

CUESTIONES ACTUALES DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA

José Luis MEILÁN GIL
Marta GARCÍA PÉREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El paradigma constitucional y la justicia administrativa*. III. *Replanteamiento del proceso contencioso-administrativo*. IV. *La reorganización de la justicia administrativa*.

INTRODUCCIÓN

Es una afirmación ampliamente consolidada la raíz constitucional del ordenamiento jurídico-administrativo.¹ Desde esa perspectiva ha de ser analizada la justicia administrativa.² El resultado es singularmente expresivo por lo que se refiere a España. En un régimen político predemocrático, la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 supuso un avance sorprendente para las exigencias de un Estado de derecho. Ilustres catedráticos de derecho administrativo —profesores Ballbé, González Pérez, López Rodó— dejaron en ella su saber y su impronta. De su validez es testimonio su vigencia durante una década de régimen democrático bajo la Constitución de 1978 y el reconocimiento explícito y elogioso que figura en la exposición de motivos de la ley hoy vigente, 29/1998, del 13 de julio.³ En aquella se dice que

¹ Meilán Gil, J. L., “El marco constitucional del derecho administrativo en España”, *V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Quito, 2006, pp. 159-168, de acuerdo con mi tesis de derecho administrativo constitucional, aceptada por J. Rodríguez-Arana.

² Meilán Gil, J. L., “La aplicación de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva”, *El procedimiento administrativo y el control judicial de la administración pública*, Madrid, INAP, 2001, pp. 19 y ss.

³ “Dicha Ley, en efecto, universalmente apreciada por los principios en los que se inspira y por la excelencia de su técnica, que combina a la perfección rigor y sencillez, acertó a generalizar el control judicial de la actuación administrativa, aunque con algunas excepciones notorias que imponía el régimen político bajo el que fue aprobada...”.

generalizó el control judicial de la actividad administrativa, que abarcaba a los actos administrativos discrecionales y las disposiciones administrativas de carácter general, ratificó el carácter judicial del contencioso-administrativo propiciando la especialización de los magistrados y se hizo eco de una concepción espiritualista del proceso.

La Ley de 1956 prestó, sin duda, positivos servicios, no obstante encontrarse limitada por la organización del poder en el momento en que se promulgó. Introdujo como vicio del acto administrativo y, por tanto, como causa de su anulación, la desviación de poder, aunque tuvo que admitir reductos inmunes al control judicial, como los actos políticos del gobierno, o un número amplio de supuestos de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo y, por tanto, negación de acceso a la justicia.

De los principios inspiradores de la Ley del 56 son expresión afirmaciones que rebasan con amplitud el ámbito de lo puramente técnico y son perfectamente asumibles en un Estado democrático de derecho.

En verdad, únicamente a través de la justicia, a través de la observancia de las normas y principios del derecho es posible organizar la sociedad y llevar a cabo la empresa de la administración del Estado moderno.

Las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la justicia, garantizando el acierto de la decisión jurisdiccional; jamás como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento de sentencia acerca de la cuestión de fondo, y así obstruir la actuación de lo que constituye la razón misma de ser de la jurisdicción.

Otras servidumbres tenía la Ley de 1956 que no provenían directamente del sistema político —aunque le beneficiaban—, sino de una tradición doctrinal y legislativa, de inspiración fundamentalmente francesa, de la que se aparta al no recibir los clásicos recursos de anulación y plena jurisdicción, que situaba al acto administrativo en el centro de lo contencioso-administrativo —necesidad de un acto previo, carácter revisor de la jurisdicción— que hizo fácil considerarlo como un proceso al acto.

Bien es verdad que la propia ley contenía expresiones susceptibles de ser interpretadas, como así hizo una jurisprudencia con fino sentido de la justicia, más allá de los postulados previamente aceptados. Es lo que sucedió con una frase lapidaria de la exposición de motivos; la conformidad o no conformidad del acto administrativo se refiere “genéricamente al derecho, al ordenamiento jurídico, por entender que reconducirla simplemente a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente de las instituciones”.

La lectura atenta y sin prejuicios de la citada exposición de motivos, una de las más lúcidas explicaciones sobre el contencioso-administrativo, permitía rebajar la importancia de la función central del acto administrativo. Ante la jurisdicción contencioso-administrativa decía: “se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes”. No tenía ya, por tanto, razón de ser la máxima de “proceso al acto”, admitida acríticamente por inercia. El pronunciamiento de la ley se ratificaba al declarar que la jurisdicción contencioso-administrativo

...tiene por objeto específico el conocimiento de las *pretensiones* que se deduzcan *en relación* con los actos de la administración sujetos al derecho administrativo como presupuesto de la admisibilidad de la acción contencioso-administrativa, que, sin embargo, en expresiones de la ley, no debe erigirse en obstáculo que impida a las partes someter sus pretensiones a la jurisdicción contencioso-administrativa.⁴

Existían elementos con los que construir una justicia administrativa que respondiese a los requerimientos de un Estado social y democrático de derecho como lo define la Constitución de 1978. Lo que desde la Ley de 1956 podía entenderse como un meritorio punto de llegada, desde la Constitución era un elemental punto de partida con posibilidades solo hasta entonces intuitas.

II. EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL Y LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

La justicia es un valor superior del ordenamiento jurídico del Estado (artículo 1o. de la CE). Los derechos fundamentales ocupan un lugar central en la Constitución: “vinculan a todos los poderes públicos”, incluido al legislador “que en todo caso ha de respetar su contenido esencial” (artículo 53,1). Derechos que en su faceta objetiva forman parte del ordenamiento jurídico (artículo 9o.1) y en su subjetiva tienen un titular, cuya dignidad se reconoce constitucionalmente (artículo 10).⁵

Fue una importación deliberada de la ley fundamental de Bonn, de la que me honro,⁶ que dejó constancia de la supremacía del poder constituyen-

⁴ Meilán Gil, J. L., “El objeto del contencioso-administrativo”, *El proceso contencioso-administrativo*, Santiago de Compostela, EGAP, 1994, pp. 19-38.

⁵ Meilán Gil, J. L., “La jurisdicción contencioso-administrativa y la Constitución española 1978”, *Jornadas de estudio sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, Universidad de A Coruña, 1998, p. 14, en donde se califican como “elementos fundantes de la jurisdicción contencioso-administrativa”.

⁶ El anticipo fue una enmienda a la “ley para la reforma política” previa a la Constitución. Fernández Miranda, Pilar y Alfonso, *Lo que el Rey me ha pedido*, Barcelona, 1995, p. 261.

te sobre cualquier otro constituido. Se expresa en el artículo 9o.1 de la CE: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Uno de ellos es la administración pública, respecto de la cual el artículo 103 de la CE —en cuya redacción participé directamente— habla de su “sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

Las palabras fueron elegidas con conciencia de su alcance. Además de la influencia alemana, constaba también el precedente antes transcrito de la Ley de 1956 en su referencia al derecho. La plenitud del sometimiento deroga, sin necesidad de desarrollo legislativo, los ámbitos de poder inmunes al control judicial. El carácter servicial que en ese artículo se atribuye a la administración pública —“sirve con objetividad los intereses generales”— se contrapone a lo que decía la Ley orgánica del Estado del régimen prede-mocrático, según la cual “la administración asume el cumplimiento de los fines del Estado”.

El paradigma constitucional permite situar adecuadamente el papel de la administración pública y rechazar la admisión de privilegios y hacer innecesario, por inadecuado, el privilegio de autotutela.⁷ La administración pública tiene —y ejerce— potestades en función de los fines que las justifiquen, por los cuales son controlables judicialmente. Así consta en el artículo 106, en el que también intervine: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria —reconocida al Gobierno— y la legalidad de la *actuación administrativa*, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. El acto administrativo no ocupa el lugar central que tenía anteriormente, hasta el punto de que necesariamente había de ser creado como tácito o presunto. La actuación cubre un campo más amplio, abarcando las que son materiales sin fundamento jurídico —vías de hecho— como, aunque resulte paradójico y lingüísticamente incorrecto, la falta de actuación debida, la inactividad, en último término, cualquier comportamiento de la administración, que implica acción positiva o negativa, inhibición, etcétera.

Una interpretación auténtica del artículo nos lleva a considerar el adjetivo “administrativa” de un modo funcional. Los redactores de la Constitución de 1978, al situar el precepto en el título dedicado al gobierno y a la administración, estábamos pensando en la actuación de la administración pública, como evidencia el artículo 103 anteriormente citado, como uno de los poderes públicos del artículo 9o.

La primacía de los derechos fundamentales, en relación con la justicia administrativa, se pone de manifiesto en el artículo 24.1, que es como su clave de bóveda, según el cual “todas las personas tienen derecho a obtener

⁷ Meilán Gil, J. L., “Sobre el acto administrativo y los privilegios de la administración”, en *Administración pública en perspectiva*, Universidad de Coruña, 1996, pp. 391 y ss.

tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Es el principio de *tutela judicial efectiva*, erigida como un derecho fundamental, que ha obligado a operar un vuelco espectacular en el contencioso-administrativo, tanto en su legislación reguladora como en la jurisprudencia, desplazando de su puesto central al acto administrativo.

Lo prioritario no es la declaración de nulidad o la anulación del acto, sino el reconocimiento de un derecho o de un interés legítimo. No se tratará ya, como decía la Ley de 1956 (artículos 41 y 42), de pretender la declaración de no ser conforme a derecho un acto de la administración y *además* el reconocimiento de una situación jurídica individualizada. Es esto lo que ha de pretenderse, aunque ese reconocimiento del derecho subjetivo no pueda realizarse sin la anulación del acto correspondiente.

De otra parte, el interés legítimo, colocado como una alternativa al derecho subjetivo, deja de ser considerado como un mero requisito procesal justificador de la legitimación, abandonando su carácter instrumental y dotándose de otro sustantivo, con un titular determinado que puede invocarlo ante el Tribunal. Sucede que el interés no puede fundar más que una pretensión de anulación del acto o la superación de la situación de inactividad de la administración o cesación de una actuación material.⁸ De este modo, el interés deja de ser un “derecho debilitado”, de acuerdo con la importación de origen italiano, y se corresponde con la literalidad del artículo 24 de la CE, formando parte del derecho a la tutela judicial junto con los derechos subjetivos.

Esa prevalencia de los derechos va a hacer más amplio y eficaz el control de la administración en una materia tan sensible como es la potestad sancionadora, que refuerza el arrumbamiento de la pretendida e “inentrutable” potestad de autotutela⁹ al reconocerse el principio de legalidad no solo para los delitos o faltas, sino también para las infracciones administrativas (artículo 25 de la CE).

En la interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva el Tribunal Constitucional ha ampliado al alcance del principio *pro actione* que la jurisprudencia había ido perfilando en la aplicación de la Ley de 1956. En ese sentido ha declarado:

...los órganos judiciales quedan compelidos a interpretar las normas procesales no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad

⁸ Meilán Gil, J. L., “Prólogo”, en García Pérez, M., *El objeto del contencioso-administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 21 y 22.

⁹ Meilán Gil, J. L., “Sobre el acto...”, *cit.*

ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso... (STC 112/2004 del 12 de julio).

El TC ha reiterado que si bien las formas y requisitos procesales cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso, “no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución” (STC 19/1983), pues los requisitos de forma no son valores autónomos que tengan sustantividad propia “sino que sólo sirven en la medida que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima” (STC 41/1986). Esta doctrina ha servido a la jurisprudencia contencioso-administrativa para relanzar el principio *pro actione* y atemperar el rigor de las causas de inadmisibilidad del contencioso.¹⁰

De la doctrina del Tribunal Constitucional se desprende con claridad que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva queda plenamente satisfecho con una resolución judicial motivada de inadmisión:

...siempre que se dicte en aplicación razonada de una causa legal, debiendo el razonamiento responder a una interpretación de las normas legales de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental, pues “en los supuestos en los que está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, el canon de enjuiciamiento constitucional de las decisiones de inadmisión es más severo o estricto que el que rige el derecho de acceso a los recursos” (STC 112/2004 del 12 de julio).

Pero al propio tiempo recuerda que “los presupuestos legales de acceso al proceso deben interpretarse de forma que resulten favorables a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial” (STC 23/1992).

La efectividad de la tutela judicial garantizada constitucionalmente exige investir al juez de plenas potestades para la total y completa satisfacción de las pretensiones que ante él se formulen. La expresión “juzgar y ejecutar lo juzgado” con la que la Constitución de 1978 define la función jurisdiccional significa realizar el ordenamiento jurídico, poner fin a la situación ilegítima que dio lugar a la intervención judicial y reestablecer el

¹⁰ Véase un análisis de esta doctrina constitucional en Alonso Ibañez, M. R., “Artículo 51”, *Comentarios a la LfCA de 1998*, Civitas, 1999, pp. 441 y ss.

orden jurídico perturbado. Desde la perspectiva del ciudadano que acude a los tribunales pidiendo auxilio jurisdiccional, la sentencia es la declaración esperada que da satisfacción, sea estimatoria o no, al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE). Pero no se agota en la satisfacción de ese derecho subjetivo la función jurisdiccional. Los artículos 117 y 118 del texto constitucional ofrecen otra perspectiva, ahora objetiva,¹¹ que define la correcta relación entre los distintos poderes del Estado, o en otras palabras, las claves del correcto funcionamiento del Estado de derecho. En palabras del TC:

...el cumplimiento de lo acordado por jueces y tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional constituye una *exigencia objetiva del sistema jurídico y una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de derecho*, pues implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos judiciales, no sólo juzgando sino haciendo ejecutar lo juzgado (STC 73/2000 del 14 de marzo).

Desde esta perspectiva objetiva, la función jurisdiccional no se agota en dar plena satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva, sino que define la correcta relación entre los distintos poderes del Estado en atención con la función que constitucionalmente les ha sido atribuida, y particularmente, la sujeción de la administración, como todos los demás poderes del Estado, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículos 9o. y 103 de la CE).

El juego complementario de los artículos 24.1 y 117 de la CE permiten afrontar las dificultades que plantea en el sistema judicial la ejecución de las sentencias: es ésta una función jurisdiccional que corresponde a los jueces y tribunales. Por muy obvia que pueda resultar la afirmación, el contencioso tradicional gravitaba en torno a la idea contraria: la ejecución de sentencias se concebía como una típica función ejecutiva que quedaba vedada al Poder Judicial, en una mal entendida teoría de la división de poderes. Además, el dogma de la inembargabilidad de los bienes de la administración impedía cualquier mandamiento de embargo contra aquellos bienes, con la consiguiente insatisfacción del vencedor del pleito.

El Tribunal Supremo resume con claridad lo expuesto:

¹¹ Utilizando la expresión de T. Font I Llovet, *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Madrid, Civitas, 1985, recientemente sostenida y matizada por I. Martín Delgado, *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo. Hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado*, Marcial Pons, 2005.

La ejecución de las sentencias forma parte del derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (SSTC 167/1987, 92/1988 y 107/1992). La ejecución de sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático de derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no sólo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado, según se desprende del artículo 117.3 de la CE (SSTC 67/1984, 92/1988 y 107/1992) (STS del 3 de mayo de 2005, RJ 2006/2016).

Además, el Tribunal Constitucional ha puesto fin al principio de inembargabilidad de los bienes de la administración, limitado, como es natural, a los bienes de dominio público o afectos a un servicio público:

El privilegio de inembargabilidad de los “bienes en general” de las entidades locales que consagra el artículo 154.2 de la LHL, en la medida en que comprende no sólo los bienes demaniales y comunales sino también los bienes patrimoniales pertenecientes a las entidades locales que no se hallan materialmente afectados a un uso o servicio público no resulta conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 de la CE garantiza a todos, en su vertiente de derecho subjetivo a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (STC 166/1998 del 15 de julio).¹²

El artículo 24 de la Constitución no se agota en la proclamación del derecho a la tutela judicial efectiva. En su apartado 2 reconoce el *derecho a un proceso sin dilaciones*, también por tanto, al contencioso-administrativo. Este y el anterior apartado sobre la tutela judicial efectiva, aunque autónomos, están intrínsecamente relacionados. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido la íntima conexión y, sobre todo, la posibilidad de lesión simultánea de ambos derechos. En la STC 324/1994 del 1o. de diciembre se dice, en ese sentido, que el artículo 24.2 también asegura la tutela judicial efectiva, pero lo hace a través del correcto juego de los instrumentos procesales, mientras que el artículo 24.1 asegura la tutela efectiva mediante el acceso mismo al proceso. “Desde el punto de vista sociológico y práctico —dice el

¹² Véase extensamente sobre la inembargabilidad de bienes públicos, Cholbi Cachá, F. A. y Merino Molins, V., *Ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo e inembargabilidad de bienes públicos*, Lex Nova, 2007.

TC— puede seguramente afirmarse que una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela judicial efectiva” (STC 26/1983 del 13 de abril),¹³ y a la inversa, una denegación de tutela no es sino un presupuesto extremo de dilación.

El TC asumió muy tempranamente la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que interpreta la expresión “derecho a un proceso sin dilaciones indebidas” como el derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un plazo razonable. La expresión “plazo razonable” referida a la duración del proceso se erige en un concepto jurídico indeterminado¹⁴ sobre el que se ha polemizado frecuentemente. ¿Qué dilación es razonable o debida, cuál irrazonable o indebida? El propio Tribunal Constitucional advierte que “la problemática derivada de una dilación indebida plantea la necesaria concreción de lo que ha de ser un plazo razonable para dictar una resolución judicial” (ATC 159/1984 del 14 de marzo), aplicando criterios como la materia litigiosa, la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades, y las consecuencias que del litigio presuntamente demorado se siguen para las partes (STC 5/1985 del 23 de enero).¹⁵

¹³ ¿Qué otra cosa se puede decir de la situación del ciudadano que tarda diez años en obtener una sentencia que decida su pretensión para empezar el calvario de intentar que se lleven a efecto sus mandatos si tiene la suerte de que la resolución le sea favorable? El dato de los diez años es sugerido junto con otras interesantes reflexiones por J. González Pérez en sus clásicos *Comentarios a la LjCA*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 45. “La cifra no es exagerada ni excepcional”, aclara el autor, para quien “si la lentitud ha sido uno de los males endémicos del proceso, de todo proceso, hoy ha adquirido niveles inadmisibles en el ámbito de la justicia administrativa”. D. Javier Delgado Barrio, magistrado del Tribunal Supremo, escribía en 1988 un artículo en *Actualidad administrativa* con un título muy expresivo: “En torno al recurso contencioso-administrativo: una regulación excelente y un resultado decepcionante”.

¹⁴ STC 36/1984 del 14 de marzo: “Este concepto (el de proceso sin dilaciones indebidas) es manifiestamente un concepto jurídico indeterminado o abierto que ha de ser dotado de un contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico...”.

¹⁵ “No es bastante, sin embargo, el que no se haya respetado el plazo para pronunciar sentencia, y aun que ésta haya tardado mucho más en producirse, para colegir, sin más, que el artículo 24 de la CE ha sido vulnerado. Con este dato deben conjugarse otros, y entre ellos *el contenido y complejidad del litigio y las consecuencias que del indicado retardo se han seguido para el demandante de amparo...* Otro de los factores a tomar en consideración es el que remite a la estimación de los *standars* de actuación y rendimientos normales en el servicio de justicia, según el volumen de asuntos. A este factor se refiere el Abogado del Estado cuando, exponiendo la situación no sólo del juzgado al que ha correspondido conocer del proceso al que se refiere este amparo, sino a los que en Barcelona tienen asumida la instancia procesal de los de mayor cuantía — y de los otros procesos de su competencia —, destaca la acumulación temporal de asuntos, y encuentra en este factor, con otros, una justificación del tiempo invertido en

Frente a intentos de defender el retraso en función de la “normalidad” del mismo (es un retraso normal, y por tanto legítimo o debido) se ha sostenido clarivamente que “lo normal es lo ajustado a la norma y no lo contrario a ella aunque sea más frecuente”.¹⁶ La excesiva duración de los procesos contencioso-administrativos debe ser rechazada como normal. Es habitual o frecuente, pero no ajustada a la norma. Los estándares de actuación en el servicio de la justicia no deben constituir la justificación de las dilaciones a que al día de hoy se ve avocado el justiciable, ni mucho menos excluir la responsabilidad de la justicia invocando un inexistente funcionamiento “normal” (aunque sí habitual o frecuente) de la misma.

No ha sido esta, sin embargo, la posición unánime del Tribunal Constitucional,¹⁷ que no solo atiende a los estándares de actuación de los tribunales para justificar retrasos injustificables, sino que, además, exige una determinada “conducta procesal” de la parte afectada por la dilación (denunciar previamente el retraso o dilación, con cita expresa del precepto constitucional, con el fin de que el juez o tribunal pueda reparar —evitar— la vulneración que se denuncia).¹⁸

el proceso de que tratamos. Este es un factor que no puede desconocer este Tribunal, como tampoco ha desconocido el TEDH en casos en que ha juzgado, dentro de lo dispuesto en el artículo 6o.1 del Convenio Europeo, de dilaciones en procesos de distinta índole, pudiendo recordarse aquí la sentencia en el caso Buchholz... El Tribunal debe valorar las razones que se han aducido por la defensa del Estado —en el caso, el Abogado del Estado— y cuanto resulta de las actuaciones, para concluir si, desde la proclamación constitucional del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o en tiempo razonable, ofrecen una justificación suficiente” (STC 5/1985 del 23 de enero).

¹⁶ Véase el voto particular del magistrado Tomás y Valiente en la STC 5/1985 del 23 de enero.

¹⁷ Existen algunas sentencias alentadoras, en las que el TC reconoce que no puede excluirse la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas invocando las deficiencias estructurales y orgánicas del servicio de la justicia: “Siguiendo uno de los postulados de alcance general sentado por el TEDH en la sentencia del caso Delcourt, de 17 de enero de 1970, debemos afirmar que en una sociedad democrática el derecho a la recta y eficaz administración de justicia ocupa un lugar de tal preeminencia que una interpretación restrictiva del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, garantizado por el artículo 24.2 de la Constitución, no corresponderá al sentido y al objeto de este precepto, postulado este que igualmente se obtiene del principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, consagrado reiteradamente por nuestra doctrina constitucional, que impide restringir al alcance y contenido del anteriormente citado con base en distinciones sobre el origen de la dilación indebida, que el propio precepto constitucional no establece... *Excluir, por lo tanto, del derecho al proceso sin dilaciones indebidas las que vengan ocasionadas en defectos de estructura de la organización judicial sería tanto como dejar sin contenido dicho derecho frente a esa clase de dilaciones*” (STC 223/1988 del 24 de noviembre).

¹⁸ STC 73/1992 del 13 de mayo. En contra, puede leerse la posición del magistrado Tomás y Valiente, en su voto particular a la STC 5/1985 del 23 de enero: “incumplido

III. REPLANTEAMIENTO DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Las reflexiones precedentes evidencian una profunda transformación de la justicia administrativa durante la segunda mitad del siglo XX, que se han recogido, no sin idas y venidas, y tras un intenso debate público, en la vigente Ley 29/1998 del 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

No es del caso realizar un examen exhaustivo del texto legal. Bastará señalar sus líneas fundamentales y reflexionar sobre algunas de las cuestiones que su aplicación plantea, nada desconocidas porque el legislador ha tomado el testigo de la vieja Ley de 1956 enriquecida con las aportaciones de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Es por ello que la exposición de motivos de la ley vigente califica la reforma de “a la vez continuista y profundamente renovadora”:

Continuista porque mantiene la naturaleza estrictamente judicial que la jurisdicción contencioso-administrativa ya tenía en la legislación anterior y que la Constitución ha venido a consolidar definitivamente; porque mantiene asimismo el carácter de juicio entre partes que el recurso contencioso-administrativo tiene y su doble finalidad de garantía individual y control del sometimiento de la administración al derecho, y porque se ha querido conservar, conscientemente, todo aquello que en la práctica ha funcionado bien, de conformidad con los imperativos constitucionales.

No obstante, la trascendencia y amplitud de las transformaciones a las que la institución debe acomodarse hacían inevitable una *revisión general de su régimen jurídico*, imposible de abordar mediante simples retoques de la legislación anterior. Además, la reforma no sólo pretende responder a los retos de nuestro tiempo, sino que, en la medida de lo posible y con la necesaria prudencia, mira al futuro e introduce aquí y allá preceptos y cláusulas generales que a la doctrina y a la jurisprudencia corresponde dotar de contenido preciso, con el fin de perfeccionar el funcionamiento de la jurisdicción.

un plazo y denunciada al órgano judicial por la parte una dilación que dure más allá de ‘un tiempo razonable’, debe ser el propio órgano judicial quien aporte la justificación que permite apreciar su dilación como no indebida, esto es, como justificable pese al incumplimiento de la norma procesal ordinaria reguladora del plazo en cuestión. Si la duración del incumplimiento tiene entidad suficiente para que *prima facie* sea considerada como constitutiva de una dilación no razonable, es decir, injustificada o indebida, la carga de la justificación corresponde al órgano de cuya dilación se queja el justiciable”. Véase extensamente López Muñoz, R., *Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la administración de justicia*, 2a. ed., Granada, Comares, 2000.

1. *El derecho de acceso a la jurisdicción*

La marea incontenible de recursos sin resolver ha generado un caldo de cultivo propicio para la utilización espuria de la inadmisibilidad, con los efectos perniciosos que puede tener sobre el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁹ que, entre sus muy diversas manifestaciones, tiene la innegable de permitir el acceso a la jurisdicción:

Es doctrina reiterada y uniforme de este tribunal que una de las proyecciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE consiste en el acceso a la jurisdicción, lo que significa que todos tienen derecho a que un tribunal resuelva en el fondo las controversias de derechos e intereses legítimos planteadas ante él, salvo que lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una Ley, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental... (STC 193/2000 del 18 de julio).

Si bien ello no excluye las declaraciones de inadmisibilidad, aunque deben guiarse en su aplicación por el principio *pro actione*:

No obstante, el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales dictan resoluciones apreciando la concurrencia de un motivo legalmente previsto que impide el examen del fondo, de tal forma que una resolución de inadmisión o meramente procesal es en principio constitucionalmente admisible, si bien la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio *pro actione* que, teniendo siempre presente la *ratio* de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales... (STC 193/2000 del 18 de julio).

La ley jurisdiccional de 1998 recoge la doctrina constitucional al limitar los supuestos y el alcance de las declaraciones de inadmisibilidad de carácter obligatorio.²⁰

Por ejemplo, la incompetencia del juzgado o tribunal debe aplicarse a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional que obliga a los órganos

¹⁹ Véase una reflexión sobre esta cuestión en Meilán Gil, J. L., “La aplicación de la IJCA en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva”, *El procedimiento administrativo y el control judicial de la administración pública*, MAP, 2001, pp. 28 y ss.

²⁰ La falta de jurisdicción o incompetencia del juzgado o tribunal, la falta de legitimación del recurrente, haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación y haber caducado el plazo de interposición del recurso (artículo 51).

contencioso-administrativos a inhibirse, con emplazamiento de las partes, a favor del órgano competente con anterioridad a la sentencia, evitándose una resolución definitiva de incompetencia que deje imprejujudada la cuestión de fondo con la evidente indefensión del recurrente (STC 79/1991 del 15 de abril y STC 103/2003 del 2 de junio).

Otro caso paradigmático: la falta de agotamiento de la vía administrativa previa no puede acarrear la declaración de inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo cuando trae causa de un error o incumplimiento de la administración provocado, por ejemplo, con una indicación errónea en la notificación.

Finalmente, sin agotar la cuestión, es sólida una reciente jurisprudencia que impide alegar extemporaneidad de la acción como causa de inadmisibilidad cuando viene precedida de un silencio de la administración (STS del 23 de enero de 2004, RJ 2004/1021, y STC 14/2006 del 16 de enero).

Como novedad, la ley recoge diversos supuestos de inadmisibilidad potestativos: que se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme; cuando, en caso de que se impugne una actuación material constitutiva de vía de hecho, fuera evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y de conformidad con las reglas de procedimiento legalmente establecido; cuando se impugne la inactividad de la administración y fuera evidente la ausencia de obligación concreta de la administración respecto de los recurrentes (artículos 51.2 y 3).

Sin duda, planea tras esta regulación la saturación de la justicia. En un intento por desbloquear el colapso del orden contencioso se otorgan poderes al juez para evitar los procesos innecesarios. Pero las fórmulas no dejan de traslucir un difícil equilibrio entre la consecución de una justicia efectiva, y una justicia sin dilaciones indebida, dos derechos que, como expusimos, son autónomos e interrelacionados y que, curiosamente, en esta ocasión se enfrentan.²¹

2. *La adecuación del sistema de pretensiones procesales*²²

Una de las principales aportaciones de la reforma del contencioso-administrativo operada en 1988 fue la revisión del cuadro de pretensiones

²¹ Véase una crítica razonada a alguna de estas causas de inadmisibilidad en Meilán Gil, J. L., “La aplicación de la LJCA en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva”, *cit.*, pp. 28 y ss.

²² Véase sobre el objeto del proceso contencioso-administrativo, García Pérez, M., *El objeto del proceso...*, *cit.*

procesales ejercitables por los interesados. La doctrina, y en pequeñas dosis la jurisprudencia, venía postulando un replanteamiento de la funcionalidad del proceso contencioso, con el abandono de la visión puramente objetiva o, en otras palabras, la filosofía exclusivamente reaccional, y la generalización del proceso subjetivo, si se quiere, prestacional.

Ciertamente, el ciudadano ya no tiene que limitarse a reaccionar frente a la actuación administrativa previa, ni el contencioso-administrativo tiene por qué concebirse como un medio de estricto control de la legalidad de aquella actuación. Como se ha expuesto, es el propio Estado de derecho, proclamado por la Constitución, el que otorga un papel diferente a la administración y, correlativamente, un nuevo rol a la posición jurídica de los ciudadanos. El sistema procesal administrativo se ve empujado a cambiar su centro de gravedad, tradicionalmente determinado por referencia a los actos de la administración, y empieza a configurarse en torno a los intereses y derechos subjetivos de los ciudadanos.

La solución pasa por concebir un sistema plural o abierto de pretensiones procesales, que pone a disposición de los interesados distintas vías aptas para el resarcimiento de las diferentes necesidades de protección jurídica.²³ De forma que, surgido el conflicto, los tribunales se limiten a determinar cuál es la concreta necesidad del litigante, cuál su reclamación, cuál, en definitiva, su pretensión.

La exposición de motivos de la ley lo plantea con claridad:

Por razón de su objeto se establecen cuatro modalidades de recurso: el tradicional dirigido contra actos administrativos, ya sean expresos o presuntos; el que, de manera directa o indirecta, versa sobre la legalidad de alguna disposición general, que precisa unas reglas especiales; el recurso contra la inactividad de la administración y el que se interpone contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

Fiel al espíritu continuista al que hacía referencia la exposición de motivos de la ley, el texto no introduce novedades esenciales respecto al *recurso contra actos*, “el mejor modelado en el periodo precedente”, se dice, en el que “poco hay que renovar”.

Más profunda ha sido la reforma de la *impugnación de las disposiciones generales*. Se mantienen las dos modalidades de recurso preexistente, directo e indirecto, bajo la premisa de que la falta de impugnación directa de una

²³ Meilán, J. L., “Prólogo” al libro de García Pérez, M., *cit.*, y su referencia a los *remedies* de la *judicial review*, pp. 20 y 21; González-Varas, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Tecnos, 2000.

disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiere interpuesto, no impide la impugnación de sus actos de aplicación.²⁴ Pero la ley da un paso más, tratando de superar algunas limitaciones generadoras de inseguridad jurídica y desigualdad manifiesta, derivadas de la imposibilidad del juzgador del recurso indirecto de anular la disposición general, limitándose en su función jurisdiccional a inaplicarla, de considerarla ilegal, al caso concreto. Para lograrlo, el procedimiento impugnatorio que prevé la ley gravita en torno a una idea clave: favorecer el juicio sobre la legalidad de una disposición general cuestionada a propósito de un acto aplicativo aunque en su momento no hubiese sido impugnada directamente. Se crea así la llamada cuestión de ilegalidad, un procedimiento especial que deberá plantear el sentenciador del acto ante el tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición general cuando se hubiese dictado sentencia firme anulatoria del acto por considerar ilegal el contenido de la disposición aplicada (artículos 123 y ss.). La fórmula no deja de ser original, pero al mismo tiempo es compleja, genera demasiadas dudas y tiene significativas lagunas en su regulación.²⁵

Las *pretensiones condenatorias* son una novedad de la LJCA. Son aquellas que tratan de obtener no solo la declaración judicial de la existencia o inexistencia de un hecho o un derecho, sino además la ejecución posterior de la obligación de dar, hacer o no hacer impuesta por la sentencia a la parte demandada.

En dicho concepto son reconocibles dos de las novedosas pretensiones previstas en el texto legal, dirigidas a condenar a la administración al cumplimiento de sus obligaciones (generadora del llamado “recurso contra la inactividad de la administración”) y a cesar una vía de hecho (“recurso contra las actuaciones materiales en vía de hecho”).

Con la pretenciosa intención de cerrar “un importante agujero negro de nuestro Estado de derecho” y de otorgar “un arma efectiva al ciudadano para combatir la pasividad y las dilaciones administrativas”,²⁶ la LJCA creó un *recurso contra la inactividad de la administración*, dirigido a obtener una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega la técnica del silencio administrativo.

²⁴ Véase artículos 26.1 y 31.

²⁵ Una de las principales dudas que plantea la articulación de la cuestión de legalidad es la exigencia de firmeza de la resolución judicial sobre el acto administrativo, al que no afectará la sentencia que en su caso pudiera recaer sobre la legalidad del reglamento que le sirvió de aplicación. Véase al respecto Carlon Ruiz, M., *La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, 2a. ed., Civitas, 2005.

²⁶ Son palabras de la exposición de motivos del proyecto de ley, que fueron luego suavizadas en la versión definitiva de la Ley 29/1998.

La acción se regula en el artículo 29 de la LJCA, que contiene a su vez dos tipos de pretensión distintos: la acción de condena al cumplimiento de una prestación en favor de quien tiene derecho a ella (artículo 29.1) y la acción de condena a la ejecución de un acto firme a favor de quien ostenta un interés legítimo a dicha ejecución (artículo 29.2).

A tenor del artículo 29.1 de la LJCA, el demandante podrá pretender la condena de la administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas en una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de acto, contrato o convenio, cuando reclamada la prestación la administración se haya abstenido de cumplirla en un plazo de tres meses (artículos 29 y 32). Es decir, lo que el ciudadano pretende es que la administración realice una actividad o dicte un acto que le viene impuesto *ex lege*, *ex acto* o *ex contractus*.

La escasa jurisprudencia que ha recaído desde la entrada en vigor de la LJCA y en la que los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre este artículo 29.1 nos permite hacer algunas consideraciones interesantes.

En primer lugar, el Tribunal Supremo ha puesto el acento en la legitimación (*ad causam*) necesaria para plantear esta acción, exigiendo al demandante que ostente un “derecho subjetivo” definido por una norma que no necesite actos de aplicación o en un acto, contrato o convenio:

...lo que no ofrece duda es que para que pueda prosperar la pretensión se necesita que la disposición general invocada sea constitutiva de una obligación con un contenido prestacional concreto y determinado, no necesitado de ulterior especificación y que, además, el titular de la pretensión sea a su vez acreedor de aquella prestación a la que viene obligada la administración, *de modo que no basta con invocar el posible beneficio que para el recurrente implique una actividad concreta de la administración, lo cual constituye soporte procesal suficiente para pretender frente a cualquier otra actividad o inactividad de la administración, sino que en el supuesto del artículo 29 lo lesionado por esta inactividad ha de ser necesariamente un derecho del recurrente*, definido en la norma, correlativo a la imposición a la administración de la obligación de realizar una actividad que satisfaga la prestación concreta que aquél tiene derecho a percibir, conforme a la propia disposición general (STS del 24 de julio de 2000, RJ 2001/289).

En segundo lugar, insiste el Tribunal Supremo en la necesidad de que la prestación exigida en vía jurisdiccional debe ser concreta. Se trata de condenar a la administración “en los concretos términos en que estén establecidas” sus obligaciones (artículo 32.1). Es decir, los jueces y tribunales no se verán en la tesitura de tener que “sustituir” a la administración ante su inactividad determinando el cómo, dónde o cuándo del ejercicio de una

potestad administrativa, porque los términos de su cumplimiento se desprenden objetivamente de la norma, del acto, del contrato o del convenio.

El único trámite previo que establece la nueva regulación para acceder al contencioso es la “reclamación” realizada al órgano administrativo que permanece inactivo.²⁷ No se trata de forzar el acto administrativo como requisito previo al proceso, sino de dar la oportunidad a la administración de actuar debidamente a través de una especie de *interpellatio*, que tiene por finalidad tratar de evitar el proceso cuando la administración no ha cumplido por motivos distintos a su falta de voluntad de cumplimiento. La propia estructura administrativa y la eficacia de la actividad administrativa requieren esta “llamada de atención”, que en ningún caso debe volverse contra el ciudadano diligente. Pasados tres meses desde que fuera presentada la reclamación sin haberse obtenido la prestación, quedará expedita la vía judicial.

El apartado 2 del artículo 29 da cabida a un supuesto de hecho distinto del anterior: los “afectados” por la inejecución de un acto administrativo pueden reclamar su ejecución. Las diferencias son ostensibles. Se tratará normalmente de actos firmes de contenido desfavorable (frente al concepto de “prestación” que determina la acción del apartado 1) que no han sido debidamente ejecutados con el consiguiente perjuicio a terceros interesados en que dicha ejecución se produzca (a quienes se exigirá por tanto un simple interés legítimo y no un derecho subjetivo).

En estos casos deberá hacerse igualmente una reclamación ante la administración, de la misma naturaleza que la prevista en el apartado 1 del artículo, con la diferencia de que el plazo para que la administración actúe es ahora de un mes, transcurrido el cual quedará abierta la vía judicial, cuyo proceso se sustanciará por el procedimiento abreviado.

Tal como se reconoce en la exposición de motivos de la ley, una novedad destacable es el *recurso contra las actuaciones materiales en vía de hecho*:

Mediante este recurso 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.

²⁷ Dicha reclamación no debe confundirse con una solicitud en sentido formal, es decir, con la forma de iniciación de un procedimiento (artículos 68 y 70 de la ley 30/1992), ni la desatención de la administración con un “acto presunto” (artículo 43). Ello significaría una vuelta al carácter revisor de la JCA, que expresamente niega la exposición de motivos de la ley.

La oposición radical de este modo de actuación de la administración con las reglas de juego del Estado de derecho ha provocado una reacción unánime que ha culminado con la regulación contenida en la vigente ley jurisdiccional:

Hoy día es indudable que el ordenamiento español rechaza con carácter general, en base a disposiciones legales anteriormente mencionadas y en el artículo 103.1 de la Constitución, las actuaciones administrativas por vía de hecho, las cuales *constituyen una forma de violencia sobre el ciudadano y sobre sus bienes incompatible con lo que el poder público es y tiene que ser en un Estado de derecho, servidor de los ciudadanos y protector de sus libertades*. Y por ello ha reforzado la protección confiriéndole, además de la vía normal de protección, la administrativa, la más rápida, consistente en un procedimiento especial, cuando concurren los requisitos que justifican la existencia de la vía de hecho, con el fin de evitar las consecuencias jurídicas que se producirían de un acto administrativo dictado sin procedimiento alguno y que podría producir graves perjuicios al interesado (STSJ de Cataluña del 24 de diciembre de 2002, RJCA 2003/810).

El concepto de “vía de hecho” ha estado presente en la doctrina²⁸ y en la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y del propio Tribunal Constitucional,²⁹ mucho antes, incluso, de que el legislador de 1998 acometiera la tarea de regular la acción para exigir su cesación. El tradicional carácter revisor de la JCA logró durante largo tiempo que el conocimiento de estas cuestiones se remitiese a la jurisdicción civil, por la vía de la admisión

²⁸ Cuando la actividad ejecutoria administrativa no se legitima en un acto administrativo previo, porque no se ha dictado o porque ha dejado de existir (por haber sido anulado o revocado); cuando el acto incurre en tan grave defecto que carece de toda fuerza legitimadora; cuando la ejecución material no guarda conexión con el supuesto de hecho del acto que le sirve de fundamento o es desproporcionada con los fines que se propone; cuando, con posterioridad al título de la ejecución (acto administrativo), no se realizan los actos conminatorios previos a la ejecución (notificación y apercibimiento, cuando su ausencia constituye un vicio esencial y no se reducen a una mera comunicación o aviso de lo que la administración se propone realizar); o cuando las actuaciones ejecutorias se realizan sin previo procedimiento o sin observar las reglas de competencia, la doctrina habla de actuaciones de la administración en *vía de hecho*. Véase por todos López Menudo, F., *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Madrid, Civitas, 1988.

²⁹ Véase STC 160/1991 del 18 de julio: “No existe en la doctrina científica unanimidad acerca del concepto de vía de hecho. Mientras para algunos en tal concepto se engloban todos aquellos supuestos en que la administración ‘pasa a la acción sin haber adoptado previamente la decisión que le sirva de fundamento jurídico’ o cuando comete ‘una irregularidad grosera en perjuicio del derecho de propiedad o de una libertad pública’, para otros se refiere a los supuestos en los que se produce ‘inexistencia de acto legitimador’ o cuando ‘existiendo acto administrativo, adolezca de tal grado de ilicitud, que se le niegue la fuerza legitimadora’. Puede definirse la vía de hecho como una ‘pura actuación material’, no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica”.

de interdictos contra la administración pública. La ausencia de acto administrativo, la consiguiente actividad material de la administración y la naturaleza revisora de la jurisdicción contenciosa provocaron una línea jurisprudencial con escasas excepciones proclive a la declaración de inadmisibilidad de los recursos planteados ante vías de hecho, salvo que previamente se hubiese provocado una decisión administrativa.³⁰ La superación de esta recordada panorámica del proceso contencioso-administrativo se produjo a través del reconocimiento del propio TC de la vía de hecho como una actuación material de la administración “no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica” comprensible en la genérica expresión “actos de la administración pública sujetos al derecho administrativo” de la Ley Jurisdiccional entonces vigente y de otras leyes similares. En la STC 160/1991 del 18 de julio (RTC 1991/160) puede leerse:

...en la expresión “actos de la administración pública sujetos al derecho administrativo” y otras similares con las que las leyes vigentes —y entre ellas se encuentran, desde luego, la Ley 62/1978 y la LOTC— definen el objeto del recurso contencioso-administrativo han de entenderse comprendidos los actos administrativos expresos, tácitos y presuntos, y las actuaciones de la administración que constituyen simples vías de hecho. Y es que frente a una actuación material de la administración sólo caben dos posibilidades: bien considerar dicha actuación como un conjunto de *facta concludentia*, de los que se debe inferir una resolución fundamentadora de la misma, esto es, una declaración de voluntad administrativa manifestada a través de la actuación material o, si no es así, concebir dicha actuación como una simple vía de hecho, es decir, como una pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica.

Actualmente, la LJCA reconoce como actividad administrativa impugnabile las “actuaciones materiales que constituyan vía de hecho” (artículo 25.2) y establece que el demandante podrá pretender que se declare contraria a derecho y que cese dicha situación, cuando formulado el requerimiento de cesación a la administración no fuera atendida dentro de los veinte días siguientes, sin necesidad de ulteriores trámites (artículos 30 y 32).

Alguna jurisprudencia recuerda el derecho francés para significar que la vía de hecho puede presentar dos modalidades: *manque de droit*, cuando la administración hace uso de un poder del que legalmente carece, o *manque de procedure*,³¹ cuando lo haya hecho sin observar los procedimientos estableci-

³⁰ Véase la STS del 20 de mayo de 1977 (RJ 1977/ 2235).

³¹ “En el supuesto que se enjuicia es evidente que ha habido transgresión de normas procesales esenciales... se produjo la ocupación de los terrenos propiedad del actor, sin que en

dos por la norma que haya atribuido ese poder. Recogiendo las palabras de la sentencia del TSJ de Cataluña citada: “En definitiva, puede considerarse que nos encontramos ante una vía de hecho cuando *la administración ejercita prerrogativas fuera de las potestades que tiene legalmente atribuidas o lo hace sin seguir el procedimiento legalmente establecido*”.

Pese a la rotundidad de las palabras del TSJ de Cataluña, no existe unanimidad jurisprudencial sobre el alcance que tiene la expresión “vía de hecho”. Así, existe una línea jurisprudencial que encaja en el concepto los supuestos de nulidad de pleno derecho de actos administrativos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido:

De dicha definición, resulta posible establecer un paralelismo entre los supuestos de vías de hecho y los supuestos de nulidad de pleno derecho, por cuanto de acuerdo con lo previsto en el artículo 62 de la Ley 30/1992, las vías de hecho serán nulas de pleno derecho por dictarse prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (STSJ de Cataluña citada *supra*).

Por el contrario, existe otra línea jurisprudencial más restrictiva, que limita los supuestos de vía de hecho a los de inexistencia absoluta de decisión o soporte administrativo:

Es por ello que la Ley está refiriéndose a actuaciones materiales de la administración carentes de cobertura jurídica, pero no se refiere a aquellas que incurran en cualquier vicio procedimental incluso los más graves de vulneración de derechos fundamentales o los de omisión del procedimiento legalmente establecido que determinarían su nulidad de pleno derecho, sino de actuaciones materiales en que no concurre la decisión administrativa previa que le sirve de fundamento o, en otras palabras, no se ha ejercitado potestad administrativa en virtud de decisión o soporte que le preste la necesaria cobertura jurídica, desarrollándose al margen absoluto de ejercicio de potestad, procedimiento y decisión del órgano competente. Por lo tanto, *no cabe incluir en el supuesto de vía de hecho las meras peticiones basadas en cualquier vicio procedimental o de falta de competencia del órgano, incluso los de nulidad de pleno derecho*. Por otro lado, ni cualquier infracción jurídica determinante de nulidad o de anulabilidad

modo alguno se siguiese procedimiento expropiatorio..., sin que se dictara acuerdo alguno de incoación de expediente de expropiación, ni se fijara y se abonara en su caso el justiprecio, como actos previos a la ocupación... Es evidente que la actuación administrativa ha estado ayuna de forma alguna, no ha existido procedimiento lo que supone nulidad de pleno derecho de actuaciones, de conformidad con el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992..., en definitiva se produjo una vía de hecho como se denunció en vía administrativa y se requirió a su cesación en los términos que expresa el artículo 30 de la Ley reguladora de la Jurisdicción...” (STSJ de Andalucía-Sevilla del 27 de marzo del 2003, RJCA 2003/870).

puede equivaler a la ausencia de cobertura jurídica, debiendo reservarse para los supuestos más graves de actuación material total y absolutamente al margen de competencia y procedimiento y sin previa habilitación por norma o acto que le sirva de fundamento (STSJ de la Comunidad de Madrid del 22 de junio de 2004, RJCA 2004/887).

El TS ha reconocido como “vía de hecho” la ausencia absoluta de procedimiento:

El procedimiento administrativo no es un mero ritual tendente a cubrir a un poder desnudo con una vestidura pudorosa que evite el rechazo social. Que no se trata de cubrir impudicias sino de que no las haya. Porque lo que exige el pudor en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos es que el comportamiento de aquél inspire confianza a los administrados... Y el primer factor capaz de generar esa confianza es la adecuación a un procedimiento que garantice que el obrar administrativo, por más reflexivo, tenga más posibilidades de adecuarse al ordenamiento administrativo. El artículo 1o. de la Ley de Procedimiento Administrativo [la sentencia se está refiriendo a la del 17 de julio de 1958, que era la vigente] de general y directa aplicación a todas las administraciones públicas por mandato constitucional (artículo 149.1.18o.), establece imperativamente la sujeción a formalidades procesales de la actuación administrativa, lo que aquí no se ha cumplido de ningún modo. *Ha habido vía de hecho porque se ha actuado sin procedimiento.* Y la ha habido también porque tampoco ha habido acto administrativo previo... Hoy día es indudable que el ordenamiento español rechaza con carácter general —artículo 103 citado de la Ley de Procedimiento y 149.1.18a. de la Constitución—, las actuaciones administrativas por vía de hecho, las cuales constituyen una forma de violencia sobre el ciudadano y sobre sus bienes incompatible con lo que el poder público es y tiene que ser en un Estado de derecho: servidor de los ciudadanos y escudo de sus libertades (STS del 22 de septiembre de 1990, RJ 7285).

Con frecuencia, la vía de hecho se mide desde el parámetro de la seguridad jurídica y de la protección de la confianza legítima de los ciudadanos:

El Ayuntamiento recurrente ha prescindido total y absolutamente de las formas procedimentales mínimas. Ha sido el suyo un comportamiento jurídicamente reprochable, pues no sólo ha conculcado el artículo 62 e) de la LRJ-PAC... lo que convierte en nula de pleno derecho su actuación material; no sólo ha incumplido también el deber de resolver la impugnación en vía administrativa, contra actuación material, deber que le imponía el artículo 42, LRJ-PAC; sino que *ha faltado al principio de confianza legítima*, jurisprudencialmente reconocido... y ahora, con carácter general en el artículo 3o.1, párrafo segundo, de la LRJ-PAC, en la redacción dada por la Ley 4/1999. No es así

como deben actuar los poderes públicos en un Estado de derecho, y por eso la Sala de instancia ha actuado con exquisita corrección jurídica al ordenar, como lo ha hecho en la sentencia impugnada, reponer las cosas a su primitivo estado, imponiendo las costas al Ayuntamiento (STS del 18 de octubre de 2000, RJ 2000/9108).

Es el caso, por ejemplo, de la imputación de una infracción y la imposición de su correspondiente sanción cuando la administración se funda en un supuesto de hecho interno que, por propia inactividad, no ha sido objeto del preceptivo procedimiento con exigencias de publicación y audiencia de los interesados. La administración ejerce una potestad sancionadora con base en una apariencia de legalidad que no existe, como es el caso de una invocada línea de deslinde del dominio público marítimo-terrestre cuando no se ha iniciado formalmente el procedimiento para establecer, al menos, un deslinde provisional.

Por lo demás, lo dicho respecto a la reclamación previa al recurso contra la inactividad debe reproducirse aquí, con un matiz importante: el carácter potestativo del requerimiento. Ahora bien, tal carácter potestativo es más teórico que real. Una simple simulación de un caso de vía de hecho pone de manifiesto que las posibilidades de acudir directamente a la JCA son escasas, a la vista del plazo recortadísimo que se establece en el artículo 46.3 de la LJCA:

Si el recurso contencioso-administrativo se dirigiera contra una actuación en vía de hecho, el plazo para interponer el recurso será de diez días a contar desde el día siguiente a la terminación del plazo establecido en el artículo 30. Si no hubiere requerimiento, el plazo será de veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho.

El tenor literal del precepto no ofrece dudas respecto a su aplicación: si no se hace requerimiento, el interesado tendrá un plazo de veinte días desde el día en que se inició la vía de hecho. La regla parece desproporcionada. En primer lugar, no debería establecerse como *dies a quo* el del “inicio” de la vía de hecho, sino el del momento en el que el interesado tiene constancia de tal situación. Porque la vía de hecho es en sí misma una actuación llevada a cabo por cauces ilegítimos, sin rodearse el poder público de sus formalidades habituales, a veces incluso —si se nos permite la expresión— “con nocturnidad”. En segundo lugar, la existencia misma de un plazo plantea dudas: ¿acaso la vía de hecho no es una situación de tal ilicitud que debiera poder plantearse ante la justicia administrativa en cualquier momento mientras persistan sus efectos?

3. *La justicia cautelar*

Si el artículo 24 de la Constitución española de 1978 se dejó sentir con fuerza en cada una de las facetas del contencioso-administrativo, la impronta en la regulación de las medidas cautelares fue decisiva.

La configuración tradicional del proceso contencioso-administrativo como proceso al acto había venido predeterminando una regulación recordada e insatisfactoria de la justicia cautelar. La preponderancia de la presunción de legalidad del acto administrativo sólo permitía considerar como excepcional su suspensión, erigida además en la única medida a acordar por los tribunales de justicia.

La jurisprudencia y la doctrina,³² en una atenta lectura de la exposición de motivos de la LJCA de 1956, permitieron ir ampliando las posibilidades de juego de la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo, pero fue sin duda la fuerza del artículo 24.1 de la Constitución, en su vertiente de derecho a la justicia cautelar, la que impuso una “nueva matriz teórica” en esta y tantas otras cuestiones. La expresión se debe a un colega y magistrado, utilizada en un auto del Tribunal Supremo del 20 de diciembre de 1990,³³ auténtico *leading case* que revela la virtualidad del artículo 24 de la Constitución, ya que dentro del derecho a una tutela judicial efectiva se incluye el derecho a una cautelar, pero también la influencia positiva del derecho y de la jurisprudencia comunitaria. De esta se deduce la máxima de que “la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón”. Aquel, entre otras manifestaciones, se ha hecho notar en una ampliación del fin de las medidas cautelares, como sucede en materia de contratos públicos. No se trata solo de impedir que se causen perjuicios a los licitadores, sino también de la posibilidad de corregir, “lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia”, las infracciones ocurridas en la preparación del contrato, antes de su adjudicación definitiva, con legitimación posible para cualquier interesado. Por eso con toda propiedad se denominan provisionales.³⁴

La ley de 1998 hace eco de este nuevo planteamiento. El carácter excepcional de la medida de suspensión del acto en el contencioso tradicional

³² Meilán Gil, J. L., “La suspensión jurisdiccional de los actos administrativos en el derecho español”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 28 (1996), pp. 11 y ss. y bibliografía allí citada.

³³ Su autor es F. González Navarro.

³⁴ Directiva 89/665/CE del 21 de diciembre modificada en 1993 y 1997. Confróntese el artículo 37 de la ley 30/2007 del 30 de octubre de contratos del sector público que regula un recurso especial en materia de contratación que se refiere a “defectos de tramitación”.

deja paso a la facultad del juzgador de adoptar las medidas cautelares que resulten necesarias cuando sea necesario para asegurar la finalidad legítima del proceso.³⁵ La admisión de las medidas cautelares como un remedio común y no excepcional venía requerido por la larga duración de los procesos contencioso-administrativos que, además de constituir en sí misma una quiebra del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, podía llegar a provocar que en el momento de dictarse la sentencia la actuación recurrida fuese irreversible o el derecho vulnerado no pudiese ser restituido en su integridad.

La regulación de las medidas cautelares contenida en los artículos 129 a 136 del texto legal vigente es resumida por la sentencia del Tribunal Supremo del 21 de octubre de 2004 (RJ 2005/554):

...debe señalarse que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo de la LJCA (capítulo II del título VI) se integra, como se ha expresado, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1a. *Constituye un sistema de amplio ámbito*, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 de la LJ), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 de la LJ).

2a. *Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que “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”.³⁶

³⁵ Esta idea se plasmó en la exposición de motivos de la Ley de 1998, al señalar que “la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesaria”.

³⁶ En los autos del 22 de marzo (RJ 2000/3218) y 31 de octubre de 2000 (RJ 2000/9884) se señala que “esta Sala ya ha declarado de manera reiterada, que en el artículo 130 de la Ley 29/1998 del 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del *periculum in mora*”; resoluciones que señalan que el mismo “opera como criterio decisor de la suspensión cautelar”. La STS del 18 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8756) concreta: “La finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no

3a. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, “la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero”.³⁷

4a. Desde una perspectiva procedimental la nueva Ley apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, el artículo 130.1.1. exige para su adopción la “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”; expresión que reitera en

única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad. La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto”. Y la STS del 7 de abril de 2004 (RJ 2004/2685) amplía su contenido: “la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado ‘finalidad legítima del recurso’ conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para ‘disfrutar’ de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza, hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una ‘fuerte presunción’ o ‘manifiesta fundamentación’ de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del *fumus boni iuris*, sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el ‘perjuicio’ inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón”.

³⁷ Los autos del 2 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9844), 5 de febrero (RJ 2001/1398), 21 de marzo (RJ 2001/5914) y 25 de junio de 2001 (RJ 2001/5801) exponen que “en el nuevo régimen de medidas cautelares... se permite al órgano jurisdiccional en sus artículos 129 y 130, la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez o tribunal ponderará de forma circunstanciada”.

el artículo 130.2 “*in fine*”, al exigir también una ponderación “en forma circunstanciada” de los citados intereses generales o de tercero.³⁸

5a. *Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de “numerus apertus”, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo.* El artículo 129.1 se remite a “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

6a. *Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas:* la solicitud podrá llevarse a cabo “en cualquier estado del proceso” (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, “hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley” (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).³⁹

³⁸ En referencia al artículo 130, la STS del 21 de octubre de 2004 citada señala: “La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones: a) la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso; b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado, y c) en todo caso, el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada”.

³⁹ Desde un punto de vista procesal, la nueva regulación contiene una novedad importante que ha tenido que ponerse de manifiesto por la jurisprudencia: solicitada la suspensión de la ejecutividad de un acto administrativo en sede jurisdiccional, la administración no puede intentar ejecutarlo en el tiempo que media entre la presentación de la solicitud de medida cautelar y su resolución mediante auto del órgano jurisdiccional. En palabras del Tribunal Constitucional: “mientras se toma aquella decisión (se refiere a la que resuelva sobre la suspensión solicitada), no pueda esta impedirse ejecutando el acto, con lo cual la administración se habría convertido en juez” (STC 78/1996 del 20 de mayo, RTC 1996/78). La relevancia de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional radica especialmente en la consecuencia práctica que se deriva de la misma: la necesidad de suspender la ejecutividad de los actos administrativos mientras el tribunal se pronuncia sobre la petición de suspensión (véase extensamente Botía Torralba, P., *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Grupo Difusión, 2007, pp. 24 y ss.). El Tribunal Supremo aplica esta doctrina con gran claridad: “...el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, comprende el derecho a la tutela cautelar, por lo que es lógico concluir que si el Tribunal puede suspender la ejecución de los actos administrativos, la administración no puede proceder a esa ejecución hasta que el Tribunal se haya pronunciado sobre esa medida” (Sentencia del 31 de diciembre de 2001). Véase en términos similares las sentencias del 14 de abril y 26 de octubre de 2005. En la práctica, lo cierto es que la administración hace

7a. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse “las medidas que sean adecuadas” para evitar o paliar “los perjuicios de cualquier naturaleza” que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma “podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho” (133.3).

Controvertido es el principio de la “apariencia de buen derecho” (*fumus boni iuris*), ausente del texto legal⁴⁰ si bien presente en la jurisprudencia nacional y comunitaria antes y después de la entrada en vigor de la ley de 1998. El principio del *fumus boni iuris* impone una “actividad de predicción elemental” (STS del 9 de febrero de 2004) que debe realizarse sin entrar a valorar el fondo del asunto ni prejuzgar la decisión final que pudiera recaer, pues en tal caso “se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba” (STS del 14 de abril de 2003, RJ 2003/4656). Según el TS “permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, siquiera a los meros fines de la tutela cautelar” (STS del 16 de abril de 2006).

La aplicación del principio, tras la entrada en vigor de la LJCA de 1998, ha generado una jurisprudencia cambiante, mayoritariamente restrictiva respecto a la aplicación del criterio, al menos como elemento decisivo de la adopción de la medida cautelar.⁴¹

caso omiso de esta doctrina y trata de ejecutar sus actos administrativos en el lapso de tiempo que media entre el agotamiento de la vía administrativa y de decisión cautelar del órgano jurisdiccional. En el ámbito tributario, la Ley General Tributaria se ha hecho eco de la jurisprudencia constitucional, recogiendo en su artículo 233, tras afirmar que se mantendrá en vía contencioso-administrativa la suspensión producida en vía administrativa cuando el interesado comunique a la administración la interposición del recurso contencioso y la solicitud de suspensión que “dicha suspensión continuará hasta que el órgano judicial adopte la decisión que corresponda en relación con la suspensión solicitada”.

⁴⁰ Referencia que sí aparecía, sin embargo, en el proyecto de Ley, en el que se contemplaba como supuesto habilitante de la medida cautelar “cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa”.

⁴¹ Una afirmación tajante a favor del principio es la siguiente: “a la hora de decidir sobre si procede atajar la justicia cautelar hay que empezar por comprobar si concurren los dos presupuestos indicados: *periculum in mora* y *fumus boni iuris*” (STS del 21 de enero de 2002, RJ 2002/1572). En la misma dirección: “no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscricción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del *fumus boni iuris*, aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la

La posición mayoritaria se resume en la STS del 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6474):

Debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta —ATS del 14 de abril de 1997— de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiéndolo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que *la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tomada en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no... al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.*

En fin, alguna influencia parece haber tenido la presencia del principio de apariencia de buen derecho en el legislador cuando ha establecido una regulación especial, más favorable a la adopción de la medida cautelar, en los supuestos de inactividad y vía de hecho (artículos 29 y 30 de la ley jurisdiccional) excepto cuando se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos. En estos casos, la medida “se adoptará... salvo que ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez ponderará en forma circunstanciada” (artículo 136).

4. *La sentencia*

Las diversas declaraciones contenidas a lo largo del texto constitucional (artículos 9o., 24, 103, 106, 117, 118...) han dado una nueva dimensión a

adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible” (STS del 7 de abril de 2004, RJ 2004/2685).

la función jurisdiccional en el contencioso-administrativo. La plena judicialización del proceso contencioso y la preeminencia de los derechos fundamentales han permitido hacer más accesible el control de la administración y superar paulatinamente las consecuencias que derivan de los privilegios o prerrogativas que formaban parte de su seña de identidad, empezando por la presunción de legalidad del acto administrativo, fruto de la Revolución francesa, y el entendimiento de que “juzgar a la administración es también administrar” (Laferriere).

El Tribunal Constitucional ha declarado con reiteración que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consiste, entre otras cosas, en el *derecho a una resolución sobre el fondo* de las controversias, sin que ello suponga proscribir las resoluciones de inadmisión si están guidas por el principio *pro actione*:

Es doctrina reiterada y uniforme de este Tribunal que una de las proyecciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la CE consiste en el acceso a la jurisdicción, lo que significa que *todos tienen derecho a que un tribunal resuelva en el fondo las controversias de derechos e intereses legítimos planteadas ante él, salvo que lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una Ley, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental...* No obstante, el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales dictan resoluciones apreciando la concurrencia de un motivo legalmente previsto que impide el examen del fondo, de tal forma que *una resolución de inadmisión o meramente procesal es en principio constitucionalmente admisible, si bien la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio “pro actione” que, teniendo siempre presente la “ratio” de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales...* (STC 193/2000 del 18 de julio).

El derecho a la obtención de una resolución de fondo forma parte, por tanto, del derecho a la tutela judicial efectiva. No implica, claro está, el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino “el *derecho a que se dicte una resolución fundada en derecho*”, sea o no favorable a las pretensiones del actor (STC 9/1981 del 31 de marzo y 160/1985 del 28 de noviembre).

La exigencia de que la resolución sea “fundada en derecho” es, además, un mandato constitucional expreso recogido en el artículo 120.3 (“las sentencias serán siempre *motivadas*”) que impone una adecuada argumentación jurídica de relevancia procesal incuestionable, en el diálogo que se establece entre actores y juez en el proceso.

Es cierto que, como señala la STC 301/2000 del 13 de noviembre:

...el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la “ratio decidendi” que ha determinado aquélla.

En la misma línea sostiene la STC 187/2000 del 10 de julio:

...no existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión.

Pero no es menos cierto que el principio es claro. En palabras del TC en su STC 6/2002 del 14 de enero:

...la obligación de motivar las sentencias no es sólo una obligación impuesta a los órganos judiciales por el artículo 120.3 de la CE, sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 de la CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Es por lo tanto —y sobre todo— una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad. En conclusión, una sentencia que no dé respuesta a las cuestiones planteadas en el proceso, o de cuyo contenido no puedan extraerse cuáles son las razones próximas o remotas que justifican aquélla, es una decisión judicial que no sólo viola la Ley, sino que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

No es inusual, sin embargo, que se produzcan auténticas incongruencias materiales por omisión o sentencias que no basan su fallo en precepto alguno citado formalmente, sin jurisprudencia expresa en que fundarse y sin invocación de un principio general del derecho. Estos fallos, en uno de los sentidos del término, pueden provocar situaciones difíciles y en ocasio-

nes pueden dar pie a inadmisiones indebidas del recurso de casación,⁴² ya que éste sólo procede si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o comunitario relevante y determinante del fallo. Siempre está a disposición del actor hacer constar que tales normas han sido invocadas por él en el proceso. Pero, al no citarse en la sentencia, se omite la otra posibilidad de fundar la pretensión: haber sido consideradas por la sala sentenciadora. El debate jurídico queda dañado.⁴³

La ley jurisdiccional dispone en su artículo 67.1 que “la sentencia... decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso”. La exigencia recoge el deber de motivación y la *exigencia de congruencia* de la sentencia:

El derecho a la tutela judicial efectiva no se satisface exclusivamente accediendo a la jurisdicción y obteniendo una resolución motivada y fundada en derecho, sino que *es necesario, además, que aquella resolución atienda sustancialmente el núcleo de las pretensiones formuladas por las partes, de suerte que ofrezca una respuesta judicial coherente con los términos del debate suscitado en el proceso* (STC 34/2000 del 14 de febrero).

En el mismo sentido, el artículo 33 de la ley dispone que “los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes”, pero también “de los motivos que fundamente el recurso y la oposición”.

El incumplimiento de esos preceptos dará lugar a los conocidos supuestos de incongruencia omisiva, positiva, mixta o por desviación. Que no siempre se cumplen lo testimonian frecuentes sentencias del Tribunal Supremo que resuelven recursos de casación.⁴⁴

No ofrece dudas la existencia de una incongruencia omisiva —las más frecuentes— cuando falta resolución sobre una de las pretensiones de las partes,⁴⁵ aunque admitido el recurso de casación por esa falta el Tribunal Supremo desestime el recurso contencioso originario, entrando en el fondo del asunto, sin limitarse a anular la sentencia del Tribunal *a quo*.⁴⁶ La alteración sustancial de los términos del debate procesal, al enjuiciar un hecho referido de pasada por el recurrente y no integrado en la pretensión, además de incongruencia produce indefensión y así lo reconoce el Tribunal Supremo.⁴⁷

⁴² Meilán Gil, J. L., “La aplicación...”, *cit.*, pp. 32 y ss.

⁴³ Véase sobre las consecuencias de la falta de motivación de las sentencias Nieto, A., *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, 2000.

⁴⁴ La STS del 3 de junio de 2003 (RJ 5421) cita la jurisprudencia constitucional.

⁴⁵ STS del 10 de diciembre de 2003 (RJ 2004/304).

⁴⁶ STS del 17 de julio de 2007 (EDJ 2007/100859).

⁴⁷ STS del 14 de junio de 1999 (RJ 5538).

La evolución en esta materia se refleja en la STS del 14 de diciembre de 2007 (RJ 492):

Debe precisarse que en un primer momento la jurisprudencia identificaba “cuestiones” con “pretensiones” y “oposiciones”, y aquellas y estas con el “*petitum*” de la demanda y de la contestación, lo que llevó en más de una ocasión a afirmar que cuando la sentencia desestima el recurso resuelve todas las cuestiones planteadas en la demanda. Pero es cierto, sin embargo, que esta doctrina fue matizada e, incluso superada, por otra línea jurisprudencial más reciente de esta misma Sala que viene proclamando la necesidad de examinar la incongruencia a la luz de los artículos 24.1 y 120.3 de la CE (RCL 1978, 2836); de aquí que para definirla no baste comparar el “suplico” de la demanda y de la contestación con el “fallo” de la sentencia, sino que ha de atenderse también a la “*causa petendi* de aquellas” y a la motivación de ésta (sentencias del 25 de marzo de 1992 [RJ 1992, 1586], 18 de julio del mismo año [RJ 1993, 6459] y 27 de marzo de 1993 [RJ 1993, 2442], entre otras). Así, la incongruencia omisiva se produce esencialmente cuando no existe correlación entre las pretensiones de las partes y el fallo de la sentencia, pero ello incluye también los supuestos en que en la fundamentación de ésta se produce una preterición de la *causa petendi*, es decir, de las alegaciones o motivos que sirven de fundamento a los escritos de demanda y contestación (Cfr. SSTS del 13 de octubre de 1998 [RJ 1998, 8410] y 12 de mayo de 2001 [RJ 2001, 3707]).

En ese sentido, desde la STS del 5 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 8673), esta Sala viene señalando determinados criterios para apreciar la congruencia o incongruencia de las sentencias, advirtiendo que en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena, etcétera, que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica.

Como dice la STS del 22 de marzo de 2005 (RJ 2660), en la que se observa incongruencia por desviación y por defecto:

La sentencia debe tener una coherencia interna, ha de observar la necesaria correlación entre la *ratio decidendi* y lo resuelto en el fallo o parte dispositiva; y, asimismo, ha de reflejar una adecuada conexión entre los hechos admitidos o definidos y los argumentos jurídicos utilizados. Se habla así de un supuesto de incongruencia o de incoherencia interna de la sentencia cuando los fundamentos de su decisión y su fallo resultan contradictorios. Y es que los fundamentos jurídicos y fácticos forman un todo con la parte dispositiva esclareciendo y justificando los pronunciamientos del fallo, y pueden servir para apreciar la incongruencia interna de que se trata cuando son tan contrarios al

fallo que éste resulta inexplicable. No obstante, la jurisprudencia de esta Sala ha realizado dos importantes precisiones: la falta de lógica de la sentencia no puede asentarse en la consideración de un razonamiento aislado, sino que es preciso tener en cuenta los razonamientos completos de la sentencia; y, tampoco basta para apreciar el defecto de que se trata, cualquier tipo de contradicción sino que es preciso una notoria incompatibilidad entre los argumentos básicos de la sentencia y su parte dispositiva, sin que las argumentaciones *obiter dicta*, razonamientos supletorios o a mayor abundamiento puedan determinar la incongruencia interna de que se trata.

La cuestión litigiosa que determina objetivamente el ámbito del proceso se distingue, obviamente, de los motivos o razones jurídicas alegadas. Como dice la STS del 12 de enero de 1996 (RJ 228):

...el primero se enmarca en el ámbito propio de los hechos, y el otro, en el de la dialéctica, la lógica y el derecho, circunstancia que explica la inalterabilidad que debe existir en el planteamiento y fijación de lo perteneciente al primer campo (supuestos de hecho), sobre todo y especialmente en los escritos de conclusiones, y la elasticidad y ductilidad permitida en el campo de lo segundo (fundamentos o razones jurídicos).

El Tribunal puede, no obstante, fundar la sentencia en motivos distintos sometiéndolos a las partes para que aleguen (artículo 33,2).⁴⁸

El *contenido de la sentencia* regulado en la ley jurisdiccional ha supuesto un avance en la línea del protagonismo de las pretensiones y los derechos subjetivos o intereses legítimos que las sustentan. Se echa en falta, sin embargo, una regulación más apropiada respecto a los procesos que han nacido como consecuencia de una inactividad material de la administración, en los que el demandante espera —esa era su pretensión— que se lleve a cabo una determinada actividad debida. En estos casos, el juez debería tener poder para dar cumplimiento, por sí mismo o por medio de un tercero, a lo dispuesto en la sentencia con independencia de la voluntad de la administración condenada. No es una formulación ajena a otros órdenes jurisdiccionales y está presente en el contencioso-administrativo de países con una tradición similar a la nuestra.

Esta posibilidad se topa con un escollo dogmáticamente enraizado en el carácter estrictamente revisor de la JCA: la dificultad de satisfacer las *pretensiones “de ejecución” o ejecutivas*, que reclaman del juez la realización de una conducta física distinta del mero declarar, una actuación posterior que haga

⁴⁸ Véase extensamente sobre la inalterabilidad de la pretensión y la invocación de motivos distintos a lo largo del proceso a García Pérez, M., *El objeto...*, *cit.*, pp. 142 y ss.

coincidir el ser con el deber ser, que logre hacer corresponder la realidad material y lo previamente declarado o, en palabras del TC, “cuando los jueces y tribunales a quienes corresponde hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la Constitución), según las normas de competencia y procedimiento aplicables, y con independencia de que la resolución haya de ser cumplida por un ente público, adoptan las medidas oportunas para el estricto cumplimiento del fallo” (STC 125/1987 del 15 de julio, FJ. 2o.).⁴⁹

Se ha cuestionado la existencia de pretensiones estrictamente ejecutivas en el proceso contencioso-administrativo sobre la base de la imposibilidad de la ejecución forzosa contra la administración⁵⁰ y porque supondría, en puridad, “sustituir” a la administración en un ámbito tradicionalmente reservado al Poder Ejecutivo.

Concretamente, el llamado poder de sustitución⁵¹ es un imperativo constitucional de los artículos 117.3 y 118 de la Constitución cuando se trata de inejecución de sentencias, al atribuir exclusivamente a los jueces y tribunales, sin excepción de orden jurisdiccional, la función de “ejecutar lo juzgado” de acuerdo con las leyes, pudiendo adoptar las medidas que estimen precisas, concretamente las previstas en la LEC —de aplicación supletoria—, entre las cuales consta ordenar que se haga lo mandado a costa del obligado (artículo 924 de la LEC), requiriendo a tal efecto la colaboración que estimen oportuna de otros entes públicos o personas privadas (STC 67/1984 del 7 de junio).

Además, la posibilidad de que los jueces y tribunales sustituyan la inactividad de la administración tiene ya una base legal en el artículo 108 de la LJCA, que otorga al tribunal una doble facultad-deber, en caso de incumplimiento de sentencias, consistente en adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera eficacia cuando se trate de sentencias que condenen a la administración a dictar un acto (letra b) y ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de autoridades y agentes de la administración demandada o de otra diferente (letra a).

No habría ningún inconveniente en admitir la posibilidad de que los jueces y tribunales ejecutasen directamente —y ese sería el fallo de la sentencia estimatoria— una actividad de obligada prestación incumplida por parte de la administración en favor de uno o más interesados cuando el títu-

⁴⁹ Véase también la STC 167/1987 del 28 de octubre: “La Sala puede adoptar las medidas concretas que dicha tutela judicial requiere, utilizando para ello, si necesario fuere, los medios de ejecución sustitutoria que la legislación procesal dispone” (FJ. 4o.).

⁵⁰ Véase en general la monografía de Beltrán de Felipe, M., *El poder de sustitución en la ejecución de sentencias condenatorias de la administración*, Civitas, 1995.

⁵¹ Utilizando la expresiva terminología de Beltrán de Felipe, M., *El poder de sustitución...*, cit.

lo legitimador no sea la sentencia, sino otra fuente obligacional: una norma de directa aplicación, un acto, un contrato o un convenio administrativo, por utilizar las mismas expresiones que actualmente emplea la LJCA en su artículo 29.1. Se trataría de dar más protagonismo a los jueces en la fase ejecutiva del proceso “sustituyendo” la indolencia o pasividad de la administración.⁵²

La sustitución de la administración en todos estos casos encontraría su límite tan sólo en las llamadas “prestaciones personalísimas o infungibles”.⁵³

La sustitución de la inactividad administrativa por una decisión jurisdiccional será terminantemente posible —más aún, dice el TS, imprescindible, en términos de congruencia— cuando el acto anulado sea fruto de la actuación de una potestad reglada: aquí el derecho proporciona al juez todos los datos necesarios para definir el contenido de su decisión. Tal sustitución es viable, así, en el desarrollo de un control de legalidad, y resulta insoslayable en la actuación de una “efectiva” tutela judicial (STS del 3 de diciembre de 1993).⁵⁴

Respecto a la actuación discrecional de la administración, la solución general, y precisamente por ello matizable, la expone el TS en una sentencia del 6 de junio de 1988 (RJ 1988/4530), estableciendo dos criterios: como punto de partida o principio general, los tribunales deben declarar la retroacción de las actuaciones y remitir el expediente administrativo a la administración correspondiente para que decida sobre la cuestión de fondo, a fin de no exceder de forma injustificada su función revisora;⁵⁵ pero en los casos en que de las actuaciones se deduzca la patente inutilidad de otra resolución

⁵² Véase un planteamiento extenso de esta posibilidad, con referencia al derecho italiano, en Martín Delgado, Isaac, *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso-administrativas*, IUSTEL, 2006.

⁵³ Véase el artículo 924 de la LEC: “Si el condenado a hacer alguna cosa no cumpliere con lo que se le ordene para la ejecución de la sentencia dentro del plazo que el juez al efecto le señale, se hará a su costa; y si por ser personalísimo el hecho no pudiera verificarse en esta forma, se entenderá que opta por el rescarcimiento de perjuicios”. Véase sobre el concepto de “fungibilidad” e “infungibilidad” de prestaciones, en cuanto sinónimas de sustituibles e insustituibles, la obra de Díez-Picazo y Gullón, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1983, vol. I, p. 452.

⁵⁴ Citada.

⁵⁵ Véase también la STS del 17 de junio de 1988 (RJ 1988/4607) y la STS del 16 de abril de 1992 (RJ 1992/3834): “respecto a la pretensión formulada bajo el mismo amparo a fin de ser reconocido el recurrente en su situación jurídica individualizada como medida para el pleno restablecimiento de aquélla, la condena al Ayuntamiento demandado para que otorgue la licencia administrativa denegada, es lo cierto que conforme al ámbito de nuestra jurisdicción no cabe hacerlo pues ello supondría sustituir la voluntad administrativa por la judicial, a quien solamente le está encomendado el contraste de legalidad de los actos ad-

administrativa, por evidenciarse la postura de la administración en un sentido u otro respecto al fondo del asunto, o porque de los autos se desprende la existencia de una única solución al conflicto, el principio de economía procesal exige que sean los tribunales los que incorporen la decisión —incluso si se trata de una orden de ejecución material— al contenido del fallo.⁵⁶

Otra cosa distinta es que la administración haya resuelto dentro del ámbito propio de su discrecionalidad. En tales casos, la plenitud jurisdiccional de revisión de la actuación administrativa no debe sobrepasar los límites que impone el ordenamiento jurídico:

...la solución no será generalmente posible en los supuestos de potestades discrecionales: hay un núcleo último de oportunidad allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial —s. 30-10-1990 (az. 8336), 15-3-1993 (az. 2523), etcétera— (STS del 3 de diciembre de 1993).⁵⁷

O puede darse el caso de que la resolución administrativa haya reflejado un juicio “técnico” emitido por un órgano especializado llamado a resolver un concurso. En tal supuesto es aplicable una reiterada doctrina jurisprudencial: “sin que los juicios técnicos que emiten estos órganos puedan ser sustituidos por una decisión de la administración educativa ni por un pronunciamiento de los tribunales... (STS del 18 de abril de 1995, RJ 1995/3176)”.

Como era natural, este debate tuvo cierta dosis de protagonismo durante los trabajos de preparación del que hoy es texto legal regulador de la JCA. Y su reflejo más visible se encuentra en la redacción del artículo 71.2, que dispone: “No podrán los jueces y tribunales determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen. Tampoco podrán determinar el *contenido discrecional de los actos anulados*”.

El proyecto de Ley continuaba: “salvo que, como consecuencia de la anulación, sólo sea posible una única solución y exista base para ello en los autos”, haciendo clara referencia a la jurisprudencia clásica en materia del control de la discrecionalidad.

ministrativos, reforzado constitucionalmente por el artículo 108.1 en relación con el 103 del texto magno...”.

⁵⁶ *Ibidem*, y las SSTS del 15 de marzo y 21 de septiembre de 1993 (RJ 1993/2523 y 6623), sobre casos en que la coherencia de la decisión administrativa puede imponer ya, en virtud de los propios criterios adoptados discrecionalmente, una única solución, que implica la desaparición de discrecionalidad.

⁵⁷ *Cit. supra*.

En cualquier caso, la interpretación lógica del precepto permite afirmar, sin duda, que la sentencia puede determinar el contenido de un acto en sustitución del anulado cuando sea de naturaleza reglada, sin necesidad de ordenar una retroacción de actuaciones que no supondría más que una demora en el cumplimiento de obligaciones preestablecidas.⁵⁸

Una última reflexión sobre la sentencia que no debería existir, porque supone echar por tierra cuantas afirmaciones se han hecho hasta el momento: una de las zonas grises del sistema contencioso-administrativo (por emplear la expresión del legislador de 1998 en la exposición de motivos) es la *inejecución de las sentencias*:

La Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo. El punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe, y en la potestad de los órganos judiciales de hacer ejecutar lo juzgado, que la propia Constitución les atribuye. Prescripciones que entroncan directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia administrativa meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos. *La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas* (exposición de motivos de la ley jurisdiccional).

El Tribunal Constitucional ha dicho muy tempranamente que:

...la ejecución de las sentencias forma parte del derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (SSTC 167/1987, 92/1988 y 107/1992). La ejecución de sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático de derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no sólo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado, según se desprende del artículo 117.3 de la CE (SSTC 67/1984, 92/1988 y 107/1992).

⁵⁸ El Proyecto era más explícito en su artículo 31.1, al prever la posibilidad de pretender que se condenase a la administración, en su caso, “a dictar el correspondiente acto administrativo en los términos establecidos en el fallo judicial”. Véase un análisis extenso de la cuestión en Huergo Lora, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2000.

Las declaraciones contenidas en el artículo 24.1 de la CE, que el Tribunal Constitucional ha extendido al derecho a la ejecución de las sentencias, y en el artículo 117 de la CE, al reconocer que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en la que se incluye la ejecución de lo juzgado, corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales, no han sido suficientes para poner fin a una dinámica muy enraizada y difícilmente alterable en la que tienen mucho que ver ciertas prácticas administrativas poco justificadas en un Estado de derecho.

La inejecución de sentencias tiene una larga y varada historia. El fenómeno ha puesto de relieve la dificultad que, con demasiada frecuencia, ha tenido que afrontar el ciudadano que ha obtenido una sentencia estimatoria de su pretensión. Los artilugios empleados por la administración son variados. No es cuestión de analizarlos con detenimiento. Bastará la enumeración de los que constituyen un muestrario sacado de la realidad vivida: retrasos o ejecución morosa, tergiversación de los términos de la ejecutoria, anulación de los efectos mediante actos o disposiciones posteriores, elevación del rango de la norma, creación por vía reglamentaria de la imposibilidad de ejecutar, aprobación de disposiciones aclaratorias, traslado por necesidades del servicio del funcionario repuesto en virtud de la sentencia, entre otros.

El Tribunal Constitucional corrobora la existencia de esas prácticas recordando lo que también el Tribunal Supremo ha calificado como “la insinceridad de la desobediencia disimulada” por parte de los órganos administrativos (STS del 21 de junio de 1977, Sala 5a.), que se traduce en cumplimiento defectuoso o puramente aparente, o en formas de inejecución indirecta, como son, entre otras, las modificaciones de los términos establecidos en la ejecutoria, la reproducción total o parcial del acto anulado o la emisión de otros actos de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo (STC 16/1987 del 27 de octubre). El propio Tribunal Constitucional llega a reconocer el “desfallecimiento” de los órganos jurisdiccionales ante los incumplimientos de la administración.⁵⁹

⁵⁹ STC 167/1987 del 28 de octubre: “La titularidad de la potestad de ejecución corresponde exclusivamente a los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la Constitución les ha conferido en su artículo 117.3. De acuerdo con ello, no compete a este Tribunal precisar cuáles sean las decisiones y medidas oportunas que en cada caso hayan de adoptarse en el ejercicio de dicha potestad jurisdiccional ejecutiva, pero sí le corresponde, en cambio, corregir y reparar las eventuales lesiones del derecho a la tutela judicial que tengan su origen en la pasividad o el desfallecimiento de los órganos judiciales para adoptar las medidas necesarias que aseguren el cumplimiento de sus propios fallos. Dentro del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, son exigibles, en primer lugar, las que, al amparo de su legislación reguladora, deben tender a que se produzca inicialmente la actuación administrativa requerida por el pronunciamiento judicial, recabando para

Cuestiones actuales se plantean con la petición de ejecución de sentencias desestimatorias. A pesar de los inconvenientes de orden práctico que puedan resultar y que los propios tribunales reconocen, se sostiene que:

...la ejecución que procede es la del acto, y no la de la sentencia, la cual, a efectos de ejecución, lo ha dejado intacto, sin quitar ni añadir nada a su fuerza ejecutiva. Una sentencia desestimatoria confirma el acto impugnado, lo deja tal como fue dictado por la administración demandada, y el tribunal de justicia no puede decir ni aconsejar ni ordenar a aquella cómo tiene que ejecutarlo (STS del 22 de septiembre de 1999).

La cuestión se plantea en asuntos trilaterales, como sucede en la expropiación forzosa, cuando la administración expropia a favor de un particular. Los actores son la administración expropiante, el beneficiario de la expropiación y el expropiado.

Problemática también es la ejecución de sentencia que anula en apelación otra estimatoria. Aunque parece sorprendente, dificultades tiene tam-

ello la colaboración precisa, incluso al margen del régimen ordinario de competencias. Pero también lo son, y si cabe con mayor razón, cuantas medidas sean necesarias, de acuerdo con las leyes, para impedir lo que expresivamente el Tribunal Supremo ha calificado como 'la insinceridad de la desobediencia disimulada' por parte de los órganos administrativos (STS, Sala Quinta, del 21 de junio de 1977), que se traduce en cumplimiento defectuoso o puramente aparente, o en formas de inejecución indirecta, como son entre otras la modificación de los términos estrictos de la ejecutoria, la reproducción total o parcial del acto anulado o la emisión de otros actos de contenido incompatible con la plena eficacia del fallo. Conviene insistir en esta última dimensión del derecho a la tutela judicial, porque es ciertamente aquí, en los incumplimientos administrativos disimulados o indirectos, donde se ocultan los mayores riesgos tanto para el sistema jurídico en general como para los derechos de los particulares. Pues, en efecto, el derecho a la ejecución de las sentencias y demás resoluciones firmes de los órganos judiciales no se satisface sólo, como es patente, con la remoción inicial de los obstáculos que a su efectivo cumplimiento pueda oponer la administración, sino que postula, además, que los propios órganos judiciales reaccionen frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones, y que lo hagan, esto es lo esencial, en el propio procedimiento incidental de ejecución, al cual es, sin duda, aplicable el principio *pro actione* que inspira el artículo 24.1 de la Constitución. Sólo así se garantiza la eficacia real de las resoluciones judiciales firmes y, por ende, del control jurisdiccional sobre la administración, y sólo así pueden obtener cumplida satisfacción los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos, que resultaría incompatible con la tutela eficaz y no la dilatoria que deben prestar los órganos judiciales, los cuales deben interpretar y aplicar las leyes en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental. Todo ello sin perjuicio de que en el incidente de ejecución no puedan resolverse cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que éste no guarde una directa e inmediata relación de causalidad, pues de otro modo no sólo se vulnerarían las normas legales que regulan la ejecución, sino que podría resultar menoscabado, asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes procesales o de terceros".

bién la ejecución de sentencia desestimatoria, favorable a la administración, cuando se trata de desestimación parcial y más aún si se ha operado una alternancia política que afecta a los órganos de la administración. La composición de intereses se entrecruza con el “llevar a puro y debido término la sentencia”.⁶⁰

IV. LA REORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

La necesidad de revisar la ley 1956 no procedía solo de la inexcusable obligación de adecuarla al nuevo orden constitucional, sino también de la situación crítica en que se encontraba la jurisdicción por la acumulación extraordinaria de asuntos sin resolver, en claro incumplimiento del artículo 24 de la Constitución.

En el *Libro blanco de la justicia*, presentado por el Consejo General del Poder Judicial en 1997, se analizó el incremento de la actividad contenciosa en la década de los noventa, con resultados llamativos: el volumen de asuntos formalizados ante la jurisdicción contencioso-administrativa se multiplicó por cuatro (por ejemplo, de 7.732 asuntos formalizados ante la Sala 3a. del TS en 1985 se pasó a 25.733 en 1996); el volumen de asuntos resueltos incrementó en la misma proporción (de 3.812 asuntos resueltos en 1985, a 12.493 en 1996), lo que revela que aumentó la productividad de los tribunales, aunque por sí sola resultó insuficiente para evitar el actual colapso.⁶¹ Y otro dato revelador del *Libro blanco de la justicia*: la dilación en la tramitación de asuntos se centraba principalmente en las fases de señalamiento y resolución.

El propio presidente del Tribunal Supremo de la época, Delgado Barrio, manejaba hace una década algunas cifras llamativas para reclamar una reforma urgente del sistema judicial: 1996, por ejemplo, se inició con un retraso acumulado de 244.000 asuntos, a los que se unieron 143.000 nuevos; pese a haberse dictado 113.000 sentencias, el retraso a final de año fue de 271.000 asuntos, con los que comenzó 1997; en este año, se plantearon 159.000 asuntos nuevos, y después de haberse resuelto 115.000, se acumuló un total de 315.000 asuntos pendientes..., y así sucesivamente.⁶²

⁶⁰ Sobre las dificultades para ejecutar las sentencias, véase Sánchez Lamelas, A. (coord.), *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas*, Aranzadi, 2006.

⁶¹ Véase un comentario al respecto en el trabajo de Delgado Piqueras, F., “Los órganos de la jurisdicción y sus competencias”, en Leguina Villa, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Valladolid, Lex Nova, 1999, p. 85.

⁶² Véase un análisis del panorama de la justicia administrativa realizado por Delgado Barrio, “Consideraciones a la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-

Lamentablemente, diez años después el panorama ha cambiado muy poco. De acuerdo con las informaciones del propio Consejo General del Poder Judicial,⁶³ en 2006 ingresaron en el orden contencioso-administrativo 254.988 asuntos, que se acumularon a los 291.194 pendientes del año anterior. A pesar de haber sido resueltos 221.225, quedaron en tramitación a final de año 324.957. En términos porcentuales, la jurisdicción contencioso-administrativa tenía en el 2006 una tasa de pendencia⁶⁴ de 1,47 y una tasa de congestión⁶⁵ de 2,51, la más elevada de todos los órdenes jurisdiccionales.⁶⁶

Sin indagar en las causas, ampliamente debatidas, los datos manifiestan una realidad claramente insatisfactoria que ha hecho que, con ocasión de algún suceso que ha provocado alarma social, se haya traído al primer plano de la atención pública la necesidad de abordar de una manera prioritaria la cuestión.

Por lo que concierne a la jurisdicción contencioso-administrativa, la ley intenta un proceso más ágil con la introducción de un proceso abreviado y su tramitación ante juzgados unipersonales, cuya creación estuvo rodeada de polémica. El problema fundamental en este caso proviene de la falta de especialización provocada, sobre todo en los comienzos, por la rapidez de la implantación y la necesidad consiguiente de cubrir las plazas recién creadas.

1. *La reforma de la planta judicial*

La reforma de la planta judicial se puso en marcha con la aprobación de la Ley 29/1998. Su principal novedad fue la creación de los juzgados de lo contencioso-administrativo.

En la fase de elaboración del proyecto de Ley se había aceptado la necesidad de reordenación de la plantilla judicial, a la vista de la situación de atasco de los asuntos en las salas y secciones de lo contencioso. Sobre todo se reclamaba un aumento de la plantilla judicial, porque los datos reflejaban que el cuello de botella se producía fundamentalmente en los señalamientos.

administrativa”, en Garberí Llobregat, J. (dir.), *La nueva LJCA. Estudio y aplicación práctica de la Ley 29/1998*, Olex, 1999, p. 23.

⁶³ *La Justicia Dato a Dato: 2006*, www.poderjudicial.es.

⁶⁴ Tasa de pendencia (TP): cociente entre los asuntos pendientes al final del periodo y los resueltos en ese periodo.

⁶⁵ Tasa de congestión (TC): cociente entre la suma de asuntos pendientes al inicio del periodo y los asuntos ingresados y los asuntos resueltos.

⁶⁶ A modo de ejemplo, en la jurisdicción civil, la TP es de 0,66 y la TC es de 1,67; en la penal, la TP es de 0,99 y la TC es de 1,16; en la social, la TP es de 0,94 y la TC es de 1,56.

Han pasado diez años desde que se inició la reforma de la planta judicial y los juzgados están funcionando con normalidad. Probablemente, algunas de las expectativas no se han cumplido, pero tampoco se habrán causado muchos de los graves problemas anunciados.

Según datos del Consejo General del Poder Judicial 2006, se crearon 175 juzgados (y 10 juzgados centrales), frente a los 30 órganos colegiados existentes (21 TSJ, 8 salas de la Audiencia Nacional y 1 sala del Tribunal Supremo), todos ellos cubiertos por 489 jueces y magistrados (de un total de 4.576 que constituyen la plantilla judicial).

Más allá de los números absolutos, son interesantes algunas comparativas:

- En 2006, del total de 254,988 asuntos de nuevo ingreso en el contencioso, 148,829 correspondieron a los juzgados, lo que supone un porcentaje de asuntos del 58.36%, más de la mitad.
- De esos 148,829, se resolvieron 109,592, un 73% de asuntos, cifra muy aceptable en comparación con la tasa de congestión habitual en el contencioso.
- Sin duda, el dato más llamativo se refiere a la descarga de asuntos en otros órganos. La estadística muestra que las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ ingresaron 79,604 asuntos y resolvieron 85,956; es decir, pudieron hacer frente a 6,352 asuntos pendientes del año anterior; la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ingresó 7,247 nuevos asuntos, pero pudo resolver 8,482; la Sala 3a. del Tribunal Supremo ingresó 12,734 y resolvió 12,850.

2. *La especialización de jueces y magistrados*

Estando muy poco avanzado el proceso de reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, se debatía sobre un tema que sigue preocupando en la actualidad, si cabe con mayores motivos, a la vista de la desconfianza generada por la creación de los juzgados: el grado de especialización de los miembros integrantes de la judicatura que deban conocer de asuntos jurídico-públicos.

De poco servirían las reformas de la legislación procesal administrativa si no se cuenta con jueces preparados. González Pérez, en el Paraninfo de la Universidad de La Coruña a propósito de unas Jornadas de Estudio sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dijo:⁶⁷

⁶⁷ *Jornadas...*, *cit.*, p. 134.

Mientras que una judicatura especializada puede administrar una justicia impecable con instrumentos procesales deficientes, unos jueces ineptos, aun rodeados de las máximas garantías de independencia, serán incapaces de satisfacer las demandas de justicia de los ciudadanos frente a las arbitrariedades de unas administraciones públicas cada día más complejas y tecnificadas.

Más allá de los problemas generados por el sistema de acceso a la judicatura, que unas declaraciones del ministro de justicia ha vuelto a cuestionar, se encuentra la necesidad de plantearse un sistema de actualización y puesta al día de los integrantes del Poder Judicial que permita, por un lado, asegurar una actualización periódica de quienes actúan en la jurisdicción contencioso-administrativa, y por otro, mitigar los efectos perniciosos que pudieran derivarse de la incorporación frecuente a las salas de lo contencioso-administrativo de magistrados de otras salas, sin solución alguna de continuidad.

La cuestión tiene una importancia no desdeñable, y se evidencia desde la argumentación jurídica empleada en las sentencias, cuando se incorporan jueces o magistrados de jurisdicciones diferentes a la contencioso-administrativa, aun siendo excelentes profesionales. Esta jurisdicción es singularmente especializada.

Por eso cuidar la formación de los magistrados debería ser preocupación principal de los poderes públicos, no solo para lograr la calidad de la justicia, sobre todo en materias en ocasiones de alta especialización, sino y principalmente para aumentar la confianza de los ciudadanos en el Estado de derecho.⁶⁸

⁶⁸ Véase Meilán Gil, “La jurisdicción contencioso-administrativa y la Constitución española de 1978”, *cit.*, p. 30.