorno se quiera transitar por una fase de reducción de impuestos que debería aligerar la presión contenciosa; pero esto último no es de esperar.

Lo cierto es que nos encontramos de lleno ante una “masificación” del contencioso, resultado también del creciente sentimiento de plenitud ciudadana, esto es de la convicción de los ciudadanos de que ostentan derechos frente a la Administración y que esos derechos son tutelables por los tribunales. La resignación frente a la Administración disminuye progresivamente, pero al mismo tiempo, sin embargo, crece la insatisfacción por la justicia, lenta y desigual, consecuencias ambas de la súbita extensión de su acción protectora en el campo de las relaciones con la Administración.

La preocupación por esta nueva perspectiva del control judicial de la Administración y la protección de los derechos individuales ha llevado a las instituciones europeas a establecer recomendaciones a los Estados en favor de la racionalización de los recursos jurisdiccionales, proponiendo, por ejemplo, la obligación de designar un representante único en los pleitos en masa, o bien la adopción de la técnica de los procesos “test”, etc.². Algunos ordenamientos han recogido ya determinados instrumentos dirigidos, en definitiva, a simplificar la gestión del contencioso en los casos de situaciones masivas o reiterativas, como por ejemplo, la figura de los procesos testigo en Alemania.

En nuestro país, la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, consciente de estas necesidades, ofrece dos tipos de solución específica para estas situaciones de litigiosidad masiva (a parte de otras técnicas de menor o distinto alcance, como aspectos de legitimación, etc., a que aludiré luego):

a) Por un lado, se adopta la técnica de los procesos test, o testigo, que selecciona el juez para su resolución como modelo de otros que se están tramitando y su solución en vía ejecutiva,

(1) Sobre la relación entre la jurisdicción contencioso-administrativa y el fenómeno de la masificación social, y las soluciones técnicas a adoptar, vid. el trabajo de J.A. XIOL RÍOS, “Consideración de algunos aspectos del proceso administrativo como respuesta a los fenómenos de masificación social: la legitimación, la limitación de las instancias, el tratamiento en serie de los recursos y los efectos de la sentencia”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*. “Jurisdicción contencioso-administrativa: aspectos procesales”, Madrid, CGPJ 1992, págs. 131 y ss.

(2) Así, una Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa que refiere J.A. XIOL RÍOS, cit., pág. 184.

al poder solicitar los demás recurrentes que se les extiendan los efectos de la sentencia dictada en el proceso testigo. En efecto, el art. 37.2 establece la posibilidad de que el juez ordene la tramitación preferente de un procedimiento con suspensión de otros con idéntico objeto, en lugar de acumularlos. Una vez dictada sentencia, las partes afectadas por la suspensión podrán solicitar la extensión de los efectos de dicha sentencia, o bien pueden continuar el proceso si no les satisface la sentencia dictada (o pueden desistir del proceso). El art. 111, por remisión al 110. 3, 4 y 5, dispone cuál es el procedimiento a seguir para obtener dicha extensión de los efectos, que como veremos al comentar dicho art. 110, contempla una primera solicitud a la Administración –no al órgano judicial– para que le aplique los efectos del fallo ya producido, y ante su negativa o su silencio, se plantea la cuestión, vía incidente de ejecución, ante el órgano jurisdiccional.

b) Por otro lado, se da una solución nueva por la vía de la extensión *ultra partem* de los efectos de una sentencia, en fase de ejecución de la misma, de manera que personas que no habían sido parte en el proceso, ni en otros que hubieran sido suspendidos para la tramitación preferente del proceso seleccionado, puedan ver reconocidas para sí las situaciones jurídicas declaradas en la sentencia en favor de otras.

A esta segunda posibilidad vamos a dedicar principalmente nuestra atención. No sin antes insistir que el cambio de perspectiva en la funcionalidad real del contencioso-administrativo a que aludo va a tener también su reflejo en el aspecto procesal. Hoy los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa están ya casi dedicados por igual a los incidentes de suspensión, y en general a la práctica de la justicia cautelar, como al desarrollo de la justicia declarativa plenaria. Ahora se abre un nuevo frente, hasta el momento demasiado descuidado, que es el de la ejecución de las sentencias, que cobra además una función verdaderamente declarativa en los supuestos de ejecución en masa a que nos referimos en esta ocasión. La justicia administrativa ha pasado a ser, así, una justicia también y sobre todo cautelar y ejecutiva.

**LA LEY HA LIMITADO LA
EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS
DE LA SENTENCIA “ULTRA
PARTEM” EN FASE DE
EJECUCIÓN A LOS CASOS DE
LAS MATERIAS TRIBUTARIAS
Y DE PERSONAL AL
SERVICIO DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

II. ALGUNOS PROBLEMAS SOBRE LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS

Ya antes de la nueva Ley se había planteado en numerosas ocasiones la cuestión de la eficacia de las sentencias, en virtud de

la previsión del art. 86.2 de la LJ de 1956 respecto de las sentencias anulatorias de actos y disposiciones: en él se decía que las mismas producen efectos entre las partes y respecto de las “personas afectadas” por los mismos. Una larga polémica se ha venido sosteniendo, por un lado, acerca, precisamente de la cualidad de las “personas afectadas” por la anulación de una disposición o acto. Si no ofrece dudas la producción de efectos *erga omnes* de las sentencias anulatorias de disposiciones reglamentarias, menor unanimidad se ha producido respecto de sentencias anulatorias de un acto administrativo, ante la pretensión de extender sus efectos –anulatorios– a otros actos administrativos de idéntico contenido pero con distinto destinatario. Pero, por otro lado, lo más problemático es, todavía, plantear si son extensibles a otros sujetos los fallos ya no anulatorios, sino los que reconocen una situación jurídica individualizada a un sujeto determinado³.

La jurisprudencia no ha sido tampoco constante. Se acostumbra a citar como caso pionero el **Auto del TS de 29 de noviembre de 1985**: según la doctrina sentada por el mismo, ante la negativa de la Administración de extender los efectos de la sentencia a otras personas que no fueron parte en el proceso, no sería necesario abrir nuevos procesos contra estos actos, sino incorporarse, vía incidental, a la ejecución de aquella sentencia y obtener del tribunal la declaración de ostentar la misma situación jurídica reconocida a los primeros recurrentes⁴. En síntesis, se trataba de dar mayor contenido a las facultades jurisdiccionales en ejecución de las sentencias⁵.

Pero esta postura no ha sido seguida de forma continuada por los Tribunales. Así, más recientemente, y contemporáneamente a la tramitación de los proyectos para la elaboración de la nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo, la **STS de 15 de febrero 1996**, (Ar. 1722): niega la extensión de efectos de la sentencia anulatoria de una liquidación tributaria a otras liquidaciones que no fueron impugnadas en tiempo y forma; y la **STS de 29 de febrero de 1996** (Ar. 1824), muy elaborada, niega que quepa plantear en el proceso de ejecución pretensiones de otros sujetos que, por ello, no han sido resueltas en el proceso principal y por lo tanto no resultan indiscutibles. Aunque la Sala es consciente, y así lo señala, de los proyectos de reforma que por aquel entonces se están tramitando en el Congreso de los Diputados, *de lege data* no considera adecuado el proceso de ejecución para resolver con carácter plenario todas las cuestiones que la Administración puede suscitar: excepción de acto consentido, distinta situación jurídica de los diversos interesados, pendencia de recursos, etc. Más recientemente, la **STS de 7 de noviembre de 1997** (Ar. 9660)⁶ especifica que el genuino campo de aplicación del art. 86.2 LJCA de 1956, en cuanto se refiere a las “personas afectadas”, hay que encontrarlo en los actos plurales con

(3) Vid., entre otros, R. FERNÁNDEZ MONTALVO, “Los límites subjetivos de la eficacia de las sentencias contencioso-administrativas”, en *Estudios de Jurisprudencia*, año II, núm. 4 (1993), págs. 83 y ss; y específicamente el interesante trabajo de A. B. GÓMEZ DÍAZ, “La eficacia de las sentencias contencioso-administrativas: entre la dogmática y la ingeniería judicial”, *RAP* 144 (1997), págs. 245 y ss.

(4) Vid. el comentario a este Auto del TS de J. TOLEDO JAUDENES, “Extensión *ultra partem* de la eficacia de la sentencia administrativa en trámite de ejecución”, *RAP* 109 (1986), págs. 255 y ss.

(5) A ello me he referido en mis trabajos: *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Madrid, Civitas, 1985; y “Medidas para hacer efectiva la ejecución de las sentencias”, en *Estudios en Homenaje al Prof. J. González Pérez*, Madrid, Civitas, 1993.

(6) Se encuentra reseñada en esta misma revista *Justicia administrativa*, núm. 1 (1998), págs. 272-273.

dos o más destinatarios concretos, o en los actos generales con una pluralidad indeterminada de sujetos, cuya nulidad ha sido declarada por la sentencia en virtud de una previa impugnación de uno de ellos, en cuyo caso los demás pueden beneficiarse en fase de ejecución de los efectos de la nulidad sin acudir a otro proceso.

Como se ve, la solución al problema de la multiplicación de procesos, a la estereotipación de recursos frente a actos similares, en definitiva, a la doble cuestión de hacer eficaz la igualdad de los ciudadanos y la simplificación y economía procesales, requeriría una solución legislativa que despejara las incógnitas interpretativas. En este sentido, es de destacar la iniciativa de la Sección especial de la Comisión General de Codificación para la reforma procesal, que propugnó que se contemplara la extensión de los efectos de la sentencia no sólo a los afectados por el acto recurrido sino a todos aquellos que se encontrasen en situación idéntica, incluso si su situación se hubiera resuelto por actos administrativos distintos y separados, de modo que no habría de operar aquí el principio del acto consentido⁷.

El punto de partida de la actual Ley es la clarificación que realiza respecto de la eficacia de las sentencias, distinguiendo, en lo que interesa: por un lado, la anulación, ya sea de disposiciones o de actos, que produce efectos para todas las personas afectadas (art. 72.2); por otro lado, la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada, que sólo producirá efectos entre las partes, pero los mismos podrán extenderse a terceros en los términos previstos por los arts. 110 y 111, en vía de ejecución de sentencia. Nótese bien que, tanto en el primero como en este segundo caso, se está hablando de un determinado contenido o efecto de las sentencias, y ello viene a subrayar, como ya sabemos, que una misma sentencia puede tener efectos anulatorios generales para todas las personas afectadas, y efectos declarativos, al estimar una determinada pretensión, que sólo afecta a las partes del proceso. De modo que los “efectos consecuenciales” de la anulación, consistentes en el reconocimiento de pretensiones individualizadas, no se producen automáticamente para todos los afectados por la anulación, sino solamente para los que han sido parte en el proceso. Ésta era una de las cuestiones no resueltas claramente por la jurisprudencia.

Pues bien, vamos a ver algunas de las cuestiones que plantea esta nueva regulación de la posible extensión a otros sujetos de los efectos derivados de la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas, según lo previsto en el art. 110.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS

La posibilidad de extensión *ultra partem* de los efectos individualizados, en vía de ejecución, se limita a los casos de las materias tributarias y de personal al servicio de la

(7) Sobre estas propuestas, vid. XIOL RÍOS, cit., pág. 192.

Administración pública. Como se ha dicho, se trata de dos sectores en los que se produce el mayor porcentaje de litigiosidad en la jurisdicción contencioso-administrativa, litigiosidad, además, reiterativa, por producirse en relación con un mismo acto o disposición, o contra actos formalmente distintos pero materialmente idénticos a excepción del destinatario de cada uno de ellos. Al extenderse el nuevo mecanismo a estos dos ámbitos se trata de obtener, por una parte, medios de aligeramiento de la actividad procesal de los órganos judiciales, al convertir en incidentes de ejecución lo que podrían ser procesos ordinarios y plenarios; con la posibilidad, además, de que no lleguen siquiera al conocimiento judicial, en virtud de la vía previa administrativa establecida (art. 110.2) que permite ofrecer una solución “preprocesal” a la extensión de los efectos de la sentencia.

Pero de otra parte, se establece un límite claro, al restringir las posibilidades de esta solución procesal solamente para estos dos sectores concretos. Late ahí la idea de introducir una solución pragmática para estos dos grandes ámbitos de pleitos masivos, pero manteniéndose lejos de pretender modificar de raíz los presupuestos esenciales del control administrativo a través de un proceso plenario en el que se proyecta la función jurisdiccional de juzgar la legalidad de la actuación administrativa. Nótese que inicialmente el proyecto preveía su aplicación sólo a las materias de personal, y se extendió a lo tributario durante la discusión parlamentaria⁸.

Para otros supuestos de litigiosidad masiva, en materias distintas, cabe acudir a la ya citada técnica de los procedimientos “testigo” de tramitación preferente: por ejemplo, las impugnaciones derivadas de un mismo proceso expropiatorio o las que son consecuencia de la aprobación de un plan urbanístico, supuesto que ha generado multitud de ejemplos de planteamiento de la virtualidad del art. 86.2 LJCA de 1956. Ello no quiere decir que a la vista del resultado que ofrezca la aplicación de esta posibilidad en los ámbitos materiales citados no pueda extenderse en el futuro a otros sectores.

IV. REQUISITOS PARA SOLICITAR LA EXTENSIÓN

1. Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo

Ésta es, evidentemente, la condición básica y esencial que justifica la exención de la carga de seguir todo un proceso plenario, y que es la medida misma de uno de los fundamentos de esta técnica: hacer frente a los actos masa, de contenido idéntico para todos aquellos que se encuentran en una misma e idéntica situación.

Ahora bien, el primer y grave problema que se plantea es el de determinar, precisamente, si en el caso concreto que se ventile se cumple esa identidad de situación jurídica que

(8) Los pleitos de personal siempre han tenido una especial dimensión cuantitativa. Hasta la fecha ha existido un procedimiento especial en materia de personal, regulado en los arts. 113 y ss. de la LJCA de 1956. No obstante, la nueva LJCA ya no contempla este procedimiento especial.

se alega, o que se pretende que sea reconocida. Y lo cierto es que con carácter genérico, podría ponerse en duda la idoneidad procesal de esa nueva “tramitación declarativa en el proceso de ejecución”, habida cuenta de la complejidad de las situaciones que pueden ser alegadas por los distintos solicitantes de la extensión⁹. En realidad, éste será el contenido esencial a resolver en el procedimiento, primero administrativo y luego jurisdiccional, que regulan los núms. 2, 3 y 4 del art. 110.

2. Que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación jurídica individualizada

Se trata de una regla de seguridad que pretende, a primera vista, circunscribir la mecánica de la extensión de los efectos a terceros a aquellos supuestos en que el mismo tribunal habría fallado el pleito de haber sido interpuesto el recurso por quien solicita la extensión de los efectos. Es decir, se basa en la presunción de que el tribunal habría fallado todos los demás casos de modo igual que en el caso ya resuelto.

Ahora bien, sucede que en materia de personal, que es uno de los ámbitos principales de aplicación de esta previsión, el art. 14.1, regla segunda, de la Ley, establece el principio de elección por el demandante del órgano judicial competente: o bien aquel en cuya circunscripción tenga la sede el órgano administrativo autor del acto originario impugnado, o bien aquel en cuya circunscripción tenga su domicilio el demandante. Es sabido que se trata de reglas competenciales dirigidas a favorecer una mayor proximidad del juez al ciudadano y al caso enjuiciado, introduciendo también un factor de “comodidad” para el recurrente que no haga desproporcionados los requisitos de acceso a la jurisdicción. Pues bien, el requisito fijado en el art. 110.1.b), de que el juez o tribunal sea también competente por razón del territorio, para proceder a la ampliación del ámbito subjetivo de la eficacia de la sentencia pudiera plantear la duda de si con ello se introducía una excepción a la regla de la elección que acabamos de citar. Si ello fuera así, una tal excepción se vería justificada, no obstante, y parecería plausible como medio para evitar el riesgo de dejar al arbitrio del interesado la determinación del órgano sentenciador que pudiera mejor convenirle ante una eventual discrepancia de

**PARA SOLICITAR LA
EXTENSIÓN A TERCEROS DE
LA EFICACIA DE LA
SENTENCIA, LOS
INTERESADOS HAN DE
ENCONTRARSE EN IDÉNTICA
SITUACIÓN JURÍDICA QUE
LOS FAVORECIDOS POR EL
FALLO**

(9) La citada STS de 29 de febrero de 1996 así lo pone de relieve.

resoluciones o de líneas jurisprudenciales entre uno y otro órgano indistintamente competentes¹⁰.

De todas formas, yo creo que la cautela establecida en el art. 110 no llega a impedir que siga vigente el principio de elección del órgano judicial por parte del demandante en materia de personal. Porque entiendo que cuando se dispone la regla de que el juez o tribunal sentenciador deba ser competente “por razón del territorio”, puede referirse tanto al juez del domicilio del recurrente como el de la sede del órgano, ya que ambos casos obedecen al criterio territorial de determinación de la competencia¹¹. De esta forma se mantiene el principio electivo aún a riesgo de ampliar el efecto “comodidad” a la solución de fondo de las pretensiones. Como veremos, deberían en estos casos funcionar, entonces, los límites a la extensión de los efectos a terceros señalados en el art. 110.5, uno de los cuales dispone la desestimación del incidente cuando la doctrina del fallo cuyos efectos se pretende extender sea contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

En cualquier caso, hay que tener presente que, por razón de la materia —personal y tributario— una buena parte de este tipo de situaciones procesales van a producirse ante los juzgados de lo contencioso o ante los juzgados centrales. Porque creo que debe interpretarse que al referirse la norma al “juez o tribunal sentenciador”, se quiere aludir al que ha conocido del asunto en primera o única instancia, ya que éste es también el competente para la ejecución de la sentencia, según el art. 103.1 LJCA. Y de acuerdo con la atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales, arts. 8.1.a) y b) y 9.a) de la Ley, serán estos órganos unipersonales los competentes en gran multitud de supuestos de solicitud de extensión de efectos de las sentencias. No cabe descartar, pues, que en una primera etapa se produzca una verdadera situación de pluralidad y divergencia, como ha sucedido hasta ahora con la actuación de los TSJ en ciertos ámbitos materiales, que se prolongará hasta que llegue a establecerse una doctrina “unificada” en virtud del recurso regulado en el artículo 99.

V. EL PROCEDIMIENTO PARA OBTENER LA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS

1. Plazo de interposición

El art. 110.1.c) establece que hay que solicitar a la Administración la extensión de los efectos en el plazo de un año desde la última notificación de la sentencia a quienes fueron parte en el proceso.

(10) Así, J.F. HORCAJADA, “La ejecución de sentencias en el anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (última redacción de 16 de enero de 1995)”, en AA.VV. *La reforma de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 1995, pág. 154.

(11) En este sentido, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, II (3ª ed.) 1998, pág. 1863.

El término inicial puede presentar algunos problemas de determinación. Tal vez haya que pensar en los supuestos de publicación de la sentencia que, según el art. 72.2, comprenden, además de las sentencias anulatorias de disposiciones de carácter general, también aquellas que anulen actos que afecten a una pluralidad indeterminada de destinatarios. Tal pudiera ser el caso de algunas de las sentencias de que nos ocupamos, puesto que junto a los efectos anulatorios citados en relación al conjunto indeterminado de personas, la misma sentencia puede perfectamente contener una declaración o reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas para el recurrente.

Si se hubiera interpuesto recurso en interés de ley o de revisión, el plazo comenzará a contar desde la notificación de su resolución. Esta medida puede resultar ambigua, y debe relacionarse con la suspensión del incidente en caso de que esté pendiente de resolución uno de estos recursos (art. 110.5) a lo que me refiero más adelante al tratar de los límites de la extensión por vía de ejecución. Parece que se quiere preservar la utilidad y el sentido de estos recursos, y por tanto el derecho de la Administración a su utilización, amparado por el art. 24.1 CE. La extensión a terceros de los efectos de la sentencia recurrida puede resultar prematura o precipitada si está pendiente la fijación de la doctrina correcta por haber entendido la Administración que la adoptada era gravemente dañosa para el interés público y errónea.

Si el recurso en interés de la ley es estimado, aún estableciendo la doctrina correcta en el fallo, deberá respetar la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida. Pero entonces esa situación individualizada no debería ser extensible a terceros, creo yo, por impedirlo el art. 110.5 (contradicción con la doctrina del TS y la jurisprudencia del TSJ)¹². Si el recurso es inadmitido o desestimado, de modo que no varía la doctrina sentada en la sentencia recurrida, entonces podrá solicitarse la extensión de los efectos de ésta, contándose el plazo de un año a partir de la notificación de la resolución que haya puesto fin al recurso.

2. Fase administrativa y fase judicial. Medidas de simplificación

En cuanto al procedimiento propiamente dicho, la primera característica a destacar es que se encomienda a la propia Administración la extensión de los efectos a terceros, previa solicitud de éstos. Es ella quien deberá comprobar que concurren los requisitos sustantivos de identidad de situación jurídica entre el solicitante y quienes fueron parte favorecida por el fallo. La medida parece de todo punto razonable, y encaja perfectamente en la posición de la Administración como cumplidora de los fallos de la jurisdicción. El reconocimiento individualizado de unos trienios, el otorgamiento de una puntuación en la valoración de unos méritos, etc., incorpora una actividad materialmente administrativa que corresponde a la Administración ejercer. Por lo demás, no cabe duda que es mucho más simple, rápido y eficaz no haber de acudir necesariamente al órgano jurisdiccional si la Administración voluntariamente, a la vista del fallo, extiende sus efectos a nuevos sujetos que lo soliciten.

(12) La introducción de los recursos de casación en interés de la ley a lo largo de la tramitación parlamentaria de la LJCA ha provocado leves incongruencias en las referencias a los mismos.

Desde un punto de vista de la leal sujeción de la Administración al significado de sentencias de este tipo, y en aras a una mayor economía de procedimientos, cabría plantear la posibilidad de que fuera la propia Administración quien, de oficio, se dirigiera a todos los terceros situados en la misma posición jurídica del fallo ofreciéndoles la aplicación de sus efectos. Pero es cierto que debería efectuar el juicio previo de cuál es exactamente dicha situación y quiénes son los que se encuentran en la misma. Y ello puede plantear problemas de determinación, como se ha dicho. Por lo que en última instancia deberán siempre intervenir los sujetos interesados, que pueden hacerlo perfectamente como solicitantes. En muchas ocasiones, la Administración estará en condiciones de saber perfectamente cuál es la dimensión del colectivo afectado y la identificación de sus miembros (la lista del padrón de un impuesto, los funcionarios de tal ayuntamiento que desempeñan puestos de trabajo de una determinada característica, etc.), pero no siempre será así de fácil, por lo que la tramitación del procedimiento será no sólo imprescindible sino que en ocasiones podrá llegar a tener una complejidad similar en cuanto a contenido sustantivo a la del proceso ordinario.

En cualquier caso, me parece necesario que se adopten medidas de simplificación en esta fase de ejecución administrativa y jurisdiccional, como por ejemplo, unificar en la vía administrativa todas las solicitudes, esperando, si es necesario, a que concluya el plazo del año establecido para presentarlas y determinar su tramitación conjunta¹³. Pero en el caso de que la Administración no acceda a lo solicitado, y se deba plantear la cuestión en vía incidental ante el órgano jurisdiccional, también aquí habrá que articular medidas de racionalización. No es ninguna exageración creer que toda la disminución de trabajo judicial que se pueda obtener con el ahorro de la tramitación de los procesos repetitivos puede recuperarse en el momento de su ejecución también repetitiva y en masa.

3. Los “grupos de afectados”

En este orden de consideraciones, habrá que pensar si no se obtendría una mayor efectividad con un decidido desarrollo de la previsión de los arts. 18.2 y 19.b) de la propia Ley, que reconocen capacidad y legitimación, también, claro, en este momento ejecutivo, a los “grupos de afectados”, siempre que una Ley así lo declare expresamente. Me parece que en las materias que nos ocupan, los “grupos de afectados” por una decisión organizativa que incide en la situación jurídica del personal al servicio de la Administración, por ejemplo, debiera cubrir no sólo las asociaciones legalmente constituidas, sino también los colectivos de funcionarios creados *ad hoc* ante un proceso determinado: el grupo de los profesores de una determinada categoría, el personal sanitario afectado por una disposición determinada, etc. También, los contribuyentes de una concreta urbanización, los usuarios de un determinado servicio de abastecimiento de agua en el que se impone un canon, etc. Grupos sin personalidad jurídica que no obstante,

(13) ¿Debería la Administración poder “suspender” la ejecución de las sentencias en materia de personal o tributarias durante un año, para poder programar adecuadamente la forma de su cumplimiento a la vista de la dimensión subjetiva que puede llegar a alcanzar la sentencia y que tal vez no conozca la Administración hasta el momento de la ejecución?

actuando por el colectivo, pueden canalizar el proceso, en este caso de ejecución, facilitando su tramitación.

Ciertamente se debe tener en cuenta que no se trata exactamente de un caso de defensa de derechos o intereses legítimos colectivos, sino individuales para los miembros de un colectivo. Pero los problemas que plantearía esta diferenciación en orden, por ejemplo, para la interposición del recurso contencioso-administrativo, no ofrecen tanta dificultad cuando existe ya una sentencia que permite acotar el contenido de la situación jurídica de que se trate. Sucede, no obstante, que se exige una expresa declaración de una norma con rango de Ley. ¿Debe ser una ley específica para cada “grupo de afectados”, es decir, para cada sector material? Por ejemplo, ¿la legislación de función pública, o la ley reguladora de los derechos de los contribuyentes?

4. Algunas cuestiones sobre la tramitación del incidente

Entre las muchas cuestiones que la tramitación de estos incidentes va a plantear, formulo aquí algunos interrogantes.

a) ¿Ampliación del plazo?

En el caso de que la Administración deniegue la extensión de los efectos de la sentencia, o no dé respuesta a la solicitud en el plazo de tres meses, se planteará la cuestión ante el órgano jurisdiccional, que la sustanciará por los trámites de incidentes, con las específicas previsiones del art. 110.4. ¿Podría la Administración aplicar a este procedimiento administrativo pero de significado jurisdiccional las reglas sobre ampliación de plazos para resolver, contenidos en la Ley 30/1992? Es evidente que no se trata de un procedimiento administrativo genuino y que la aplicación de normas específicas para aquellos a estos casos podría estar fuera de lugar. Pero también es cierto, como ya dije, que habrá que arbitrar medidas para hacer frente a las posibles “avalanchas” de solicitudes de este carácter y facilitar que sean resueltas por la Administración sin necesidad de tener que acudir a la jurisdicción.

b) ¿Ampliación del objeto?

Podemos preguntarnos si cabe introducir, en el incidente, nuevas pretensiones. Por ejemplo, incorporar la solicitud de

**LA LEY ESTABLECE UNA VÍA
ADMINISTRATIVA PREVIA
PARA PODER HACER FRENTE
A LAS EXIGENCIAS
DERIVADAS DE LAS
CONSECUENCIAS MASIVAS
DE LAS SENTENCIAS**

indemnización por daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento en la vía administrativa del derecho cuya extensión se pretende.

En mi opinión, debe ser muy estricta la interpretación, puesto que no se está ante un juicio plenario. Así, el propio art. 110.4 insiste que el auto que resuelva el incidente no podrá reconocer una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme de que se trate.

c) Determinación de las partes

Junto al o a los solicitantes de la extensión de los efectos de la sentencia y a la Administración, ¿cuál debe ser la intervención de terceros en el incidente? Me refiero, especialmente, a los interesados en que no se extiendan los efectos de la sentencia a otros nuevos sujetos; interesados que pueden, o no, haber sido partes en el procedimiento que dio lugar a la sentencia cuyo fallo se quiere extender.

Es una situación que puede ser incluso habitual en materia de personal al servicio de la Administración, donde la extensión a terceros de situaciones jurídicas individualizadas reconocidas a unos sujetos puede incidir en futuros intereses encontrados y contrapuestos, por ejemplo, a la hora de concurrir a procedimientos para la provisión de puestos de trabajo. Con la extensión del fallo, lo que se puede producir, en muchos casos, es una ampliación del colectivo que puede estar en condiciones de acceder, competitivamente, a una nueva situación laboral o económica. Y ello plantea, evidentemente, la necesidad de articular la defensa de estos intereses.

El art. 110.4, al regular el incidente, dispone que el juez o tribunal recabará de la Administración las actuaciones referentes al incidente planteado, y ordenará que se pongan de manifiesto a las partes por el plazo común de tres días. Parece que en este contexto, al referirse a las partes, debe incluirse, por supuesto, al solicitante de la extensión de los efectos de la sentencia; pero también, creo yo, a quienes fueron parte en el proceso principal que dio lugar a dicha sentencia, es decir, a los recurrentes iniciales, los que “levantaron la liebre”, que tendrán ahora la ocasión de hacer valer su diligencia y oponerse, en su caso, a que otros puedan beneficiarse por esta vía rápida de la situación reconocida para ellos. Si el concepto de “partes interesadas” en la ejecución puede extenderse a las que no fueron litigantes en el proceso principal¹⁴, es evidente que incluye previamente a aquellas que sí lo fueron.

¿Podrían oponer los litigantes iniciales que obtuvieron la sentencia favorable que la extensión de sus efectos a terceros vulnera su derecho fundamental a la ejecución de la sentencia en sus propios términos? El Tribunal Constitucional, en su **Sentencia 111/1992, de 14 de septiembre**, ha dicho ya que “en sí misma, esta posibilidad de extensión de los efectos de una resolución judicial, más allá de la ordinaria eficacia inter

(14) Entre otras, vid. en este sentido STC 4/1985, de 18 de enero.

partes, no resulta contraria a la Constitución, siempre que se respeten los derechos fundamentales de todos los afectados por la ejecución de la Sentencia”.

¿Cabría hacer valer que la ejecución del reconocimiento de una situación jurídica individualizada a unos sujetos implica su aplicación “sólo” a ellos? Veo difícil mantener con éxito esta simple argumentación como oposición a la extensión por vía de ejecución, pero no cabe duda que podrán plantearse verdaderos conflictos *inter privados* con este motivo, por motivos claros de competitividad, por ejemplo, reconocimiento de una puntuación a la posesión de un determinado título académico, obtenido por quien se esforzó en conseguir la sentencia judicial, que se extiende por vía de ejecución a todos los poseedores del mismo.

d) La posición de la Administración

Situación singular es la de la propia Administración, condenada en la sentencia a reconocer una determinada situación jurídica a un o unos pocos recurrentes, y que por vía de ejecución ha de extenderla a otros muchos. Las consecuencias económicas pueden ser de gran magnitud: piénsese en devolución de tributos ya ingresados, pago de retribuciones a funcionarios, etc.

Se hace visible, así, un problema grave en la práctica y difícil en el terreno de los principios. Una consecuencia de la “eficacia masiva” de las sentencias es que, en determinadas circunstancias, y debido a la dimensión colectiva y general que se alcanza, puede significar que los tribunales lleguen *de facto* a orientar o condicionar, en realidad, importantes aspectos de la política retributiva, o de personal, o fiscal, de una Administración; función administrativa que ha de poder desarrollar la Administración con sujeción a ley, evidentemente, pero con plenitud de facultades, esto es, pudiendo programar en el tiempo, en el espacio subjetivo, en la relación con los diversos colectivos de afectados, la incidencia que sobre los ingresos y los gastos públicos, y no sólo este tipo de incidencia, va a tener una resolución individual que de manera súbita puede multiplicar su contenido por cien o por mil.

Por las razones apuntadas, me parece plenamente acertado establecer, como hace la ley, una vía administrativa previa para que la Administración pueda articular en ella el modo de hacer frente a las exigencias derivadas de las consecuencias masivas de las sentencias.

Desde el punto de vista procedimental, creo que ante situaciones de este tipo, ya sea en el incidente para la extensión de los efectos de la sentencia, ya sea antes de llegar a él, durante la tramitación de la vía administrativa previa, la Administración habrá de poder plantear al juez o tribunal el posible trastorno grave a su Hacienda que puede suponerle la extensión ejecutiva y masiva de la eficacia de una sentencia, y proponer una fórmula razonada para extender los efectos de la misma de la manera menos gravosa para la Hacienda, en el sentido en que así se contempla por el art. 106.4 de la Ley.

VI. EL PROBLEMA DE LOS ACTOS CONSENTIDOS

La solución legislativa que ofrece este nuevo artículo 110 nos sitúa frente a una clásica cuestión del contencioso: la irrecurribilidad de los actos que fueron *consentidos* por su destinatario o persona afectada por los mismos, porque en su momento no los recurrieron en tiempo y forma. De esta manera, con la nueva regulación de la extensión subjetiva de las sentencias, podrá reabrirse un proceso iniciado extemporáneamente y, por tal motivo, declarado inadmisile por el órgano jurisdiccional, o finalizado por desistimiento del recurrente. O bien, incluso, se podría recurrir en realidad por primera vez contra un acto administrativo años después de haber devenido firme y consentido.

La cuestión planteada es de cierta envergadura: en realidad pone de manifiesto la contraposición entre el principio de seguridad jurídica —en este caso de la Administración autora del acto en su día no impugnado, pero también de terceros favorecidos por el aquietamiento de otros— y el principio de igualdad de todos los afectados por resoluciones sustancialmente iguales. La actual Ley parece que acaba inclinándose por dar prevalencia a este último. No obstante conviene hacer algunas reflexiones al respecto.

El art. 105.1.c) del proyecto presentado, siguiendo en esto el texto del proyecto de 1995 [art. 109.1.c)]¹⁵ preveía un requisito de especial trascendencia para que se pudiera solicitar la extensión de los efectos de una sentencia: “que sobre la materia no se hubiera dictado una resolución administrativa que habiendo causado estado haya sido consentida por los interesados por no haberse interpuesto contra ella recurso contencioso-administrativo en tiempo y forma”.

Como puede verse, se trata de una cautela muy relevante porque acota en gran medida el campo de aplicación de la figura de la extensión de los efectos de la sentencia a terceros. Si se aplicara esta medida, sólo sería posible la aplicación de la extensión subjetiva ante supuestos en que la situación jurídica individualizada se hubiera obtenido en recurso contra la denegación de una solicitud —solicitud que simplemente no formularon los terceros— pero no en el caso de ser consecuencia de la anulación de un acto previo que pudiera haber sido recurrido por todos los afectados y que sólo lo habría sido por algunos, mientras que los demás habrían consentido el acto. En este caso, la existencia del acto previo, con una pluralidad de destinatarios, permitía delimitar subjetivamente la posición de quienes estaban en condiciones de reaccionar contra una actuación administrativa.

En realidad, diversas voces habían reclamado la necesidad de establecer algún tipo de requisito en la línea de subrayar el sentido restrictivo indicado. Así, por ejemplo, se sugirió como una solución más conveniente que “todo aquel que pretendiese obtener la extensión de los efectos de una sentencia tuviese que manifestar dentro del plazo general que se concede para interponer los recursos contencioso-administrativos, su discon-

(15) Informe de la Ponencia, BOCG, Congreso, 3 de enero de 1996.

formidad con el acto que a él le afecta, aunque no se viese obligado a interponer recurso y estuviese a expensas del ya entablado con idéntico objeto”¹⁶.

Una medida de este tipo, en mi opinión, es bien razonable, bajo diversos puntos de vista. Así, desde la óptica del estímulo de la diligencia de los afectados, en efecto, cabría valorar que de no establecer unos requisitos previos, se haría de peor condición al funcionario que ha visto desestimada su petición o recurso y se aquieta a la postura de la Administración que al funcionario pasivo que no recurre y luego se adhiere en la ejecución de sentencias a la posición de otro recurrente¹⁷. Bajo el punto de vista de la dinámica social de los colectivos humanos, tanto de funcionarios como de contribuyentes, no está de más desincentivar el parasitismo. Y desde el punto de vista del buen funcionamiento de la Administración, y del interés público, es oportuno que aquélla sepa desde el primer momento cuál es la dimensión subjetiva del colectivo afectado al que tal vez deba extender los efectos de la sentencia.

A pesar de todo ello, lo cierto es que el antes citado art. 105.1.c) fue modificado durante la tramitación parlamentaria y se suprimió el requisito de que no se hubiera producido un acto consentido por el interesado. Un requisito que podía ser visto como una desnaturalización completa de la razón de ser y de la finalidad de la ampliación subjetiva de la sentencia¹⁸.

Bajo una determinada perspectiva, la prevalencia del principio de igualdad entre todos los afectados por una masa de actos administrativos estereotipados de idéntico sentido –colectivos funcionariales, por ejemplo– ha de ser valorado positivamente. Se ha dicho, así, que la técnica de la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia ha de concebirse también como un procedimiento de igualación del status jurídico de colectivos de funcionarios, en la medida que así se permite evitar tensiones internas en los departamentos de personal de las Administraciones públicas; problemas que no se solucionarían invocando a los interesados la existencia de actos consentidos¹⁹.

**LA LEY NO PERMITE
RESUCITAR UNA CUESTIÓN
QUE YA FUE PLANTEADA
POR EL MISMO SOLICITANTE
Y QUE EN SU MOMENTO SE
FALLÓ EN CONTRA DE SUS
INTERESES**

(16) Vid. Informe del CGPJ al anteproyecto de LJCA de 1995, publicado en *Cuadernos del CGPJ* (s/n), pág.173.

(17) Vid. “Observaciones de la asociación de Abogados del Estado al anteproyecto de Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Actualidad administrativa*, 21 (1997), pág. 391.

(18) GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios* (...), cit., pág. 1864.

(19) A.B. GÓMEZ DÍAZ, *La eficacia* (...) cit., pág. 282.

De todos modos, téngase en cuenta que el art. 28 de la Ley sigue recogiendo la clásica excepción del acto consentido respecto de la actividad administrativa impugnabile: no es admisible el recurso respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma. Así, pues, los actos firmes y consentidos no pueden ser objeto de conocimiento procesal pleno; pero sí podrán serlo, por la vía de la ejecución, al solicitar la extensión del fallo a una situación jurídica individualizada que en su día no fue rechazada por el particular. La razón de esa aparente incongruencia estriba, entre otros aspectos, en que la excepción del acto consentido y su levantamiento en el caso que nos ocupa se basaría en realidad en una implícita cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual: quien ha considerado en la primera ocasión que la resolución administrativa era ajustada a derecho y no debía recurrirla no tiene razones fundadas para cambiar de opinión, a menos que aparezca un nuevo dato: que el mismo tribunal que hubiera de haber intervenido en aquella ocasión ha considerado ya, con sentencia firme, que sí era ilegal un acto de idéntico o similar contenido.

VII. LOS LÍMITES A LA EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LA SENTENCIA EN VÍA DE EJECUCIÓN

Parece claro que la necesidad de dar respuesta a las situaciones que justifican no haber de iniciar repetidos procesos para resolver cuestiones similares debe conjugarse adecuadamente con aquellas que, por su parte, fundamentan la seguridad jurídica, la intangibilidad de la cosa juzgada y la supremacía de la interpretación uniforme de la ley que protege el principio de igualdad. El art. 110.5 LJCA contiene, así, una referencia a los límites para que opere la posible extensión de los efectos del fallo.

En primer lugar, se desestimaré el incidente cuando existiera cosa juzgada. Recordada en este punto la clásica causa de excepción, ha de significar, evidentemente una especial prohibición de tipo subjetivo. En efecto, lo que creo que se quiere dejar claro es que la Ley no permite resucitar una cuestión que ya fue planteada por el mismo solicitante de la extensión de los efectos y que en su momento se falló en contra de sus intereses. Perdido entonces el recurso, no cabe aprovechar que aparece una nueva sentencia de signo contrario, relativa a otros sujetos, para eludir la aplicación de la primera solicitando que se le aplique la segunda.

En mi opinión es absolutamente correcto este límite a la técnica que comentamos. Pero no deja de suscitar alguna reflexión sobre la paradoja que con ello se pone de manifiesto, que se suma a las ya aludidas. Porque resulta que, quien fue diligente y recurrió, y vio desestimada su pretensión en una primera interpretación de la norma, es de peor condición que aquel que se mantuvo con pasividad absoluta hasta el momento en que apareció la ocasión, propiciada por otro, en que le fue favorable el sentido del fallo. Para aligerar los efectos de esta situación cuando menos chocante el propio precepto introduce un nuevo límite, según el cual se desestimaré el incidente cuando la doctrina del fallo cuya extensión se postule sea contradictoria con la doctrina del Tribunal Supremo o con la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en los recursos de casación para unificación de doctrina,

regulados en el art. 99. Se trata de un límite importante que previene contra la utilización abusiva de los inevitables vaivenes jurisprudenciales.

Se dispone, en fin, la suspensión del incidente si se ha interpuesto recurso de casación en interés de la ley o recurso de revisión. Esta limitación está en congruencia con lo establecido respecto al inicio del plazo para solicitar la extensión del fallo, ya comentado. Con ella se recoge, por lo demás, la doctrina establecida por la **STC 111/1992, de 14 de septiembre**, antes citada. En ella se estimó el recurso de amparo interpuesto por el Gobierno de Navarra con ocasión de la siguiente situación: la sentencia de la entonces Audiencia Territorial de Pamplona de 22 de enero de 1987, que fue recurrida en interés de la ley por el Gobierno de dicha Comunidad Foral, había reconocido una situación jurídica individualizada a ocho funcionarios (cómputo de quinquenios extraordinarios y abono de las correspondientes cantidades); en vía de ejecución, por varios Autos se dispuso la extensión directa de los efectos del fallo mediante el trámite de ejecución de sentencia a varios cientos de funcionarios que no habían sido parte en el proceso. Esta extensión, entendió el Tribunal Constitucional, venía a privar al recurso formulado en interés de la ley de toda utilidad real, o al menos mermaba absolutamente su efectividad, de una manera que resultaba incompatible con el derecho de la Administración a utilizar los recursos establecidos, derecho protegido por el artículo 24.1 CE ²⁰. De modo que parece correcta la prevención recogida por el artículo 110.5 en este punto.

Así, pues, no será de extrañar que en el futuro crezca rápidamente el número de recursos de casación en interés de la ley que presenten las Administraciones públicas con el objeto preventivo de detener, al menos, las posibles avalanchas de incidentes de ejecución para la extensión de sentencias.

Lo que no se puede negar es que el mecanismo que comentamos, útil a la satisfacción de los intereses de los particulares y al buen funcionamiento de la jurisdicción, va a requerir, por otra parte, suma cautela y prudencia en su interpretación y aplicación. Sugiero, por ello, que pensemos, por ejemplo, en los límites a las facultades de revisión de actos administrativos señalados en el art. 106 de la Ley 30/1992: no procederá efectuar la revisión cuando por el transcurso del tiempo, prescripción de acciones u otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares, o la ley. La Ley de la Jurisdicción no ha creído conveniente introducir explícitamente límites de este tenor ¿Cabría entonces solicitar y obtener el reconocimiento de un derecho incluso cuando el mismo hubiera prescrito? Pongamos, por caso, el derecho a la devolución de ingresos indebidos, que prescribe a los cuatro años [art. 24.d)] Ley 1/1998, denominada “Estatuto del contribuyente”²¹.

En mi opinión, tanto la Administración como el juez o tribunal de la ejecución deberían poder apreciar la concurrencia de estas circunstancias para denegar la extensión de los efectos de la sentencia, sobre todo en aquellos supuestos en que se puedan afectar negativamente no ya los intereses de la Administración, que será lo ordinario, sino de terceros.

(20) Vid. el citado trabajo de R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *Los límites subjetivos (...)*.

(21) En sentido afirmativo, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios (...)*, cit., pág. 1864, entendiendo que el proceso incoado por los que se encontraban en situación idéntica había supuesto la interrupción de los plazos de prescripción.

Vengo insistiendo en este aspecto, la protección de la posición de otros particulares cuya situación jurídica puede verse afectada por la extensión de la misma a otros, que podrán ser competidores suyos, de una manera desproporcionadamente extemporánea o contraria a la equidad y buena fe ²². Habría que meditar, también, sobre el significado que tiene la institución de la prescripción como instrumento de protección de la seguridad jurídica.

VIII. REFLEXIÓN FINAL

La extensión subjetiva de los efectos de las sentencias en fase de ejecución para el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, representa, sin lugar a dudas, un gran avance en la ordenación del contencioso-administrativo de masas. La adecuación de la justicia administrativa a las exigencias propias de la sociedad y de la Administración que se encuentran a las puertas del siglo XXI pasa probablemente por incorporar elementos que acaso parecerán algo heterodoxos para la dogmática clásica del individualismo procesal. En este sentido, la nueva regulación de los arts. 110 y 111, junto con el 37.2, de la Ley de la Jurisdicción debe ser, en sí misma, valorada positivamente.

Ahora bien, junto a ello, creo que es bueno llamar la atención, también, sobre los efectos acaso no previstos, o no juzgados relevantes, que pueden condicionar la práctica forense. Se abren incógnitas, por ejemplo, acerca de la práctica de los recursos “sonda”; acerca de los criterios con que seleccionar el proceso testigo; sobre la praxis “parasitaria” en que pueden caer profesionales, organizaciones de intereses; sobre la utilización abusiva de los recursos en interés de la ley, etc.

Junto a estas dudas, que el tiempo habrá de despejar, no hemos de olvidar que con esta nueva figura se va a producir un efecto de “amplificación” de las dificultades habituales de la Administración en el cumplimiento de las sentencias, puesto que en la fase ejecutiva se va a concentrar una mayor proporción de la litigiosidad. Ciertamente es que la Ley avanza todo lo que puede en materia de ejecución de sentencias. Pero, a pesar de ello, una vez más conviene recordar que interviene ahí la función presupuestaria de los poderes públicos, los cuales deben cumplir los deberes constitucionales derivados del artículo 31.2 CE: “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderá a los criterios de eficiencia y economía”. Asignación equitativa que presupone una apreciación de conjunto, ponderada, de todas las necesidades a satisfacer. La compatibilidad entre esta exigencia, que requiere la perspectiva de lo colectivo, y la efectividad de los derechos individuales y del principio de igualdad, ha de lograrse, pues, huyendo de los automatismos y de las generalizaciones sin límite.

(22) La mecánica de la praxis en la función pública, por ejemplo, puede poner de manifiesto supuestos de acuerdos sindicales o en mesas de negociación en que se adopten criterios acerca de la aplicación de conceptos retributivos, profesionales, etc. ¿Cabrá luego solicitar el reconocimiento de unos derechos que expresamente y por unanimidad no habían acordado, o rechazado, para determinado colectivo, porque un tribunal se los reconoce luego individualmente a un recurrente que “va por libre”. La cuestión no es sencilla de resolver, y pone en cuestión el principio de no poder ir contra sus propios actos, así como el alcance de la efectividad de la función representativa y de negociación de los sindicatos. Vid. por ejemplo, la Sentencia del TSJ de Navarra de 20 de febrero de 1998, donde se plantea la cuestión de la vinculación de los sindicatos a los acuerdos firmados con la Administración y su incidencia sobre su legitimación para recurrirlos, aunque en este caso no se otorga finalmente relevancia de inadmisibilidad a la cuestión.

La regulación de las medidas cautelares^(*)

CARMEN CHINCHILLA MARÍN

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. Introducción. II. Los rasgos esenciales del régimen jurídico de la tutela cautelar definido en la Ley 29/1998: garantía de efectividad de la sentencia y cláusula general de medidas innominadas (reflexiones sobre la aplicación del principio de congruencia a la tutela cautelar). III. Los presupuestos de la adopción de las medidas cautelares: *periculum in mora* como regla general, y *fumus boni iuris* para los casos de inactividad y vía de hecho. IV. Algunos aspectos procedimentales. V. Eficacia de las medidas adoptadas.

I. INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares están reguladas en la Ley en los arts. 129 a 136, y en la Disposición Transitoria Octava. Junto con los preceptos relativos a los plazos, los incidentes y las costas integran el Título VI que contiene las Disposiciones comunes a los Títulos IV (Procedimiento Contencioso-administrativo) y V (Procedimientos especiales). Los citados preceptos vienen a sustituir a los hoy ya derogados arts. 122 a 125 de la Ley de 1956 en los que, como es sabido, la única medida cautelar prevista era la suspensión que, además, era concebida como excepción a la regla general del carácter no suspensivo del recurso. Obviamente, una regulación como ésta era insuficiente para satisfacer las exigencias de efectividad que nuestra Constitución reclama para el derecho fundamental a la tutela judicial, y por eso los Tribunales reaccionaron frente a ella haciendo saltar por los aires los estrechos límites en los que la vieja Ley había encerrado a la tutela cautelar y creando, en su lugar, un sistema adaptado a los nuevos tiempos, que es

(*) Un estudio más detallado sobre este mismo tema puede verse en el libro colectivo dirigido por J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, 1999.

tanto como decir a las exigencias de los principios y valores de la Constitución de 1978.

Así, pues, los distintos redactores de los no tan distintos proyectos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se encontraron con un Derecho de creación jurisprudencial, bastante elaborado y directamente extraído del art. 24 de la Constitución, que prácticamente había terminado por arrinconar la estrecha regulación contenida en los arts. 122 a 125 de la Ley de 1956. El mérito de haber llevado a cabo esta renovación radical del sistema de tutela cautelar en el proceso contencioso corresponde por igual, aunque, obviamente, cada uno desde el lugar que institucionalmente ocupa, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo y a algunos Tribunales Superiores de Justicia. Ante este panorama hubiera sido, entre otras cosas, un error y, seguramente, una apuesta firme por el fracaso de su aplicación, dar la espalda al régimen jurídico de tutela cautelar que los Tribunales, a golpe de Autos y Sentencias, habían venido diseñando trabajosamente en los últimos años. No ha caído en ese error el legislador, sino que, antes al contrario, y una vez superadas ciertas tentaciones iniciales, ha acogido *grosso modo* los principios fundamentales de nuestra jurisprudencia en materia de medidas cautelares. Esto significa, pues, que la novedad que supone la regulación contenida en los arts. 129 a 136 de la Ley 29/1998 es una novedad relativa, ya que si bien es cierto que comparada con la establecida en los preceptos correspondientes de la Ley de 1956, el cambio es espectacular, la espectacularidad es sólo relativa si se tiene en cuenta que la auténtica revolución en materia de medidas cautelares la habían protagonizado ya nuestros Tribunales.

Sin embargo, si ése ha sido el resultado final al que ha llegado la Ley en materia de tutela cautelar, a punto estuvo de no serlo, ya que tal y como fue presentado en el Congreso, el Proyecto de Ley tenía algunos aspectos —por lo demás sustanciales, ya que afectaban a la concepción misma de la tutela cautelar— que lo distanciaban bastante de la elaboración jurisprudencial a la que vengo aludiendo. Me refiero, sobre todo¹, al enunciado original del que empezó siendo el art. 124 de la Ley —ahora 129— que decía lo siguiente: “La adopción de medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a la que se refieran (...)”. El precepto en cuestión pretendía hacer, pues, de la apariencia de ilegalidad del acto impugnado el presupuesto y razón de ser de la adopción de las medidas cautelares, desvinculándolas por completo de la garantía de la efectividad de la tutela judicial que constituye el fundamento último de este tipo de medidas —en el contencioso y en cualquier otro proceso— y que es, precisamente, lo que determina que sean consideradas como un elemento integrante del contenido esencial del derecho fundamental consagrado en el art. 24 de la Constitución². Una oportuna enmienda del

(1) Pero no exclusivamente, ya que, en mi opinión, la regulación de las medidas cautelares que hacía el Proyecto de Ley, en su conjunto, no era especialmente acertada. La posibilidad de modificar o revocar la medida cautelar a resultados de una nueva apreciación del órgano judicial, y no de un cambio de circunstancias, que es lo que debe legitimar la modificación o revocación de este tipo de medidas; la regulación separada, y distinta, de la suspensión, de un lado, y las medidas cautelares en general, de otro; la posibilidad de solicitar y adoptar medidas de aseguramiento de la efectividad de la resolución cautelar (medidas provisionales o precautelares) solamente en caso de suspensión del acto o disposición impugnada, pero no para los demás supuestos de medidas cautelares; la exigencia de *periculum in mora* para este tipo de medidas [“(...) indispensables para asegurar la efectividad del acuerdo de suspensión que pudiera, en su caso, adoptarse (...)”], mientras que para las cautelares basta con que existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa; o, finalmente, la admisión de la caución como única medida de contracautela, y solamente para aquellos casos en los que los perjuicios fueran directamente cuantificables, hacían del Proyecto de Ley en esta materia un texto manifiestamente mejorable.

Partido Nacionalista Vasco³ y la buena disposición de todos los Grupos Parlamentarios para alcanzar el acuerdo en esta materia permitieron corregir los principales defectos de los que, en mi opinión, adolecía la regulación de las medidas cautelares en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno.

Con todo, la regulación de las medidas cautelares en la Ley 29/1998 es incompleta, ya que, como tendremos ocasión de ver, deja algunas cuestiones importantes sin resolver. Habrá que tener, por tanto, muy presente su Disposición Final Primera que establece que en lo no previsto por ella regirá como supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para terminar con estas consideraciones de carácter general es importante señalar que la Disposición Transitoria Octava de la Ley ha previsto que el régimen de medidas cautelares pueda aplicarse a los procedimientos que estén pendientes de resolución en la fecha de entrada en vigor de la Ley que, como se sabe, se produjo a los cinco meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

II. LOS RASGOS ESENCIALES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TUTELA CAUTELAR DEFINIDO EN LA LEY 29/1998: GARANTÍA DE EFECTIVIDAD DE LA SENTENCIA Y CLÁUSULA GENERAL DE MEDIDAS INNOMINADAS (REFLEXIONES SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA A LA TUTELA CAUTELAR)

En el escueto enunciado del art. 129.1 de la Ley se condensan los dos aspectos esenciales de la nueva regulación de la tutela cautelar. Por un lado, la cláusula general de medidas cautelares [“(...) podrán solicitar (...) cuantas medidas (...)”], y, por otro, su concepción como instrumento de garantía de la efectividad de la tutela judicial [“(...) aseguren la efectividad de la sentencia”], si bien, y lamentablemente, limitado a la sentencia, cuando es claro que las medidas cautelares pueden ser también un instrumento necesario para garantizar la efectividad de otras

EL MÉRITO DE HABER LLEVADO A CABO UNA RENOVACIÓN RADICAL DEL SISTEMA CAUTELAR DEL PROCESO CONTENCIOSO CORRESPONDE POR IGUAL AL TRIBUNAL SUPREMO, AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y A LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

(2) Un tratamiento más profundo de esta cuestión puede verse en mi trabajo “El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales”, RAP, núm. 131, 1993, págs. 173 a 177.

(3) Se trata de la enmienda núm. 26 de modificación del Capítulo II del Título VI (BOCG núm. 70-8, págs. 59 a 61). A este respecto, son muy significativas las palabras de la representante del PNV, Sra. Uría Echevarría, en la Sesión Plenaria del Congreso: “(...) nos hubiera gustado alguna precisión más en relación con la tutela cautelar, que, en gran medida, ha quedado redactada con enmiendas procedentes del Grupo Vasco”.

resoluciones judiciales, incluidas, obviamente las que resuelven incidentes cautelares. Por lo que se refiere al primer aspecto, la experiencia había demostrado sobradamente que la tutela cautelar no podía quedar reducida a la suspensión, y por eso los Tribunales no dudaron en adoptar medidas cautelares de diverso contenido, incluidas las de naturaleza positiva. En unos casos, con apoyo directo y exclusivo en el art. 24 CE, y en otros acudiendo, por vía de la supletoriedad, a lo dispuesto en el art. 1428 LEC, aunque para ello fuera necesario forzar los términos literales del precepto, ya que las medidas cautelares abiertas o innominadas que regula dicho precepto están previstas concretamente para las obligaciones de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas.

Recogiendo esa jurisprudencia, la Ley ha consagrado una fórmula que, en mi opinión, responde perfectamente a la naturaleza funcional de las medidas cautelares, naturaleza que exige una cláusula abierta que permita adoptar, en cada caso concreto, la medida que sea idónea para cumplir su función de garantía de la efectividad de la tutela judicial que se solicita; tutela que, evidentemente, quedará frustrada en todos los supuestos en los que la suspensión sea un remedio insuficiente o inadecuado para asegurar la integridad de los derechos o intereses legítimos que se defienden en el proceso. Porque ésa es la esencia y la razón de ser de las medidas cautelares, garantizar la efectividad de la resolución judicial, impidiendo que el tiempo que dure el proceso haga perder al mismo su finalidad, y por eso la Ley, rectificando el criterio inicial [*“la adopción de medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se refieran(...)”*]⁴ dice ahora que podrán adoptarse cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Así, pues, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 ha seguido en este punto el criterio del art. 1428 LEC [*“(...) el Juez podrá adoptar, (...) las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere”*], así como la jurisprudencia de los Tribunales que han repetido hasta la saciedad que las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial, y que por eso son relevantes desde la perspectiva del art. 24.1 CE, porque *“la efectividad de la tutela judicial respecto de derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar medidas adecuadas para asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso”*⁴.

Así, pues, la Ley reconoce un genérico derecho a solicitar cualquier medida cautelar, y no establece límites de ningún género, ni en cuanto al tipo de medida que puede solicitarse y adoptarse; ni en cuanto a los supuestos de hecho frente a los que procede su adopción; ni tampoco, finalmente, en cuanto a los efectos que estas medidas puedan tener. Porque la rigidez es enemiga de la tutela cautelar, y la flexibilidad su mayor aliada⁵, entiendo que lo mejor que puede decir una Ley al regular la tutela cautelar es que se podrán adoptar las medidas cautelares que en cada caso sean las adecuadas para garantizar la efectividad de la tutela judicial, lo que, en mi

(4) Así se ha dicho, entre otras, en las SSTC 14/1992; 238/1992; 148/1993 y 78/1996. En el ATS de 17 de marzo de 1990 (Ar. 3405) se dice que *“el verdadero fundamento de la tutela cautelar es evitar la ineffectividad del pronunciamiento decisorio del recurso interpuesto. Éste y no otro es también el sentido último que tienen esas referencias a la irreparabilidad o a la dificultad de reparación”*.

(5) Vid. CHINCHILLA MARÍN, C. *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, 1991, págs. 37-40 y 178-188.

opinión, implica necesariamente aceptar que las medidas cautelares pueden adelantar ciertos efectos de la resolución futura que recaiga en el proceso. Por eso me parece muy acertado que la Ley no haya establecido limitaciones de ese tenor a la adopción de medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo⁶.

Ahora bien, una cosa es que puedan solicitarse —y, obviamente, adoptarse— medidas cautelares de cualquier naturaleza, siempre que sirvan para asegurar la efectividad de la sentencia, y otra muy distinta que los órganos judiciales puedan otorgar medidas cautelares diferentes a las solicitadas por el recurrente. Con ello quiero decir que el principio de congruencia rige también, aunque ya veremos con qué alcance, la relación entre las pretensiones de las partes y el contenido de la resolución cautelar. Es cierto que el principio de congruencia está legalmente configurado como una regla que afecta a la sentencia, en el sentido de vincularla al contenido de las pretensiones formuladas por las partes (arts. 359 LEC y 33 y 67.1 LJCA), pero siendo una derivación del principio dispositivo, y estando estrechamente ligado al derecho de defensa⁷, no puede dejar de aplicarse también a otras resoluciones distintas de la sentencias, pero con contenido decisorio, que se dictan a lo largo del proceso, entre las que, desde luego, están, en mi opinión, las que ponen fin a un incidente cautelar.

El art. 129.1 LJCA no dice que los órganos judiciales podrán adoptar cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, sino que los interesados podrán solicitarlas. En el mismo sentido, aunque, en principio pudiera parecer que no es así, el art. 1428 LEC dice que el Juez podrá adoptar las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia, y, sin embargo, eso no significa que pueda adoptar las que quiera, ya que entre el “podrá” y “las medidas”, la Ley intercala “a instancia del demandado.” No hay razón alguna para sostener que la solicitud de medidas cautelares y la resolución de dicha solicitud hayan de regirse por principios distintos a los que regulan la formulación de la demanda y el pronunciamiento de la sentencia. Por lo que a la solicitud de medidas cautelares respecta, entiendo que, a tenor de lo establecido en el art. 56.1 de la Ley, en la misma deberán formularse las pretensiones que se deduzcan, *fijando con claridad y precisión lo que se pida*, como exige el art. 524 LEC para la demanda. Creo, por ello, que no cumpliría las mínimas exigencias de precisión y claridad una solicitud de tutela cautelar que de forma genérica e indeterminada pidiese al órgano judicial que adopte las medidas que resulten necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia, sin designar una concreta. Por lo que respecta a la resolución, como ya he dicho, sus reglas no pueden ser, en principio, muy distintas a las que rigen el contenido de las sen-

(6) En mi opinión no es deseable que se descarte desde la Ley la posibilidad de que con la suspensión u otras medidas cautelares pueda otorgarse provisionalmente la facultad o el derecho que se defiende en el proceso, ya que si se establece esa limitación, determinados supuestos estarían inevitablemente llamados a quedarse sin tutela cautelar. Sería el caso, por ejemplo, del establecimiento de servicios mínimos, donde por definición, la medida cautelar va a adelantar —y a veces con carácter irreversible— los efectos de la sentencia. Por otro lado, en algunos casos siempre será mejor adoptar medidas positivas, aunque con ello se reconozca provisionalmente la facultad que se reclama, que suspender la actuación administrativa. Piénsese, por ejemplo, en los concursos y oposiciones, o en los procedimientos de selección de los contratistas. ¿No es acaso menos perturbador para el interés general admitir provisionalmente a un candidato en una oposición, o una oferta en una licitación pública que suspender su celebración? ¿Qué daño grave e irreparable se causa al interés general por el hecho de que el inadmitido en un concurso pueda ser admitido cautelarmente y pueda realizar las pruebas, condicionando, desde luego, el resultado de todo ello a la resolución judicial sobre el fondo del asunto?

(7) Vid. SSTC 5/1986, de 21 de enero; 116/1986, de 8 de octubre, y 75/1988, de 4 de abril; y STS de 8 de julio de 1997, Ar. 6211.

tencias y, por ello, entiendo que el órgano judicial tendrá que decidir dentro del límite de las pretensiones formuladas.

Ahora bien, que el principio de congruencia resulte aplicable a la resolución cautelar —como, por lo demás, vienen aceptando nuestros Tribunales⁸— no significa que su alcance sea el mismo que el que despliega en relación con la sentencia, dadas las singulares características de la tutela cautelar. La especial urgencia con la que, en muchos casos, han de solicitarse; la provisionalidad que por definición las caracteriza; la posibilidad de que sean modificadas o revocadas si cambian las circunstancias en virtud de las cuales se adoptaron (*rebus sic stantibus*); y, sobre todo, la dificultad de conciliar, en tales circunstancias, intereses claramente contrapuestos (el interés del demandante; el interés público que, en principio, reclama la ejecutividad del acto impugnado; y, en su caso, los intereses de terceros) hacen de las medidas cautelares y, sobre todo, del juicio cautelar una decisión especialmente difícil de adoptar que reclama, en consecuencia, una aplicación más flexible del principio de congruencia.

Pero no es sólo eso, es sobre todo la naturaleza instrumental de las medidas cautelares lo que determina que el principio de congruencia tenga un alcance distinto —en el sentido de más reducido— en el juicio cautelar que en el juicio principal. Ello es así porque mientras que las pretensiones de las partes en relación con el fondo del asunto pueden ser de contenido muy diverso, las pretensiones de tutela cautelar van a ir siempre a remolque de las ejercidas con carácter principal, respecto de las cuales carecen de autonomía por constituir un mero instrumento al servicio de su efectividad. Con ello quiere decirse que tanto en su solicitud, como en su adopción, las medidas cautelares se encuentran constreñidas por su relación de dependencia de la pretensión principal, todo lo cual implica, en definitiva, que cualesquiera que fuesen los términos literales en los que se formula una solicitud de tutela cautelar, la sustancia de lo pedido, que es, a lo que ha de atenerse, según

(8) En su libro *Medidas cautelares inominadas en el proceso civil* (Bosch Editor, SA, 1995) M.A. JOVÉ da cuenta de una serie de resoluciones cautelares adoptadas en el orden jurisdiccional civil que así lo demuestran. Por lo que respecta al contencioso-administrativo, son significativas las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio y 8 de julio de 1997 (Ar. 5443 y 6211, respectivamente), dictadas en idéntico asunto. En ambos casos, la resolución que es objeto de recurso de casación es un Auto de la Audiencia Nacional desestimatorio del recurso de súplica deducido contra un Auto anterior en virtud del cual se acordó la adopción de determinadas medidas cautelares. El primer motivo en el que los recurrentes ("Gestevisión Telecinco, SA" y el Abogado del Estado) fundaron su recurso fue la infracción del principio de congruencia por haberse adoptado una medida cautelar distinta de la solicitada. Al margen de los términos concretos del asunto (se trataba de los recursos interpuestos por las Televisiones autonómicas contra determinadas resoluciones del Tribunal de Defensa de Competencia que consideraron contrarios a la competencia los acuerdos adoptados por estas Televisiones, la LNFP y Canal Plus, en relación con la emisión en exclusiva de determinados partidos de fútbol), lo que aquí interesa subrayar es, en primer lugar, el hecho de que el Tribunal Supremo da por sentado que el principio de congruencia rige el contenido de la resolución cautelar ["(...) Es evidente que dichos preceptos legales —arts. 43.1 y 80 LJCA— exigen que los autos de la instancia sean respetuosos con el principio de congruencia (...)"]. Sentada esta premisa, el Tribunal define a continuación cuál es el alcance de dicho principio ["(...) lo importante es que el fallo o parte dispositiva de la resolución de que se trate no contenga más elementos que en las pretensiones"]; para terminar, finalmente, rechazando que se haya producido la incongruencia denunciada por los recurrentes, ["(...) que la medida cautelar adoptada por la Sala de instancia (...) no hacía sino acordar aquello que realmente, sin posibilidad de duda alguna para las partes, había sido solicitado —el mantenimiento del status quo— (...) En este sentido, no incurrió pues (...) en el vicio de incongruencia que se denuncia (...)"]. En el caso de autos, las Televisiones autonómicas habían solicitado, entre otras medidas cautelares, la suspensión de la orden de "cesación de las prácticas prohibidas al finalizar la temporada 1993/1994". La resolución de la Sala consistió en acordar que la orden de cesación tuviera efectos no al finalizar la temporada 1993/1994, sino en el momento de dictarse la Sentencia definitiva. Los recurrentes entendieron que al haberse modificado la fecha de la orden de cesación de las prácticas restrictivas de la competencia se había otorgado una medida distinta de la solicitada, pero el Tribunal Supremo rechazó esa interpretación argumentando, como ha quedado expuesto, que la Audiencia Nacional no concedió cosa distinta a la solicitada por los recurrentes, ya que lo que, sin duda alguna, éstos habían solicitado era el mantenimiento del status quo actual hasta que se resolviese definitivamente el recurso.

el Tribunal Supremo⁹, el órgano judicial, siempre será la necesidad de preservar, asegurándola, la efectividad de la sentencia, con lo cual siempre que la medida adoptada cumpla esa finalidad, el órgano judicial estaría respetando el principio de congruencia, ya que, en último término, se habría atendido a la sustancia de lo solicitado, aunque en sentido estricto no haya respetado su literalidad.

Esta menor intensidad o rigor en la aplicación del principio de congruencia en las medidas cautelares puede tener, en mi opinión, distintas consecuencias. En primer lugar, y con carácter general, en el juicio cautelar desplegará toda su virtualidad la doctrina según la cual la congruencia no requiere una *correlación literal* entre las pretensiones de las partes y la resolución que se dicte, sino que simplemente impone una *racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes*, no exigiendo otra cosa sino que *el Tribunal se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad*¹⁰. En segundo lugar, las mismas circunstancias que justifican la adopción de medidas cautelares *inaudita parte* (arts. 135 y 136) o, incluso, antes de la interposición del recurso (art. 136), deberían permitir que el órgano judicial pueda adoptar una medida distinta de la solicitada si la considera más adecuada para garantizar la efectividad de la sentencia, toda vez que, además, en estos casos, no hay contradicción antes de la adopción de la medida de que se trate. En tercer lugar, y para los supuestos comunes en los que las partes tienen la posibilidad de alegar sobre las medidas cautelares solicitadas en el proceso (art. 131 LJCA), no debería haber inconveniente alguno en aceptar que el Juez o Tribunal, al amparo de lo previsto en el art. 33.2 de la Ley, ponga en conocimiento de las mismas, dándoles, por supuesto, la oportunidad de formular alegaciones, no ya motivos distintos de aquéllos en los que han fundado sus pretensiones en relación con la medida cautelar de que se trate —que es a lo que se refiere exactamente el precepto citado—, sino la posibilidad de adoptar *medidas distintas de las solicitadas*, por entender el órgano judicial que son las que realmente reclaman las circunstancias del caso concreto para asegurar la efectividad de la sentencia. De esta manera se habría respetado no solamente el derecho de defensa, sino también el propio principio de congruencia, ya que con independencia de que la medida finalmente adoptada no coincidiese con la específicamente solicitada por el demandante, sí coincidiría con la sustancia de lo pedido que en materia de medidas cautelares, por

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL JUICIO CAUTELAR NO REQUIERE UNA CORRELACIÓN LITERAL ENTRE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y LA RESOLUCIÓN, SINO QUE EL TRIBUNAL SE ATENGA A LA SUSTANCIA DE LO PEDIDO Y NO A SU LITERALIDAD

(9) STS de 25 de mayo de 1995, Sala de lo Civil, Ar. 4128.

(10) Las cursivas son expresiones literales de las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1997, Sala Tercera, Ar. 6211; y de 25 de mayo de 1995, Sala Primera, Ar. 4128.

definición, tiene que ser el aseguramiento de la efectividad de la resolución que ponga fin al proceso.

III. LOS PRESUPUESTOS DE LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: *PERICULUM IN MORA* COMO REGLA GENERAL, Y *FUMUS BONI IURIS* PARA LOS CASOS DE INACTIVIDAD Y VÍA DE HECHO

Por lo que se refiere a los presupuestos —entendiendo por tales las condiciones que han de darse para que proceda la adopción de medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo— la Ley ha sido profundamente innovadora al establecer dos regulaciones diametralmente opuestas, según que el objeto del recurso sea un acto o disposición general (art. 130), o sea la inactividad administrativa o la vía de hecho (art. 136).

Para el primer supuesto, esto es, el régimen común de las medidas cautelares, la Ley ha formulado la siguiente regla: “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Añadiendo a continuación que “la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada” (art. 130). Para el segundo supuesto, referido a la vía de hecho y a la inactividad administrativa, la Ley ha dispuesto que “la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada” (art. 136). Las diferencias, como puede comprobarse, saltan a la vista.

En primer lugar, aunque es cierto que la Ley ha desterrado —acertadamente, en mi opinión— la fórmula del art. 122.1 del texto de 1956, que primero sentaba la regla del carácter no suspensivo del recurso, y a continuación admitía la posibilidad de suspender la ejecutividad del acto impugnado, ello no significa, en mi opinión, que las medidas cautelares hayan perdido esa nota de excepcionalidad que las venía caracterizando, desde el momento en que el art. 130 de la nueva Ley dice que las medidas cautelares podrán acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Si ello es así, es decir, que la medida cautelar solamente podrá acordarse en los casos en los que la ejecutividad de la actuación impugnada pueda hacer perder al recurso su finalidad, cuando el apartado siguiente dice que la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudieran seguirse los efectos allí enunciados es obvio que está estableciendo un límite a esos supuestos en los que, en principio, procedería la adopción de medidas cautelares, ya que únicamente en esos casos cabría adoptarlas, según el apartado primero del artículo. Ello significa, pues, que en el régimen general de las medidas cautelares éstas podrán adoptarse cuando sean necesarias para impedir que el recurso pierda su finalidad. Pero, aún dándose esta circunstancia, podrán, no obstante, denegarse cuando las mismas, a su vez, puedan causar perturbación grave a los intereses generales o de tercero.

Con una fórmula distinta a la tradicional, y sin duda alguna inspirada en la regla que el art. 56.1 LOTC establece para el recurso de amparo, la nueva Ley ha venido a consagrar una concepción de las medidas cautelares que, acorde con su naturaleza instrumental de garantía de la efectividad de la tutela judicial, hace de la necesidad de evitar que el recurso pueda perder su finalidad el fundamento y razón de ser de las mismas. Así, pues, la vieja expresión “causar daños de imposible o difícil reparación”, que en éstos o en otros términos muy parecidos ha sido una constante en la regulación de la suspensión desde su origen histórico¹¹, ha sido sustituida por la más moderna “hacer perder su finalidad legítima al recurso”. El tiempo dirá si este cambio de imagen en la expresión que define el que para la Ley sigue siendo el fundamento de la tutela cautelar, es decir, el *periculum in mora*, va a conseguir que los órganos judiciales abandonen la idea e, incluso, la expresión misma, de los daños de imposible o difícil reparación.

Aparte de la desafortunada referencia a la *legitimidad* del fin del recurso, ya que, obviamente, el recurso —otra cosa serán los recurrentes, pero no es a eso a lo que se está refiriendo la Ley— no puede tener más que finalidades legítimas, llama la atención el empeño del legislador por abandonar toda idea de perjuicio, concepto que, sin embargo, sí aparece en el art. 56.1 LOTC. La pregunta que necesariamente debemos hacernos por ello es si el legislador ha introducido realmente un cambio sustancial en la definición del presupuesto de las medidas cautelares o si, por el contrario, se trata simplemente de un cambio de denominación.

Pues bien, creo que, en realidad, nada verdaderamente importante ha cambiado en la definición del *periculum in mora*, ya que si lo que legitima la adopción de medidas cautelares es la necesidad de evitar que el recurso pierda su finalidad, y ésta no puede ser otra que otorgar tutela judicial efectiva, lo que puede hacer peligrar esa efectividad de la tutela que con el recurso se pretende no van a ser beneficios o efectos favorables para quien solicita la tutela, sino, obviamente, perjuicios, y además, y como mínimo, difíciles de reparar, porque si fueran fácilmente reparables la efectividad no correría riesgo alguno. Esto significa, en mi opinión, que no puede identificarse, sin más, la carga que supone tener que acudir a un proceso con la pérdida de la efectividad de la tutela judicial, ya que lo primero, por muy gravoso que sea, que sin duda lo es, no es más que eso, una carga, pero no conduce irremediabilmente a la pérdida de efectividad de la tutela judicial. Es por eso que el Tribunal Constitucional ha identificado siempre la fórmula del art. 56.1 de su Ley Orgánica con el concepto clásico de imposibilidad o dificultad en la reparación de los daños o perjuicios que pudiera causar la ejecutividad de la resolución que es objeto de recurso de amparo¹². Solamente, pues, según el Tribunal Constitucional, perjuicios de difícil o imposible reparación pueden hacer perder su finalidad al recurso de ampa-

(11) V. RODRÍGUEZ ARANA, J. *La suspensión del acto administrativo en vía de recurso*, Montecorvo, 1986, pág. 75; BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*, CEC, 1992, pág. 213; y Osorio Acosta, E. *La suspensión jurisdiccional del acto administrativo*, Marcial Pons 1995, pág. 19.

(12) Es especialmente significativo el ATC de 12 de febrero de 1992 donde se dice: “(...) aunque es cierto que este Tribunal ha admitido que el *fumus boni iuris* constituye un criterio que debe ponderarse a la hora de decidir sobre la suspensión(...), no lo es menos que dicha ponderación debe llevarse a cabo siempre y cuando se dé el presupuesto de hecho necesario para la adopción de la medida cautelar prevista en el art. 56.1 LOTC, es decir, la irreparabilidad o difícil reparación del perjuicio que la ejecutividad pudiera causar”. Aunque la doctrina del Tribunal Constitucional es en este punto tan reiterada que excusaría su cita, pueden verse, por citar sólo los más recientes, los AATC 226/1997, de 23 de junio; 285/1997, de 21 de julio; 398/1997, de 4 de diciembre; o 420/1997, de 22 de diciembre. De la misma manera, el Tribunal Supremo ha identificado siempre la garantía de la efectividad de la tutela judicial, que define como “verdadero fundamento de la medida cautelar”, con los conceptos de irreparabilidad o dificultad de reparación del daño (Vid. por todos, ATS de 17 de marzo de 1990, Ar. 3405).

ro y no simplemente la necesidad de servirse del proceso para defender los derechos e intereses legítimos.

Esto es así, en mi opinión, desde el momento en que la Ley, abandonando la redacción original que basaba la adopción de las medidas cautelares en la existencia de *dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa*, ha consagrado final —y felizmente— una definición de las medidas cautelares que, acorde con la jurisprudencia de los Tribunales —incluido el Constitucional—, resalta por encima de todo su naturaleza de instrumento de garantía o aseguramiento de la efectividad de la sentencia. El legislador podría haber optado —en la línea de lo previsto en el Proyecto del Gobierno— por consagrar un concepto de medidas cautelares basado exclusiva o preponderantemente en la apariencia de buen derecho. Haberlo hecho así hubiera significado, en mi opinión, no solamente dar la espalda a la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹³, sino, sobre todo, desconocer la naturaleza misma de este tipo de medidas, creando un concepto nuevo de tutela cautelar que consistiría en el derecho a obtener al inicio del proceso, y sin otro fundamento que el de tener aparentemente razón, una resolución de fondo —provisional, ciertamente, pero al fin y al cabo de fondo— sobre el asunto planteado. Concebida así la tutela cautelar, esto es, desvinculada por completo de la necesidad de garantizar la efectividad de la sentencia —a menos que se entienda que la necesidad de acudir al proceso equivale, por sí misma y en todo caso, a la pérdida de la efectividad de la tutela, cosa que, por las razones expuestas, hemos rechazado— queda roto el punto de conexión que la une al art. 24.1 CE, y desvanecida, en consecuencia, su naturaleza de derecho fundamental.

Pero como ya he adelantado, no es esto lo que ha hecho el legislador, sino que, antes al contrario, ha definido las medidas cautelares como instrumento de garantía de la efectividad de la sentencia, y ha exigido para su adopción que la ejecutividad del acto —principio que sigue rigiendo en nuestro ordenamiento y que el Tribunal Constitucional ha declarado conforme al art. 24 de la Constitución— pueda hacer perder su finalidad al recurso. Pues bien, mientras que ello siga siendo así, con independencia de cómo se le quiera llamar, la idea de daño o perjuicio seguirá siendo el criterio rector de la adopción de las medidas cautelares, obviamente conjugado con otros criterios que van desde el *fumus boni iuris*, hasta los daños o perjuicios que puedan causarse al interés general o a terceros¹⁴.

Ahora bien, y dicho todo ello, si bien es cierto que no puede prescindirse de la idea de daño o perjuicio a la hora de solicitar y adoptar medidas cautelares, no lo es menos que lo que sí ha sufrido una importante transformación es el significado de la intensidad que el daño o perjuicio ha de tener para que pueda considerarse que la no adopción de medidas cautelares haría perder al recurso su finalidad o, lo que es igual, a la tutela judicial su efectividad.

(13) A esta jurisprudencia me refiero con amplitud en el epígrafe III de este trabajo. Tras algunos pronunciamientos como los contenidos en los Autos de 24 de enero y 3 de marzo de 1994 (Ar. 173 y 1910, respectivamente) en el sentido de que la tutela cautelar ha de otorgarse a quien en principio ostente el *fumus boni iuris*, o que basta la apariencia de buen derecho para otorgarla (ATS de 20 de diciembre de 1990, Ar. 10412) el Tribunal Supremo reaccionó enérgicamente contra esta doctrina, lo que puede comprobarse con la lectura de los Autos de los últimos años, singularmente los de 1995.

(14) Sobre el peso que cada uno de estos criterios debe tener en el juicio cautelar *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, 1992. También, y en sentido distinto, CHINCHILLA MARÍN, C. *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, cit. y *El derecho a la tutela cautelar como garantía de las resoluciones judiciales*, cit.

Ese cambio —que, en mi opinión, no es tanto la consecuencia de la sustitución de una fórmula legal por otra, sino el fruto de la “reinterpretación” constitucional de la prerrogativa de la ejecutividad de los actos administrativos¹⁵— consistiría en lo siguiente: la pérdida de la efectividad de la sentencia no puede ya definirse sólo y exclusivamente por referencia al concepto de “reparabilidad” del daño, sino que es algo que en cada caso habrá que definir teniendo en cuenta tres elementos. Estos tres elementos son la intensidad con la que el interés general demanda la ejecución del acto; la intensidad del daño que dicha ejecución causa al destinatario del mismo; y la apariencia de buen derecho con la que éste litiga. Y así —por decirlo con las mismas palabras del Tribunal Supremo— “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presente sean tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión”. Por el contrario, cuando aquéllas exigencias sean de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión (entre otros muchos, ATS de 21 de enero de 1997, Ar. 84). Así, pues, y añadiendo a esos dos criterios el del *fumus boni iuris*, y aplicando la fórmula a las medidas cautelares, en general, y no sólo a la suspensión, puede concluirse que a la pérdida de efectividad de la tutela judicial que justifica la adopción de medidas cautelares será mayor cuanto menor sea el interés público en la ejecución del acto y mayor sea también la apariencia de buen derecho con la que litiga quien solicita las medidas cautelares de que se trate.

**EL PRESUPUESTO DE LA
ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS
CAUTELARES EN EL
ARTÍCULO 136 ES EL *FUMUS
BONI IURIS*, MIENTRAS QUE
EN EL ARTÍCULO 129 ES EL
*PERICULUM IN MORA***

Como ya se ha advertido, un régimen radicalmente opuesto al que acaba de describirse es el que la Ley ha establecido para las medidas cautelares que se soliciten en recursos que tienen por objeto la inactividad administrativa o la vía de hecho. Para estos casos, el art. 136 ha dispuesto que la regla general sea la adopción de la medida cautelar [“(…) se adoptará salvo que (…)”]; el presupuesto o condición para que dicha regla se aplique, simplemente que se den los supuestos definidos en los arts. 29 y 30 [“En los supuestos de los artículos 29 y 30 (…)”]; y las excepciones a dicha regla, que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero. Además de ello, la Ley permite que en estos supuestos, y solamente en ellos, la tutela cautelar pueda solicitarse antes de la interposición del recurso.

Como puede observarse, el mecanismo que consagra el art. 136 es completamente distinto al establecido por el art. 129,

(15) En relación con esta cuestión puede verse mi trabajo en el libro *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, ed. Lex Nova, 1999.

y no sólo porque en aquél la adopción de las medidas cautelares sea la regla y en éste la excepción; o porque los supuestos contemplados en el primero sean susceptibles de tutela cautelar antes de la interposición del recurso, mientras los que recoge el segundo de los preceptos citados no; sino también y, sobre todo, porque el presupuesto de la adopción de las medidas cautelares del art. 136 de la Ley es el *fumus boni iuris*, mientras que el de las medidas cautelares del art. 129 –las generales– es el *periculum in mora*.

De lo dicho se desprende, pues, que la lógica a la que responde la adopción de medidas cautelares en el régimen general –aseguramiento de la efectividad de la sentencia evitando que la ejecutividad del acto impugnado pueda hacer perder al recurso su finalidad– se rompe en el régimen especial previsto para la inactividad y la vía de hecho, donde ya no es preciso que las medidas cautelares sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia, sino que basta simplemente con que se den los supuestos descritos en los arts. 29 y 30 que, además, y a estos efectos, se entenderá que se dan siempre, salvo que *se aprecie con evidencia lo contrario*. Lo dicho plantea el problema de si la regla general contenida en el art. 129.1 de la Ley, que conecta las medidas cautelares con la garantía de la efectividad de la sentencia, es una regla común a todas ellas o, por el contrario, sólo resulta de aplicación a las del régimen común del art. 130, pero no a las de la inactividad administrativa y la vía de hecho. La propia naturaleza de las medidas cautelares, de un lado, y la posición sistemática del art. 129 en la Ley, que encabeza el capítulo dedicado a las medidas cautelares, de otro, son razones que juegan en favor de su aplicación a todas las medidas cautelares; sin embargo, parece el tenor literal del art. 136 se opone, en principio, a ello, ya que, para la adopción de estas medidas cautelares de régimen especial no se exige que el recurso pueda perder su finalidad.

En definitiva, lo que ocurre en estos casos es que la ilegalidad en la que aparentemente ha incurrido la Administración sería tal que la Ley ha querido privarla, con carácter general, del privilegio de la ejecutividad que, como se sabe, está íntimamente vinculado a la presunción de validez. En realidad, es algo parecido a lo previsto en el art. 111.2 de la Ley 30/1992 en relación con la suspensión del acto en vía administrativa, que, como se sabe, define como dos supuestos distintos, que operan con independencia el uno del otro, el de “que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, por un lado, y el de que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el art. 62.1 de esta Ley”. Es decir, en estos dos casos –y aún tratándose de supuestos tan distintos– la ilegalidad, y su apariencia de tal, es tan grave que la propia Ley considera que la necesidad de acudir a un proceso es en sí misma una carga que hace perder a la futura Sentencia su efectividad, en los términos del art. 129.1.

El problema que se plantea en relación con estas medidas de régimen especial es que al no responder su adopción a la necesidad de asegurar la efectividad de las sentencias, quedan desconectadas por completo del derecho fundamental consagrado en el art. 24.1 CE, ya que si la tutela cautelar forma parte de este derecho fundamental es sólo y exclusivamente porque es *necesaria* para que la tutela judicial sea real y efectiva. Cuando deja de ser necesaria para ello, –lo que ocurrirá cada vez que la medida cautelar se fundamente exclusivamente en el hecho de tener aparentemente razón– su condición de derecho funda-

mental se desvanece por completo. Por eso no es razonable que la posibilidad de solicitar la tutela cautelar antes de la interposición del recurso se haya reservado exclusivamente para las medidas de régimen especial, ya que es precisamente en las medidas cautelares del régimen general —esto es, en las que por tener como presupuesto el *periculum in mora* peligran la efectividad de la tutela— donde más justificada está la necesidad de acudir cuanto antes al órgano judicial solicitando su tutela cautelar. Por otro lado, el hecho de que las medidas cautelares de régimen especial se adopten en función de la apariencia de buen derecho va a exigir que quien las solicita antes de la interposición del recurso presente ya, en ese momento, una argumentación lo bastante sólida como para demostrar que se dan los supuestos de inactividad administrativa o vía de hecho; argumentación que, por versar sobre el fondo del asunto, no podrá diferir mucho de la que en un momento posterior acabe desarrollándose en la demanda.

La regulación contenida en el art. 136 de la Ley plantea un último problema, que es el de su encaje con una jurisprudencia que claramente ha reaccionado en contra de la adopción de medidas cautelares basada exclusivamente en la existencia de un humo de buen derecho, por entender que ello implica siempre una invitación, más o menos velada, a entrar en el fondo del asunto que es incompatible con el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba¹⁶. En efecto, el Tribunal Supremo —que ha calificado de “presupuesto indispensable” y de “requisito fundamental y básico” para otorgar la medida cautelar que la ejecución hubiera de causar daños de difícil o imposible reparación¹⁷— ha declarado que la existencia de un *fumus boni iuris* “no puede ser por sí sola causa determinante de la suspensión de los actos administrativos recurridos, sino criterio complementario con el principal de la existencia de daños y perjuicios de imposible o difícil reparación”¹⁸. Así mismo ha calificado de “aplicación apriorística, rutinaria e inconsistente” la aplicación de la doctrina de la apariencia de buen derecho basada en que “la pretensión del recurrente no carece por completo de fundamento, sino que existen elementos que permiten afirmar indiciariamente que al actor le asiste una suficiente apariencia de buen derecho”¹⁹. En definitiva, el Tribunal Supremo, que ha reclamado para la aplicación de la doctrina de la apariencia de buen derecho prudencia, ponderación y mesura²⁰, exige para la adopción de medidas cautelares en estos casos que la nulidad sea absolutamente ostensible, patente, manifiesta, evidente a todas luces y apreciable a simple vista²¹, y por eso ha terminado limitando su aplicación prácticamente a dos supuestos: cuando se solicita la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición de carácter general declarada previamente nula de pleno derecho; o cuando el acto impugnado es idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no —como ha declarado el propio

(16) SSTs de 20 de abril de 1995, Ar. 3164; de 18 de julio de 1995, Ar. 6176; y AATS de 9 de noviembre de 1992, Ar. 8753; de 9 de febrero de 1993, Ar. 521; de 13 de julio de 1993, Ar. 5575; y de 9 de diciembre de 1993, Ar. 9548. Evidentemente, con ello no quiere decirse que las leyes hayan de seguir la doctrina establecida por los Tribunales, pero sí parece prudente no separarse de ella cuando esa doctrina resulta ser una interpretación más que razonable del art. 24 CE y, además, pacífica y coincidente con la doctrina del Tribunal Constitucional.

(17) SSTs de 1 de diciembre de 1997, Ar. 8911; y de 17 de junio de 1997, Ar. 5444; y AATS de 17 de marzo de 1995, Ar. 2309; de 16 de junio de 1997, Ar. 5443; de 8 de julio de 1997, Ar. 5832.

(18) ATS de 17 de marzo de 1995, Ar. 2409.

(19) ATS de 13 de marzo de 1995, Ar. 2966.

(20) SSTs de 20 de abril de 1995, Ar. 3146; de 20 de abril de 1995, Ar. 3164; de 12 de febrero de 1996, Ar. 1062; de 14 de mayo de 1996, Ar. 4155; ATS de 13 de marzo de 1995, Ar. 2966.

(21) SSTs de 20 de octubre de 1994, Ar. 7702; de 27 de abril de 1995, Ar. 3146; de 4 de mayo de 1995, Ar. 3821; y de 14 de mayo de 1996, Ar. 4155. y ATS de 10 de octubre de 1995, Ar. 7509.

Tribunal— al predicarse la nulidad o anulabilidad de un acto en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal²².

Podría pensarse que precisamente los casos para los que la Ley ha dispuesto que el fundamento de las medidas cautelares sea el *fumus*, en lugar del *periculum* responden a la naturaleza de nulidad manifiesta, ostensible, apreciable a simple vista, etc., que exige el Tribunal Supremo para que puedan adoptarse medidas cautelares sobre la base de la apariencia de buen derecho, pero no me parece que ello sea *exactamente* así, ya que la Ley ha invertido los términos, de tal forma que en los casos en los que la medida cautelar se solicite frente a la inactividad o a la vía de hecho, de entrada se presume que la ilegalidad denunciada por el recurrente es tal, y sólo romperá esa presunción la evidencia de lo contrario, esto es, *que se aprecie con evidencia* —por tanto, de manera ostensible, patente, manifiesta, evidente, etc.— *que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos*. El problema es que cuando eso ocurra, es decir, cuando sea evidente que la actuación administrativa no ha incurrido en vía de hecho o que no existe esa obligación concreta de la Administración que legitima el recurso contra la inactividad administrativa, entonces no es que no proceda la medida cautelar, sino que, sencillamente, estaremos en presencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 51.3 de la Ley, con lo cual —y salvo en el supuesto de medidas cautelares solicitadas antes de la interposición del recurso— la excepción a la regla general de la adopción de medidas cautelares que define el art. 136 no tiene mucho sentido, ya que, en teoría, tratándose de un recurso contra la inactividad administrativa o la vía de hecho en el que fuera *evidente* que no hay tal vía de hecho o tal inactividad administrativa, dicho recurso debería inadmitirse.

Dicho todo ello, hay que preguntarse si no hubiese sido más oportuno establecer una regulación única y común para todas las medidas cautelares, dejando a los órganos judiciales la tarea de establecer las diferencias que las circunstancias singulares del recurso reclamen en cada caso, aplicando ese principio tan reiterado de la jurisprudencia según el cual **“cuando las exigencias del interés público son tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para determinar la suspensión. Por el contrario si las exigencias del interés público son de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión”**²³.

IV. ALGUNOS ASPECTOS PROCEDIMENTALES

A diferencia de lo que ocurre en el recurso administrativo, donde la suspensión puede acordarse de oficio o a instancia de parte (art. 111.2 LRJPAC), en el proceso contencioso las medidas cautelares sólo se adoptan a instancia de parte (art. 129.1 LJCA)²⁴; lo cual

(22) STS de 12 de febrero de 1996, Ar. 1062; AATS de 18 de octubre de 1996, Ar. 7074; de 13 de marzo de 1995, Ar. 2966; de 9 de mayo 1995, Ar. 4211; y de 7 noviembre de 1995, Ar. 8134.

(23) AATS de 21 de enero de 1997, Ar. 84; de 3 de junio de 1997, Ar. 5050; de 25 de noviembre de 1996, Ar. 8357; de 11 de octubre de 1995, Ar. 7172; y de 10 de septiembre de 1992, Ar. 6967.

(24) Aunque el texto del art. 122.2 de la Ley de 1956 era más claro a este respecto [“(…) salvo que el Tribunal acordare, a instancias del actor, la suspensión”], que el actual art. 129.1 [“Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso (…), y más aún que el art. 136 [“En los supuestos de los arts. 29 y 30, la medida cautelar se adoptará (…)”], entiendo que en relación con este tema la Ley no ha introducido novedad alguna, ya que en ningún momento se refiere, ni expresa ni implícitamente, a la posibilidad de que el órgano judicial pueda adoptar medidas cautelares de oficio.

significa, en mi opinión, que la modificación o revocación de las mismas, basada en el cambio de las circunstancias existentes en el momento de su adopción (art. 132.1 LJCA), tampoco podrá producirse de oficio, sino que deberá ser solicitada por el interesado.

Por lo que se refiere al *cuándo* han de solicitarse las medidas cautelares, la Ley contiene diversas previsiones al respecto. En primer lugar, establece con carácter general que podrán solicitarse en cualquier estado del proceso (art. 129.1), lo que claramente implica que han de adoptarse *dentro* del mismo. Esta regla se completa con lo dispuesto en el art. 128.3 que prevé que **en caso de urgencia, o cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario, las partes podrán solicitar al órgano jurisdiccional que habilite los días inhábiles en el incidente de suspensión o de adopción de otras medidas cautelares**. La primera excepción a la regla general del art. 129.1 se encuentra en el apartado segundo del mismo precepto que en caso de recursos contra reglamentos obliga a solicitar la suspensión —que, por cierto, parece ser la única medida cautelar que puede adoptarse en estos casos— en el escrito de interposición o en el de demanda. La segunda excepción, sin duda de mayor calado, es la que establece el art. 136.2 en relación con la posibilidad de solicitar las medidas cautelares antes de la interposición del recurso.

Ninguna objeción cabe hacer, en mi opinión, a esta previsión de la Ley, salvo, como ya se ha dicho, la de que haya sido reservada exclusivamente para los supuestos de vía de hecho e inactividad administrativa. La posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de interponer el recurso es, en mi opinión, una exigencia derivada del art. 24.1 CE, para todos los casos en los que la ejecutividad de la actuación administrativa ponga en peligro la efectividad de la tutela judicial, y muy especialmente para aquellos supuestos en los que el recurso administrativo sea un requisito previo al acceso a los Tribunales. Si la tutela judicial efectiva, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se satisface sometiendo la ejecutividad de los actos administrativos a una decisión judicial, una de dos: o dicha ejecución se paraliza en el momento mismo en que se interpone el recurso administrativo —si así se solicita, claro está—, o hay que admitir que mientras el recurso administrativo se resuelve el interesado pueda someter la ejecutividad del acto administrativo a la decisión de los Tribunales, solicitando, por tanto, antes de la interposición del recurso contencioso —en estos casos necesaria e involuntariamente

**EL INCIDENTE CAUTELAR SE
SUSTANCIARÁ EN PIEZA
SEPARADA CON AUDIENCIA
DE LA PARTE CONTRARIA,
SIN PERJUICIO DE QUE LA
LEY HAYA REGULADO DOS
SUPUESTOS DE ADOPCIÓN
DE MEDIDAS CAUTELARES
INAUDITA PARTE**

retardada— cuantas medidas sean necesarias para garantizar la efectividad de una hipotética y futura tutela judicial. Por estas y otras razones que han quedado expuestas al analizar el art. 136 de la Ley, creo que carece de toda justificación que la solicitud de medidas cautelares antes de la interposición del recurso solamente sea posible en los casos de vía de hecho y de inactividad material.

Por lo que se refiere a la tramitación propiamente dicha de la solicitud de medidas cautelares, el incidente cautelar se sustanciará en pieza separada²⁵, y con audiencia de la parte contraria. Lo más importante y novedoso de la Ley en este sentido es la regulación de dos supuestos de adopción de medidas cautelares *inaudita parte*²⁶. El primero, de carácter general, está regulado en el art. 135 y está previsto para aquellos casos en los que concurren circunstancias de especial urgencia; el segundo, de carácter especial, es el previsto para los supuestos del art. 136 (vía de hecho e inactividad administrativa) en los que la medida cautelar se haya solicitado antes de la interposición del recurso. En el primer caso —nada hay que decir del segundo puesto que lo uno (la solicitud antes de la interposición del recurso) acarrea lo otro (su tramitación conforme a lo dispuesto en el art. 135, y por tanto *inaudita parte*) no parece que lo tenga que solicitar el interesado —aunque, obviamente, puede hacerlo— sino que el Juez podrá apreciar por sí mismo que una especial urgencia justifica en ese caso la adopción de medidas cautelares sin oír a la parte contraria. En los casos en los que se adopte la medida cautelar *inaudita parte*, en la misma resolución se convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, y en la que se alegará y, finalmente, se decidirá sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Esta resolución, a diferencia de lo que ocurre con el Auto en el que se adopta la medida cautelar, es recurrible según las reglas generales.

En el supuesto del art. 136.2, como las medidas se solicitan antes de interponer el recurso, el recurrente deberá ratificarse en su solicitud al interponerlo, cosa que tendrá que hacer inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares, debiéndose celebrar la comparecencia en los tres días siguientes. La Ley prevé, por último, que si no se interpone el recurso la medida quedará automáticamente sin efecto, y el solicitante deberá indemnizar los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido. Ha de observarse que a pesar de que el art. 136.2 impone la obligación de que se pida la ratificación de la medida al interponer el recurso, y que dicha interposición tenga lugar inexcusablemente en el plazo de diez días desde que se recibe la notificación del Auto, a renglón seguido —al regular los efectos del incumplimiento de esta obligación— la Ley alude únicamente a la no interposición del recurso, lo que, en mi opinión, debe interpretarse en el sentido de que la Ley no exige que el recurrente se ratifique en su solicitud de medidas cautelares de forma explícita,

(25) Según el art. 137 de la Ley “Todas las cuestiones incidentales que se susciten en el proceso, se sustanciarán en pieza separada y sin suspender el curso de los autos”.

(26) Téngase en cuenta la STC 14/1992, de 10 de febrero de 1992, en la que el Tribunal declaró que el hecho de que el embargo preventivo sea decretado *inaudita parte debitoris* “no puede merecer reparo de inconstitucionalidad, pues en sí misma considerada la orden de embargo no es más que una medida cautelar, cuya emisión no requiere una plena certeza del derecho provisionalmente protegido, ni es forzoso tampoco que se oiga con antelación a quien la sufre (...) Es más: la audiencia previa del afectado podría perjudicar en muchos supuestos la efectividad de la medida cautelar (...)”.

sino que bastará con que interponga el recurso dentro del plazo establecido para entender que la petición de ratificación se ha producido. Por el contrario, si el recurso se interpone fuera del plazo de diez días, aunque esté dentro de plazo a efectos de su admisión, deberá entenderse como una negativa por parte del recurrente a ratificarse en su petición, y, por tanto, la medida cautelar quedará sin eficacia cuando se cumpla el plazo de referencia, lo que no impedirá, en mi opinión, que el recurrente vuelva a solicitarla de acuerdo con las reglas generales.

V. EFICACIA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS

Una cuestión tremendamente importante y difícil, que la Ley no ha querido afrontar en su totalidad, es la relativa a determinar desde cuándo y hasta cuándo despliegan sus efectos las medidas cautelares adoptadas. La respuesta a esta pregunta es aparentemente sencilla: la medida cautelar es eficaz desde el momento en que se otorga; y si se trata de uno de esos casos en los que el órgano judicial ha adoptado alguna medida de contracautela, entonces, como dice el art. 133.2, “*la medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas*”. Lo que la Ley no se ha planteado, y por tanto, tampoco ha resuelto, es la trascendental cuestión de si la solicitud de la tutela cautelar tiene por sí sola algún efecto sobre la ejecutividad del acto impugnado²⁷. La cuestión parece estar resuelta desde hace tiempo en la jurisprudencia, y además en sentido afirmativo, lo que hace todavía más incomprensible el silencio del legislador en este punto.

En efecto, ya en 1990 la Audiencia Nacional había manifestado, en un importante Auto, que si el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface —según doctrina del Tribunal Constitucional— facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de los órganos judiciales, es evidente que si la Administración ejecuta su acto mientras éstos están decidiendo sobre la cuestión, “*estará violando (y este Tribunal también si no lo evita) el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte actora*”²⁸. Años más tarde, el Tribunal Constitucional ha venido a decir sustancialmente lo mismo en su Sentencia 78/1996, de 20 de mayo, por la que estimó el recurso de amparo interpuesto contra una resolución que ordenaba ejecutar una sanción a pesar de que la misma estaba recurrida en vía administrativa y solicitada su suspensión. El Tribunal, después de reiterar su doctrina sobre tutela cautelar en materia administrativa, concluye:

“(…) el derecho a la tutela se extiende a la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos que, si formulada en el procedimiento administrativo, debe permitir la impugnación jurisdiccional de su denegación, y si se ejercitó en el proceso debe dar

(27) El Grupo Parlamentario Catalán (CiU), en su enmienda 247 (BOCG núm. 70-8, de 24 de noviembre de 1997, pág. 120, propuso añadir al texto del que entonces era art. 125.2 lo siguiente: “Dicha solicitud suspenderá la ejecución mientras no exista resolución sobre la misma”. No obstante, debe subrayarse el hecho de que la Ley haya omitido toda referencia a que la interposición del recurso —con la consiguiente solicitud de suspensión, se entiende— no produce la suspensión del acto recurrido.

(28) Sobre esta cuestión y sobre el Auto de referencia puede verse CHINCHILLA MARÍN, C. *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, cit. págs. 140-141 y 162-164.

lugar en el mismo a la correspondiente revisión específica. El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión (STC 66/1984). Si, pues, hemos declarado que la tutela se satisface así, es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez. Los obstáculos insalvables a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva”.

La conclusión del Tribunal Constitucional, sentada en relación con la ejecución de una sanción no firme, pero necesariamente de aplicación general a cualquier acto, dada la argumentación en la que se apoya, no puede ser más coherente con su propia doctrina sobre la tutela cautelar. Efectivamente, si el art. 24 CE exige que la ejecutividad de la actividad administrativa pueda someterse a una decisión judicial, para evitar que el tiempo que dura el proceso acabe privándolo de su utilidad, es evidente que mientras que se toma esa decisión la Administración no puede ejecutar su acto, porque si así lo hiciese sería ella y no el Juez quien decidiría sobre dicha ejecutividad, con lo cual estaría vulnerando no sólo el art. 24.1 CE, sino también el 117.3 CE que establece que la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales²⁹.

No obstante, la STC 78/1996, después de decir que la Administración no puede —ejecutando su acto— impedir que los Tribunales resuelvan sobre la ejecución que ha sido sometida a su control, añade que “los obstáculos insalvables a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial”. Podría pensarse que con esta afirmación el Tribunal está exigiendo que para que pueda decirse que hay lesión constitucional ha de darse una suerte de irreversibilidad en lo ya ejecutado por la Administración [“(...) obstáculos insalvables (...)”]. No creo, sin embargo, que pueda atribuirse este significado a la expresión en cuestión, ya que el Tribunal no dice que la lesión, por la que otorgó el amparo, se produjera por haber hecho perder a la tutela judicial su efectividad, como consecuencia de haberse causado unos daños de difícil o imposible reparación, sino por haber impedido, *en abstracto*, la revisión jurisdiccional de la ejecutividad de un acto administrativo. Ello queda suficientemente claro, en mi opinión, en el siguiente pronunciamiento de la Sentencia:

“La cuestión radica, pues, precisamente en que se ordenase ejecutar la sanción sin esperar a su firmeza y aun sin haber resuelto ni el recurso de reposición ni la solicitud de suspensión. (...) Y aunque también es cierto que, en el proceso de impugnación del acto sancionador (...) podría obtenerse no sólo una resolución de fondo sobre su legalidad sino, eventualmente, un Acuerdo de suspensión, éste sería evidentemente tardío y entre tanto se habría consumado la indefensión del sancionado en cuanto a su solicitud de suspensión del acto que no hubiera podido ser ya revisada por el Tribunal competente. Ello lesiona, de modo evidente, el art. 24.1 CE al impedir el acceso de dicha petición al Juez y, en consecuencia, hace que proceda la estimación del amparo”.

(29) A este respecto puede verse *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, op. cit. págs 162-163.

De lo dicho se desprende, pues, que lo que lesiona el art. 24.1 CE es el hecho de que la Administración ejecute el acto, una vez que se ha recurrido y solicitado frente al mismo la tutela cautelar, pues es obvio que en relación con la parte que haya sido ejecutada nunca podrá ya decidir un órgano judicial. Dicho lo cual, la conclusión es evidente: la solicitud de tutela cautelar suspende automáticamente la ejecutividad del acto administrativo. Los efectos negativos que inevitablemente pueden derivarse de esta doctrina para el principio constitucional al que sirve el atributo de la ejecutividad del acto administrativo³⁰, podrían mitigarse extendiendo a todos los supuestos la posibilidad de solicitar la tutela cautelar del órgano judicial antes de la interposición del recurso³¹. En los casos en los que el recurso administrativo previo es obligatorio, bastaría, en mi opinión, con que la Administración resolviese de forma inmediata el recurso o, al menos, la solicitud de suspensión, y fuese posible recurrir la resolución de esta última ante los Tribunales, sin tener que esperar a que la Administración resuelva, expresa o presuntamente, el recurso. Frente a la objeción que podría hacerse a este planteamiento en el sentido de decir que la resolución administrativa sobre la solicitud de medidas cautelares no podría ser nunca objeto de impugnación autónoma, debido a su condición de acto de trámite, habría que responder que aun aceptando que se trate de un acto de trámite —cosa muy discutible— estaría dentro de una de las excepciones que contempla el art. 25.1 de la Ley, ya que se trata de un acto de esos que pueden producir perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos. De hecho, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 78/1996, llega a afirmar que constituye una exigencia del derecho a la tutela que la denegación de la pretensión de suspensión formulada en el procedimiento administrativo pueda ser impugnada jurisdiccionalmente. Una vez que admitamos la posibilidad de recurrir contra este acto, ningún inconveniente puede haber en que se solicite del órgano judicial —ya dentro del proceso— la medida cautelar que asegure la efectividad de la resolución que recaiga finalmente sobre el fondo del asunto, aunque en este caso el fondo del asunto sea la revisión de la resolución administrativa denegatoria de la medida cautelar de que se trate. Podrá decirse que ésta es una solución un tanto forzada, y sin duda así es, pero no parece que haya otra cuando la ley obliga a interponer el recurso administrativo previo y, por tanto, a esperar que la Administración lo resuelva —con una

**LA NATURALEZA
INSTRUMENTAL DE LAS
MEDIDAS CAUTELARES
DETERMINA QUE SU VIDA
SIGA LA SUERTE DE LA PRE-
TENSIÓN PRINCIPAL. ASÍ SE
EXPLICA QUE ESTÉN
SUJETAS A LA REGLA
“REBUS SIC STANTIBUS”**

(30) Téngase en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual “el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 de la CE” (STC 22/1984 y 78/1996).

(31) Así lo propuso en el Senado el Sr. Ríos Pérez, del Grupo Mixto (BOCG núm. 92, de 11 de junio de 1998, pág. 4189).

resolución expresa o con su expresivo silencio— para poder, finalmente, someter al control de los órganos judiciales la ejecutividad de los actos administrativos. Todo esto pone, además, de manifiesto la acuciante necesidad de acomodar la regulación de las medidas cautelares en vía administrativa al nuevo régimen jurídico de la tutela cautelar en el proceso contencioso.

Obviamente la regla que se deriva de la doctrina sentada en la STC 78/1996 tiene por exclusivo efecto paralizar la ejecutividad del acto como forma de garantizar la efectividad de la resolución que en el futuro decida sobre la solicitud de tutela cautelar. Quiere decirse con ello que en el caso de que se soliciten otras medidas cautelares —por ejemplo, medidas positivas— la solicitud de tutela cautelar no tendrá como resultado el que esas medidas empiecen a surtir efectos, sino simplemente paralizar la ejecutividad del acto frente al que se pretenden. Piénsese, por ejemplo, en la exclusión de un candidato a un procedimiento de concurrencia, ya sea un concurso o una licitación para la adjudicación de un contrato. Frente a dicha exclusión puede perfectamente solicitarse la admisión cautelar en ese procedimiento, pero el efecto automático e inmediato que esa solicitud ha de tener, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, no es otro que la no celebración del concurso o licitación hasta que un órgano judicial se haya pronunciado sobre la solicitud de tutela cautelar del interesado.

Si todo lo dicho hasta aquí concierne al “desde cuándo” empieza a surtir efecto la medida cautelar, se trata ahora de preguntarnos por el “hasta cuándo”. Tras una modificación introducida en el Senado³², el art. 132.1 de la Ley establece que “las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley”. Es lógico que así sea, ya que su naturaleza instrumental respecto de la decisión final y definitiva determina que la vida de la medida cautelar siga la suerte de la pretensión principal. Esto es también lo que explica que las medidas cautelares estén sujetas a la regla *rebus sic stantibus*, en virtud de la cual la medida adoptada puede y debe modificarse al ritmo de los cambios operados en las circunstancias que justificaron su otorgamiento.

De acuerdo con ello, la Ley ha previsto que las medidas cautelares “podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambian las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado” (art. 132.1), prohibiendo expresamente —y en un sentido radicalmente opuesto a lo que decía el Proyecto de Ley del Gobierno en este punto³³— que las medidas se modifiquen o revoquen “en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto del análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y, tampoco, en razón de la modifi-

(32) En el texto aprobado por el Pleno del Congreso se decía que “las medidas cautelares estarán en vigor hasta que termine la instancia procesal en la que se hayan acordado” (BOCG núm. 70-12, de 8 de abril de 1998, pág. 290). El texto finalmente aprobado es fruto de una enmienda del Grupo Popular con la que se pretendía evitar que las partes se viesen obligadas a tramitar incidente de medidas cautelares en cada instancia procesal (BOCG núm. 77, de 6 de junio de 1998, págs. 91-92).

(33) Estrechamente vinculado, en mi opinión, a la concepción de la tutela cautelar basada en la apariencia de buen derecho que establecía el Proyecto de Ley, el art. 124.4 decía que “las medidas cautelares podrán ser modificadas o revocadas motivadamente como consecuencia de una nueva apreciación del Juez o Tribunal o en virtud de nuevas circunstancias alegadas por las partes”.

cación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar” (art. 132.2). Así, pues, una vez agotadas las posibilidades de recurrir contra los Autos que resuelvan la solicitud de tutela cautelar, cabe la modificación o revocación de lo que en ellos se haya decidido, en cualquier sentido, esto es, tanto si se han adoptado las medidas, como si se ha denegado su adopción. Ahora bien, esa modificación no puede venir determinada por un cambio en la apreciación del órgano judicial, ya que una vez que la resolución cautelar no es susceptible de recurso, la decisión es definitiva, en el sentido de que ya no son revisables la apreciación y ponderación que el órgano judicial hizo en su día de los presupuestos existentes, lo que no impide que la resolución se modifique como consecuencia de un cambio operado en las circunstancias que determinaron esa resolución³⁴. Y es que el juicio cautelar, como advirtiera CALAMANDREI, es la comprobación definitiva de la existencia de las condiciones necesarias y suficientes para obtener la constitución *ope iudicis* de una relación jurídica a término, destinada a tener eficacia, *rebus sic stantibus*, hasta el pronunciamiento del fallo principal³⁵.

Otra cosa es que se dicte sentencia en primera instancia mientras está pendiente de resolución el recurso interpuesto contra el Auto de adopción de medidas cautelares. En estos casos, y en relación con el recurso de casación, el Tribunal Supremo tiene dicho que el recurso de casación pendiente contra el Auto dictado en la pieza separada de medidas cautelares queda sin objeto una vez dictada sentencia, sea o no firme, ya que la posibilidad legal de ejecución provisional o anticipada de la misma desplaza hacia el incidente en que se decida sobre tal ejecución la cuestión relativa a las medidas cautelares (entre otras, STS de 12 de mayo de 1998, Ar. 5105).

Las medidas cautelares, salvo que se modifiquen o revoquen, estarán, pues, en vigor hasta que recaiga sentencia firme, momento en el que se extinguirán automáticamente, sin necesidad de revocación expresa. Ahora bien, no está dicho que por el hecho de que se haya dictado sentencia desaparezcan automáticamente los riesgos de pérdida de la efectividad de la tutela judicial que, como es sabido, incluye también, como no podría ser de otra manera, la ejecución de la resolución que ponga fin al proceso. En tal caso habría que preguntarse si la tutela cautelar alcanza también a la fase de ejecución de la sentencia³⁶.

Pues bien, es evidente que si, como regla general, el afectado por la sentencia no puede instar su ejecución forzosa hasta que no hayan transcurrido dos meses a partir de la comunicación de la misma al órgano que hubiera realizado la actividad (art. 104), no hay que descartar que sea necesario adoptar algún tipo de medida para evitar, si es el caso, la frustración de la ejecución de la sentencia. No existe, en mi opinión, impedimento legal alguno para que el interesado pueda solicitar del órgano judicial la prórroga de la medida que en su momento se adoptó o bien, nuevas medidas cautelares, ya que,

(34) Vid. *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, cit., págs. 61-63.

(35) CALAMANDREI, P. *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cautelari*, CEDAM, 1936, pág. 86.

(36) El problema ha sido analizado, entre otros, por M.A. JOVÉ (*Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, cit. págs. 195-198). La autora sostiene que debería poder adoptarse cualquier medida cautelar –y no sólo el embargo preventivo, como prevé el art. 923. II LEC– en el proceso de ejecución, pero que en cualquier caso esa posibilidad debe ser considerada como una excepción. Entre otras cosas, cita una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de septiembre de 1990, que admite la práctica de una anotación preventiva de sentencia firme en trámite de ejecución.

si en virtud del art. 129.1, los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, ninguna medida puede ser más necesaria para alcanzar este fin que aquélla que trate de evitar que el fallo de una sentencia ya pronunciada pierda su efectividad. El hecho de que la Ley diga “en cualquier estado del proceso” no es, en mi opinión, un obstáculo a lo que aquí acaba de sostenerse, ya que si la potestad de hacer ejecutar las sentencias corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales —y así lo dice expresamente ahora el art. 103.1 de la Ley—, no hay más remedio que considerar que el conjunto de actuaciones procesales encaminadas a hacer que se cumpla el fallo son también *proceso*.

La adopción de medidas cautelares con carácter urgente

JOSÉ MANUEL SALA ARQUER

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Burgos

Sumario:

I. La situación anterior a la nueva Ley: la polémica sobre las llamadas medidas provisionales. II. Las medidas provisionales en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997. III. El artículo 135 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

I. LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA NUEVA LEY: LA POLÉMICA SOBRE LAS LLAMADAS MEDIDAS PROVISIONALES

Una de las consecuencias del colapso de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha sido, desde hace ya bastantes años, la pérdida de efectividad de las medidas cautelares —o de la medida cautelar, ya que salvo esporádicas admisiones de las medidas cautelares positivas, la línea dominante en los Autos del Tribunal Supremo es la doctrina de la imposibilidad de adoptar medidas distintas de la suspensión—. Es una experiencia frecuente que la tramitación de las piezas separadas de suspensión se prolongue durante dilatados períodos de tiempo, de modo que cuando finalmente se resuelve sobre la suspensión, el acto impugnado ha sido ya ejecutado por la Administración, y consumados sus efectos. La suspensión pierde entonces su objeto, y de ahí la conocida doctrina sobre la imposibilidad de suspender lo ya ejecutado. Como dice, entre otros muchos, el Auto del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1995, “la esencia de la medida cautelar de suspensión de la ejecución pugna con la ya ejecución del acto a que se refiere, al carecer de todo sentido

suspender algo que está ejecutado, principio latente en el artículo 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. Es interesante observar que el supuesto de hecho del Auto citado era la impugnación —y solicitud de suspensión— del Pliego de bases y convocatoria de un concurso para la adjudicación de servicio público de transporte de viajeros por carretera. Es decir, no se trataba de un acto necesitado de inmediata ejecución —como, en un ejemplo clásico, una declaración de ruina inminente—, sino de una resolución cuyos plazos de ejecución permitían perfectamente una reacción en la vía de la tutela cautelar. En realidad, y salvo supuestos límite, la doctrina expuesta es la mejor demostración de la ya aludida pérdida de efectividad de las medidas cautelares.

Naturalmente, la admisión de la solicitud de suspensión no suspende automáticamente la ejecución del acto recurrido. Ésta es una propuesta sin duda bien intencionada, pero que no tiene nada que ver con la realidad legal y jurisprudencial, y menos aún con la práctica administrativa¹. Lo cierto es que, una vez iniciada la pieza separada de suspensión, la Administración sigue adelante con la ejecución del acto; y que, desde luego, no es nada recomendable confiar en que la admisión de la solicitud de suspensión vaya a tener efectos paralizadores sobre, pongamos por caso, un procedimiento de apremio. Éste sólo quedará en suspenso si, antes de su conclusión, se dicta el correspondiente Auto de suspensión del acto que sirve de título a la ejecución forzosa.

A esta situación es a la que trata de dar respuesta la doctrina de las llamadas medidas provisionalísimas, que fue expuesta de manera completa y sistemática en los conocidos Autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993.

Antes de entrar en el fundamento jurídico en que se apoyaban los Autos citados, conviene delimitar el ámbito y alcance de estas medidas. Según el planteamiento del Tribunal Supremo en los Autos citados, estamos ante una medida precautelar, que se encuentra, respecto de la auténtica medida cautelar, en la misma relación en que esta última se halla con la decisión sobre el fondo. Así, se afirma en el Auto de 2 de noviembre de 1993 que:

“No puede la medida cautelar constituir una resolución anticipada de la cuestión sometida a la decisión del Tribunal una vez tramitado el proceso incidental (lo mismo que la decisión de ésta no prejuzga la sentencia definitiva), de manera que no cabe acordar, de modo general, la suspensión de la ejecutividad del acto, que es el objeto de dicho proceso incidental, sino que ha de limitarse a garantizar que aquella resolución judicial sea eficaz, y así se deben

(1) CHINCHILLA MARÍN señala que ésta debe ser la regla, y que si la Administración ejecuta un acto mientras el Juez está decidiendo sobre su suspensión, aquélla estará vulnerando frontalmente el artículo 117.3 CE. Cita, en apoyo de esta tesis, un Auto de la Audiencia Nacional de 19 de enero de 1990. (CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, págs. 162, y ss.). Posteriormente se ha sumado a esta teoría CALONGE VELÁZQUEZ, “Primera decisión jurisprudencial sobre medidas provisionalísimas”. Un paso más en la crisis de la ejecutividad de los actos administrativos”, *Rev. del Poder Judicial*, núm. 33, marzo, 1994, pág. 469. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, citan también esta teoría como “una medida cautelar ‘provisionalísima’ que había creado la jurisprudencia anterior (y sancionada expresamente por la S. del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 1996)”; Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, II, 5ª ed. Madrid 1998, pág. 630. Es cierto que la Sentencia citada afirma que “es lógico entender que mientras se toma aquella decisión (el otorgamiento o no de la suspensión) no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez”. Ahora bien, el supuesto de la STC 78/1996, de 20 de mayo, versaba sobre una sanción disciplinaria que la Administración ejecutó cuando aún no era firme, al no haber transcurrido el plazo del recurso de reposición. No parece que pueda extraerse de aquí una doctrina general sobre la no ejecución de los actos mientras la medida cautelar no haya sido resuelta por el Juez o Tribunal. Desde luego, de ser así sobraría toda la regulación legal que estamos comentando.

concretar los actos materiales que la Administración ha de llevar a cabo o abstenerse de ejecutar para evitar que se frustre el fin del proceso cautelar (...)"

La afirmación de que la medida precautelar no puede consistir en acordar, de modo general, la suspensión de la ejecutividad del acto, resulta sin duda excesiva. Es cierto que, en ocasiones, será posible distinguir entre concretas medidas precautelares, y la definitiva medida cautelar de suspensión; pero en muchas otras, no². Basten como muestra los casos de órdenes de expulsión de extranjeros, que constituyen una de las materias típicas de adopción de medidas provisionálísimas, y donde obviamente éstas consisten en la suspensión del acto, exactamente igual que la decisión que pone fin al proceso cautelar. En todos estos casos, la única diferencia ha venido siendo de orden procesal, y no sustantivo; según el artículo 94.1. b) de la anterior Ley Jurisdiccional, eran susceptibles de casación los autos "que pongan término a la pieza separada de suspensión"³. Y de ahí que el Tribunal Supremo declarase inadmisibles los recursos de casación interpuestos frente a Autos que decretaban medidas provisionálísimas, ya que obviamente "el auto en el que se adopta una medida cautelar provisionálísima, no pone término a la pieza separada de suspensión, sino que solamente surte efectos hasta que se dicte la resolución que concluya dicha pieza separada, no es, por tanto, susceptible de recurso de casación, por lo que el recurso de esta clase promovido por el señor Abogado del Estado es inadmisibles (...)" (Sentencia de 17 de diciembre de 1996; en idéntico sentido, Sentencia de 9 de diciembre de 1996).

En cuanto al fundamento de las medidas provisionálísimas bajo la anterior Ley, es bien sabido que los Autos de 2 y 19 de noviembre de 1993 lo situaron, ante todo, en el derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales. Aún cuando no se diga expresamente, este argumento había sido ya utilizado en relación con la posibilidad de medidas cautelares positivas, por el Auto del TSJ del País Vasco, de 21 de marzo de 1991, objeto de un comentario de GARCÍA DE ENTERRÍA⁴. Pese a que no se tra-

**LA ADMISIÓN DE LA SOLICITUD
DE SUSPENSIÓN NO
SUSPENDE AUTOMÁTICAMENTE
LA EJECUCIÓN DEL ACTO
RECURRIDO, DE MODO QUE
AL RESOLVER SOBRE AQUÉLLA
LA ADMINISTRACIÓN YA
PUEDE HABER EJECUTADO
EL ACTO**

(2) Como observa CALONGE, "realmente nos parece muy difícil encontrar alguna distinción entre la medida precautelar y la cautelar propiamente dicha, como parece querer hacer el Tribunal, al menos en cuanto a sus efectos e incluso en cuanto a su significado". [CALONGE, "Primera decisión jurisprudencial (...)" cit., pág. 471].

(3) La nueva Ley lo reitera en su artículo 87.1.b), al declarar que son susceptibles de recurso de casación los autos "que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares". Y ello a pesar de que, como luego se dirá, la Ley ha suprimido toda referencia a la medida cautelar de suspensión, en el Capítulo II del Título VI, dedicado a las medidas cautelares.

(4) GARCÍA DE ENTERRÍA, "Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco", REDA (71) 1991, págs. 377 y ss.

taba de supuestos exactamente iguales, el tema de fondo que se planteaba era el mismo: el carácter de *numerus apertus* de las medidas cautelares, frente a la tesis de la suspensión como única medida posible, mientras el legislador no modificase el artículo 122 LJCA. Esta última fue la mantenida por el voto particular suscrito por tres Magistrados (en el que, sin embargo, no se entra en los aspectos constitucionales, sino tan sólo en la cuestión sobre la aplicación supletoria del artículo 1428 LEC).

A mi modo de ver, la lógica del argumento basado en el artículo 24 CE es irreproachable. Si la efectividad de la tutela judicial reclama la posibilidad de que el órgano jurisdiccional acuerde las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso, es obvio que esa misma exigencia debe alcanzar a las propias medidas cautelares: es decir, el pronunciamiento del Tribunal debe hacer posible la eficacia real de las medidas cautelares que, en su caso, puedan adoptarse. El *periculum in mora* no sólo afecta a la decisión sobre el fondo del asunto: en un sistema como el nuestro, está claro que el retraso puede perjudicar exactamente igual a la medida cautelar.

No se trata, con la anterior doctrina, —como en alguna ocasión se ha dicho— de afirmar la inconstitucionalidad del sistema de tutela cautelar de la Ley de 1956. Antes de llegar a semejante conclusión, habría que demostrar que no cabía una interpretación, no ya del artículo 122, sino del conjunto de la Ley, conforme a la Constitución. Y esa interpretación conforme a la Constitución es, precisamente, la que lleva a cabo el Alto Tribunal al acudir a la remisión de la Disposición Adicional Sexta de la Ley, y aplicar supletoriamente el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contempla las llamadas “medidas innominadas”.

El voto particular (suscrito por los Magistrados Goded Miranda, Hernando de Santiago y Sanz Bayón) dedica gran parte de sus esfuerzos a combatir esa aplicación supletoria. Esfuerzos, por cierto, secundados por algunos comentaristas de los Autos en cuestión⁵. Aunque los argumentos manejados, sin duda muy respetables, no eran a mi juicio demasiado convincentes —se afirma que el artículo 1428 se refiere a un conflicto de intereses privados, y por tanto no guarda analogía con los litigios frente a la Administración: argumento que, llevado a sus últimas consecuencias, aboca a la imposibilidad de aplicar supletoriamente la Ley de Enjuiciamiento Civil, en todo caso—, ponían, sin embargo, de manifiesto la necesidad de acometer una reforma legal, que permitiese resolver estas situaciones mediante una aplicación directa de la Ley Jurisdiccional.

Desde el punto de vista procesal, la cuestión fundamental que se planteó con las medidas provisionálísimas, ya desde los primeros Autos citados, fue la posibilidad de acordarlas *inaudita parte*, es decir, sin audiencia de la Administración autora del acto y demás partes personadas. Porque, en efecto, la urgencia de adoptar la medida puede exigir, en

(5) Vid. el ya citado de CALONGE VELÁZQUEZ y, sobre todo, el posterior de SANZ GANDASEGUI, “¿Medidas provisionálísimas en el proceso contencioso-administrativo? (Comentario a los Autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1995)”, RAP (138) 1995. Vid. también la reseña de estos Autos —puramente descriptiva— de CALVO ROJAS, “Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, medidas provisionálísimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso”. REDA (83) 1994, págs. 465 y ss.

ocasiones, obviar ese trámite de audiencia, sin perjuicio, naturalmente, de cumplimentarlo con posterioridad, antes de adoptar la medida cautelar propiamente dicha. En el Auto de 2 de noviembre, antes citado, este extremo fue abordado de forma un tanto confusa. Por una parte, afirma el Tribunal Supremo la regla general de que:

“El principio de contradicción es consustancial al proceso judicial y su desconocimiento supone un atentado al citado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución”.

A continuación, sin embargo, precisa que:

“Ahora bien, la contradicción no desaparece por adoptarse una medida cautelar *inaudita parte* cuando la eficacia de la medida así lo exige, siempre que se permita al afectado por ella oponerse a la misma. Éste es el caso, entre otros, de la mentada anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad, regulada por la Ley Hipotecaria y su Reglamento, el del interdicto de obra nueva, contemplado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, e incluso el de las Medidas Cautelares innominadas previstas por el citado artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

El procedimiento del artículo 1428 LEC, que es el precepto que aquí se aplicó supletoriamente, prevé, en efecto, que las medidas se adopten a instancia del demandante, y bajo la responsabilidad de éste. Pero prevé también que el demandado pueda “oponerse a las medidas solicitadas” o “pedir que se alcen las acordadas”. Esto último es bien expresivo de que la oposición del demandado puede producirse una vez que las medidas han sido adoptadas, naturalmente sin oírle. En ambos casos, continúa diciendo este artículo, “el Juez citará a las partes a una comparecencia, en la cual oírán a las que concurran, admitirá las pruebas que sean pertinentes y, dentro de los tres días siguientes, resolverá lo que proceda por medio de auto (...)”. Este trámite de audiencia *a posteriori* debe, por tanto, concederse siempre a la Administración. Y de ahí que el Auto en cuestión afirme que:

“Sin embargo, antes de adoptar cualquier medida cautelar en el incidente de suspensión, salvo que la eficacia de aquélla lo impida, debe darse audiencia a la Administración autora del acto y a las demás partes personadas para que, bien por escrito en un breve plazo común, bien en una inmediata comparecencia, puedan alegar lo que a su derecho convenga”.

Aquí se intenta trasladar, de forma bastante confusa, la fase contradictoria o revisora del artículo 1428 LEC. En efecto, la audiencia a la Administración debe darse siempre: si la eficacia de la medida impide que esa audiencia se produzca antes de adoptarla (que será lo normal), deberá producirse después. Y como en el caso en cuestión tal audiencia no tuvo lugar (ni antes ni después), el Tribunal termina aplicando su conocida doctrina acerca de que la interposición de recurso (en este caso, de súplica) subsana la omisión de dicho trámite.

II. LAS MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS EN EL PROYECTO DE LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1997

Antes de analizar la regulación que finalmente ha quedado plasmada en la vigente Ley, parece conveniente una breve referencia a los antecedentes contenidos en el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes.

El Proyecto de Ley de 1997 recogió la regulación de las medidas provisionalísimas que se contenía en el anterior Proyecto de 1995. Al hacer esto, incurrió en un error sistemático, ya que teniendo en cuenta que en el nuevo Proyecto se dedicaba un precepto —el 124— a regular las disposiciones generales, comunes a todas las medidas cautelares, lo lógico hubiera sido incluir ahí las medidas provisionalísimas. En lugar de esto, quedaron circunscritas al incidente de suspensión (artículo 126.2 del Proyecto), si bien el artículo 131, referido a “otras medidas cautelares” —denominadas, de forma un tanto confusa, “medidas provisionales”, para englobar las medidas positivas— se remitía al artículo 126 en cuanto al procedimiento para su adopción.

El artículo 126.2 del Proyecto establecía que:

“Abierta la pieza separada, y siempre a instancia de parte, previa audiencia del representante de la Administración demandada o de ésta, si no se hubiere personado en el proceso, por plazo de tres días, el Juez o Tribunal podrá acordar mediante auto las medidas indispensables para asegurar la efectividad del acuerdo de suspensión que pudiera, en su caso, adoptarse. Dichas medidas podrán ser modificadas o revocadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 124.4”.

El precepto citado mantenía, por tanto, la configuración de las medidas provisionalísimas como medidas precautelares, distintas en principio de la medida cautelar de suspensión: se hablaba, en efecto, de “las medidas indispensables para asegurar la efectividad del acuerdo de suspensión que pudiera, en su caso, adoptarse”.

Pero lo que no resolvía el precepto citado era la posibilidad de acordar las medidas en cuestión *inaudita parte*, sin perjuicio del trámite posterior de audiencia. De ahí que en el Informe del Consejo General del Poder Judicial se observara que:

“El problema fundamental que plantea la suspensión provisionalísima, extensivo además al resto de las medidas cautelares, es el relativo al cumplimiento del trámite de audiencia. La imposibilidad de articular el trámite de audiencia puede ser imputable a la propia Administración —que, en ocasiones, notifica el acto administrativo pocos días antes de la fecha en que pretende su ejecución— o al particular —que, a veces, espera a los últimos días del plazo para interponer el recurso y solicitar la medida cautelar, pretendiendo así la suspensión provisionalísima de una resolución administrativa inmediatamente ejecutiva—. También es posible que en algunos supuestos la propia naturaleza de la actuación administrativa imponga su inmediata ejecución (piénsese en una declaración de ruina inminente). Ninguna de estas cuestiones se resuelven en el artículo 126.2 (...)”

De forma más matizada, el Dictamen del Consejo de Estado observó también que pese a las reservas que pueda suscitar la adopción de estas medidas *inaudita parte*, “lo cierto es que se admiten como excepción al principio contradictorio en el Derecho comunitario (artículos 83 y 84 del Reglamento de Procedimiento del TJCE de 1991) y en el Derecho español interno (artículos 30 de la Ley General de Publicidad de 1998 y 25 de la Ley de Competencia Desleal de 1991)”.

III. EL ARTÍCULO 135 DE LA NUEVA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Uno de los puntos en los que la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley supuso un vuelco completo en relación con los planteamientos del texto remitido por el Gobierno, fue sin duda el de las medidas cautelares. No voy a entrar aquí en el análisis de estas modificaciones, a mi juicio francamente regresivas, y a las que me he referido en otro lugar⁶.

Ahora bien, una de las pocas alteraciones del Capítulo II, Título VI de la Ley, en la que el cambio ha supuesto, en mi opinión, una clara mejora, ha sido precisamente la que afecta al tema que nos ocupa. En efecto, quizás como una consecuencia de la supresión de la regulación específica del incidente de suspensión –supresión que a mi juicio ha sido un grave error, ya que no es realista silenciar toda referencia en la Ley a la medida cautelar más frecuente– ha desaparecido también el artículo 126 del Proyecto, que como vimos regulaba las medidas provisionalísimas.

En su lugar, se ha introducido un nuevo artículo, el 135, que supone un cambio de enfoque de esta cuestión.

En primer lugar, el artículo 135 abandona la configuración de las medidas provisionalísimas como medidas precautelares. Las medidas a que se refiere este precepto son las previstas en el artículo 129: es decir, las medidas cautelares “propriadamente dichas”, que en este precepto se mencionan genéricamente: “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”. Aunque en el artículo 135 se utiliza el singular, tal cosa no

**LA LEY PREVÉ PARA LOS
CASOS EN QUE LA
URGENCIA ASÍ LO REQUIERA
UN “INCIDENTE CAUTELAR
ABREVIADO” QUE SE
DESCOMPONE EN DOS
FASES**

(6) Vid. SALA ARQUER, “Las cuestiones controvertidas en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, en *Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, Madrid, 1998, págs. 267 y ss.

tiene especial trascendencia: a lo largo de este Capítulo, la Ley se refiere a las medidas cautelares unas veces en singular y otras en plural. Pero en cualquier caso, el artículo 135 no se refiere a unas medidas distintas, o de carácter más limitado que la medida cautelar solicitada. Estamos ante el elenco de medidas cautelares ordinarias, y lo que cambia son las circunstancias que concurren en el caso, que aquí son “de especial urgencia”.

En realidad, el artículo 135 se limita a dar respuesta al problema, ya analizado, de la omisión provisional del trámite de audiencia, cuando esas razones de urgencia no permiten seguir la tramitación del incidente cautelar regulado en el artículo 131. De ahí que se prevea, para estos casos, un “incidente cautelar abreviado”, que se descompone en dos fases.

En la primera, que algún autor ha denominado “interdictal”⁷, el Juez o Tribunal pondera la “especial urgencia”, y adopta la medida “sin oír a la parte contraria”. Ahora bien, aunque el artículo 135 no lo dice, parece claro que además de las circunstancias de urgencia, el Juez o Tribunal deberá llevar a cabo las valoraciones y ponderaciones previstas con carácter general en el artículo 130, que es el que establece los requisitos para la adopción de las medidas cautelares. Lo que ocurre es que el único elemento de juicio con que contará, en esta primera fase, será el de las características objetivas del acto impugnado, y las manifestaciones de la parte recurrente.

También parece claro —a pesar del silencio del artículo 135— que el Juez o Tribunal podrá acordar o exigir, ya en este momento, las medidas, cauciones y garantías previstas en el artículo 133, si se produce el supuesto previsto en dicho precepto. El tema de la fianza fue una de las cuestiones polémicas en relación con la doctrina de las medidas provisionales bajo la Ley anterior, ya que el tenor literal del artículo 1428 LEC exige en todo caso su prestación —“el solicitante (...) deberá prestar fianza previa y bastante (...)”—, mientras que esta regla fue flexibilizada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo⁸. Entiendo que este debate queda zanjado con la nueva Ley: en estos supuestos de urgencia, ni hay automatismo en relación con la prestación de garantías, ni éstas quedan tampoco deferidas al momento de la terminación del incidente cautelar; el Juez o Tribunal puede exigir las o no, desde que se adopte la medida cautelar urgente, atendiendo a los perjuicios que pudieran derivarse.

El artículo 135 continúa diciendo que contra el auto por el que se adopta la medida cautelar urgente “no se dará recurso alguno”. Lo cual plantea el problema de si cabe recurso contra un eventual auto denegatorio de la medida. Porque, en efecto, el artículo 135 no contempla el supuesto de denegación: tanto la primera como la segunda fase del pro-

(7) Vid. COLLADO GARCÍA-LAJARA: *Las medidas cautelares en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, La Ley, 30 de noviembre de 1998, pág. 8.

(8) El tema fue en su día estudiado por GARCÍA DE ENTERRÍA, quien señaló —en relación con las medidas positivas, pero sus observaciones son trasladables a las medidas provisionales— que esa exigencia “no es igualmente invocable como regla en un proceso contencioso-administrativo en el que la Administración ha ejercitado previamente su formidable privilegio de la autotutela creando ella misma, unilateralmente, por tanto, la situación posesoria que el recurso contencioso-administrativo intenta remover (...)” [GARCÍA DE ENTERRÍA, “Nuevas medidas cautelares positivas (...)” cit., pág. 307].

cedimiento que en él se regula, parten de la premisa de que se conceda la medida cautelar. Ahora bien, tal como antes se indicó, es evidente que el Juez o Tribunal puede denegarla, bien por no apreciar la urgencia alegada, bien por no concurrir los requisitos del artículo 130.1, o bien porque, aún concurriendo tales requisitos, se aprecie la perturbación grave de los intereses generales o de tercero a que alude el art. 130.2 (esto último entiendo que puede apreciarlo de oficio el Juez o Tribunal, aún cuando naturalmente nada se haya podido alegar todavía por la Administración o por otros interesados personados en el proceso). En todos estos casos, y a la vista del silencio legal, no se ve motivo para privar al solicitante de la posibilidad de interponer recurso⁹.

La segunda fase regulada en el artículo 135 responde a la necesidad, ya apuntada desde los primeros Autos sobre medidas provisionalísimas, de salvaguardar el trámite de audiencia y el principio de contradicción. Sólo que la alternativa que se ofrecía en los Autos citados —plazo común para la presentación de alegaciones escritas, o comparecencia— ha quedado reducida a una comparecencia, sujeta a los principios de audiencia pública, oralidad e inmediación. Según el precepto que comentamos:

“En la misma resolución, el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el Juez o Tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales”.

Nada se dice sobre las reglas a que deberá ajustarse esta comparecencia —que, como todas las que introduce la nueva Ley, empieza por plantear un problema material, de espacio físico, en las sedes de los órganos jurisdiccionales—. Esta ausencia de regulación suscita la cuestión de si, en dicho acto, cabe admitir las pruebas pertinentes que se presentaron, o incluso conceder un plazo para evacuar las que no sean practicables en el acto. En este punto parece que la solución no puede apartarse de la que se siga en relación con el incidente cautelar ordinario, regulado en el artículo 131 de la Ley. Aunque en dicho precepto no se prevé expresamente esta posibilidad, nada se opone a que en dicho incidente se practiquen diligencias probatorias.

Baste recordar, a estos efectos, que la exigencia de un principio de prueba sobre la realidad de los perjuicios invocados por el recurrente, ha venido siendo una constante en la doctrina jurisprudencial bajo la Ley anterior. Así, el Auto del TS de 30 de diciembre de 1994 afirma que:

“en el caso que ahora se examina falta la prueba de la situación económica de la parte recurrente. Ciertamente, la cuantía de la suma a pagar es elevadísima, pero tratándose del precio de una compraventa, su desembolso debía estar previsto con anterioridad, de donde deriva una entidad también elevada de las posibilidades económicas de aquella parte. En cualquier caso, la falta de prueba ya indicada, hubiera debido determinar la denegación de la suspensión en su día”.

(9) En este mismo sentido, TERRERO CHACÓN, “Medidas cautelares”, en *Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, Madrid, 1998, pág. 1347).

Señalándose igualmente que:

“es al interesado al que corresponde la carga de probar indiciariamente la concurrencia de los daños o perjuicios (...) por tanto, soportando la carga de la alegación y prueba quien solicita la suspensión, también ha de sufrir las consecuencias desfavorables que se derivan de su falta de asunción” (Auto del TS de 16 de septiembre de 1996).